

**CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.  
Universidad de Jaén*

**JOSÉ CUEVAS GALLEGO**

*Jefe Provincial de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.  
Profesor Asociado de la Universidad de Jaén*

**Extracto:**

EN este trabajo los autores realizan un comentario exhaustivo de todos y cada uno de los aspectos concernidos por la reforma realizada por el RD-Ley 5/2002. A tal fin se han sistematizado sus contenidos atendiendo a la actual estructura de la LGSS, que es la norma más afectada, por cuanto la caótica estructura del RD-Ley no facilita en absoluto la comprensión y el seguimiento de las cuestiones realmente modificadas. Al mismo tiempo, y para conseguir que el lector tenga una idea precisa del verdadero significado y alcance de los diferentes cambios introducidos en la legislación anterior, tanto de la Seguridad Social como del Estatuto de los Trabajadores –y del TRLISOS, aunque en menor medida–, los autores han procurado explicar las reformas ofreciendo cuál era la práctica administrativa y la experiencia judicial que la reforma pretende bien apuntalar o consolidar (ej. práctica judicial favorable a primar la empleabilidad sobre la profesionalidad) bien, cuando le es gravosa, corregir (ej. concepto de rentas computables a efectos de acceso al subsidio).

Aunque con un lenguaje muy directo y expresivo, combinando crítica con exposición, no sólo se ha dado noticia de los cambios sino que se han extraído los principales problemas aplicativos de la norma, tratando de ofrecer soluciones que ayuden a los operadores a su manejo y comprensión. A este respecto, se ofrecen soluciones para salir de la confusión que la norma ha generado en ciertas cuestiones, como la relativa a los trabajadores fijos discontinuos de periodicidad cierta, respecto de los que equivocada –o interesadamente– se ha entendido que a partir de la norma perderían su protección específica. En otros aspectos importantes se ha puesto de relieve el desajuste que su regulación produce con normas constitucionales, como la polémica supresión de los salarios de tramitación.

En definitiva, este trabajo suministra una información ponderada, precisa, crítica y práctica de la reforma, al margen de la polémica partidista abierta al respecto, donde unos y otros han promovido un debate más interesado que interesante, más ideológico que técnico, con lo que se ha desinformado más que informado. Los autores, que combinan formación docente, investigadora y experiencia profesional, han procurado con este trabajo, además de denunciar este proceso errático, ofrecer una visión diferente, como corresponde al análisis jurídico. Otro discurso será el que se compartan, lo que ni puede ni debe ocurrir, todos sus planteamientos.

---

## Sumario:

---

- I. Introducción.
- II. Caracterización general de la reforma: estructura normativa y razones de la misma.
  1. La opción de técnica legislativa elegida: un claro argumento de desajuste constitucional.
  2. La estructura interna del RD-Ley 5/2002: algunos aspectos formales de interés.
  3. Propósitos y despropósitos de la reforma: la perspectiva finalista.
- III. Las reformas del régimen jurídico de las prestaciones por desempleo.
  1. Las modificaciones en el nivel contributivo de la prestación por desempleo.
  2. Las reformas en el nivel asistencial de la prestación por desempleo.
  3. El nuevo régimen de las rentas activas de inserción: consolidación normativa y ampliación subjetiva.
  4. Las modificaciones introducidas en la gestión de las prestaciones por desempleo.
  5. El endurecimiento del régimen de obligaciones de los beneficiarios del sistema de protección por desempleo.
  6. El régimen de infracciones y sanciones: una nueva reforma de calado menor del TRLISOS.
- IV. Nuevos aspectos del régimen de extinción del contrato de trabajo: la incomprensible supresión de los salarios de tramitación.
- V. Las políticas de fomento de empleo en el RD-Ley 5/2002.
  1. Programa de fomento de empleo en economía social y empleo autónomo (disp. trans. cuarta; art. 228.3 LGSS).
  2. Compatibilidad del subsidio por desempleo para mayores de 52 años con el trabajo por cuenta ajena (disp. trans. quinta; art. 228.4 LGSS).
  3. Programa de sustitución de trabajadores en formación por trabajadores beneficiarios de prestaciones por desempleo (disp. trans. sexta; art. 228.4 LGSS).
  4. Programa de fomento de la movilidad geográfica (disp. trans. séptima).
  5. Programa de fomento de empleo de las mujeres desempleadas (disp. final primera).
  6. Fomento del empleo de personas beneficiarias o admitidas al programa de renta activa de inserción (disp. final primera, punto 2).
  7. Fomento del empleo de personas con discapacidad (disp. final primera, punto 3).
- VI. Valoración final de la reforma: una norma provisional.

## I. INTRODUCCIÓN

El Gobierno español nos acaba de proporcionar, ciertamente de forma convulsiva, la primera entrega de lo que será la «tercera fase» del ambicioso, y quizás algo descontrolado, e incluso desenfocado, proceso de reformas del «mercado de trabajo» que inició hace ahora ya algo más de un año. También en aquel momento se primó esa «odiosa» técnica legislativa, por sorpresiva y unilateral, que es la del Real Decreto-Ley, ya ampliamente conocido por sus efectos desestructuradores o desestabilizadores como «técnica de los decretazos»<sup>1</sup>.

Decimos «primera entrega» porque el «paquete de medidas» normativas previsto para avanzar en esta pretensión reformadora no se agota en el *RD-Ley 5/2002*, de 24 de mayo, «*de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad*». Antes al contrario, está ya anunciada una norma que afecta al entero sistema de ordenación y gestión de las políticas activas de empleo, a través de la nueva «Ley Básica de Empleo», de la que ya conocemos un primer borrador. Paradójicamente, aunque esta propuesta de reforma del modelo de organización y gestión de las políticas de empleo, en particular el servicio público de empleo, constituye un auténtico presupuesto inexcusable para hacer mínimamente creíble el objetivo principal que el Gobierno dice perseguir con el Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, la mejora del acceso al empleo de las personas desempleadas, esta cuestión se ha visto aplazada para un segundo momento.

Aunque tendremos oportunidad de volver sobre esta cuestión, que ya en sí misma supone una gravísima contradicción entre lo que se dice perseguir –mejora de la empleabilidad– y lo que se hace realmente –mutar la configuración jurídica de la protección por desempleo, por un lado, abaratar el despido, por otro–, en este trabajo nos centraremos en analizar con cierto detalle los principales aspectos que integran el contenido del, ya parlamentariamente convalidado, *RD-Ley 5/2002*. Conviene llamar la atención sobre este punto, pues si bien resulta, para nosotros al menos,

<sup>1</sup> Si se nos permite la licencia, tenemos ya la impresión respecto de este término, «Decretazo», lo mismo que con los denominados «Partidos del Siglo», hay tantos en un cortísimo período de tiempo, a veces varios por año, que ya no tiene sentido la expresión, por cuanto se han normalizado. Como también es habitual en un tiempo de descuido sin precedentes de la técnica legislativa, este *RD-Ley* acaba de conocer una «corrección de errores». Así, la publicación del texto está en el BOE n.º 125, 25-5-2002, y su correspondiente corrección, en BOE n.º 139, 11-6-2002. Este mismo BOE contiene algún ejemplo paradigmático del vicio que aquí se denuncia igualmente (*vid.* Corr. Errores de la Ley 24/2001, 27 de diciembre).

absolutamente cardinal, ya que sólo desde la modernización efectiva del servicio público de empleo se puede pretender llevar al convencimiento de los ciudadanos las proclamadas bondades de la modernización postulada por este RD-Ley del sistema de protección por desempleo, quizás ha quedado excesivamente silenciado en el fragor de la agrísima contienda que mantienen Gobierno y Sindicatos.

Hace unos meses el rechazo sindical a la segunda fase del proceso, el relativo a la negociación colectiva, llevó a una renuncia del Gobierno a su puesta en marcha, si bien a cambio de *arrancar* de los interlocutores sociales el compromiso formalizado de aceptar el diagnóstico oficial de situación socio-económica y lo más sustancial del recetario de soluciones para las dificultades e incertidumbres: flexibilidad laboral y control salarial. La negativa radical de los sindicatos a negociar la nueva fase de reforma, que no estaban dispuestos a ceder a este segundo envite, con la consiguiente ruptura de la senda pactista de años anteriores, habría impedido una respuesta análoga, por lo que lejos de renunciar a su propósito reformador, el Gobierno ha decidido retomar con especial virulencia la senda unilateralista de la primera fase. Tal ha sido la conmoción causada que incluso la aprobación de este RD-Ley ha sido detonante, por supuesto no causa última o remota, se diga lo que se diga y desde donde quiera que se diga, de una pintoresca «huelga general», prácticamente inexistente para unos («la oficialidad» gubernamental) y victoriosa para otros («la oficialidad» sindical).

En todo caso, está claro que la radicalización de ambas posiciones, la «oficial» y la «crítica», que ha tenido su máxima expresión en esta huelga general del 20-J, de resultados tan inciertos y equívocos como los planteamientos que sostienen unos y otros, en nada ayuda para una adecuada comprensión del significado y alcance «auténticos» de la reforma realizada con este enésimo RD-Ley de reforma. Pese a la pluralidad de materias afectadas por esta norma, en la que se recoge, de forma abigarrada y confusa, un conjunto de reformas no circunscritas a la prestación por desempleo, todas ellas tienen un denominador común que permiten comprender la reforma de manera unitaria: nos encontramos ante una «típica» reforma por motivos o razones de *política activa de empleo*, como ya sucediera con el RD-Ley 5/2001.

Ciertamente, en la primera fase de la nueva etapa del proceso reformador fue la contratación el sector más afectado, sin perjuicio de incursiones puntuales en otros ámbitos como la extinción. En cambio, en la embestida inicial de la tercera fase se pone el acento en la consolidación de un *cambio radical, auténtica reestructuración, del modelo hasta ahora vigente de protección frente a la pérdida de empleo*<sup>2</sup>. Pero el objetivo, dentro de la misma política de persecución del «pleno empleo», es análogo en ambas fases reformadoras, la primera y la tercera: facilitar, se dice, el acceso del desempleado a una nueva contratación «adecuada», por cuanto el empleo sería la mejor técnica de protec-

<sup>2</sup> En esta percepción coinciden ambas posiciones, partidarios de la reforma y opositores, si bien, como es obvio, ofrecen una valoración radicalmente diferente. Así, mientras que para los primeros estaríamos ante una reordenación o racionalización del sistema estrictamente derivada de la lógica de modernización impuesta en la estrategia europea por el empleo, para los segundos, en cambio, no nos encontraríamos ante nada más que una auténtica regresión o involución del sistema, de tal magnitud que incluso puede considerarse lesiva tanto del *modelo constitucional de protección social* (art. 41 CE) cuanto del pretendido modelo social europeo.

ción, frente a las técnicas de protección «pasiva» o monetaria (garantía de rentas de sustitución y/o ingresos mínimos), que deberían pasar a un segundo plano <sup>3</sup>.

En efecto, la diversidad de modificaciones normativas introducidas por este polémico RD-Ley 5/2002, de estructura interna absolutamente caótica, tiene como referencia última proceder a una revisión de la forma en que se ha venido tratando la situación de pérdida de empleo en el modelo clásico del Estado Social «pasivo» (*Welfare State*). Frente a este modelo se impone cada vez más, ahora ya de forma nítida, un nuevo modelo de protección social, de signo incierto y alcance contradictorio o ambivalente, el Estado Social «activo» (*Workfare State*). Aunque no conoce ni en teoría ni en la práctica un modelo único, como sucede con el propio Estado de Bienestar, la lógica fundamental de las diferentes concepciones y experiencias coincide en la persecución de una reestructuración global, aunque gradual, del sistema de protección social, transfiriendo recursos desde las políticas de garantía de rentas –prestaciones económicas– a las de garantía de empleabilidad –oportunidades de empleo– <sup>4</sup>.

El Gobierno ha pretendido, en el referido marco de relectura que proporciona la Estrategia Europea por el Empleo, si no propiamente enfrentar, sí ofrecer una nueva relación, una nueva tensión dialéctica, una diferente interacción entre el artículo 40.1 *in fine* CE (mandato constitucional de «una política orientada al pleno empleo»), y el artículo 41 CE (derecho subjetivo a una prestación económica por desempleo). Si del primero se ofrece una lectura eminentemente intervencionista y «autoritaria» (ampliación de las facultades administrativas de dirigir el proceso de empleabilidad del trabajador), del segundo nos suministra una comprensión tendencialmente asistencializadora (acceso a la prestación como técnica de ayuda para cubrir situaciones de necesidad que se quieren limitadas en el tiempo) y contractualista (incorporación del contrato al *status*). Pero no sólo se replantean las relaciones entre el artículo 40.1 CE y el artículo 41 CE, sino entre éstos y el artículo 35.1 CE, por cuanto además de ejemplificar una creciente juridificación del deber constitucional de trabajar, el RD-Ley 5/2002 supone una nueva carga de profundidad sobre la prohibición constitucional del despido sin causa o injustificado, al menos en el entendimiento originario, luego traicionado en diversas ocasiones, del TCo. (Sent. 22/1981, de 2 de julio).

En efecto, también la fase extintiva de la relación laboral volverá a ocupar un lugar protagonista, estelar no secundario, en el cambio legislativo, hasta el punto de que es, sin duda, el aspecto más conflictivo y, probablemente, injustificado de los muchos que integran esta polémica reforma. Desde esta perspectiva, es indudable que la supresión, no plena pero sí como regla general,

<sup>3</sup> En realidad, este mismo objetivo de promover la «empleabilidad» estaría presente en el ANC-2002, que formaliza un intercambio socio-político entre control salarial (política de rentas) y mejora de la cantidad y calidad de empleo. *Vid.*, MOLINA NAVARRETE, C. «Una fase frustrada del actual proceso de reforma laboral: el autodenominado Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva 2002». *RTSS-CEF*, n.º 231, págs. 27 y sgs.

<sup>4</sup> Para la proyección de este objetivo también en la primera fase de reforma, especialmente en relación a la nueva regulación de los polémicos «contratos de inserción», *vid.*, en esta misma revista, MOLINA NAVARRETE, C.-GARCÍA JIMÉNEZ, M. «Contratación laboral y política de empleo: primera fase de la nueva reforma del mercado de trabajo». *RTSS-CEF*, n.º 217. La mejor teorización del mismo sigue siendo, a nuestro juicio, la de ROSANVALLON, P. *La nouvelle question sociale*. París.1995.

de la histórica institución de los «salarios de tramitación» ha causado, más allá de la nueva batalla numérica o «guerra de cifras» sobre su efectivo alcance cuantitativo, una extraordinaria sorpresa y perplejidad, por más que se haya querido enmascarar como una mejora en pro de la «automaticidad» del acceso a las prestaciones, confundiendo dos cuestiones diferentes, el *coste de los despidos injustificados*, de una parte, los *presupuestos de acceso a la prestación* por desempleo, de otra.

Como se ve si se adopta una perspectiva macroanalítica y de largo recorrido, no estamos ante una simple operación de «bricolaje normativo» sino ante una clara apuesta por una redefinición institucional del sistema, aunque desde una perspectiva microanalítica las modificaciones puedan tener un alcance bastante más limitado. Ahora bien, puesto que este trabajo viene precedido por un magnífico análisis de conjunto, realizado por los profesores SEMPERE NAVARRO y CORDERO SAAVEDRA, no pretendemos aquí adoptar aquella perspectiva macroconceptual e institucional. Más limitadamente, pero al mismo tiempo de forma más ilustrativa, buscamos en este comentario ofrecer un cuadro completo de los cambios operados por el RD-Ley 5/2002, procurando su comprensión desde la situación normativa y, sobre todo, experiencia práctica que pretenden bien reforzar o recibir, bien, en cambio, cambiar o mutar. De este modo, entendemos, el lector puede hacerse una idea más adecuada del significado y alcance reales de la reforma, más allá de la campaña demagógica de (des)información realizada desde uno y otro lado de las partes en conflicto.

El diseño de este trabajo es, pues, bien sencillo. Por un lado, afrontaremos la correspondiente *caracterización general de la reforma*, recogiendo los principales puntos críticos de los aspectos estructurales (ordenación interna y técnica legislativa) y funcionales (objetivos y finalidades de la reforma), con objeto de que el lector tenga una visión general de la misma en ese doble nivel de análisis. Por otro lado, haremos una *exposición ordenada* de todos y cada uno de los cambios introducidos por el RD-Ley, para lo cual nos alejaremos lo más posible del plan seguido por la ley, absolutamente desestructurado, y seguiremos la estructura normativa del actual sistema normativo. A tal fin, el comentario se articulará en tres grandes bloques temáticos, que son los afectados por la reforma:

- Las relativas a las *prestaciones por desempleo* en sus diferentes niveles –contributivo, asistencial y rentas activas de inserción–, por un lado (*tutela sustitutorio-compensatoria pública*),
- La extinción del contrato de trabajo, en especial por cuanto concierne a la regulación estatutaria de los «defenestrados» *salarios de tramitación*, por otro (*tutela indemnizatoria «privada»*),
- Las *políticas de fomento de empleo en sentido propio* o estricto que, si bien de forma absolutamente residual, recoge esta norma, finalmente (*incentivos monetarios a la ocupación*).

## II. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA REFORMA: ESTRUCTURA NORMATIVA Y RAZONES DE LA MISMA

### 1. La opción de técnica legislativa elegida: un claro argumento de desajuste constitucional.

A nuestro juicio, si hay un punto realmente polémico e injustificado de la reforma es el de la técnica legislativa finalmente seleccionada. No se trata ya sólo del absoluto desprecio que evidencia respecto a la actividad parlamentaria, por más que una mayoría absoluta neutralice este argumento desde la razón práctica, sino que entendemos existentes sólidos argumentos para considerar desajustado este RD-Ley a las exigencias constitucionales del artículo 86 CE. Es, sin duda, el mayor despropósito de la reforma y la que, a nuestro juicio, ha cargado más de razón a los promotores de la huelga general. Este desafío al Estado Constitucional de Derecho era absolutamente innecesario.

Desde este planteamiento, ni las razones esgrimidas en la Exposición de Motivos de la ya convalidada parlamentariamente norma legal, ni las aportadas en el debate mediático subsiguiente –se viene haciendo así desde hace mucho tiempo– convencen mínimamente. En el primer plano, se ha alegado que:

*«La cambiante situación de la economía internacional y la necesidad de incidir en una situación de paro todavía elevada, mejorando el mecanismo de ajuste entre la oferta y la demanda en el mercado de trabajo español, convierten en **urgente** la toma de medidas para mejorar su funcionamiento e incrementar e impulsar el acceso al empleo de quienes carecen de él. La **necesidad** de no desaprovechar las nuevas oportunidades, más variadas que las que se presentaban en etapas anteriores, proporciona razones extraordinarias para acometer la reforma en el plazo más breve posible».*

Un análisis mínimamente serio de sus contenidos, así como de su dinámica aplicativa, evidencia a todas luces que no puede resistir la norma un juicio de adecuación a los presupuestos del artículo 86 CE. No puede creerse la «urgencia» de esta reforma cuando su presupuesto o garantía de efectividad se ha aplazado expresamente, tal y como se ha visto, en la medida en que sin un Servicio Público de Empleo eficaz la modernización pretendida es puro discurso moralista e ideológico.

A este respecto, además del dato cuantitativo absolutamente clarificador (el papel de estos servicios a muy duras penas consigue superar el pésimo umbral del 15% de intermediación en el mercado de colocaciones), conviene recordar al Gobierno la jurisprudencia comunitaria que, precisamente en virtud de la ineficacia constatada de estos Servicios en toda Europa, ha exigido la ruptura del monopolio o abuso de posición dominante en los países que no lo habían roto ya formalmente (ej. STJCE 6-7-2000, C-407/98). No por casualidad, y ahondando en las razones que justifican nuestra crítica, el Gobierno había presentado las directrices de reforma de forma conjunta, incorporando también las relativas al modelo de organización y gestión de las políticas activas de empleo.

Asimismo, difícilmente puede convencer la necesidad de la misma cuando el mismo Gobierno reconoce que no es una cuestión de reducir situaciones deficitarias sino de redistribución del gasto, y cuando uno de sus objetivos fundamentales, controlar o eliminar el fraude en determinadas modalidades, como el tan traído y llevado subsidio a favor de los trabajadores agrícolas andaluces y extremeños, ha quedado neutralizado al mantenerse intacto para los actuales beneficiarios. En esta misma dirección, si de verdad se quiere producir un cambio institucional radical en el sistema, tal y como hoy aparece en la LGSS, la competencia es claramente del Parlamento que, depositario de la voluntad general, debe decidir *si y cómo* se hace tal cambio, y si lo único que se pretende, como también se sugiere, es explicitar un modelo ya establecido implícitamente, entonces qué necesidad había de precipitar la regulación si el cambio efectivo va a ser más aparente que real <sup>5</sup>.

No creemos necesario seguir aduciendo razones para evidenciar el carácter errático, en lo jurídico por supuesto –además de político, pero ésta no es nuestra labor– de esta elección de técnica jurídica. Tan sólo insistir en que, si bien el recurso al RD-Ley es una forma de regulación legislativa prevista expresamente en la CE, utilizada de forma habitual en las reformas laborales, sea cual sea el signo político del Gobierno que la impulsa, este RD-Ley ha hecho un tremendo daño a la fiabilidad del principio democrático del Estado de Derecho cuando, como ahora ha sucedido, se abusa del mismo. Desde luego no tenemos ninguna confianza en que esta patología vaya a corregirse por quien debe, el TCo., pero allá éste con la conciencia que tenga hoy de su función, naturalmente también si alguien legitimado para ello –Parlamentarios, Defensor del Pueblo, Jueces– le dan la oportunidad para cumplir con su función de defensa de la Constitución.

## 2. La estructura interna del RD-Ley 5/2002: algunos aspectos formales de interés.

Desde un plano puramente descriptivo, la norma comentada se articula en torno a:

a) 4 Capítulos que, a su vez, contienen 5 artículos.

Incluido en el **Capítulo I** (*Modificaciones que se introducen en el sistema de protección por desempleo*), el **artículo primero** modifica la LGSS (art. 207, art. 208, art. 209, art. 212, art. 213, art. 215, art. 228, art. 230, art. 231), incorpora una disposición adicional trigésima tercera y un apartado 4 a la disposición final quinta de este Texto Refundido de la LGSS.

En el **Capítulo II** (*Modificaciones que se introducen en la Ley del Estatuto de los Trabajadores*), el **artículo segundo** modifica todos los preceptos contenidos en este cuerpo legal que hacen referencia a los salarios de tramitación (art. 33.1, art. 55.6 y 7, art. 56.1 y 2, art. 57).

<sup>5</sup> En este sentido es interesante ver el «cuadro comparativo» realizado por el propio MTAS de la situación antes y después de la reforma, donde se insiste en la práctica neutralidad de la reforma en el nivel contributivo, así como en el subsidio agrario, de modo que los cambios serían sólo de mejora. Interesadamente el MTAS silencia la situación respecto del nivel asistencial, donde los cambios son más relevantes (*cfr. www.mtas.es*).

El **Capítulo III** (*Protección por desempleo de los trabajadores eventuales agrarios*) está integrado por dos artículos. El **artículo tercero** (*acceso al subsidio por desempleo establecido en el Real Decreto 5/1997, de 10 de enero*) establece las condiciones para seguir disfrutando de este subsidio especial y específico para los trabajadores agrícolas extremeños y andaluces, mientras que el **artículo cuarto** define los principales aspectos del régimen de la nueva «prestación por desempleo de nivel contributivo para los trabajadores eventuales del REASS».

Finalmente, el **Capítulo IV** (*Infracciones y Sanciones*), a través del **artículo quinto**, cerraría el cuerpo de reformas legislativas adaptando a la nueva regulación el régimen sancionador, por lo que se modifica el TRLISOS [añade una letra c) al apartado 1 del art. 17; modifica las letras a) y b) del apartado 1 y el apartado 3 del art. 47].

*b) 4 Disposiciones adicionales.*

Como es habitual en este tipo híbrido y coyuntural de normas de reforma, son numerosas las denominadas disposiciones de cierre que, sin formar parte propiamente del cuerpo articulado, suelen incidir notablemente en importantes aspectos del régimen jurídico de las materias a las que afectan. Por lo general tampoco guardan una mínima coherencia en su ordenación formal o estructura. Así, en primer lugar aparecen las «Disposiciones Adicionales»:

**Disposición adicional primera** (*Programa de Renta Activa de Inserción*);

**Disposición adicional segunda** (*Colaboración de la Administración Tributaria*);

**Disposición adicional tercera** (*Reiteración en la contratación temporal*) y

**Disposición adicional cuarta** (*Subvenciones del programa de fomento del empleo y las campañas agrícolas*).

*c) 7 Disposiciones transitorias.*

Asimismo contiene las siguientes Disposiciones Transitorias:

**Primera** (*Extinciones de contratos*),

**Segunda** (*Acreditación de la situación legal de desempleo en caso de despido*),

**Tercera** (*Indemnizaciones derivadas de expediente de regulación de empleo*),

**Cuarta** (*Programa de fomento de empleo en economía social y empleo autónomo*),

*Quinta* (Compatibilidad del subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta ajena),

*Sexta* (Programa de Sustitución de trabajadores en formación por trabajadores beneficiarios de prestaciones por desempleo),

*Séptima* (Programa de fomento de la movilidad geográfica).

d) Una disposición derogatoria única.

Por estrictas razones de ajuste entre las reformas introducidas y la situación normativa vigente con anterioridad, el RD-Ley 5/2002 introduce una doble regla derogatoria. Por un lado, la habitual cláusula derogatoria tácita (derogación genérica de cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la nueva regulación), por otro, una tabla concreta y específica de derogaciones normativas. En este caso, las derogaciones expresas afectan tanto a la LGSS [letra b) apartado 1 y apartado 2 del art. 213] cuanto a algunos Decretos complementarios [segundo párrafo de la letra c) del apartado 1 del art. 2 RD 5/1997, de 10 de enero, por el que se regula el subsidio de desempleo a favor de los trabajadores eventuales incluidos en el REA; letras c), d) y e) apartado 1 del art. 1 RD 625/1985, de 2 de abril, que desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo].

e) Dos disposiciones finales.

Con la **disposición final primera** (Programa de Fomento de Empleo) y la **disposición final segunda** (Desarrollo, entrada en vigor y aplicación del RD-Ley) culmina el programa de reformas previsto por el RD-Ley 5/2002.

A la vista de esta completa y puramente descriptiva exposición de la estructura normativa y contenido del RD-Ley, algunas consideraciones breves merece la pena realizar. En primer lugar, es manifiesta la dispersión y desestructuración del programa reformador en relación a la denominada parte de cierre, si bien esto es, lamentablemente, muy habitual en normas de elaboración coyunturales de esta guisa, de elaboración precipitada y objetivos reformadores ambiciosos. Por eso nuestro comentario seguirá una exposición diferente, más sistemática, con objeto de analizar de forma ordenada y completa todas las modificaciones en su contexto normativo e institucional específico.

En segundo lugar, resulta igualmente evidente el carácter mixto o híbrido que asume esta norma, por cuanto acompaña regulaciones de alcance netamente legislativo con otras estrictamente reglamentarias. En realidad es fácilmente perceptible esta naturaleza dual de la norma, puesto que la fijación de reglas legislativas, con la consiguiente modificación de los textos legales en su redacción anterior, se acompaña con el propio desarrollo en el texto de medidas y programas que corresponden claramente al Ejecutivo (ej. programas de rentas activas de inserción, de fomento de movilidad, de sustitución de trabajadores en formación...).

En tercer lugar, y como expresión peligrosa de la mixtura antes señalada, aparecen con excesiva frecuencia reglas que amplían las competencias normativas del Ejecutivo, ya a través de auténticas deslegalizaciones de materias antes reguladas por ley (ej. compatibilidad de prestación y trabajo; habilitación al Gobierno para realizar modificaciones discrecionales de la regulación contenida en la norma de rango legal), ya de remisiones abundantes del Gobierno-Legislador a la potestad reglamentaria. Cierto que en la Legislación actual, especialmente en la de coyuntura –ej. las «infernales» Leyes de Acompañamiento–, esta revigorización del poder normativo de los Ejecutivos es frecuente ya en la propia elaboración parlamentaria, pero cuando se realiza en virtud de RRDD-Leyes, por más que luego se convaliden, estamos en realidad ante «autoapoderamientos» o «autohabilitaciones». Estas patologías de técnica legislativa someten a una nueva prueba de resistencia difícil el equilibrio, ya inestable, de poderes constitucionalmente fijados, especialmente en materias como las de protección social y derechos laborales en las que la intervención legal en sentido pleno no debería hurtarse en los términos en que es cada vez más habitual.

En cuarto lugar, cabe apreciar igualmente algunas deficiencias técnicas, como por ejemplo la falta de rigor en el cuadro de derogaciones expresas o específicas, pues normas que deberían haber sido expresamente derogadas, por su contradicción con la nueva regulación (ej. art. 5.2 RD 625/1985). En realidad, esta apreciación no es más que la punta de un iceberg constituido por la infinidad de aspectos técnicos que han quedado descuidados, sin duda como consecuencia de la precipitación y falta de maduración de la reforma, lo que ocasiona notables disfunciones y carece de adecuada justificación por las razones evidenciadas en el apartado anterior.

Finalmente, para completar estas observaciones en orden a la estructura normativa del RD-Ley, se aprecia que todas las materias afectadas por la reforma pueden ordenarse en torno a tres bloques temáticos, como más arriba se refirió: prestaciones por desempleo, salarios de tramitación y políticas de fomento de empleo. Como veremos, si el primero domina sobre los demás, y ha ocupado por razones cuantitativas y cualitativas el ojo del huracán, es el segundo con diferencia el más conflictivo y, como se dijo, incomprensible, quedando en este momento el tercero en un plano de absoluta marginalidad, por más que algunos responsables públicos hayan querido poner un cierto énfasis en algunas de estas exiguas medidas –ej. ampliación de la llamada «cuota-cero» para mujeres desempleadas que, tras el parto, pretendan volver a ser contratadas; más oportunidades de empleo para «prejubilados» o trabajadores mayores en general–.

### **3. Propósitos y despropósitos de la reforma: la perspectiva finalista.**

Antes de exponer estos cambios es obligado detenerse siquiera brevemente en determinar los objetivos perseguidos por la reforma, esto es, las razones que han llevado a la secuencia de modificaciones que se han propuesto con el RD-Ley 5/2002. Por supuesto, también en este plano funcional o teleológico, como no podía ser de otra manera, se ha abierto en estas últimas semanas una intensísima polémica entre Gobierno y Sindicatos, hasta el punto de lanzar una febril campaña, desde ambas posiciones, para defender sus respectivas comprensiones de la reforma. Tal es el grado de desacuerdo que mientras que para unos, el Gobierno, la reforma implica una modernización de nues-

tro sistema orientada por las razones de mejorar los niveles de protección, suavizando los requisitos de acceso a la prestación y ampliando la cobertura de ciertos colectivos (*reforma modernizadora y garantista*), para otros, los Sindicatos, es una de las reformas más regresivas de los últimos años, por cuanto no sólo recortaría prestaciones y excluiría a enteros colectivos de la protección, sino que cercenaría derechos (*reforma expropiadora de derechos, moralista y eficientista*)<sup>6</sup>.

Ciertamente, fuera de la lectura eminentemente política y sesgada que unos y otros están dando de la reforma, como acredita el cariz finalmente decantado en la huelga general, es imposible comprender cómo se pueden mantener lecturas tan radicalmente enfrentadas, incomunicadas, sobre un mismo «*texto*» legislativo y «*contexto*» jurídico-institucional. Asimismo, está claro que una adecuada respuesta a esta cuestión sólo puede venir, por un lado, de una lectura más allá de los objetivos expresamente autoconfesados por el RD-Ley, por otro, de un detenido análisis de los diferentes cambios propuestos, no aisladamente sino en el marco jurídico-institucional en el que se ubican. La primera tarea la afrontamos brevemente en este apartado, la segunda será objeto del resto del trabajo.

Adecuadamente expuestos tres son, básicamente, las razones que inspirarían la reforma según la explicación «oficial» ofrecida por el Gobierno en la EM del RD-Ley 5/2002. A saber:

- 1.<sup>a</sup> **Mejora del funcionamiento del mercado de trabajo.**
- 2.<sup>a</sup> **Corrección de las disfunciones** en la prestación por desempleo.
- 3.<sup>a</sup> **Ampliación de la protección de determinados colectivos.**

En síntesis, tal y como la presenta y desarrolla el Gobierno, la reforma no supondría recorte alguno, ni de prestaciones ni menos aún de derechos, sino pura y simplemente la modernización y racionalización del sistema para lograr, en el marco de compromisos adquiridos por España en la UE, una mejor adecuación al mercado de trabajo y una mayor eficiencia de la protección por desempleo. A tal fin, se buscaría eliminar todas las reglas que actualmente desincentivarían una búsqueda activa de trabajo por parte de los desempleados, lo que no sólo llevaría a un mejor control del funcionamiento del sistema sino también a la introducción de mejores instrumentos de protección, especialmente para colectivos más urgidos de tutela<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> El despliegue de medios por parte del Gobierno para persuadir de las «bondades» de su reforma ha sido impresionante. El lector puede hacerse una idea muy aproximada de la situación accediendo a la página especial creada en la web del MTAS sobre la reforma ([www.mtas.es](http://www.mtas.es)).

<sup>7</sup> La EM expresa esta idea del siguiente modo, resumiendo todo el sentido y alcance de la reforma: «*La pronta reinserción de los desempleados* es necesaria, no sólo para el bienestar de éstos, sino también para el correcto funcionamiento del mercado de trabajo. España ha mostrado en los últimos años capacidad de creación de empleo, pero no siempre han sido las personas desempleadas las que han ocupado estos puestos de trabajo, incluso los empleos no han llegado a crearse por no encontrarse la persona adecuada para ocuparlos lesionando las posibilidades de crecimiento económico de determinados territorios».

Como tantas otras veces sucede, las cosas vistas con mayor detenimiento suelen presentar una cara distinta a la que produce la primera lectura o impresión. A nuestro juicio, esta reforma combina o mezcla objetivos característicos de reformas típicas de Seguridad Social y de política de empleo, tal y como viene sucediendo en la última década y media. Así, por un lado, aparecen objetivos de *racionalización económica y normativa, recorte, exclusión y control del fraude* en la percepción de prestaciones del sistema de Seguridad Social, y por otro, de fomento de la *empleabilidad* de determinados colectivos, mejorando incluso su protección social en aras de una mejor *inserción* socio-profesional. Por tanto, nuevamente dejando a un lado la contienda de cifras sobre el coste real de las medidas adoptadas, que según algunas estimaciones rondarán los 600 millones de euros, si bien estos cálculos son difíciles de realizar, lo cierto es que en el plano cualitativo desaparecen determinados derechos laborales, se excluye de la percepción de ciertas prestaciones, especialmente en el nivel asistencial, a determinados sujetos, se eliminan garantías..., sin perjuicio de reconocer que en otros aspectos se introducen algunas mejoras (ej. ampliación de programas de rentas activas de inserción, incremento de supuestos de compatibilización de prestaciones con trabajo, intento de organizar una prestación contributiva de desempleo para todos los trabajadores agrícolas, sin distinción de zonas territoriales...).

De una forma más gráfica entendemos que las reformas introducidas por este RD-Ley 5/2002, desde este plano finalista, pueden ordenarse del siguiente modo. A saber:

A) **Reestructuración normativa e institucional** del sistema mediante la redefinición de la situación legal de desempleo, con el consiguiente **efecto redistributivo** de recursos (¡más de 3 mil millones de euros!).

1. Afirmación del *carácter inmediato* del derecho a la percepción desde la extinción, sin necesidad de impugnación judicial previa [nuevo art. 208.1 c) LGSS y art. 209.4 LGSS].
2. *Eliminación período de espera de tres meses* de inscripción como demandante de empleo (art. 209.3 LGSS).
3. Fijación del *compromiso de actividad* (art. 231.2 TRLGSS): no es sino un «contrato de actividad» cuyo objeto es la plena puesta a disposición del preceptor respecto del servicio público para realizar, conforme al plan por éste establecido y al que aquél simplemente se adhiere, las actividades orientadas hacia su inserción. Se enfatiza, pues, la idea de «buscador de empleo» frente a la de «perceptor de prestación de desempleo», con lo que se refuerza la faceta del deber respecto del derecho.
4. Revisión del concepto legal de «*colocación adecuada*» (art. 231.1 LGSS). Como veremos, aunque esta revisión, más aparente que real, busca seguridad jurídica, genera, en realidad, incertidumbre y zozobra en el «desempleado».
5. Fijación de la incompatibilidad de los períodos de vacaciones no disfrutados con los de las prestaciones por desempleo –art. 209.3 TRLGSS–.

6. *Reordenación de la acción protectora en relación a diferentes colectivos de desempleados:* emigrantes retornados, de modo que los que provengan del EEE o con los que exista Convenio obtendrán las prestaciones por desempleo en la forma prevista en las normas comunitarias o convenios (disp. adic. decimotercera TRLGSS); fijos discontinuos de periodicidad cierta, que obtendrán las prestaciones conforme a los trabajadores a tiempo parcial, si bien esta cuestión es especialmente polémica dada la deficiente redacción del precepto.

B) Medidas que persiguen, o generan como resultado, una **reducción de costes derivados de la gestión de la mano de obra**.

1. *Reducción de costes a cargo del Estado:*

- La supresión de los salarios de tramitación significa la desaparición del deber del Estado de asumir aquellos que excediesen de 60 días.
- Por la misma razón desaparece la obligación de la Entidad Gestora de cotizar por éstos (art. 57 LET).
- Igualmente desaparece la responsabilidad subsidiaria del Fogasa por estos salarios (art. 33 LET).
- Contención del coste creciente en relación al subsidio especial por desempleo para los trabajadores eventuales agrarios de Andalucía y Extremadura. Así lo reconoce el propio Gobierno, aunque luego lo justifique entendiéndolo que lo que se ahorra en esta ayuda se dirigirá a estos mismos beneficiarios en términos de políticas activas (efecto redistributivo).

2. *Reducción de costes empresariales por las decisiones extintivas, aun injustificadas jurídicamente:*

- Supresión de los salarios de tramitación siempre y cuando no se opte por la readmisión (despido improcedente) o resulte obligatoria (despido nulo), con el consiguiente efecto de abaratamiento de los despidos.
- Consiguiente desaparición de la obligación empresarial de cotizar a la Seguridad Social durante tal período.

C) Medidas que tienen como objetivo o producen como resultado **recortes de derechos y/o prestaciones**, con los consiguientes efectos excluyentes de la protección para ciertos sujetos y/o colectivos:

1. Supresión del derecho a la «indemnización» por salarios de tramitación.
2. *Incertidumbre sobre la situación de los fijos discontinuos de campaña cierta.* Una interpretación literal de la reforma, que luego corregiremos, permitiría avalar la tesis sindical de la limitación de la protección específica por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos, circunscribiéndola a los definidos como tales en el artículo 15.8 LET.
3. Fijación de un *nuevo y extremadamente amplio concepto de renta computable a los efectos de acceder al nivel asistencial.* La adecuación postulada del concepto de rentas incompatibles con el subsidio por desempleo tiene efectos claramente excluyentes, como prueba el análisis de la experiencia precedente (art. 215.3 LGSS). En realidad es, como se verá, un típico ejemplo de legislación reactiva frente a una jurisprudencia gravosa para la Administración.
4. *Circunscribir como emigrante retornado* a los efectos de subsidio a los *españoles que habiendo retornado de países no pertenecientes al EEE o con los que no exista Convenio acrediten haber trabajado como mínimo 12 meses* en los últimos seis años en dichos países y no tengan derecho a la prestación por desempleo [art. 215.1.1 c) TRLGSS].
5. Desaparición *ad futurum* del subsidio agrario para los trabajadores eventuales del campo.
6. Supresión del derecho a la prestación por desempleo para los trabajadores incluidos en programas de empleo público subvencionado (disp. adic. cuarta).
7. Exclusión de los trabajadores prejubilados del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, al computarse como renta la indemnización por despido.

D) Medidas que persiguen mejorar el **control del fraude, real o presunto**, en el acceso a la prestación por desempleo en sus diferentes niveles:

1. Reforzamiento del régimen de obligaciones y, en su caso, de sanciones, impuestas a los preceptores del subsidio, ampliando su esfera de responsabilidad en detrimento de su ámbito de libertad (art. 231; Capítulo IV RD-Ley 5/2002). La propia revisión del concepto de «colocación adecuada» trata más que de garantizar la posición del preceptor, como pretende persuadirnos el Gobierno, dotar al Servicio Público de facultades más seguras de controlar la disponibilidad del preceptor a ocupar un puesto de trabajo.
2. Habilitación a la Entidad Gestora para accionar de oficio contra las irregularidades derivadas de la reiteración de contratos temporales (disp. adic. tercera).
3. Revisiones del Régimen Especial de Trabajadores Agrarios (REASS), orientadas bien a frenar la incorporación de beneficiarios que no reúnen el perfil (Capítulo III RD-Ley 5/2002), o bien a mejorar el control efectivo de las altas y bajas y la cotización respecto a los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el REA, aunque no aparezca expresamente en el RD-Ley

5/2002, pero sí en una norma reglamentaria publicada al mismo tiempo, cuya importancia ha pasado indebidamente desapercibida, por más que en la práctica actual algunas situaciones que contempla ya han sido avanzadas (*RD 459/2002, de 24 de mayo*, por el que se modifican los Reglamentos Generales sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social y sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, respecto al REA –BOE de 25 de junio–)<sup>8</sup>.

4. Límites a los beneficiarios del subsidio especial en relación a la normativa anterior (*RD 5/1997*): cotizaciones y exclusión de ayudas por considerar que pueden acceder a empleos mientras haya campañas (disp. adic. cuarta).
5. Revisión de ciertas formas de capitalización de prestaciones, objeto de reordenación.
6. Exclusiones del derecho al percibo de subvenciones y bonificaciones previstas en el *RD 1451/1983*, de 11 de mayo –Capítulo II– para el empleo de trabajadores discapacitados (disp. adic. quinta).

E) Medidas preeminentemente orientadas a **fomentar el acceso al empleo de ciertos colectivos con especiales dificultades:**

1. Compatibilización de prestaciones con salarios, aun a costa de su deslegalización (ej. beneficiarios de subsidios por desempleo para mayores de 52 años –disp. trans. quinta–).
2. Sustitución de trabajadores en formación por trabajadores beneficiarios de prestaciones por desempleo (disp. trans. sexta).
3. Medidas a favor del empleo de la mujer: bonificación del 100 por 100 de los costes de Seguridad Social durante un año, en la contratación de mujeres que se reincorporen al empleo en los 24 meses siguientes a la fecha del parto, lo que es una medida de reinserción profesional de las madres.
4. Ampliación de los beneficiarios de las rentas activas de inserción (disp. adic. primera): emigrantes retornados, víctimas de la violencia doméstica, personas discapacitadas.
5. Fomento del autoempleo: reordenación de la capitalización de la prestación por desempleo (art. 228.3 LGSS; disp. trans. cuarta).
6. Programas de fomento de la movilidad geográfica de los perceptores (art. 228.5 LGSS).

<sup>8</sup> Nos referimos al *RD 459/2002, de 24 de mayo*, por el que se modifican los Reglamentos Generales sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social y sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, respecto al REA –BOE de 25 de mayo–. La línea que marca es, a nuestro juicio, claramente restrictiva de posiciones de garantía precedentes y de desresponsabilización empresarial en ciertos aspectos, por más que en otros aspectos pueda entenderse que endurece las obligaciones de gestión, en línea con el Régimen General, cuando en la realidad siguen manteniendo estos «empresarios agrícolas» significativas peculiaridades respecto de otros sectores.

La práctica totalidad de estas medidas han venido presididas por una intensa polémica y son susceptibles, ciertamente, de valoraciones diferentes. Unas son equívocas o ambivalentes, a comenzar por la propia lógica global que inspira la entera reforma –convertir imperativamente al receptor de prestaciones por desempleo en buscador de empleo, exigiéndole una plena puesta a disposición de las «autoridades especializadas» e imponiéndole sanciones por su presunta falta de solidaridad con la sociedad que «le ayuda»–, otras se prestan a interpretaciones claramente nocivas para el beneficiario del sistema (libertad de decisión sobre el carácter adecuado de la colocación), si bien admiten igualmente lecturas más respetuosas con el orden constitucional y legal establecido en esta materia. Algunas medidas persiguen más bien un efecto reordenador de la acción de cobertura, tanto en lo que refiere a la norma aplicable (de la protección específica del fijo discontinuo de campaña cierta a la protección indiferenciada del trabajador a tiempo parcial; emigrantes retornados), el ámbito subjetivo y técnicas de protección (del subsidio asistencial a la renta activa de inserción).

Ahora bien, igual que pusimos de relieve en razón a la opción de técnica legislativa finalmente adoptada –aunque parcialmente corregida con su tramitación como proyecto de ley, como ya sucediera con el RD-Ley 5/2002–, también respecto a los contenidos entendemos que algunas cuestiones constituyen auténticos despropósitos reguladores. En efecto, si la mayor parte de los aspectos reformados son, como acaba de evidenciarse, opinables y admiten justificación racional, o razonable, desde ciertas valoraciones perfectamente compatibles con el orden constitucional de valores, aunque aquellas premisas puedan aquí no compartirse, entendemos que algunas de las propuestas ya materializadas carecen de justificación alguna desde la vigente racionalidad normativa. Sólo desde una descarada opción gubernamental por favorecer el interés exclusivo de una de las partes de la relación laboral, el interés empresarial, o desde una visión extremadamente ilusoria de la situación actual del mercado de trabajo, creyendo que se puede romper de golpe la tendencia actual a la expulsión de trabajadores maduros, pueden encontrar «justificación».

Es en este sentido que entendemos incluidos en el RD-Ley algunos despropósitos o desafueros, que si cabe mitigar o suavizar en relación a la confusa situación de los fijos discontinuos de periodicidad cierta (art. 12.3 LET) e incluso en relación a los beneficiarios de indemnizaciones reconocidas en expedientes de regulación de empleo, a los que se privaría del derecho al subsidio, so pretexto de ofrecerles mayores oportunidades de empleo, es absolutamente irrefutable respecto a la desaparición de los salarios de tramitación. En este caso la ruptura del equilibrio normativo precedente es claro y genera efectos perversos, como la desincentivación de conductas de observancia de deberes constitucionales por parte de los empresarios como es la justificación de sus decisiones extintivas (art. 35.1) y el respeto a los derechos de los trabajadores.

Veremos esta cuestión con algún detalle en su momento adecuado. Ahora iniciamos el análisis detallado de las reformas atendiendo a los diferentes ámbitos de cobertura y bloques temáticos afectados.

### III. LAS REFORMAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO

#### 1. Las modificaciones en el nivel contributivo de la prestación por desempleo.

##### *a) Nuevos requisitos para el nacimiento del derecho a las prestaciones.*

No cabe duda que el nivel contributivo de la prestación por desempleo es el menos afectado por la reforma, al menos si se estudia desde una perspectiva microanalítica, esto es, atendiendo a sus principales características prestacionales, pues no se han modificado –ej. período mínimo de cotización, cuantía (porcentajes sobre la base reguladora y topes mínimos), períodos de protección...–. No obstante, desde una perspectiva macroanalítica, esto es, de configuración global de la prestación, el cambio apuntado es más relevante, tal y como se demuestra sobre todo en las condiciones de mantenimiento del derecho, que han sido claramente endurecidas y reforzado el régimen sancionador. Los cambios se localizan, sin embargo, desde el mismo nacimiento del derecho hasta todas y cada una de las fases que integran su dinámica de funcionamiento.

- De perceptor de rentas a buscador activo de empleo.

Entre los requisitos exigidos para tener derecho a las prestaciones por desempleo, el artículo 207, letra c) LGSS establecía, en la anterior redacción, «encontrarse en *situación legal de desempleo*», sin más adjetivación o complemento. Sin embargo, la nueva redacción dada por el RD-Ley 5/2002 añade como requisito o presupuesto adicional: «*acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada*». Paralelamente, el nuevo número 2 del apartado 2 del artículo 208 LGSS hace la misma precisión pero en sentido negativo: no podrá considerarse en situación legal de desempleo el trabajador que no acredite tal disponibilidad. Se cierra la ordenación de esta exigencia legal, que significa más la explicitación legislativa de un requisito antes implícito en el sistema de protección por desempleo que una auténtica novedad jurídica, con su entendimiento como obligación específica de beneficiarios de prestaciones y trabajadores en general <sup>9</sup>.

Sin duda, en estas modificaciones legislativas se sintetiza el cambio de concepción que preside toda la reforma: de la consideración del desempleado como persona que se encuentra en una «situación pasiva de necesidad», por tanto «*perceptor* de una renta de sustitución», a otra que lo entiende como persona sometida a un continuo «proceso de disponibilidad» para encontrar una actividad u ocupación, por tanto «*buscador* activo de empleo». Un cambio de configuración jurídica que viene apuntalado con la incorporación del siguiente inciso final al artículo 209.1 LGSS: en la

<sup>9</sup> El artículo 231.1 LGSS establece ahora que es obligación de estos sujetos «*buscar activamente empleo, participar en acciones de mejora de la ocupabilidad, que se determinen por el Servicio Público de Empleo, en su caso, dentro de un itinerario de inserción*».

fecha de solicitud «se deberá suscribir el compromiso de actividad al que se refiere el artículo 231 LGSS»<sup>10</sup>.

- Inmediatez del acceso a la prestación en situaciones de despido.

Si estas modificaciones se orientan, como otras que veremos en breve, a reforzar el estatuto obligacional del desempleado perceptor de rentas, otras persiguen flexibilizar los requisitos de acceso, como la regla de la inmediatez –no propiamente de «automaticidad»– del reconocimiento del derecho sin necesidad, en caso de despido, de una sentencia. En este sentido, si en la anterior redacción se establecía que se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores que hubiesen visto extinguida su relación laboral por «despido procedente o improcedente», requiriéndose en el primer caso «sentencia del orden jurisdiccional social», ahora se simplifica la redacción refiriendo únicamente la situación de «despido» –art. 208.1 c)–. De este modo, el nacimiento de la prestación se produciría de un modo inmediato, sin necesidad de impugnación judicial alguna y sin que el ejercicio de la acción correspondiente impida o retrase el nacimiento del derecho a la prestación –art. 209.4 LGSS–. Se confiesa un objetivo de desjudicialización de la situación legal de desempleo<sup>11</sup>.

Precisamente, como consecuencia de este nuevo entendimiento de inmediatez de la situación legal de desempleo se *suprime el período de espera de tres meses*, durante el que el trabajador debía permanecer inscrito como demandante de empleo. Este período se computaba desde el momento de la sentencia de despido procedente (*dies a quo*), de modo que sólo una vez transcurrido dicho período nacía el derecho a prestación por desempleo (art. 209.3 LGSS en su redacción anterior). Puesto que ya no se precisa la impugnación judicial es obvio que no tenía sentido mantener este plazo de espera o «condición suspensiva».

- Incompatibilidad entre el período de vacaciones no disfrutado y la prestación por desempleo.

En cambio, el nuevo apartado 3 del artículo 209 LGSS sí aplaza el reconocimiento de la situación legal de desempleo y el nacimiento del derecho, en los supuestos en los que el período corres-

<sup>10</sup> Esta exigencia imperativa de la conclusión de un auténtico «compromiso de actividad», según un requisito usual en la ordenación autonómica («rentas mínimas» o «salario social») y estatal («renta activa») de las denominadas «rentas de inserción», constituiría la técnica seleccionada nuevamente por el legislador para la formalización jurídica de aquella voluntad de puesta a disposición real y seria de los servicios públicos por parte del desempleado, con objeto de cooperar activamente en su «mejor» y más pronta reincorporación al mercado de trabajo.

<sup>11</sup> En esta dirección se orienta igualmente la jurisprudencia. Así, la reciente, y no indiscutible, STS, Sala 4.ª, 26-12-2001, pese a reconocer que «en el caso enjuiciado lo correcto legalmente hubiera sido proceder a la extinción de la relación laboral mediante expediente de regulación de empleo y no mediante carta de despido por causas objetivas...», eso sólo significa que el despido era impugnabile judicialmente, con la consiguiente calificación, si prospera, de nulidad. Por tanto, concluye, el hecho de que «el despido acordado por la empresa fuera impugnabile, y posiblemente con éxito, en la vía jurisdiccional, no puede significar que al trabajador le sea exigible el ejercicio de la acción para lucrar la prestación de desempleo, pues no requerida por la ley la declaración judicial de la procedencia del despido por causas objetivas, es contrario a la equidad negarle al trabajador la situación legal de desempleo porque no ejercitó una acción que no tiene obligación alguna de conocer que procede y es viable».

pondiente a las vacaciones anuales retribuidas no haya sido disfrutado anteriormente a la finalización de la relación laboral, al momento inmediatamente posterior al disfrute efectivo de las mismas, con independencia de si éstas han sido no abonadas por el empresario en el finiquito de extinción. De este modo, se introduce un *nuevo supuesto de incompatibilidad con el disfrute de las prestaciones por desempleo*: la existencia de períodos de vacaciones no disfrutados. Durante este período el trabajador ha de entenderse en situación de alta, con la consiguiente responsabilidad empresarial de pagar las cotizaciones devengadas durante ese período. La baja se producirá si tras la finalización de este período no ha encontrado un nuevo empleo, naciendo el derecho a la prestación <sup>12</sup>.

Al objeto de poder hacer efectiva esta exigencia legal se introduce un específico deber de transparencia a cargo del empresario. Así, como reza el inciso final de este nuevo apartado 3, el referido período «deberá constar en el *Certificado de Empresa a estos efectos*».

En general, la *acreditación de la situación legal de desempleo*, a falta del desarrollo reglamentario al que la norma de rango legal remite, se realizará bien mediante la propia carta de despido (art. 55.1 LET), o mediante el acta de conciliación administrativa o judicial, o por resolución judicial que declare la procedencia o improcedencia del despido. A este respecto, es claro que el nuevo sistema de inmediatez de acceso a la prestación por desempleo en caso de despido experimenta una grave quiebra cuando, como sucede en ocasiones no infrecuentes, no existe la «carta de despido», en cuyo caso la acreditación pasa por reclamar frente al mismo («despido verbal»). Si esta reclamación se interpuso en tiempo, no obstante los problemas de acreditar la existencia de estos despidos tácitos, la prestación causada tendrá los consiguientes efectos retroactivos, naturalmente siempre que reúna el resto de los requisitos de acceso.

En el caso de la improcedencia se deberá acreditar que, el empresario –o el trabajador cuando sea representante legal de los trabajadores, o cuando así lo prevea una norma convencional, aunque no diga nada el precepto legal, que ha de interpretarse como laguna a integrar con la extensión de esta misma regla– no ha optado por la readmisión (disp. trans. segunda). Naturalmente, todo esto se aplicará a las extinciones de contratos producidas con posterioridad a la entrada en vigor del RD-Ley (disp. trans. primera), lo que tuvo lugar el 26-5-2002. Previsión de Derecho intertemporal que se reitera en la disposición final segunda, punto 3, letra a) para la aplicación del artículo 208.1, letra c), LGSS (inmediatez del percibo de la prestación) <sup>13</sup>.

#### *b) Dinámica de las prestaciones por desempleo.*

El RD-Ley 5/2002 añade un nuevo párrafo, el quinto, al artículo 209 LGSS, en el que se realizan algunas precisiones en orden a la dinámica de la prestación por desempleo en supuestos deri-

<sup>12</sup> Aunque quizás parezca de difícil comprensión en la lógica de inmediatez que parece presidir la reforma, sí puede resultar explicable si se tiene en cuenta el carácter indisponible del derecho al disfrute de vacaciones retribuidas. La relación de este derecho con la normativa preventiva se recuerda recientemente por el TJCE, en su *Sentencia 26-6-2001, C-173/1999*.

<sup>13</sup> La disposición derogatoria única del RD-Ley ha derogado las letras c), d) y e) del artículo 1.1 RD 625/1985, de 2 de abril, como consecuencia del evidenciado carácter inmediato de la situación legal de desempleo en caso de despidos.

vados de procedimiento de despido o extinción de contrato. Así, se distinguen dos situaciones diferentes:

- Cuando el despido sea declarado improcedente y se opte por el pago de la indemnización.

Para esta situación hay que distinguir, a su vez, tres supuestos diferentes. En primer lugar, aquel en que el empleador haya optado desde el primer momento por la indemnización. En estos casos el trabajador tendrá derecho a seguir percibiendo las prestaciones por desempleo o, de no haber iniciado la percepción, comenzará el disfrute de las mismas con efectos desde la fecha del cese efectivo en el trabajo. Naturalmente, tal posibilidad queda condicionada a la concurrencia de los presupuestos legalmente previstos para la solicitud y nacimiento del derecho en el apartado 1 del artículo 209 LGSS.

En segundo lugar, aquella situación en la que se inste un incidente de no readmisión o de readmisión irregular, según las previsiones del artículo 279.2 LPL. La percepción de las prestaciones se realizará a partir del momento en que se declare extinguida la relación laboral, de conformidad con la letra a) de dicho precepto procesal. La misma solución se propone para el caso previsto en el artículo 284 LPL (imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa).

- Cuando se produzca la readmisión del trabajador, ya mediante conciliación ya mediante sentencia firme.

Para estas situaciones –o en el supuesto previsto en el art. 282 LPL– las cantidades percibidas por éste en concepto de prestaciones por desempleo se considerarán indebidas por causa no imputable al trabajador. Por tanto, además de cesar en el pago de tales prestaciones, corresponderá entonces a la Entidad Gestora reclamar las cotizaciones a la Seguridad Social efectuadas. Por su parte, al empresario corresponderá igualmente ingresar a la Entidad Gestora las cantidades percibidas por el trabajador, si bien deduciéndolas de los salarios de tramitación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.1 LET y con el límite de la suma de tales salarios<sup>14</sup>. También es obligación del empresario dar de alta en la Seguridad Social al trabajador, con efectos desde la fecha del despido o extinción inicial, cotizando desde ese momento que, a todos los efectos, se considerará «como de ocupación cotizada» (art. 209.5 *in fine* LGSS).

También el *régimen de suspensión* ha experimentado modificaciones. Así, la nueva letra a) del artículo 212.1 LGSS, que establece los supuestos que habilitan a la Entidad Gestora a suspender el derecho a la percepción de la prestación de desempleo, reza del siguiente tenor:

---

<sup>14</sup> Tanto al reintegro de prestaciones de cuyo pago sea directamente responsable el empresario cuanto a la reclamación al trabajador por la diferencia entre la percepción recibida y el salario dejado de percibir se le aplicará, de conformidad con el párrafo 3 de este apartado, el artículo 227.1 LGSS.

*«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»<sup>15</sup>.*

En el plano técnico, es ésta una opción más correcta puesto que se remite la regulación a la norma que tiene una vocación omnicompreensiva en materia de Derecho Social Sancionador, máxime tras el reciente proceso de refundición conducido al respecto, aunque no esté exento de notables quiebras.

Igualmente se añade una nueva letra, la e), de modo que el derecho a la percepción de la prestación se suspenderá asimismo:

*«En los supuestos a que se refiere el artículo 295 de la Ley de Procedimiento Laboral, mientras el trabajador continúe prestando servicios o no los preste por voluntad del empresario en los términos regulados en dicho artículo durante la tramitación del recurso»<sup>16</sup>.*

Como es sabido, en el referido precepto procesal, situado en el Capítulo III (sentencias de despido) del Título II (De la Ejecución Provisional), se reconoce el derecho del trabajador que hubiera obtenido una sentencia favorable en un proceso de despido o extinción del contrato, y durante la tramitación del recurso planteado por el empresario que hubiera optado por la readmisión (declaración de improcedencia) o se viera obligado a ella (declaración de nulidad), a recibir *«la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad a producirse aquellos hechos»*. Lo que sucederá tanto si continúa el trabajador prestando servicios de forma efectiva o bien no lo hiciese por razones imputables al empresario, a quien el artículo 295.1 *in fine* faculta para decidir si recibe o no contraprestación profesional por el abono de tales retribuciones<sup>17</sup>.

Por coherencia con la reforma, también la letra b) del artículo 212.3 LGSS, relativo a la reanudación del percibo de la prestación por desempleo, ha experimentado algunas modificaciones, concretamente dos. Por un lado, con vista a ajustar su regulación con los cambios del apartado 1, se añade, junto a los ya previstos en las letras b) –período de servicio militar o de prestación social sustitutoria–, c) –cumplimiento de condena que implique privación de libertad– y d) –realización de un trabajo de duración inferior a 1 año–, el supuesto de suspensión previsto en la nueva letra e) –perci-

<sup>15</sup> La letra a) de este precepto, en su anterior redacción, habilitaba para la suspensión: *«Durante un mes cuando, salvo causa justificada, el titular del derecho no comparezca, previo requerimiento, ante la entidad gestora, no renueve la demanda de empleo en la forma y fechas que se determinen por la entidad gestora en el documento de renovación de la demanda, o no devuelva en plazo al Instituto Nacional de Empleo el correspondiente justificante de haber comparecido en el lugar y fechas indicados para cubrir las ofertas de empleo facilitadas por dicho Instituto»*.

<sup>16</sup> Una vez que se produzca la resolución definitiva, sigue diciendo el precepto, *«se procederá conforme a lo establecido en el apartado 5 del artículo 209»*.

<sup>17</sup> La suspensión del derecho significa, a tenor del artículo 212.2 LGSS, no modificado, *«la interrupción del abono de la misma y no afectará al período de su percepción, salvo en el supuesto previsto en el apartado a) anterior, en el cual el período de percepción de la prestación se reducirá por tiempo igual a la suspensión producida»*. Este apartado sí ha variado, como antes se vio, aunque la previsión legislativa sigue siendo de aplicación.

bo de prestaciones durante el recurso contra sentencia condenatoria por despido improcedente o nulo-. Por otro, y dada la nueva exigencia de un compromiso de actividad por parte del desempleado, se precisa que en la fecha de la solicitud de reanudación «se considerará reactivado» tal compromiso, salvo que, a lo visto discrecionalmente, la «Entidad Gestora exija la suscripción de un nuevo compromiso».

El régimen de extinción sufre tres modificaciones de diferente significado y alcance. La primera es eminentemente técnica y viene exigida por razones de ajuste normativo. Así, la letra c) del apartado 1 vuelve a recurrir a la técnica de remisión a otro cuerpo legislativo competente por razón de la materia, en este caso el nuevo régimen de sanciones introducido en el TRLISOS <sup>18</sup>.

La segunda modificación tiene bastante más calado desde un punto de vista sustancial, si bien viene igualmente exigido por razones de coherencia con las principales razones que han impulsado la reforma. En efecto, se deroga la letra b) del artículo 213.1 LGSS, en la medida en que se ha pretendido revisar en profundidad el concepto de «oferta de empleo adecuada», según la redacción ahora derogada <sup>19</sup>. La tercera responde a esta misma lógica, y se concreta en la derogación del apartado 2 del artículo 213 LGSS –*vid. disp. derog. Única letra a)*–, en el que se definía el concepto de «colocación adecuada», ahora recogido en el artículo 231.1 LGSS, dedicado a delimitar las obligaciones de trabajadores, solicitantes y beneficiarios de las prestaciones.

*c) El confuso tratamiento de los fijos discontinuos de periodicidad cierta: ¿reordenación o supresión del derecho?*

La ordenación socio-laboral de la figura contractual que formaliza la relación de trabajo de los fijos discontinuos viene deparándonos sorpresa tras sorpresa, especialmente desde 1999 (art. 19.2 Ley 55/1999), cuando resurgen en sede legal las «tesis autonomistas» de este tipo contractual respecto del contrato a tiempo parcial, empeñadas en mantener y fomentar para los fijos discontinuos un marco regulador propio y específico. Consecuentemente, a la tradicional confusión de fronteras entre el empleo «fijo y discontinuo» y el «empleo eventual», fácilmente diferenciables en su concepto pero mucho más difícil en la práctica <sup>20</sup>, se sumaba la delimitación entre el contrato de trabajo a tiempo parcial, y su modalidad de fijo discontinuo regular o cíclico, y el contrato de trabajo fijo discontinuo no cíclico.

<sup>18</sup> Mientras que la anterior redacción configuraba como supuesto determinante de la extinción la condena a una sanción de esta naturaleza «en los términos previstos en el artículo 46 de la LISOS», la nueva formulación remite a «los términos previstos» en el nuevo régimen introducido en el TRLISOS (nuevo art. 47).

<sup>19</sup> Debe recordarse que quedaba sancionada no sólo la expresa negativa del trabajador a aceptar una oferta de trabajo adecuada, sino también aquellas conductas que, no constituyendo una negativa manifiesta, tiendan a crear un estado de ánimo que conduzca al empresario a desistir de la contratación. *Vid. STSJ Castilla-La Mancha, 24-11-2000.*

<sup>20</sup> Para un ejemplo reciente, y muy polémico, de las posibilidades prácticas de instrumentalizar el contrato eventual para satisfacer trabajos fijos discontinuos *vid. STS 17-12-2001 (contrato de trabajo a llamada)*, que declara su ilegalidad, si bien las dificultades se han puesto patentes con los votos particulares que han acompañado tanto a la doctrina de unificación como a la de suplicación casada.

Tanto el RD-Ley 5/2001 como, aún más, el RD-Ley 5/2002, han profundizado en esta deriva que, mejor antes que después, requerirá una revisión reflexionada y profunda. En efecto, el nuevo apartado 4 del artículo 208 LGSS precisa, de conformidad con la reforma introducida por el RD-Ley 5/2001, que estarán en situación legal de desempleo los «trabajadores *fijos de carácter discontinuo a los que se refiere el apartado 8 del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores*», siempre y cuando «*carezcan de ocupación efectiva, en los términos que se establezcan reglamentariamente*».

Como es sabido, la modalidad de trabajo fijo discontinuo a que se refiere el precepto estatutario al que remite la LGSS es aquella en la que las actividades, a diferencia de la modalidad recogida en el artículo 12.3 LET (fijos discontinuos de periodicidad cíclica o regular), «*no se repitan en fechas ciertas*», esto es, su periodicidad no sea cíclica sino irregular o incierta. La medida *específica* de protección por desempleo previsto para este colectivo, tan numeroso en nuestro país como conflictiva e inestable viene siendo su regulación, de forma indiferenciada para todas las modalidades que ahora, tras la reforma, quedaría restringida exclusivamente a la modalidad irregular, por tanto, excluyendo a la modalidad regular o de periodicidad cierta (han crecido en el último año casi un 15% según cifras manejadas recientemente por el Gobierno)<sup>21</sup>.

Sin duda estamos ante una consecuencia legal perversa de la confusa reforma introducida por aquel RD-Ley 5/2001 –luego confirmada por la Ley 12/2001–, tal y como ya advertíamos en el comentario al mismo, y supone uno de los cambios de más difícil entendimiento y menos justificación de cuantos incluye el RD-Ley 5/2002, hasta el punto de anunciarse ya contrarreformas, por parte incluso del propio Gobierno y también del Grupo Parlamentario Popular, en su tramitación como Proyecto de Ley. Su redacción es ciertamente equívoca y admite diferentes interpretaciones. Para los críticos de la reforma, la *tesis sindical*, su sentido y alcance no es más que el excluyente, por lo que a partir de la entrada en vigor *este colectivo se habría quedado lisa y llanamente sin protección*. Para los *promotores* de la misma, en cambio, en absoluto puede verse en tal reforma una privación de derechos *sino tan sólo una reordenación normativa de la acción protectora*, de modo que ahora la cobertura por desempleo de tal colectivo debe hacerse en los mismos términos que para los trabajadores a tiempo parcial.

A nuestro juicio, de prosperar la interpretación restrictiva, y a falta de la necesaria y urgente (contra)reforma de una redacción tan defectuosa técnicamente, la privación del derecho a prestaciones a los fijos discontinuos de periodicidad o campaña cierta, *ex artículo 12 LET*, además de inoportuna, carecería de justificación objetiva y razonable, por lo que sería de muy dudosa constitucionalidad. A este respecto, el artículo 12.4, en su letra d), formula con toda claridad que «*los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo*»<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> La norma que inauguró el proceso de reformas laborales 1994-1997, el RD-Ley 18/1993, abrió la posibilidad de su configuración, en la doble modalidad, como contrato a tiempo parcial –irregularidad de la distribución de jornada a lo largo del año–. En cambio, la tesis de la distinción entre el contrato fijo discontinuo y el contrato a tiempo parcial, en línea con la posición sindical –e incluso convencional– mayoritaria, aparece mayoritaria en la doctrina judicial –ej. STSJ Andalucía/Málaga, 11-10-2001–. La flexibilidad en el entendimiento de aquel contrato llega hasta el extremo de permitir, cuando así lo requiera la empresa, que «se puedan suceder varias campañas por acumulación de trabajo», *siempre que se realicen «tareas propias de la campaña, se trabaje o no todo el año»* (STS 8-7-1991).

<sup>22</sup> Para garantizar la efectividad de este derecho-principio constitucional introduce un mandato al legislador futuro para que, cuando «corresponda en atención a su naturaleza», tales derechos sean «*reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los Convenios Colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado*».

Por tanto, las tesis críticas, que niegan el derecho han de ser radicalmente descartadas, y sólo responden al cariz político-demagógico que ha asumido en gran medida el debate sobre la reforma, al estar privadas de consistencia argumental y chocar con principios y derechos fundamentales. Ahora bien, la tesis gubernamental, que redefine la protección desplazando la cobertura desde el ámbito específico del artículo 208.4 LGSS al ámbito genérico de los contratos a tiempo parcial, no termina de resolver el problema. Las singularidades del trabajo fijo discontinuo no pueden ser anuladas a estos efectos con su identificación *in toto* con el trabajo a tiempo parcial, al tiempo que es igualmente conocida la singularidad o especificidad de la protección por desempleo de esta figura contractual respecto al resto, lo que ha dado lugar a la previsión de reglas particulares —ej. cómputo de períodos de cotización, reglas de compatibilidad...—<sup>23</sup>.

A este respecto, el Gobierno-Legislador quizás ha pasado por alto un dato de la máxima importancia para delimitar correctamente el ámbito de cobertura en materia de prestación por desempleo: mientras que los tiempos de inactividad de los trabajadores a tiempo parcial pueden encontrar ubicación en alguno de los supuestos del artículo 208 LGSS, sin perjuicio de lo previsto a efectos de compatibilidad en el artículo 221.1 LGSS, no sucede lo mismo con el período de inactividad que incorpora, por definición, el trabajo fijo discontinuo, en la medida en que esta interrupción no conlleva la extinción del contrato sino la «suspensión» del mismo. Como es sabido, el artículo 208.2 LGSS, no modificado, no contempla como situación legal de desempleo más que la suspensión acordada «*en virtud de expediente de regulación de empleo*», descartando cualquier otro supuesto que implique voluntariedad, por lo que en principio quedaría descartado, en una interpretación literal, el supuesto de los fijos con actividad periódica o intermitente cierta<sup>24</sup>.

Por lo tanto, si se quiere salvar no ya la deficiente regulación actual sino su inconstitucionalidad, *ex* artículo 14 CE, una de dos: o se estima que los fijos discontinuos, *ex* artículo 12.3 LET, tienen derecho a la prestación por desempleo en virtud de una interpretación analógica del artículo 208.3 LGSS, pues la suspensión no obedece a la libertad de acuerdos sino a una situación objetiva, derivada de la propia actividad, o se procede a una interpretación correctora del artículo 208.4 LGSS, que permita la inclusión de ambas modalidades de fijos discontinuos, pues a efectos de protección por desempleo no habría diferencias de relieve entre una y otra, aunque contractualmente tengan una regulación diferenciada en el Estatuto de los Trabajadores. Quizás la primera opción es la más correcta a tenor de la situación incierta creada por la reforma, pero en un plano sustancial es la segunda la que debería prosperar, pues no tiene razón de ser esta diferenciación resultante del tenor literal del artículo 208.4 LGSS en materia de desempleo.

<sup>23</sup> Como prueba la polémica en torno a la vigencia o no del artículo 3.4 RD 625/1985, cuya singularidad pareció ser respetada por la reforma del contrato a tiempo parcial en 1998. Contra DESDENTADO BONETE, A-MERCADER UGUINA, J.R. «Nuevo régimen del contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos laborales y de Seguridad Social». *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2000. La problemática de esta figura a efectos de desempleo aparece, por ejemplo, en *STS 13-5-2002*, *rud*, respecto al cómputo de los períodos de cotización.

<sup>24</sup> La suspensión del contrato del trabajador fijo-discontinuo, cualquiera que sea su modalidad, implica su tratamiento como tal a todos los efectos. *Vid.* *STSJ Canarias*, 21-7-1998.

d) *La dualización del sistema protector: la nueva prestación por desempleo para los trabajadores eventuales del REASS.*

Cualquier operador, analista o estudioso del Derecho del Empleo, y del Derecho Social en general, si se le pregunta «fuera de cámara» sobre la necesidad y conveniencia de reformar el actual régimen de protección social de los trabajadores agrarios por cuenta ajena, respondería, con toda seguridad, afirmativamente. Este sistema, que ahora se mantiene en parte, no sólo nació con notables carencias técnico-jurídicas, sino que ha evidenciado, junto con aspectos positivos innegables en el contexto en que se enmarca, prácticas anómalas, al tiempo que desde su mismo origen estaba presidido por una vocación de transitoriedad o provisionalidad <sup>25</sup>.

Pues bien, el RD-Ley 5/2002, casi 20 años después, parece dispuesto a dar un paso adelante e implantar, por fin, un sistema contributivo para los trabajadores eventuales agrarios, tal y como se concreta en el Capítulo III. La actualización de aquella histórica previsión no es completa, porque no afecta a todos los trabajadores eventuales incluidos en el REASS. Han quedado fuera de su ámbito, sin duda como consecuencia de la presión social, los desempleados beneficiarios del subsidio por desempleo en los tres años anteriores a la entrada en vigor de la nueva prestación (art. 3 RD-Ley 5/2002). Con esta típica «norma social de transacción» se ha producido, sin embargo, una dualización del colectivo a efectos de protección, si bien, en principio, nuevamente con carácter transitorio o provisional, porque uno de ellos, el de la protección asistencial, es declarado «a extinguir».

Ambas regulaciones han sido objeto de una crítica especialmente virulenta, hasta el punto que están en la base del seguimiento mayor que la huelga general, «guerra de cifras» al margen, ha tenido en Andalucía, una de las zonas, junto con Extremadura, más afectadas por el cambio. Analizaremos la situación en que queda el régimen de subsidio especial agrario al abordar el nivel asistencial, al que técnicamente pertenece, centrándonos ahora en comentar sucintamente las principales características de la nueva «prestación por desempleo de nivel contributivo» que se crea para los trabajadores eventuales del REASS <sup>26</sup>.

En línea de principio, con esta nueva prestación se perseguirían dos objetivos de mejora del sistema. Por un lado, una ampliación del ámbito subjetivo por razones territoriales, pues hasta ahora la protección del subsidio se limitaba, como se sabe a Andalucía y Extremadura –la constitucionalidad de esta diferencia se declaró en STCo. 90/1989, de 19 de mayo–. Por otro, una mejora de la

<sup>25</sup> El rechazo del RD 3237/1983, de 28 de diciembre, que creó el subsidio por desempleo a favor de los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social (REASS), a una prestación contributiva no se hacía por razones conceptuales sino por razones coyunturales. En este sentido, su propia EM abría la vía para que, en un futuro, que no marcaba, se pudiera plantear una protección de este tipo, que ahora se descartaba por su intención de limitarse a crear o proteger un «estatuto de presente» para este nutrido colectivo.

<sup>26</sup> La principal razón de ser de esta reforma coincide, por tanto, con el objetivo global perseguido por el RD-Ley: incentivar a todos los desempleados a buscar activamente empleo, vinculando la protección por desempleo con el empleo, lo que no sucedía antes, pues declarar 35 peonadas, 100 o más no daba derecho más que a la protección fija de 180 días, sin que cambiara el período y la cuantía. Lo que ahora se quería evitar. La idea es impecable, su realización y realismo en este sector es más conflictivo.

cobertura objetiva, al plantear una aproximación progresiva al RGSS, de modo que se incentive una auténtica «carrera de seguro», al objeto de mejorar la cuantía y duración de la prestación en atención al incremento de períodos cotizados. A tales efectos, se ha pretendido eliminar las restricciones antes existentes tanto por razón del territorio de empleo como por el tipo de contrato (eliminación de barreras geográficas y funcionales) –*vid.* art. 4.5 RD-Ley 5/2002–<sup>27</sup>.

Ahora bien, la situación de mejora no es tan lineal como parece de esta presentación, pues una lectura atenta del régimen evidencia algunas dificultades y contradicciones que están en la base de la crítica sindical a esta regulación. Así, por cuanto concierne al ámbito subjetivo, conviene precisar que contiene algunas **exclusiones**, con lo que insiste en la dualización o segmentación de protecciones antes evidenciada en relación al régimen asistencial –exclusiones por razones de parentesco *ex art.* 4.1.2 a); exclusiones de los trabajadores fijos *ex art.* 4.4– y **restricciones** «en el acceso a la protección por desempleo de determinados colectivos». En este último caso, se habilita al Gobierno de nuevo para establecerlas a discrecionalidad, así como para «*exigir una declaración de actividad previa al pago de las prestaciones*» y, cómo no, de nuevo «*para modificar la escala que fija la duración de la prestación contributiva*»<sup>28</sup>.

En relación al ámbito objetivo de cobertura, los desajustes y efectos diferenciadores también están presentes, como por ejemplo en lo relativo a la escala fijada para determinar la duración de la prestación por desempleo [art. 4.1.2 b)]. Así, mientras que para el resto de trabajadores amparados por la contingencia la duración comienza con 120 días (art. 210 LGSS), por un período cotizado de 360 hasta 539 días, para los eventuales agrarios para igual período de carencia se les abonará sólo 90 días, con lo que el «decremento» o disminución es nada más y nada menos que de 1 mes. Los efectos diferenciadores o desigualadores se intensifican si anteriormente el beneficiario figuraba en el RETA, pues en este caso se duplica el período mínimo de ocupación cotizada (720 días), con lo que se les veda el primer y segundo tramo de la escala<sup>29</sup>.

Un nuevo factor dualizador puede derivarse del apartado 5 del artículo 4 RD-Ley 5/2002. A su tenor, para cubrir el período de carencia se computan todos los períodos de ocupación cotizada, ya sea en el Régimen Especial ya en cualquiera de los Regímenes que tengan previsto cotizar por la contingencia de desempleo. Ahora bien, si el período de ocupación cotizada, en su mayor porcentaje, deriva de cuotas efectuadas en otros Regímenes que no sea el Agrario, las prestaciones se otorgan conforme a lo establecido en el Título III de la LGSS. Lo que quiere decir que los tramos

<sup>27</sup> El establecimiento de un *sistema de cotización obligatoria* para todo el territorio, incluido por supuesto Extremadura y Andalucía, parte de la inclusión también como períodos cotizados de actividades en otros sectores productivos –ej. construcción, hostelería, servicios–, pues de otra manera en ciertas zonas la posibilidad de esta «carrera de seguro» sería lisa y llanamente irreal.

<sup>28</sup> El grupo de trabajadores eventuales afectados presumiblemente se nutrirá de personas que, como ya sucede ahora, no persiguen tanto el acceso a la prestación sino a otro tipo de protección, bien pensiones de IT o vejez. No obstante, el endurecimiento de los requisitos relativos al compromiso de actividad, así como la mejora prometida de la prestación, quizás permita invertir algo la tendencia, incluso variarla.

<sup>29</sup> A falta de precisión de la norma habrá que entender incluidos tanto los autónomos del sector de la agricultura como los de otros sectores, máxime si se tiene en cuenta la finalidad «equiparadora» del RD-Ley, intentando acabar con diferencias precedentes por razón del sector, aunque con no demasiada fortuna.

de acceso y duración han de ser los del artículo 210 y no los del artículo 4 RD-Ley, por lo que las bases de cotización se calcularán sobre salarios reales y no sobre jornadas reales, al menos en su mayor proporción. Consecuentemente, la prestación será más duradera y de mayor cuantía que si el período de ocupación cotizado, en su mayor porcentaje, deriva de cuotas provenientes del REASS, en cuyo caso la disposición especial del RD-Ley 5/2002 será de ineludible aplicación <sup>30</sup>.

*La base de cotización* por desempleo se hará conforme a «jornadas reales», con lo que el efecto inmediato es que la percepción futura de la prestación será de cuantía inferior a la que correspondería si se hubiere cotizado por «salarios reales». El tipo de cotización y su distribución será el que se fije específicamente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para los eventuales. En cambio, las cuotas a ingresar, por empresario y trabajador, se beneficiarán de una escala de reducciones decrecientes hasta llegar a cero reducción en el 2007 [art. 4.1 a)] <sup>31</sup>.

Aunque no aparece estrictamente en el RD-Ley cabe mencionar, porque es plenamente coherente con algunas finalidades perseguidas por éste al regular esta nueva prestación contributiva, la *obligación a cargo del empresario de comunicar, con carácter previo al inicio de la actividad, las altas en la Seguridad Social de los trabajadores agrarios*, así como las vicisitudes posteriores de la situación de cada trabajador a estos efectos. Esta medida, prevista en el referido RD 459/2002, de 24 de mayo, pretende mejorar el mecanismo actual de control de las altas, bajas y cotización respecto a los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el REASS, facilitando igualmente la gestión global de las relaciones de Seguridad Social en este sector.

Sin embargo supone una «homologación» de las empresas agrarias al resto de empresas que actúan en el RGSS nada fácil de asimilar, al menos en un buen número de casos, por lo que generará algunos problemas en su dinámica aplicativa. Consciente de ello el Gobierno, y aunque es cierto que el actual sistema ya permitía esta aproximación, incluso en algunos casos así se venía exigiendo o funcionando, ha establecido un plazo de *vacatio legis* de más de 5 meses, de modo que entrará en vigor formalmente el 1 de noviembre de 2002. Aunque esta norma viene a «arropar», consolidar y actualizar la reforma prevista por el RD-Ley en este punto, sin embargo, no resuelve algunos importantes problemas de organización y gestión del sistema <sup>32</sup>.

<sup>30</sup> En todo caso, lo que parece cierto es que cuando provengan las cotizaciones de estos otros Regímenes no será posible mantener los requisitos de habitualidad y medio fundamental de vida (profesionalidad), pero ello no debe llevar a la conclusión, falsa obviamente, de que puedan ser por ello excluidos del Censo agrario, pues el RD-Ley justamente persigue lo contrario: romper las barreras sectoriales y crear una única carrera de seguro que permita el acceso a la prestación contributiva.

<sup>31</sup> La regulación, aparentemente sencilla, no deja de plantear algunos problemas operativos. Por un lado, nos parece que hubiese sido más adecuado realizar la escala sobre los tipos y sobre las bases de cotización, no sobre la cuota. Por otro lado, nos parece que tal escala, según la actual redacción de la norma, sólo operará cuando la base esté constituida por jornadas reales no en otro caso. Finalmente, tampoco se despeja una cuestión de gran importancia, cual es la posibilidad de aplicar tal escala a los supuestos de descubierto. Para nosotros la respuesta debería ser positiva o afirmativa, al menos como regla general, porque la norma omite la referencia a «período hábil», al tiempo que penalizaciones de este tipo sólo están previstas para subvenciones o bonificaciones, y en cualquier caso puede ser una vía para normalizar estas situaciones. La cuestión, no obstante, no es fácil.

<sup>32</sup> Como por ejemplo la necesaria, y pendiente, clarificación del Censo agrario actual, pues cualquier medida que se adopte al margen de esta tarea será distorsionadora para el propio modelo.

Pero sin duda uno de los mayores temores en el funcionamiento de esta novedosa prestación, de significado y alcance ambivalente como hemos visto y que adolece de ciertas disfuncionalidades técnicas, es la situación que generaría la temida caída en la inactividad, frecuente en este sector. Optimizando el funcionamiento del mercado de trabajo para este colectivo, finalidad esencial de la reforma según confiesa el Gobierno y buscan algunas medidas propuestas –no todas, ni todas con el mismo éxito potencial, ni la misma sinceridad–, la experiencia nos dice que quizás puedan conseguirse, de media, entre 175 y 200 jornales anuales, con lo que las expectativas de una prestación «suficiente», *ex* artículo 41 CE, quedan en incertidumbre notable.

Quizás el propio Gobierno, que tiene más experiencia, ha previsto esta situación y por eso ha introducido una suerte de *cláusula de garantía* para impedir efectos distorsionadores o excesivamente perjudiciales para el colectivo que dice querer proteger. Adquiere, pues, pleno sentido aquella habilitación al Gobierno, que nosotros hemos criticado por razones de técnica jurídica –inseguridad o incertidumbre sobre la norma realmente aplicable o el régimen vigente– pero que bien puede adquirir su sentido por razones de política jurídica, para modificar la escala de acceso y duración de la prestación así como «*para extender la protección asistencial a los trabajadores, en función de la tasa de desempleo y la situación financiera del sistema*»<sup>33</sup>.

## 2. Las reformas en el nivel asistencial de la prestación por desempleo.

### a) Beneficiarios del subsidio por desempleo: reordenaciones y exclusiones.

A diferencia de lo afirmado respecto al nivel contributivo, entendemos que el RD-Ley 5/2002 sí ha introducido importantes modificaciones en el régimen asistencial de la protección económica por desempleo, que tiene significativas consecuencias en la delimitación de su ámbito subjetivo de cobertura, donde no sólo produce efectos reestructuradores o reordenadores sino directamente excluyentes. Aunque el debate político, sindical, social y mediático se ha centrado prácticamente de forma exclusiva en los trabajadores beneficiarios del régimen especial de subsidios previsto para los agricultores andaluces y extremeños (RD 5/1997, de 10 de enero), lo que con toda seguridad está en la base de la norma transaccional resultante –mantenimiento en lo sustancial del derecho a los ya beneficiarios y supresión *ad futurum*–, la reforma ha afectado a otros colectivos y a otros aspectos de este ámbito de cobertura que asumen un relieve particular, con efectos en algunos casos que pueden ser muy problemáticos. Analizaremos en los siguientes apartados todos estos cambios y dedicaremos un tratamiento singularizado a la situación ahora vigente del régimen especial del subsidio agrario arriba referido, en los términos en que ha quedado en el artículo 3 del RD-Ley 5/2002 y su disposición adicional cuarta.

<sup>33</sup> Claro que, de sistematizarse esta situación de disponibilidad, habría que preguntarse por el sentido de este viaje de retorno al punto de partida: la asistencialización. Confiamos en que la situación del mercado de trabajo, en esta época de incertidumbre, no nos lleve a recordar al Gobierno que para este «viaje no se necesitaban alforjas» –que le ha costado incluso la precipitación de una huelga general, por otro lado ya anunciada, que nadie se engañe–.

Por lo que refiere al artículo 215 LGSS encontramos dos modificaciones de gran interés. Una en relación al *ámbito subjetivo* y otra, quizás más importante, en relación al *requisito de carencia de rentas*. Si la primera puede entenderse como una medida de signo *restrictivo*, en cuanto reduce el ámbito de cobertura del subsidio para los trabajadores españoles retornados, la segunda es *claramente excluyente*, por cuanto amplía extraordinariamente el concepto de renta computable a los efectos de determinar la situación de necesidad del potencial beneficiario del subsidio (asistencial) por desempleo. Ambas medidas no carecerán, como veremos, de una cierta racionalidad conceptual, normativa y social <sup>34</sup>.

- Reordenación de la protección de los emigrantes retornados.

Por lo que respecta a la modificación de la letra c) del número 1 del apartado 1 del artículo 215 LGSS, relativo a los **trabajadores emigrantes retornados**, tres son los cambios introducidos, cuyo alcance nuevamente es desigual, pues mientras uno se revela eminentemente como mejora técnica los otros expresan una clara finalidad restrictiva del acceso al derecho. El primero se concreta en la adjetivación del sujeto beneficiario como español: explicita que debe tratarse de un «trabajador *español* emigrante retornado».

El segundo cambio afecta a la circunscripción del ámbito territorial incluido en el presupuesto de hecho de la norma. Así, mientras en la anterior redacción el precepto abarcaba al trabajador emigrante retornado desde cualquier punto geográfico no español, esto es, «del extranjero» en general, ahora se precisa que sólo serán beneficiarios los retornados «*de países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo, o con los que no exista Convenio sobre protección por desempleo*». Esta reforma tiene un sentido eminentemente racionalizador o reordenador desde el punto de vista normativo, en cuanto que se habría pretendido respetar más adecuadamente el sistema de fuentes, dejando fuera de la regulación interna situaciones que se regulan ya bien por el Derecho Comunitario bien por el Derecho Internacional Bilateral, tal y como ilustra la nueva disposición adicional trigésima tercera introducida en la LGSS por el punto 11 del artículo primero del RD-Ley 5/2002.

El tercer cambio es claramente de signo restrictivo, en la medida en que pasa de exigir «*6 meses*» de trabajo en el extranjero «desde su última salida de España» a requerir, como mínimo, «*12 meses en los últimos 6 años*» en dichos países desde su última salida de España. A nuestro juicio, la limitación del acceso al derecho es doble: primero porque se establece un arco o período de tiempo determinado en el que computar el período de prestación profesional exigible, con lo que se excluiría del

<sup>34</sup> Muchas cuestiones de racionalidad técnica han quedado pendientes. Por ejemplo, no se ha aprovechado la reforma para resolver el problema que evidenciaba el intento de coordinación y perfeccionamiento de la doctrina fijada en las SsTS 27-2-1997 y 8-7-1998, en relación a la interpretación de ajuste que salve la contradicción existente entre la norma legal –inscripción como demandante de empleo durante el plazo de 1 mes, *ex art. 215.1 LGSS*– y la reglamentaria –inscripción ininterrumpida desde la situación legal de desempleo hasta la solicitud–, que no está encontrando un seguimiento por igual en todos los TTSSJ. En esta dirección SsTS 30-4-2001 y 17-4-2000, que casi anulan el criterio reglamentario, porque lo hace inoperante. Sin embargo, la STSJ Andalucía/Granada 22-11-2001, aun reconociendo la interpretación flexible, considera lícito presumir la voluntad de acceder al mercado de trabajo en atención sólo y exclusivamente al dato cuantitativo, lo que precisamente rechaza la doctrina del TS.

subsidio a quienes no hubiesen trabajado en los últimos 6 años en tales países, lo que antes no sucedía; segundo porque se duplica el período de prestación requerido, que pasa de 6 meses a un año.

Quizás pueda pensarse que la reforma es plenamente coherente con la nueva concepción del desempleado que formaliza la reforma: una persona que en los últimos 6 años no haya trabajado por lo menos un año no tendría realmente voluntad de incorporarse al mercado de trabajo ya, por lo que tampoco merecería (*sic*) una ayuda solidaria del Estado en términos de subsidio especial por fomento de retorno de los emigrantes españoles <sup>35</sup>. El objetivo principal perseguido ha sido, sin embargo, reestructurar el sistema de protección, de modo que estos colectivos *dejan de tener un derecho* en sentido estricto a acceder al subsidio para convertirse en sujetos potencialmente beneficiarios de la «ayuda» consistente en la «renta activa de inserción» (*vid.* disp. adic. primera). En este supuesto, como en otros (prejubilados), adquiere credibilidad la tesis sindical que descalifica la reforma, si bien con carácter general, por pretender un cambio de naturaleza jurídica del entero sistema de protección por desempleo: de titulares de derechos (técnica de la prestación de Seguridad Social) a beneficiarios de ayudas discrecionales (técnica de ayuda social).

- El nuevo concepto de renta computable a los efectos de acceso al subsidio: el retorno del umbral de pobreza.

Mucho más radical nos parece la reforma introducida en el apartado 3 *del artículo 215 LGSS*. Ilustra de modo ejemplar un conocido fenómeno, típico de las últimas reformas de la legislación de Seguridad Social: la reacción legislativa frente a una jurisprudencia que se estima contraria o gravosa para los intereses de reducción del gasto público. En efecto, tras una amplísima polémica judicial, expresada en las disparidades de doctrinas fijadas en suplicación, el TS, en unificación de doctrina, parecía haberse decantado ya «definitivamente» por un concepto muy restrictivo, de corte radicalmente iusprivatista, de «renta», según el requisito recogido como presupuesto para el acceso al subsidio en el artículo 215.1.1 LGSS.

Como es sabido, uno de los requisitos exigidos por este precepto legal para acceder al subsidio, cualquiera que sea su modalidad, es carecer de «rentas de cualquier naturaleza» superiores, en cómputo mensual, al 75 por 100 del SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. Entre los problemas aplicativos que viene suscitando este presupuesto legal de acceso al derecho, sin duda la interpretación de lo que deba entenderse por renta ha sido la más conflictiva. La adjetivación legal como «de cualquier naturaleza», que hacía esperar un entendimiento amplio, no ha impedido, sin embargo, la consolidación de una interpretación claramente *pro beneficiario*.

De este modo, rechazando expresamente cualquier interferencia a estos efectos de los conceptos iustributaristas como criterios de integración de lo que se consideraba una laguna del ordenamiento de la Seguridad Social, y amparándose en la desnaturalización del carácter asistencialista

<sup>35</sup> Como es lógico, esta previsión sólo se aplicará a las solicitudes del subsidio por desempleo que se presenten a partir de la entrada en vigor del RD-Ley [letra b) de la disp. final segunda].

del subsidio, la jurisprudencia habría flexibilizado el presupuesto legal. Hasta tal extremo que incluso se reconocía con cierta frecuencia el subsidio a personas con un significativo «patrimonio personal» pero que, en cambio, carecían de rentas periódicas o efectivamente productivas <sup>36</sup>.

Pues bien, el legislador ha aprovechado la reforma para introducir un giro radical en esta situación, recibiendo legalmente las reglas judicialmente afirmadas que le interesan a la Administración y corrigiendo las que le son contrarias. De nuevo, una mejora técnica –garantía de certeza jurídica en la delimitación de los conceptos legales– se torna una pretensión de doble alcance restrictivo: uno conceptual –la asistencialización máxima del subsidio–, otro económico-financiero –racionalizar el gasto público, excluyendo a ciertos sujetos potencialmente beneficiarios, del acceso al derecho–. Por tanto, se habría buscado recuperar una dimensión genuinamente asistencialista del subsidio, el manido concepto de «umbral de pobreza», lo que por otro lado expresa nuevamente la más general política del derecho que inspira las últimas reformas de la Seguridad Social <sup>37</sup>.

En este sentido, a partir de ahora se considerarán como rentas o *ingresos computables*:

- a) «*Cualesquiera bienes, derechos o rendimientos de que disponga o pueda disponer el desempleado derivados del trabajo, del capital mobiliario o inmobiliario, de las actividades económicas y los de naturaleza prestacional, salvo las asignaciones de la Seguridad Social por hijos a cargo*».
- b) «*También se considerarán rentas las plusvalías o ganancias patrimoniales, así como los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio, aplicando a su valor el 50 por 100 del tipo de interés legal del dinero vigente, con la excepción de la vivienda habitualmente ocupada por el trabajador y su familia y de los bienes cuyas rentas hayan sido computadas, todo ello en los términos que se establezcan reglamentariamente*» <sup>38</sup>.

A la vista de esta amplia delimitación legislativa es claro que sigue diferenciándose la noción estricta de «patrimonio» respecto de la de «renta», pero no menos cierto es que se introducen impor-

<sup>36</sup> La evolución convergente de la doctrina judicial y jurisprudencia, no obstante los matices diferenciales, se haría sobre un doble criterio: *irrelevancia del patrimonio monetario improductivo*, por muy elevado que éste sea –ej. *SsTSJ Cantabria de 24-3-1998* (que constató un patrimonio de 32 millones de pesetas), *16-3-2000* (considera los incrementos obtenidos con los fondos de inversión como no computables al no presentar la condición de periódicos, pues su percepción es por una sola vez)–, por un lado, aplicación del juicio de valoración de la inversión realizada conforme al *parámetro de la diligencia del buen padre de familia* o la prudencia del pequeño inversor, por otro. Ahora se introduce, como veremos, un *criterio de rendimiento estimativo* al objeto de introducir certeza, pero por su rigidez puede producir situaciones disfuncionales o, al menos, inequitativas. La enorme amplitud del margen de maniobra para fijar el concepto de capacidad económica de la persona a efectos de lucrar el derecho al subsidio asistencial de desempleo, antes de la reforma, en *STS 9-4-2001*.

<sup>37</sup> Critican, con buenos argumentos, este argumento del umbral de pobreza las *SsTTSSJ País Vasco 14-7-2000* y *Cantabria 24-3-1998*.

<sup>38</sup> Para ver el alcance corrector de situaciones anteriores puede contrastarse este apartado con sentencias como la *STS 31-5-1999* que expresamente había rechazado considerar como renta computable, a estos efectos, la diferencia entre el precio de adquisición y el de enajenación de un bien.

tantes matizaciones en orden a incluir conceptos que no expresan capacidad económica efectiva o real sino «deducible» o estimativa, con lo que las dificultades de acceso al subsidio para un número significativo de personas serán notablemente superiores, como advertimos. Así, por ser favorable para el interés de la Entidad Gestora de optimizar de forma eficiente sus recursos, se recoge la doctrina judicial de suplicación que integra en el concepto de renta no sólo las realmente devengadas sino las que «razonablemente se pueden obtener» («pueda disponer el desempleado»).

De este modo, se traslada al solicitante de la prestación la carga de acreditar que determinadas propiedades no son susceptibles de generar rentas periódicas, por mínimas que sean. No se ha recogido, en cambio, el *test de razonabilidad*, que ha sido clave en la doctrina judicial <sup>39</sup>.

Para evitar los problemas interpretativos generados en la doctrina judicial respecto al concepto de rentas «que razonablemente se puedan obtener», que acudió a conceptos tales como el de *diligencia económica de la inversión* –para unos *rendimiento normal estimado*, al margen de la voluntad de su titular y del éxito efectivo de la inversión (SsTSJ Madrid 15-4 y 21-9-1999); para otros atento al resultado patrimonial obtenido realmente y no el eventualmente alcanzable con una inversión óptima (SsTSJ Cantabria 29-3-1999, País Vasco 14-7-2000, esta última sobre efectos de los fondos de inversión con resultado negativo)–, la reforma introduce un criterio de cálculo estimativo, para lo que aplica al montante patrimonial el 50 por 100 del interés legal del dinero. En esta operación algunos bienes quedan descartados, especialmente la vivienda habitual y aquellos bienes que ya han computado al producir rentas periódicas o ganancias incluidas dentro del concepto legal <sup>40</sup>.

La amplitud con que se recoge el concepto de renta, que incluye no sólo los rendimientos propiamente derivados del patrimonio en sentido amplio sino las ganancias patrimoniales o plusvalías y rendimientos estimados, lleva a considerar recogidas en el nuevo y «generoso» concepto legal las rentas irregulares o no periódicas, acabando de esta forma con la polémica judicial abierta a estos efectos <sup>41</sup>. El legislador, sin embargo, consciente del alcance profundo de esta reforma remite a un futuro desarrollo reglamentario, según una opción de técnica legislativa igualmente presente de forma general en esta norma y, más ampliamente, en las últimas reformas orientadas por razones de polí-

<sup>39</sup> La STSJ Cataluña 17-1-2001 excluyó la consideración de los rendimientos producidos por la transmisión de capital mobiliario –acciones y otros títulos valores–; la STSJ Madrid 18-1-2001 incluyó a una persona que poseía un capital mobiliario de 10 millones de pesetas, si bien la inversión del mismo generó en el año considerado pérdidas; la STSJ Castilla-La Mancha 29-1-2001 descartó la consideración como renta de ingresos obtenidos por la sustitución de un bien (inmueble) por otro (mueble).

<sup>40</sup> De ahí que la eventual pérdida de recursos ha de ser ajena a la voluntad del solicitante, pues en caso contrario «se primaría a quien se desembaraza real o ficticiamente de su patrimonio para acceder a la prestación frente al que prudente y provechosamente lo administra y obtiene rentas que le privan de la ayuda asistencial». *Vid.* STSJ Madrid 31-1-1997.

<sup>41</sup> A favor de la inclusión STSJ Cataluña 24-1-2001, con cita de SsTS 13-5-1997 y 27-1-2000. Contra STSJ Aragón 26-2-2001, y Castilla-León/Burgos, 3-4-2000, con cita de la STS 31-5-1999, ésta sobre la renta irregular procedente de la venta de un bien inmueble. Más conflictivo es delimitar si el concepto legal incorpora, entre los derechos computables, el reconocimiento de pensiones compensatorias y/o alimentarias en el ámbito de los procesos civiles de separación o divorcio, cuando tales pensiones no se pagan efectivamente. La doctrina judicial entendió que no bastaba con el simple impago de la pensión, sino que se exige instar diligentemente el abono forzoso, aunque sin resultado positivo (*vid.* STSJ Castilla-La Mancha 22-2-2001). La indeterminación del inciso final, relativo a «derechos prestacionales», salvo aquellas prestaciones por hijos a cargo de la Seguridad Social, genera muchas dudas sobre su inclusión.

tica de empleo, incluida por supuesto la realizada por el RD-Ley 5/2001. Aunque este favor por la técnica de la remisión legal al reglamento está presente en las leyes elaboradas directamente por el Parlamento, no cabe duda que tiene lugar con mayor intensidad cuando es el propio Gobierno el que recurre a su potestad legislativa, mediante el (ab)uso de Decretos-Leyes, lo que de nuevo abre notables interrogantes para la certeza jurídica del beneficiario que tanto se dice perseguir <sup>42</sup>.

- Exclusión *ad futurum* de los prejubilados del subsidio por desempleo.

No satisfecho con esta interpretación amplia, aún considera el legislador que hay que computar como renta «*el importe de la indemnización por extinción del contrato de trabajo, así como los frutos, rendimientos, intereses o plusvalías derivados de dicha indemnización, sea cual sea la periodicidad de su percepción o forma de pago, y ya se perciban, directamente del empresario o de Organismos o Administraciones Públicas como complemento o en sustitución de aquéllas, o a través de entidades financieras, aseguradoras o crediticias por cuenta de las empresas, Organismos o Administraciones Públicas cuando respondan del cumplimiento del pago de la indemnización*». Consciente el Gobierno de los efectos negativos que esta previsión puede conllevar, la *disposición transitoria tercera* del RD-Ley 5/2002 excluye del cómputo, a estos efectos de reconocimiento del subsidio, las indemnizaciones derivadas de expedientes de regulación de empleo, si bien lo hace sólo en relación a los iniciados antes de la entrada en vigor de este RD-Ley <sup>43</sup>.

Esto quiere decir que, a partir del 26-5-2002, la nueva regulación del artículo 215.3 LGSS adquiere plena vigencia, por lo que sus efectos excluyentes sobre determinados colectivos se hará bien evidente, como por ejemplo *los trabajadores prejubilados del subsidio para mayores de 52 años*, al computar a partir de tal momento como renta la indemnización por pérdida del empleo. No obstante el nuevo régimen de compatibilidad del subsidio por desempleo de estos trabajadores con el trabajo por cuenta ajena, según una regla deslegalizadora del mismo prevista en la disposición transitoria quinta, que pretende *favorecer el acceso al empleo* de estos colectivos, de gran importancia cuantitativa y cualitativa en nuestro mercado de trabajo, este aspecto de la reforma ha sido objeto de foribundas críticas igualmente por parte de los sindicatos.

El rechazo se debe a razones técnicas, en cuanto se incluyen como renta computable a efectos del subsidio percepciones excluidas del concepto de renta gravable a efectos tributarios. Pero también lo es por razones político-jurídicas, por cuanto supone proyectar la nueva concepción protectora frente al desempleo, que prima la empleabilidad sobre la garantía de rentas, a un colectivo

<sup>42</sup> Varios e importantes son los problemas de ordenación técnica que han quedado pendientes. Así, de gran importancia el problema relativo a determinar el concepto de «ganancialidad» para fijar la forma de computar los ingresos o rentas incluidos en el régimen económico-matrimonial ordenado conforme a esta modalidad. El legislador no ha aprovechado para resolver estos problemas técnicos, pese a la inexistencia de unidad de criterio (STSJ Castilla-León/Valladolid, 22-1-2001).

<sup>43</sup> Esta regla transitoria será igualmente de aplicación en los supuestos en que, por imperativo legal, las prestaciones o subsidios que procedan por la extinción de los contratos de trabajo a que se refiere el párrafo anterior «*se suspendan o se extingan por realizar el beneficiario un trabajo de duración, respectivamente, inferior a doce meses, o igual o superior a doce meses, según lo establecido en los artículos 212.1 d) y 213.1 del TRLGSS, cuando en este último caso se opte por la reapertura del derecho inicial*».

que tiene especiales dificultades de inserción dados los efectos excluyentes que sobre ellos proyecta la actual dinámica del mercado de trabajo y del sistema productivo.

Para el Gobierno, en cambio, esta medida se justificaría dentro del objetivo más global perseguido por la reforma de desincentivar mecanismos que favorezcan el acceso a prestaciones sociales cuando se puede acceder a un empleo, como sucedería respecto de los procesos de regulación de empleo. Se pretendería ahora corregir «de verdad» el uso y abuso que de estos mecanismos de reestructuración o modernización –y rejuvenecimiento– empresarial se ha venido haciendo en nuestro país. Por tanto la reforma caminaría en una dirección opuesta a la de aquellos que pretenden introducir en nuestro país una nueva prestación económica, ya recogida en otros países como Francia, para cubrir lo que sería la «*contingencia de prejubilación*».

El precepto precisa igualmente la *forma de cómputo*, distinguiendo si se trata de pago único o, en cambio, pago periódico. Así, 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. Si se percibe la indemnización periódicamente se computará, sin embargo, a prorrata mensual. Por lo que respecta a la *forma de acreditación* de este tipo de rentas, en algunos casos de difícil localización o identificación, la Entidad Gestora, «podrá exigir al trabajador una declaración de las mismas y, en su caso, la aportación de copia de las declaraciones tributarias presentadas».

Otros cambios, sin embargo, pretenden introducir una mayor seguridad jurídica en el régimen legal aplicable, recogiendo como norma legislativa lo que ya era una regla judicialmente afirmada y consolidada. Así, el punto 1 del apartado 3 del artículo 215 LGSS establece que:

*«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 de todas las modalidades del subsidio establecidas en el presente artículo. Si no se reúnen los requisitos, el trabajador sólo podrá obtener el reconocimiento de un derecho al subsidio cuando se encuentre de nuevo en alguna de las situaciones previstas en el apartado 1.1), 2), 3) y 4) de este artículo y reúna los requisitos exigidos».*

Consecuentemente, debe concurrir el presupuesto de carencia de rentas en cualquier fase en que se encuentre el derecho –nacimiento, disfrute, prórroga, reanudación, nuevo reconocimiento–. Asimismo, es absolutamente indiferente la fuente u origen de la renta –ej. público, privado, salarial, indemnizatorio...–.

Finalmente, introduce una precisión en orden a mejorar el régimen de transparencia de estas situaciones que faciliten la labor de la Administración de Seguridad Social. Así, se impone a la habitualmente resistente Administración Tributaria, celosa guardiana de los múltiples datos económicos que posee salvo para sus propios intereses recaudatorios, un expreso deber de cooperación en la facilitación de información para el reconocimiento y control de las prestaciones (disp. adic. segunda RD-Ley 5/2002).

*b) La dinámica del derecho al subsidio por desempleo.*

También exigida por motivos de coherencia o ajuste entre todas las normas que integran el sistema ordenador de la protección por desempleo, la regulación relativa a la dinámica del subsidio por desempleo experimenta algunos cambios en orden a garantizar la efectividad del objetivo perseguido globalmente por la reforma: transformar al «perceptor» de una prestación o subsidio de desempleo, ya sea contributiva o asistencial, en «buscador activo de empleo». En este sentido, dos son las modificaciones introducidas en el artículo 219.1 LGSS. A saber:

La primera se concreta en la eliminación de la salvedad prevista en la letra a) –nacimiento del derecho transcurrido el plazo de espera de 3 meses cuando se califique el despido como procedente–, relativa al subsidio reconocido a parados que se hallen en situación legal de desempleo pero no tengan derecho a la prestación contributiva por no haber cubierto el período mínimo de cotización (art. 215.1.2 LGSS). La supresión de este período de espera viene exigido por la propia configuración de la protección por desempleo como inmediata, esto es, nacida desde el mismo momento de la extinción del contrato, al margen de que se inste o no un recurso judicial, tal y como aparece para la prestación contributiva (art. 209.3 LGSS).

La segunda modificación pretende establecer igualmente para el nivel asistencial el «compromiso de actividad» exigido a cualquier perceptor de una prestación económica. De ahí que el último párrafo del artículo 219.1 LGSS vuelva a recordar, como ya lo hizo el artículo 209.1 LGSS, para el nacimiento, y el 212.3 LGSS, para la reanudación, que en la fecha de solicitud «se deberá suscribir el compromiso de actividad al que se refiere el artículo 231 de esta Ley».

*c) El subsidio especial de desempleo para los trabajadores eventuales del campo andaluz y extremeño: ¿el fin de una historia de peregrinaje?*

Al comentar las modificaciones introducidas por el Capítulo III del RD-Ley 5/2002 en materia de protección por desempleo para los trabajadores eventuales del campo, uno de los caballos de batalla de la oposición a la reforma, evidenciamos que con ésta se había producido una marcada dualización de sistemas protectores y, por tanto, de colectivos protegidos. A partir del 1-6-2002 nos encontraríamos un colectivo dividido entre aquellos que se suman o se ven afectados por el nuevo régimen contributivo, por un lado y, por otro, aquellos que habrían quedado al margen, en principio, de la hondanada reformista, manteniendo su derecho a seguir accediendo «al subsidio por desempleo establecido en el RD 5/1997, de 10 de enero» (art. 3 RD-Ley). De esta forma, y consecuencia, como se advirtió igualmente, del fuerte conflicto político y social generado con el anuncio de esta medida, los actuales beneficiarios habrían conseguido consolidar este derecho que, a partir de ahora, quedaría cerrado a nuevas incorporaciones <sup>44</sup>.

<sup>44</sup> Asimismo se mantendría el régimen especial de fomento de empleo –*vid.* RD 939/1997, de 20 de junio, prorrogado dos veces con posterioridad– conocido como AEPSA (Acuerdo Estatal para el Programa de Fomento Agrario) firmado por

Si bien podría pensarse que con esta norma transaccional, muy característica del Derecho Social, que tiene que moverse permanentemente en el equilibrio entre diferentes objetivos de política económica y social, aun a costa, como aquí sucede, de la coherencia del ordenamiento jurídico, es tranquilizadora, un análisis más detenido de la nueva regulación deja aflorar elementos importantes no ya sólo para la reflexión sino para la inquietud sobre su dinámica aplicativa *ad futurum*. La primera interrogante afecta a la propia veracidad de las razones alegadas para justificar la reforma, especialmente si se presenta en los términos de urgencia propios de un RD-Ley, por cuanto, según ya se advirtió igualmente, *¿es fiable o creíble una reforma que, presentada como absolutamente necesaria para corregir una inaceptable situación de fraude estructural, termina proponiendo la inmovilidad del régimen para los colectivos ya beneficiarios?*

Desde un punto de vista de coherencia normativa está claro que la norma es irracional, pues se tolera un comportamiento que se estima contrario a derecho, por fraudulento y/o «abusivo», sin embargo en el plano de la política social la cuestión adquiere otro cariz. En efecto, es innegable que las disfuncionalidades y fraudes que están en la base de la reforma han existido y siguen existiendo –incremento del número de beneficiarios cuando mejoran las expectativas de empleo, siendo mayor el crecimiento en las provincias con mayor incremento de empleo; multiplicación de colectivos que acceden al subsidio con un perfil que, en muchos casos, está muy alejado del que parece «lógico» (mujeres mayores de 40 años, estudiantes universitarios, abogados en ejercicio...), no en otros (emigrantes retornados por efecto de crisis industriales en otras Comunidades...); compraventa de jornadas y desviación de jornadas una vez conseguidas las 35 que aseguran el acceso...-. Ante esta larga lista de anomalías, no siempre fácil de probar para la Administración pero existente y conocida por todos, lo consecuente o congruente sería proponer la derogación del sistema y su modernización completa, atendiendo a las nuevas circunstancias socio-económicas, políticas e institucionales, lo que naturalmente exigiría una madurez y reflexión legislativa excluida de la técnica del RD-Ley, claro está.

No se ha optado por esa vía, sino por la continuidad, al menos en lo sustancial, pero intentando cerrar este «coladero» y congelar el crecimiento del gasto público. Naturalmente, hay que pensar que no sólo la presión político-social es la determinante de una norma *tan incoherente normativamente pero «correcta políticamente»*. En verdad, si el fraude está instalado en la misma estructura del sistema no es por pura «patología», sino que la anomalía es funcional social y económicamente

---

sindicatos y Gobierno en 1996, heredero del ya desaparecido «PER» (Plan de Empleo Rural), pese a que aún siga aludiéndose en el debate a esta denominación, y que a su vez sustituyó al más conocido y tradicional «empleo comunitario». Por esta vía de percepción de salarios la pretendida distorsión de las economías de los pueblos andaluces y extremeños, más renovadas de lo que algunos dirigentes políticos quieren hacer ver interesada y demagógicamente para justificar la crítica político-partidista a la reforma, no se producirá, al tiempo que continuará la generación de cotizaciones. Hacemos esta precisión no sólo por razones de clarificación del significado y alcance de la reforma, criticando lo que hay que criticar pero técnica no partidistamente, sino porque, lamentablemente, es habitual, incluso entre iniciados, confundir el «subsidio de desempleo para eventuales» y el plan especial de fomento del empleo agrario, reputados como instituciones sinónimas cuando no lo son, aunque exista conexión, pues es igualmente sabido que los períodos exigibles de cotización suelen derivar de trabajos realizados en actividades afectadas a tal empleo especial. En esta misma lógica de precisiones, comentar la igualmente persistente confusión entre trabajador «agrícola» –sólo cultivadores– y «trabajador agrario» –también trabajadores pecuarios y forestales–, hasta el punto de que ha habido que corregir el RD-Ley en este punto –pág. 18.786– (BOE 11-6-2002).

por otras razones, pues de lo contrario sería imposible explicar no ya la supervivencia de la prestación durante casi 20 años sino el continuo fracaso de los mecanismos de control ensayados en las sucesivas reformas (ej. obligación de los beneficiarios de declarar las jornadas realizadas dentro de los 8 días primeros del mes siguiente al de su realización).

Por tanto, no puede culpabilizarse de esta deficiente y anómala situación ni única ni globalmente a los perceptores, lo que sería inmoral, injusto e incorrecto. Son también los empresarios, como evidencia la multiplicación de prácticas conniventes, y la sociedad en general, los responsables de la situación. Ante este panorama quizás no haya quedado más remedio, a la espera de los resultados del nuevo sistema contributivo, que llegar a esta norma transaccional, a todas luces insatisfactoria para cualquier jurista e incluso para cualquier analista que crea en la necesidad de dignificar esta regulación <sup>45</sup>.

Ahora bien, si superamos esta primera barrera analítica y aceptamos entrar, como debemos, en el comentario del contenido concreto de la reforma, también puede verse que, pese a lo afirmado inicialmente, encontramos algunas modificaciones o precisiones de cierto relieve para los beneficiarios del pretendido «privilegio» de continuidad con el subsidio. Así, en primer lugar, se establece una exclusión del ámbito que no deja de ser problemática: además de los solicitantes iniciales y los que no hayan sido beneficiarios del mismo en ninguno de los tres años naturales inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud, se prevé la exclusión de quienes hayan visto extinguido su derecho por resolución sancionadora firme. Aunque la mecánica del control del fraude pretenda materializarse en relación al «último derecho», si bien de forma equívoca y deficiente, es lo cierto que con tan genérica previsión se puede estar produciendo una privación de percepciones futuras por razones que vulnerarían el principio *de reformatio in peius* <sup>46</sup>.

En segundo lugar, incluso para los beneficiarios del subsidio que consiguen mantener la prestación, se establecen determinados *límites de acceso*. Así, junto a la exclusión del cómputo de las cotizaciones, que tiene una finalidad más bien racionalizadora, se establece que las ayudas contempladas en el programa de fomento de empleo agrario para la realización de obras y servicios de interés general y social, no podrán tener como beneficiarios finales a los trabajadores eventuales del REA, mientras haya campañas agrícolas a los que estos trabajadores pueden acceder, en la medida en que se presume en todo caso que es un «empleo adecuado» (disp. adic. cuarta RD-Ley 5/2002). Asimismo, el refuerzo de las técnicas de control social a que se somete a estos beneficiarios del sistema, como el relativo a la suscripción del compromiso de actividad, *ex* artículo 231 LGSS, so pena

<sup>45</sup> A estas razones de inercia histórica, dificultades estructurales... todas ellas internas al sistema, habría que atender también a razones «externas», como son no sólo la constatación de inmensas bolsas de fraude a efectos fiscales, sino incluso el reconocimiento de ingentes cantidades de dinero dedicadas a la ayuda para el saneamiento, vía planes de reestructuración o reorganización insertos en los programas de prejubilación, de las empresas, muy superiores al coste del subsidio, tanto en las mismas zonas como en otras del territorio nacional. Cargar las tintas de la optimización de los gastos públicos, con el loable objetivo de reducir el fraude, sobre un colectivo «menos favorecido», resultaba demasiado sangrante.

<sup>46</sup> Piénsese por ejemplo en una extinción de la prestación por falta muy grave en la obtención del subsidio según derecho correspondiente al año 2000, con lo que podrá reanudar el trabajador el del 2001 y el del 2002 porque en este último año, lógicamente, se habrá causado el «último» derecho y afectará al año 2003.

de sanción privativa, introduce un factor de desasosiego e inquietud en un colectivo no acostumbrado, por su medio o hábitat y por su formación, a este tipo de exigencias documentales.

Finalmente, otro dato de la regulación que ocasiona una notable perplejidad es la «cláusula de seguridad» recogida en el punto 3 del artículo 4 RD-Ley 5/2002, que vuelve a someter de nuevo a una dura prueba de credibilidad las razones esgrimidas por el legislador para la reforma. En efecto, después del azaroso y atormentado proceso que ha tenido que seguir la implantación del nuevo sistema contributivo, tras las feroces críticas, luego matizadas, realizadas por el Gobierno al modelo de protección, «asistencialista», disfuncional y «cautivo», el Gobierno-Legislador formula una cláusula de cierre del sistema de protección que, a su voluntad, puede terminar neutralizando el entero proceso de «modernización» proclamado en este sector. Así, como ya se indicó al analizar el sistema contributivo, el Gobierno se guarda un As en la mano: si las cosas no funcionan como quieren o creen siempre podrá volverse, sin más, al viejo sistema ahora vituperado.

### 3. El nuevo régimen de las rentas activas de inserción: consolidación normativa y ampliación subjetiva.

Una de las cuestiones más significativas del RD-Ley 5/2002, aunque ahora ya privada de una radical novedad en su regulación sustancial, dado que venía precedido por una regulación reglamentaria anterior, es la (auto)habilitación al Gobierno para regular, dentro de la acción protectora de la prestación por desempleo, la denominada «Renta Activa de Inserción». Ciertamente, es ésta una compleja aunque no original técnica prestacional introducida en el sistema de Seguridad Social, ciertamente con escaso sino dudoso, y en cualquier caso polémico, fundamento normativo –las perversas «Leyes de Acompañamiento»–, por el RD 236/2000, de 18 de febrero, luego continuado con algunas variaciones de interés por el RD 781/2001, de 6 de julio.

A los efectos de dotar de una mínima cobertura legal esta nueva prestación de desempleo, el RD-Ley 5/2002 ha incorporado *un cuarto apartado a la disposición final quinta de la LGSS*, cuyo contenido, transcripción literal del artículo 26 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, es el siguiente:

*«4. Se habilita al Gobierno a regular dentro de la acción protectora por desempleo y con el régimen financiero y de gestión establecido en el capítulo V del Título III de esta Ley el establecimiento de una ayuda específica denominada Renta Activa de Inserción, dirigida a los desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo que adquieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral».*

Como puede comprobarse, el doble objetivo perseguido por esta prestación, la protección económica frente a la falta de rentas que genera el desempleo y la facilitación de la (re)inserción en el mercado de trabajo, hace de ella una técnica anticipatoria de la nueva concepción que ha querido

explicitarse y reforzarse con la reforma promovida por el RD-Ley 5/2002 en el entero sistema de prestación por desempleo: el reconocimiento en todo desempleado de una doble dimensión, como «sujeto beneficiario» o titular de una renta, ya de sustitución (contributiva) ya de compensación (asistencial), y como «sujeto obligado» a un comportamiento activo para salir de esta situación y acceder a un empleo remunerado (trabajador actual). La complejidad de su estructura normativa y, por tanto, organizativo-gestional no es, sin embargo, nada original.

En realidad, responde estrictamente, como ya se dijo, al mismo esquema de las legislaciones autonómicas sobre «rentas mínimas de inserción» o «salario social». Consecuentemente, la opción de política jurídica que traduce se aleja notablemente del actual debate abierto sobre las denominadas «rentas básicas de ciudadanía», pues éstas no tienen el carácter condicionado de aquéllas. Como en el caso de las rentas mínimas de inserción, así como en cierta medida en el nivel asistencial de la prestación por desempleo y a diferencia de lo que sucede respecto al nivel contributivo, la renta activa de inserción se dirige no a cualquier desempleado sino, al menos prioritariamente, a aquellos con «especiales dificultades de inserción profesional», por lo que su especificidad se deriva igualmente del carácter selectivo de su ámbito de aplicación subjetiva <sup>47</sup>.

A nuestro juicio, cinco son básicamente las cuestiones que regula, o cuando menos prefigura, esta norma legal. A saber:

- Fundamento normativo: la habilitación al Gobierno es una suerte de permanente deslegalización de esta prestación, cuando debería incorporarse plenamente en la LGSS junto a los otros dos niveles o, bien, proceder a una reestructuración global.
- Técnica protectora: al referirse a esta protección como «ayuda específica» y expresar tan sólo que «podrán ser beneficiarios» parece revelar una cierta discrecionalidad, no en la valoración de los presupuestos legales, pero sí en el alcance subjetivo (técnica subvencional propia de la asistencia, frente al derecho propio de la Seguridad Social) <sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Ampliamente en MONEREO PÉREZ, J.L.-MOLINA NAVARRETE, C. *El derecho a las rentas mínimas de inserción*. Comares. Granada. 1999. Como en el caso de las «rentas mínimas de inserción», las «rentas activas de inserción», que expresan si no el mismo sí análogo concepto en el plano estatal insistimos, suponen la «concesión» de una «renta como contraprestación al compromiso suscrito por los desempleados en virtud del cual manifiestan su plena disponibilidad para trabajar y para participar en las acciones ofrecidas por los servicios públicos de empleo y dirigidas a favorecer su inserción laboral». Cfr. EM RD 781/2001, de 6 de julio.

<sup>48</sup> La EM del RD 781/2001, de 6 de julio, preveía que la renta activa de inserción forma parte de la acción protectora por desempleo del régimen público de Seguridad Social «en desarrollo de lo previsto en el artículo 26 de la Ley 14/2000 –LMFAOS– si bien con carácter específico y diferenciado del nivel contributivo y asistencial, a los que se refiere el apartado 1 del artículo 206 de la Ley General de Seguridad Social, pero siéndole de aplicación el apartado 2 del citado artículo 206, cuando establece que esa acción protectora comprenderá acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión e inserción profesional a favor de los trabajadores desempleados...». Hasta el momento se han configurado con una vigencia limitada y vinculada a los Presupuestos del Estado para cada año, en la medida en que «por su carácter novedoso se debe evaluar su eficacia en el cumplimiento de sus objetivos en un período de tiempo limitado» (cfr. EM RD 781/2001). Vid. DE LA CASA QUEDADA, S.-MOLINA HERMOSILLA, O. «La renta activa de inserción: una incierta incursión estatal en el ámbito de las políticas de inserción». *RTSS-CEF*, n.º 224, 2001.

- Sujetos beneficiarios: desempleados con doble situación de necesidad: económica y ocupacional.
- Presupuesto de reconocimiento del «derecho a la ayuda específica»: conclusión de un «*compromiso de inserción*». Análogo al «compromiso de actividad»; es a partir de él cuando se aplicarán las distintas políticas de empleo activas y pasivas al colectivo al que se dirige el programa, tanto la ayuda económica como el itinerario de inserción.
- Normalización de su régimen de financiación y gestión. Se advierte que esta prestación «de nuevo cuño» tendrá el régimen financiero y de gestión establecido en el Capítulo V del Título III de la LGSS, lo que fue una mejora introducida por el RD 781/2001 respecto del RD 236/2000.

La *disposición adicional primera* del RD-Ley, haciendo una vez más las funciones de RD gubernamental, regula el Programa de Renta Activa de Inserción para el año 2002. Este Programa afectará únicamente a los trabajadores en desempleo que lo soliciten desde el 26-6-2002 hasta el 31-12-2002, quedando expresamente excluidos aquellos que se beneficiaran del programa en los dos años anteriores (regla 14.<sup>a</sup>).

Las novedades más destacadas respecto de las dos ediciones anteriores se concentran en el ámbito subjetivo que, de conformidad con algunos otros objetivos de reestructuración del sistema perseguidos por la reforma, se amplía. Así, como colectivos específicos no contemplados antes, se contempla:

- Quienes tengan reconocida la *condición legal de persona con minusvalía* en grado igual o superior al 33 por 100, siempre que reúnan los requisitos generales salvo el relativo a la edad (inscripción ininterrumpida como desempleado en el servicio público de empleo durante al menos un año; no tener derecho a las prestaciones o subsidios por desempleo, carecer de rentas de cualquier naturaleza, superiores en cómputo mensual al 75% del SMI, tanto el solicitante como la unidad familiar).
- Los *trabajadores emigrantes* que, habiendo retornado del extranjero, hubieran trabajado, como mínimo, seis meses en el extranjero desde su última salida de España, y estar inscritos como demandantes de empleo, reuniendo todos los requisitos salvo el relativo al período de un año de inscripción ininterrumpida. Si bien se observa, este colectivo es el que deja de tener derecho al subsidio especial para pasar a la renta activa, salvo que reúnan los requisitos de la nueva disposición normativa [nuevo art. 215.1 c) LGSS].
- Tener *acreditada por la Administración competente la condición de víctima de violencia doméstica* por parte de algún miembro de la unidad familiar de convivencia y estar inscrito como demandante de empleo, siempre que se reúnan los requisitos exigidos en el apartado 1), excepto el relativo a la edad y el período de antigüedad de un año en el registro del servicio público de empleo.

#### 4. Las modificaciones introducidas en la gestión de las prestaciones por desempleo.

Además de algunas cuestiones relativas a las competencias de la Entidad Gestora (art. 226) y al reintegro de pagos indebidos (art. 227, art. 33 RD 625/1985, de 2 de abril, Reglamento de protección por desempleo), el RD-Ley 5/2002 contiene algunas novedades significativas en relación a dos grandes cuestiones relativas a la gestión de las prestaciones por desempleo, cualquiera que sea su modalidad o nivel. Por un lado, en relación a la modalidad de pago único de las prestaciones (art. 228; art. 26 RD de protección por desempleo) y, por otro, en relación al control por parte de la Entidad Gestora de ciertas situaciones de fraude, especialmente en el ámbito de la contratación temporal. No por casualidad se ha manejado oficialmente incluso el dato del 48 por 100 al menos de situaciones abusivas en este marco de contratación, lo que revela el fracaso en este aspecto de la reforma del año anterior, lo que por otro lado ya era de esperar ante la debilidad de las medidas adoptadas. El ANC 2002 pretende incidir igualmente sobre este tema pero sus expectativas de éxito no son mejores, antes al contrario.

##### *a) Forma de pago de las prestaciones: reordenación de la modalidad de pago único.*

El RD-Ley 5/2002 introduce varias modificaciones en el precepto dedicado al pago de las prestaciones por desempleo, especialmente en la forma de capitalización de prestaciones, que experimenta de este modo una significativa reordenación. Así, en primer lugar, se hacen dos precisiones: por un lado, se permite que, cuando así lo prevea «algún programa de fomento del empleo», la capitalización de la prestación pueda hacerse tanto *de forma* total como *parcial*, por otro, consecuentemente, en el inciso final del primer párrafo del apartado 3 del artículo 228 LGSS se precisa que tal posibilidad de hacer efectiva la prestación mediante pago único sólo se realizará por la «*cantidad que esté pendiente por percibir*», naturalmente cuando la capitalización se haga de forma parcial. En la anterior redacción, la falta de referencia expresa al carácter total o parcial de esta modalidad de pago único hacía innecesaria tal precisión. Esta posibilidad de pago capitalizado, pero por cantidades parciales, se prevé igualmente para «subvencionar la cotización» del trabajador a la Seguridad Social (párrafo segundo).

Un programa de fomento de empleo de este tipo se prevé en el propio RD-Ley 5/2002 –lo que ilustra la naturaleza mixta de esta norma, que aúna en un solo cuerpo regulador la función declarativa de la ley y la función ejecutiva del Reglamento–. Así, la disposición transitoria cuarta del RD-Ley 5/2002 es destinada a beneficiarios de prestaciones contributivas, bien que pretendan formar una Cooperativa o Sociedad Laboral o incorporarse a una ya constituida, bien aquellos que pretendan establecerse como autónomos (política de fomento del autoempleo). En el apartado V de este trabajo haremos alguna consideración más detallada.

En segundo lugar, se introduce un apartado 4 al artículo 228 LGSS en virtud del cual, y en la lógica de abrir la prestación, ya en su dimensión contributiva, ya en su dimensión asistencial a mayores posibilidades de compatibilización con el trabajo, se dispone una nueva *deslegalización* de la regla general aún vigente de incompatibilidad entre la percepción de prestaciones y la realización de

trabajo que: «cuando así lo establezca algún programa de fomento al empleo destinado a colectivos con mayor dificultad de inserción en el mercado de trabajo, se podrá compatibilizar la percepción de la prestación por desempleo o del subsidio por desempleo pendientes de percibir con el trabajo por cuenta ajena, en cuyo caso 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».

En este caso, durante el período de percepción de las prestaciones, corresponderá al empresario el deber de «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».

El propio RD-Ley 5/2002, fiel a esa vocación híbrida o mixta evidenciada, nos vuelve a suministrar un programa que ilustra esta previsión legal. Así, la disposición transitoria quinta permite a los beneficiarios del subsidio por desempleo de mayores de 52 años que continúen con el percibo de sus prestaciones aun realizando un trabajo por cuenta ajena.

Igualmente se contempla la posibilidad, mediante el correspondiente programa de fomento de la empleabilidad, de compatibilizar las prestaciones por desempleo con el trabajo por cuenta ajena, al objeto de permitir a las empresas «sustituir a los trabajadores en formación por otros trabajadores desempleados beneficiarios de prestaciones por desempleo». La finalidad perseguida aquí es fundamentalmente tanto la de hacer efectivo el derecho a la formación de trabajadores ya empleados, cuanto la de incrementar las posibilidades de empleo de los trabajadores desempleados, a través de una suerte de modalidad de *contrato de empleo-solidaridad*. Esta vez es la disposición transitoria sexta la que pone en práctica un programa de este tipo.

El nuevo apartado 5 del artículo 228 LGSS, por su parte, con objeto de fomentar la movilidad geográfica de los preceptores de prestaciones y subsidios por desempleo, dispone que: «cuando así lo establezca algún programa de fomento de empleo para facilitar la movilidad geográfica, la Entidad Gestora podrá abonar el importe de un mes de la duración de las prestaciones por desempleo o de tres meses de la duración del subsidio por desempleo, pendientes por percibir, a los beneficiarios de las mismas para ocupar un empleo que implique cambio de la localidad de residencia»<sup>49</sup>.

b) *El reforzamiento de los instrumentos de control de las prestaciones.*

De conformidad con el artículo 229 LGSS, corresponde a la Entidad Gestora «controlar el cumplimiento de lo establecido en el presente título y comprobar las situaciones de fraude que puedan cometerse». En el ejercicio celoso de esta facultad, la Entidad Gestora habría venido desarrollando una práctica en virtud de la cual suele rechazar el reconocimiento de la prestación cuando, a la vista de las circunstancias concurrentes, cabe sospechar la existencia de una situación conniven-

<sup>49</sup> Este programa se prevé en la disposición transitoria séptima del RD-Ley 5/2002.

te entre trabajador y empresario. Así sucedía, por ejemplo, con el simple hecho de cesar en una empresa con contrato indefinido para suscribir otro, año y medio después, con carácter temporal (STSJ Galicia 19-1-2001), o cuando no se impugnaba por el trabajador la extinción, pese a existir elementos que evidenciaban una situación irregular (STS 6-3-2001).

Por lo general, la jurisprudencia ha mostrado su rechazo a tal práctica en la medida en que el fraude de ley no se presume, por lo que incumbía a la Entidad Gestora acreditar fehacientemente este comportamiento antijurídico, ciertamente agravando notablemente el ejercicio de la facultad de control de la Entidad. La razón de esta interpretación rígida, además de la evidencia de la imposible presunción del comportamiento fraudulento o abusivo, se vincula a la inexistencia en nuestro ordenamiento de una suerte de acción *ad cautelam* que haga del trabajador, en cuanto cooperador o colaborador de la Entidad en el buen funcionamiento del sistema, un «*garante del ordenamiento jurídico en materia de protección al desempleo*» (SsTS 7-5-1994, 6-3-2001) <sup>50</sup>.

En este contexto, el RD-Ley 5/2002 parece pretender reaccionar contra esta doctrina judicial reticente a la injerencia de la Entidad Gestora en la dinámica de la relación laboral, por lo que se alenta un uso celoso por parte de la Entidad de sus facultades de control, para todas aquellas situaciones en que 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*». A tal fin establece dos reglas (disp. adic. tercera):

Por un lado, faculta a la Entidad Gestora para «*comunicar a la autoridad judicial*» tal situación, accionando en demanda de una «*declaración de la relación laboral como indefinida y la readmisión del trabajador*». Estamos ante una *acción de impugnación específica* a favor de la Entidad Gestora, al margen e incluso en contra de la voluntad del trabajador, que concede legitimación a la Entidad Gestora para intervenir en defensa de la estabilidad en el empleo, de forma inmediata, si bien de forma mediata perseguiría el ahorrarse las prestaciones indebidas que se derivarían en caso de anuencia o aquietamiento por el trabajador (optimización de recursos o eficiencia de gestión). Es indudable que tiene tal posibilidad en cuanto tercero que tiene un interés legítimo en el buen funcionamiento del sistema, que pasa por reconstituir adecuadamente la relación. No deja de plantear problemas en cuanto que no se precisa ni el tipo de acción, ni la modalidad ni el tiempo que tiene para interponer tal acción, si bien todo parece apuntar que estamos ante un supuesto de procedimiento de oficio *ex* artículo 146 c), en relación con el artículo 149 LPL («*comunicaciones de la autoridad laboral*») <sup>51</sup>.

<sup>50</sup> En esta dirección estricta, que limita el ejercicio de la facultad administrativa a situaciones manifiestamente abusivas, arbitrarias, donde quede clara constancia del fraude, *vid.* SsTTSSJ Cataluña 21-3-2001, Castilla-León/Valladolid, 27-3-2001, etc.

<sup>51</sup> Se habla de una demanda de oficio por parte de los servicios de empleo cuando se produzcan contrataciones temporales sucesivas que, por su grado o número de reiteraciones, permita sospechar el encubrimiento de una relación indefinida. Paradójicamente, lo que no se ha concretado en el ámbito laboral, la posibilidad de establecer un número a partir del cual se pueda presumir existente una relación indefinida –que no necesariamente fraudulenta–, sí se permite al servicio público, lo que viene a confirmar el intento de aumentar las facultades de dirección, gobierno y control del entero sistema de los servicios públicos, pese a que su incapacidad para cumplir incluso sus objetivos más específicos, la mediación en el mercado, es notable.

Por otro, y para evitar los perjuicios que tal acción podría ocasionar al trabajador, en la general configuración del derecho a acceder a la prestación como inmediata, se entiende que en tales supuestos: «se reconocerán, provisionalmente, las prestaciones por desempleo por extinción del contrato temporal, si se reúnen los requisitos exigidos y en el caso 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 de la Ley General de la Seguridad Social»<sup>52</sup>.

## 5. El endurecimiento del régimen de obligaciones de los beneficiarios del sistema de protección por desempleo.

Uno de los aspectos más significativos de la reforma, que ha protagonizado una parte significativa del debate político, social y mediático, se concentra en el establecimiento de un conjunto más amplio e incisivo de obligaciones a cargo del trabajador, lo que evidencia o ejemplifica la dimensión tanto «contractualizadora» como «disciplinaria» que pretende asumir el nuevo sistema de protección por desempleo emergente tras la reforma. En este «modelo normativo», más que innovado consolidado o profundizado por el RD-Ley 5/2002, porque ya estaba presente en la regulación anterior, la técnica de protección mediante el *derecho a percibir una prestación económica (welfare state)* cede cada vez más terreno a la *técnica de ayuda mediante la facilitación de oportunidades de ocupación (workfare state)*.

No sorprende, por tanto, que un significativo número de preceptos de la LGSS, dedicados a regular esta cuestión del régimen de obligaciones –así como del régimen sancionador–, haya sido igualmente afectado, en algún caso de forma muy notable, como sucede en relación al nuevo artículo 231 LGSS. Este cambio de redacción legislativa y esta nueva voluntad de aplicar con mayor rigidez las obligaciones del desempleado que recibe una prestación de buscar activamente empleo no pueden llevarse a tal extremo, a nuestro juicio, de convertir en discrecional lo que es, a todas luces, un derecho subjetivo.

En primer lugar, se ha añadido una letra g) al artículo 230 LGSS, en el que se recogen las obligaciones puestas a cargo de los empresarios. Por tanto, será igualmente obligación de los empresarios «reintegrar a la Entidad Gestora competente las prestaciones satisfechas por ésta a los traba-

<sup>52</sup> En este mismo entendimiento de la inexistencia de una carga de impugnación judicial de la extinción contractual por parte del trabajador, según una jurisprudencia consolidada desde hace largo tiempo, en fechas recientes, el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de reiterar que «salvo que lo que se tratara de probar es una connivencia del trabajador en un despido fraudulento... es de concluir que la corrección o incorrección legal de un despido... no tiene incidencia alguna en las prestaciones por desempleo a que pudieran dar lugar» (STS, rud n.º 1191/2001, 26-12-2001, fundamento jurídico 4.º). Contrasta esta jurisprudencia con la doctrina judicial que sí venía exigiendo, de conformidad con la regulación vigente antes de este RD-Ley en relación al despido disciplinario, una reclamación «en tiempo y forma contra la decisión empresarial» (ej. STSJ Castilla-León/Valladolid, 23-1-2001). En la misma línea flexibilizadora del acceso a la prestación por parte del beneficiario, la jurisprudencia ha entendido que las eventuales dudas existentes en orden a la situación laboral concreta del trabajador no tienen que perjudicarle a estos efectos de protección (vid. SsTS rud 24-3-2001 y 29-3-2001). Una orientación más rígida aparece en la STS 8-6-2000 (plazo de solicitud del Convenio Especial ex art. 95.2 LGSS).

*jadores en los supuestos regulados en el apartado 5 del artículo 209 de esta Ley»*<sup>53</sup>. El procedimiento aplicable será el previsto con carácter general en el artículo 227.1 LGSS. No obstante, no es la única nueva obligación que este supuesto prevé, por cuanto también vimos que se pone a cargo del empresario, como no podía ser de otra manera, la obligación de instar el alta en la Seguridad Social en estos casos (art. 209.5, último párrafo).

Pero sin duda, las novedades más señaladas están contenidas en el nuevo artículo 231 LGSS. En él se recoge el nuevo conjunto de obligaciones puestas por la ley a cargo del trabajador. De este modo, se refuerza extraordinariamente su estatuto de «sujeto obligado» a comportamientos activos y «contraprestaciones» de actividad y de conducta, en claro detrimento –deterioro– del estatuto de «sujeto titular» de un derecho al pago de una renta de sustitución.

- Incorporación del contrato al derecho: la suscripción de un compromiso de actividad.

Por un lado, se incorporan dos nuevas letras, la h) y la i), al nuevo apartado 1 del artículo 231 LGSS. A través de esta nueva redacción se formalizan, ahora en el plano de las obligaciones de trabajadores, solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo, los requisitos ya legalmente recogidos a la hora de delimitar los presupuestos para el nacimiento del derecho y la situación legal de desempleo: *suscribir y cumplir las exigencias del compromiso de actividad*, por un lado [letra h)], *buscar activamente empleo*, participar en acciones de mejora de la ocupabilidad, que se determinen por el Servicio Público de Empleo, en su caso, dentro de un itinerario de inserción, por otro [letra i)].

En realidad, visto en buena lógica, o mejor técnica jurídica, estas precisiones legales no sólo carecen de novedad sustancial respecto del ordenamiento vigente con anterioridad a la entrada en vigor del RD-Ley, limitándose, como ya evidencia la propia EM, a explicitar o formalizar algo que estaba claramente presupuesto, sino que en este momento constituye una reiteración en gran medida superflua. En efecto, el RD-Ley no ha derogado el contenido de la letra c) del artículo 231 LGSS, cuyo tenor literal ya concretaba tal obligación que ahora simplemente se explicita o refuerza gramatical y políticamente<sup>54</sup>.

La extraordinaria amplitud con que se recoge esta obligación del trabajador bien puede englobar los contenidos ahora recogidos, de forma insistente y «machacona» –lo que revela el carácter ideológico más que normativo de la reforma–, en las nuevas letras, que no es sino una forma de expresar lo mismo pero de diferente modo, o con diferentes expresiones léxicas, pero que no tienen

<sup>53</sup> Como se recordará, se trata de los supuestos en que el trabajador hubiera percibido salarios de tramitación, como consecuencia de una resolución recaída en procedimientos de despido o extinción del contrato de trabajo con readmisión por parte del empresario.

<sup>54</sup> A tenor de este precepto inmodificado es obligación del desempleado: «Participar en los trabajos de colaboración social, programas de empleo, o en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales, que determine el INEM o las entidades asociadas de los SIPES; y aceptar la colocación adecuada que le sea ofrecida por la Oficina de Empleo o por la Agencia de Colocación sin fines lucrativos».

contenido autónomo o diferenciador alguno. Si se lee con cierto detenimiento el nuevo apartado 2 del artículo 231 LGSS se verá, con la mayor evidencia, que el compromiso de actividad no es nada más que la *formalización por escrito* de una doble obligación, la de búsqueda activa de empleo y la de aceptación de la «colocación adecuada» ofrecida por los agentes de colocación, que coincide con la previsión de la letra c) del artículo 231, por tanto ya existente y exigible legalmente. En definitiva, no estamos ante nada más que *una reforma que formaliza la incorporación de la técnica contractual en el derecho social, antes implícita en nuestro ordenamiento, con objeto de instrumentalizarla al servicio de la ideología de la ética del trabajo*<sup>55</sup>.

- La redefinición del concepto de «colocación adecuada».

Por lo tanto, más que la definición del denominado «*compromiso de actividad*», cuya reconstrucción en términos jurídicos no deja de plantear muchos interrogantes, quizás a resolver, o cuando menos a plantear, en la futura nueva «Ley Básica de Empleo», interesa especialmente la nueva delimitación o definición que se hace del concepto clave de «*colocación adecuada*». En realidad, esta reforma no pretende otra cosa que especificar de forma más restrictiva, en el sentido de reforzar la capacidad de actuación de control y sancionadora de la Entidad Gestora, una causa de extinción ya recogida en la LGSS, el rechazo de una oferta de empleo adecuada por el beneficiario de la prestación que, si bien ha desaparecido formalmente con la derogación de la letra b) del artículo 213.1 LGSS, ahora está recogida en el ordenamiento administrativo sancionador social y que ahora se quiere revalorizar, se diga lo que se diga desde instancias gubernamentales.

Ciertamente, éste es uno de los aspectos más agriamente planteados en el debate abierto entre los partidarios de esta regulación; en este punto más numerosos de lo que podría hacer pensar la reacción social frente a la reforma, y sus detractores, igualmente numerosos. El principal argumento alegado por el Gobierno para introducir esta redefinición del concepto es jurídico, proceder a introducir una adecuada seguridad jurídica en orden a la aplicación de un concepto que, se dice, en la anterior redacción dejaba demasiada libertad de acción a la Entidad Gestora. La «oposición social», sin embargo, alega justamente el motivo contrario para el rechazo, en cuanto supondría un notable incremento no ya de la discrecionalidad administrativa precedente, sino incluso introduciría elementos de auténtica arbitrariedad.

Ahora bien, si ya es difícil creer que una reforma que contiene un amplísimo elenco de reglas que amplían la discrecionalidad de la Entidad Gestora, en un contexto de continua extensión de las facultades reguladoras del Poder Ejecutivo y de la Administración vía reglamentos y prácticas, se preocupe sinceramente de recortarse a sí misma tales facultades, igualmente se evidencia en una primera lectura la complejidad e incluso farragosidad de la definición aportada. Por lo que, ya desde un primer análisis, hay razones más que suficientes para desconfiar de la veracidad de los motivos

<sup>55</sup> El apartado 2 del artículo 206 LGSS, ahora inmodificado, pero que cuenta con una redacción reciente (RD-Ley 5/1999, de 9 de abril), refleja esta misma idea, al integrar dentro de la acción protectora del sistema las acciones de empleo. Una detenida descripción de este proceso se realiza por J.L. MONEREO-C. MOLINA. *El derecho a las rentas de inserción*. Comares. Granada. 1999.

esgrimidos por el Gobierno para realizar esta reforma. Una comprensión más detenida y atenta de su contenido confirmará que, cuando menos, para este viaje no necesitábamos alforjas, incluso que estamos ante una regulación que, además de defectuosa en el plano técnico, abre muchísimos interrogantes en su funcionamiento práctico y pone en cuestión la misma consistencia del derecho constitucional a una prestación por desempleo.

Conviene comenzar por comparar ambas definiciones, la precedente y la actual. Así, el derogado artículo 213.2 LGSS consideraba colocación adecuada: *«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»*.

La nueva definición 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. En todo caso, se entenderá por colocación adecuada la coincidente con la última actividad laboral desempeñada»*<sup>56</sup>.

Salvo la precisión relativa a la profesión demandada por el trabajador, que no aporta nada sustancialmente porque no se establece ningún orden de preferencia, hasta aquí no hay mayor novedad, aunque los problemas que ya suscitaba eran de gran envergadura<sup>57</sup>. Pero los nuevos y agravados problemas comienzan a surgir a partir del segundo párrafo donde van apareciendo una tras otra las innovaciones.

En este sentido, la primera erosión del estatuto jurídico-profesional del desempleado aparece por razones de tiempo, pues *«transcurrido un año de percepción ininterrumpida de las prestaciones»* el beneficiario queda enteramente a disposición del Servicio Público de Empleo. La redacción no puede ser más abierta, imprecisa e incierta: a partir de este momento *«podrán ser consideradas adecuadas otras colocaciones que a juicio del Servicio Público del Empleo puedan ser ejercidas por el trabajador»*. Si se tiene en cuenta no sólo la ineficacia constatada del Servicio Público a estos efectos, sino su desacreditación para mediar en el mercado de trabajo, igualmente reseñada por el propio TJCE, la previsión no puede resultar más inquietante.

<sup>56</sup> Puede observarse el diferente criterio existente para delimitar el concepto de «profesión habitual» entre unas prestaciones y otras en STS 7-2-2002, recurso 1595/2001, en efectos del reconocimiento de la pensión de IPT, donde se rechaza que la última profesión realizada por un período corto de tiempo pueda prevalecer sobre la desarrollada con anterioridad durante un larguísimo período de tiempo.

<sup>57</sup> En todo caso, repárese en que ya en el sistema anterior una persona (ej. licenciado en derecho o diplomado en empresariales) que hubiera desarrollado una actividad de camarero, como es habitual en zonas como Andalucía o Baleares, para ayudar a financiar sus estudios durante los mismos, podría verse obligado a seguir realizando tal actividad –ciertamente honorable y necesaria, pero «algo» distinta a la titulación que se posee– aunque ya hubiese finalizado sus estudios y quisiera ejercer la actividad a que habilita.

Ahora bien, no son sólo el *criterio de la profesión* ni el del *tiempo de prestación* los únicos tenidos en cuenta por la definición legal que se pretende nueva y garantista. El párrafo tercero precisa igualmente el criterio de la distancia en que se encuentra el *lugar de ubicación del nuevo empleo*. La anterior redacción excluía la consideración como adecuada de cualquier colocación que supusiera cambio de residencia habitual, salvo que existiese posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar de ubicación de la misma, lo cual en la práctica pocas veces sucedía, por lo que esta previsión actuaba en cierto modo como garantía de inamovilidad geográfica. Pues bien, en el marco de una opción de política del derecho que dice abogar por promover la movilidad geográfica, máxime tras la constatación de desajustes en este sentido entre diferentes zonas geográficas, no ya de Comunidades Autónomas diversas sino incluso de zonas o «comarcas» pertenecientes a la misma Comunidad, el criterio parece cambiar sensiblemente.

En esta dirección, la colocación se entenderá adecuada no sólo cuando se ofrezca en la localidad de residencia habitual del trabajador, sino también cuando la oferta se realice «*en otra localidad situada en un radio inferior a 30 kilómetros desde la 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*». Aunque la redacción de esta regla ha mejorado en el trámite de elaboración, en la medida en que la presión social ha hecho que en vez de 50 kilómetros, como estaba previsto, se aceptaran sólo 30 kilómetros, esta regulación suscita, como decíamos, importantes interrogantes.

El problema principal no surge, a nuestro juicio, del criterio en sí, tal y como queda expresado en la formulación ahora recogida, pues no creemos que con las nuevas infraestructuras y con la mejora de los transportes la previsión sea descabellada, ni tan siquiera antigarantista, sino incluso razonable y «adecuada», a diferencia del criterio relativo a la profesionalidad antes comentado. Además, esto comienza a ser una práctica habitual para miles y miles de trabajadores, por lo que está claro, a nuestro juicio, que no es un despropósito. Ahora bien, los problemas comienzan a surgir cuando se analizan las precisiones que envuelven este criterio y que, en nuestra opinión, pueden hacer gravosa en exceso la previsión legal, sin que haya previsto medidas de corrección adecuadas, o cuando menos suficientemente ciertas, pese a su contraria pretensión.

En efecto, la consideración como adecuada de la nueva ocupación, también en estos casos de movilidad relativa, se hace tanto con independencia del contrato, que puede ser temporal o fijo, parcial o a tiempo completo, cuanto del salario, salvo el límite, único cierto, de «*no ser inferior al salario mínimo interprofesional una vez descontados de aquél los gastos de desplazamiento*». Por tanto, si se tiene en cuenta que en nuestro país son muy frecuentes contratos de escasísima duración –días incluso– y de reducida jornada –pocas horas–, y si tenemos en consideración la reducidísima cuantía del SMI, parece claro que nos encontraremos con situaciones en las que aquellos criterios afirmados con carácter general producen notables perjuicios y, por tanto, hacen muy difícilmente atendibles, social y económicamente, tales ofertas, a las que en principio el trabajador estaría obligado.

Ciertamente, se podrá esgrimir que el propio legislador es consciente de estos problemas y no ha permanecido insensible a ellos. A este respecto el RD-Ley no carecería de previsiones orientadas a reducir, suavizar o amortiguar los efectos perjudiciales de esta ampliación territorial del concepto de colocación adecuada. Por un lado, se faculta al Servicio Público de Empleo a «*modificar lo previsto en los párrafos anteriores y adaptar su aplicación a las circunstancias profesionales, personales y familiares del desempleado, teniendo en cuenta el itinerario de inserción fijado*». Por otro lado, se recuerda la posibilidad prevista en el artículo 221.1 LGSS de compatibilizar las prestaciones por desempleo con la realización de un trabajo a tiempo parcial. Finalmente, debe tenerse en cuenta la previsión de programas específicos de fomento de empleo orientados a promover o incentivar la movilidad geográfica, asumiendo a cargo de los fondos públicos los costes adicionales que genere «el cambio de residencia», ya sea con vocación definitiva, ya con vocación temporal (art. 228.5 LGSS, disp. trans. séptima RD-Ley 5/2002).

Sin embargo, a nuestro juicio, este conjunto de medidas, en su actual configuración, susceptibles ciertamente de mejora en un proceso de elaboración normativa más calmado, reflexivo y ponderado, no suministra las garantías necesarias para confiar en su éxito. La habilitación al Servicio Público de Empleo para modificar unilateral y discrecionalmente «lo previsto», nada más y nada menos que en una norma que tiene rango de ley, nos devuelve al estado anterior de la reforma, donde la indefinición e indeterminación casi absolutas habían llevado, precisamente, a proponer la reforma, por lo que el accidentado viaje reformador nos habría llevado hasta el punto de salida. Por su parte, las medidas previstas para ayudar a fomentar la movilidad de los desempleados, difícilmente rechazables en línea de principio siempre que se rodee de compensaciones o condiciones adecuadas, o razonables al menos, presuponen un cambio de residencia, por lo que no coincide con el núcleo duro del presupuesto de hecho de esta norma, salvo «*cuando el trabajador tenga posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar de nuevo empleo*», lo que ahora, insistimos, no sucede.

En definitiva, la crítica a esta reforma debe hacerse tanto en su planteamiento de técnica jurídica como en su resultado. Lo primero porque parte de un presupuesto político más que técnico: se entiende que el recurso a cláusulas generales conlleva por sí una falta de seguridad frente a la certeza casi plena o absoluta de los «criterios fijos», cuantificados o cuantificables. Pero en realidad, lo que está detrás es la mayor confianza en la Administración Gestora que en el Juez, por cuanto aquélla, claro está, suele ser más pro gubernamental que éste. Lo segundo porque pese al cambio, pese a la mayor complejidad y apertura de la nueva definición, el resultado vuelve a ser el mismo: el Servicio Público de Empleo ya juzgará, y se presume que bien, lo más conveniente en cada caso.

Obviamente, el cúmulo de reclamaciones y conflictos que se dice querer evitar para facilitar la gestión diaria de la prestación y mejorar el régimen de calidad de vida de los desempleados, de existir, lejos de desaparecer, es posible que, o bien se mantuviese o incluso, creciera. Pobrísimos balance entonces para una medida sobre la que el Gobierno había hecho una apuesta tan fuerte y, lo que es más sorprendente, no privado sobre el papel de cierta razón, pero que habría dilapidado por la premura en su elaboración y la opción de técnica legislativa seguida <sup>58</sup>.

<sup>58</sup> Por cierto, nos hemos dado «una vuelta» por los repertorios de jurisprudencia en los últimos años y el balance ha sido decepcionante; algunas sentencias dictadas en suplicación (ej. *SsTSJ de Castilla y León 16-06-97, Cataluña 29-05-98*,

## 6. El régimen de infracciones y sanciones: una nueva reforma de calado menor del TRLISOS.

Pese a la pretensión del TRLISOS de tener una cierta vocación de estabilidad pocas son las reformas que no introducen alguna modificación en el mismo, por lo que el RD-Ley, máxime dada su lógica «disciplinaria», no iba a quedar al margen de este zarandeo continuo. Aunque el efecto no sea excesivo, pues sólo modifica los artículos 17 y 47, sí evidencia claramente la lógica global de esta reforma, y aunque el Gobierno se empeña en poner de relieve que también a estos efectos la situación queda igual, es claro que el nuevo régimen agrava la situación y genera algunos conflictos aplicativos.

En primer lugar, se añade una nueva infracción leve de los trabajadores en materia de empleo, incluida en la letra c) del apartado 1 del artículo 17 TRLISOS, modificando al tiempo su párrafo segundo. El incumplimiento de la exigencia del compromiso de actividad, sancionado con la pérdida de un mes de prestación, que prevé la norma, tiene un alcance general. Aunque no explicita ningún elemento de intencionalidad a ponderar, es claro que en virtud del principio de culpabilidad, exigible en vía administrativa, habrá de ponderarse el incumplimiento o inobservancia. Del mismo modo, se implanta *ex* artículo 47.1 a) TRLISOS una escala de graduación en función de la «reincidencia» que no tiene precedentes en la LISOS ni en el TRLISOS (1 mes, 3 meses, 6 meses o extinción total según sea la primera, segunda, tercera o cuarta, respectivamente) <sup>59</sup>.

Un conflicto entre la Entidad Gestora y la Inspección de Trabajo puede generarse a tenor de la literalidad de la nueva regulación. La comisión de la 4.ª infracción lleva aparejada la extinción de la prestación, lo que presupone una falta muy grave, por lo que la competencia debería ser de la Inspección de Trabajo (art. 48.4 TRLISOS). Ahora bien, la ubicación de la misma dentro de las infracciones leves podría hacer pensar que es la Entidad Gestora la que puede proponer dicha sanción, lo que supondría una ruptura del actual reparto competencial.

Un problema puede igualmente plantearse por razones de Derecho Transitorio. En efecto, en caso de acumulación de una Resolución sancionadora firme anterior a la entrada en vigor del RD-Ley 5/2002, por infracción leve, con la comisión de otra infracción leve tras la entrada en vigor, ¿cabe aplicar la escala actual? A nuestro juicio no, porque se lesionaría el principio de prohibición *de reformatio in peius* o principio de irretroactividad de normas sancionadoras.

En cambio, el rechazo de una oferta adecuada, según el nuevo concepto que se configura en el artículo 231.3 LGSS, permite incluir la conducta en el tipo del artículo 17.2 del TRLISOS, esto es, en las faltas graves. La escala de sanciones aparece en el nuevo artículo 47.1 letra b) TRLISOS

---

*Cantabria 20-05-99, Galicia 30-10-2000*) y ninguna, salvo error, del TS. Además, puede comprobarse que también la doctrina judicial ha evolucionado en una dirección flexibilizadora de modo que a diferencia de la doctrina del Tribunal Central de Trabajo (ej. Sentencia 17-12-77), la doctrina de suplicación tiende a primar ahora la empleabilidad sobre la profesionalidad. El caso resuelto en esta STSJ Galicia es, sin embargo, revelador de la actitud del INEM en algunas ocasiones: ante el rechazo de una oferta de empleo, caracterizada por un salario de 50.000 pesetas y una jornada de 9 horas, con firma anticipada de finiquito y nómina con salario superior al percibido, *el INEM inició expediente sancionador de extinción de la prestación de desempleo que se venía percibiendo*.

<sup>59</sup> La escala se aplica a partir de la primera y cuando entre la comisión leve y la anterior no hayan transcurrido más de 365 días (art. 41.1).

(pérdida de 3 meses, 6 meses o total según sea la 1.ª, 2.ª o 3.ª infracción), que plantea problemas análogos a los vistos anteriormente. En todo caso, se pierden los derechos que corresponden como demandante de empleo y, por tanto, queda sin efecto la inscripción, como desempleado, de los trabajadores que hayan incurrido en cualesquiera infracciones (art. 47.3 TRLISOS).

#### IV. NUEVOS ASPECTOS DEL RÉGIMEN DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO: LA INCOMPRESIBLE SUPRESIÓN DE LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN

Otro de los aspectos que mayor polémica ha suscitado y que, a nuestro juicio, se mire por donde se mire no tiene justificación razonable alguna, más allá de recoger una reivindicación empresarial sin más, es la eliminación prácticamente total de una institución histórica reconocida en protección del trabajador cuando pierde su empleo: *los salarios de tramitación*. En realidad, de este modo, y si la próxima reforma ya proyectada no lo remedia –que creemos que sí lo remediará– se culminaría un proceso de «acoso y derribo» de esta figura que, a nuestro juicio, se inicia en la jurisprudencia con su recalificación como indemnización y que ahora recibiría la puntilla con su desaparición para las situaciones, paradójicamente, más graves: aquellas personas que además de ver cómo las despiden improcedentemente, esto es, sin causa jurídica, no son readmitidas en sus puestos de trabajo.

Las modificaciones legales se concretan en:

1. La reformulación de los apartados 1 y 2 del artículo 56 LET, relativo al despido improcedente, al objeto de limitar el derecho a percibir los salarios de tramitación únicamente en caso de readmisión del trabajador.
2. Modificación de los apartados 6 y 7 del artículo 55 LET al objeto de adecuar la regulación de los efectos del despido nulo y del despido procedente a la nueva regulación.
3. Una nueva redacción al artículo 57 LET, que pasa de denominarse «Pago por el Estado», a «Efectos de la readmisión», y tiene un contenido muy diferente al derogado.

En este sentido, el anterior artículo 57 LET establecía dos obligaciones a cargo del Estado: el pago de los salarios de tramitación correspondientes al tiempo que exceda de los 60 días desde desde la fecha de presentación de la demanda, por un lado [RD 924/1982, de 17 de abril, sobre reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido, y arts. 2 e) y 116 y sgs. LPL], pago de las cuotas de Seguridad Social correspondientes a dichos salarios, por otro (disp. adic. sexta OM 29-1-2001, de desarrollo de las normas de cotización). El nuevo artículo 57 LET, más extenso, suprime tales responsabilidades y limita el derecho de los trabajadores a percibir tales salarios únicamente para los supuestos en que se produzca la readmisión, bien por voluntad del empresario –o del trabajador cuando sea representante legal, o del trabajador cuando la opción la tenga concedida él en virtud de convenio– bien por imperativo legal (despido nulo) <sup>60</sup>.

<sup>60</sup> El nuevo artículo 57 LET reza del siguiente tenor:

En realidad, sólo el primer apartado y el segundo párrafo del apartado 2 –que reproduce literalmente lo recogido en el reformulado art. 56.1 letra b) LET– tienen un contenido laboral. El resto no es más que una repetición innecesaria de normas de Seguridad Social ya recogidas en su cuerpo legislativo específico. Por tanto, hubiese bastado, y responde a una técnica jurídica más depurada, con la remisión por la norma laboral a lo dispuesto en el artículo 209.5 LGSS.

4. Se modifica el artículo 33.1 LET para excluir los salarios de tramitación de la responsabilidad subsidiaria del FOGASA, para lo cual se elimina la referencia a la «*indemnización complementaria por salarios de tramitación que en su caso acuerde la jurisdicción competente*».

Esta regulación no se aplicará a las extinciones de contratos de trabajo producidas con anterioridad a la entrada en vigor del RD-Ley, que se regirá, en sus aspectos sustantivos y procesales, por las disposiciones vigentes en la fecha en que hubieran tenido lugar dichas extinciones (disp. trans. primera). Esta disposición plantea un problema en relación a la responsabilidad del FOGASA, por cuanto en la anterior situación normativa se venía fijando la fecha determinante de la responsabilidad en la del Auto que declare la insolvencia, con lo que es posible que alguna unidad provincial tenga la tentación de interpretar la disposición transitoria en un sentido restrictivo, de modo que se excluya la responsabilidad de extinciones producidas antes del 26-5-2002, pero respecto de las cuales se declare la insolvencia con posterioridad. A nuestro juicio, la dicción legal es clara y no cabe una interpretación *in peius* como la hipotizada.

En la medida en que prestación por desempleo y salarios de tramitación constituyen dos figuras diferentes, con fundamentos y finalidades bien diferenciadas, entendemos que la actual regulación no tiene justificación plausible en los objetivos esgrimidos formalmente por el Gobierno. Asimismo, si se atiende detenidamente al doble efecto que produce, la reducción de los costes del despido, por un lado, y la reducción del número de impugnaciones de este tipo de decisiones, por otro, es igualmente claro que carece de racionalidad jurídica. Y esto al menos por tres razones:

Primero, porque desincentiva clarísimamente la readmisión (se carga al empresario con los salarios de tramitación, independientemente del tiempo de duración del pleito y las cuotas de Seguridad Social), con el consiguiente perjuicio del ya deteriorado artículo 35.1 CE (despido causal). Si con anterioridad a la reforma sólo en un 10 por 100 de despidos improcedentes se optaba por la readmisión, ahora este porcentaje se reducirá notablemente. Segundo, porque igualmente desincentiva la pre-

---

«1. Cuando, de conformidad con los artículos 55.6 y 56.2 de la presente Ley, se produzca la readmisión del trabajador, éste tendrá derecho a los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, que serán fijados en ésta al declarar su nulidad o improcedencia.

2. Cuando, durante dicho período, 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.

3. En cualquier caso, el empresario deberá 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».

sentación de demandas por despidos abusivos cuando la indemnización a percibir, incluso en caso de ganar, es mínima por ser reducido el tiempo de servicios, por lo que aquí, además del artículo 35.1 CE sufriría en buena medida el derecho a la tutela judicial efectiva *ex* artículo 24.1 CE.

Pero es que, además, en tercer lugar, se hace de peor condición a aquellos que ya tienen en el mercado una situación más desfavorable, pues ven cómo se les priva de su trabajo injustificadamente y sin derecho a salarios de tramitación, mientras que aquellos que sí son readmitidos conservan el puesto y obtienen tales cantidades. Bien haría, pues, el legislador en corregir este desaguizado inmediatamente, para todos los casos a ser posible.

## V. LAS POLÍTICAS DE FOMENTO DE EMPLEO EN EL RD-LEY 5/2002

Iniciamos este trabajo identificando la principal razón de ser de la entera reforma propuesta por el RD-Ley 5/2002—ahora sometido a las resultas del proceso de tramitación parlamentaria como Proyecto de Ley, una vez que se han anunciado significativas Enmiendas por el propio Grupo Parlamentario Popular—era la de reestructurar el sistema de protección por desempleo a favor de un mejor funcionamiento del mercado, para lo que procedía a una redistribución de recursos desde las políticas pasivas a las activas. Por tanto, es el objetivo de la mejora de la ocupación, aunque desde planteamientos ciertamente conflictivos, discutidos y discutibles, el que preside el diseño reformador.

De ahí que, junto a la prestación por desempleo, incluso en relación con ella, se incorporen diferentes medidas que persiguen el fomento de las oportunidades de empleo de determinados sujetos y colectivos desempleados. Otras medidas de política activa de empleo, especialmente de determinados colectivos con especiales dificultades de ocupación y/o inserción profesional, tienen también un espacio en esta norma, si bien, salvo en lo relativo a los mayores de 52 años, y por las razones evidenciadas al analizar el artículo 215.3 LGSS en su actual redacción más exigente, ocupan un lugar más bien residual.

Estos programas son básicamente:

### **1. Programa de fomento de empleo en economía social y empleo autónomo (disp. trans. cuarta; art. 228.3 LGSS).**

Aunque en un primer momento puede causar satisfacción que una norma estatal incluya con claridad la denominada «Economía Social» como un instrumento de creación de empleo, lo que no sucede en otros ámbitos normativos y de política socio-económica, sin duda esta primera alegría se torna en decepción al comprobar que la referencia, además de parca o residual, es claramente tradicionalista, en cuanto que parece seguir asignándole una función menor. Así, dejando evidenciar un hilo común que aparece con más frecuencia de lo que podríamos creer en el RD-Ley 5/2002, la «legislación de pobres», si bien en versión actualizada, figuras económico-organizativas como las cooperativas de trabajo asociado o las sociedades laborales o, en general, el autoempleo, aparecen

como figuras jurídicas «hijas de la pobreza», asumiendo una estrecha finalidad de absorción de desempleados <sup>61</sup>.

Al margen de estas consideraciones generales, la lectura de esta disposición transitoria cuarta provoca una triple valoración. La primera evidencia la extremada provisionalidad de sus previsiones, en cuanto que se habilita una vez más al Gobierno para que modifique a su discrecional criterio lo aquí regulado (punto 2). La segunda pone de manifiesto la farragosidad de redacción de las reglas fijadas en la misma. La tercera deja constancia del carácter no sólo limitado –a pesar de la ampliación que supone extender el beneficio de la regla segunda (abono trimestral de la prestación para subvencionar la cotización del trabajador) a trabajadores autónomos no minusválidos (regla tercera)–, sino contradictorio de esta regulación respecto de reglas previstas anteriormente y vigentes, como por ejemplo el restringir la reordenación de la modalidad de pago único de la prestación por desempleo a trabajos a tiempo completo (regla primera), cuando apenas un año antes se ha hecho una nueva reforma para promover el empleo a tiempo parcial y, aún antes, se había adaptado la normativa específica a tal fin (*vid.*, disp. final sexta Ley 27/1999, 16.7, General de Cooperativas; RD 1278/2000).

El contenido de la disposición transitoria cuarta se limita a desarrollar el programa de fomento de empleo en Economía Social y Empleo Autónomo (Política de Autoempleo, colectivo e individual) previsto en el artículo 228.3 LGSS. La reordenación del abono en pago único que materializa, en relación a aquellos casos en que el interesado no hubiese hecho uso del derecho con anterioridad y por las cantidades pendientes de percibir, cubrirá el importe de la aportación o de la inversión según se trate de socios o de trabajadores autónomos <sup>62</sup>.

A estos efectos, pueden presentarse, al menos, cuatro supuestos: primero, que la cuantía de la prestación no cubra el importe de la prestación o de la inversión; segundo, que sí la cubra, coincidiendo entonces el importe de pago único, aportación e inversión; tercero, que se produzca un excedente (sobrante en la prestación) y cuarto, cese por causas no imputables al socio sin haber hecho uso de la cuantía máxima de la prestación. A nuestro juicio, en el primer supuesto no procederá el pago único. En el segundo supuesto la prestación se considerará agotada y podrá obtenerse la subvención de cuotas de la Seguridad Social prevista en la OM de 13-4-1994.

En el tercero, el sobrante habrá de destinarse a la subvención de las cotizaciones de la Seguridad Social con lo cual ya no es de aplicación la Orden citada, lo que quiere decir que la subvención corre a cargo del trabajador. Por cuanto concierne al cuarto, si no se ha utilizado la cuantía máxima en el abono de cotizaciones lo que procederá será reanudar la prestación contributiva por desempleo dando por consumido el período correspondiente a la cuantía total percibida con lo que el INEM no realizará abono alguno. Finalmente, en relación a los autónomos no minusválidos – *vid.*, regla tercera – sólo podrán percibir de la Entidad Gestora trimestralmente su aportación íntegra al RETA con el

<sup>61</sup> El TS, aunque no siempre de forma lineal, ha venido haciendo una interpretación flexible de los requisitos previstos reglamentariamente, y que ahora se mantienen con carácter general (RD 1044/1985), por considerar esta técnica como un instrumento importante de política de fomento del (auto) empleo. *Vid.*, STS 25-5-2000.

<sup>62</sup> La regla primera condiciona el beneficio a que los socios «previamente no hubieran cesado» en las cooperativas o sociedades laborales de las que son socios.

límite máximo de la cuantía de la prestación por desempleo, ya reconocida, que reste por percibir y no será de aplicación tampoco la referida Orden.

## **2. Compatibilidad del subsidio por desempleo para mayores de 52 años con el trabajo por cuenta ajena (disp. trans. quinta; art. 228.4 LGSS).**

Como ya se indicó, uno de los supuestos de deslegalización de la precedente incompatibilidad entre el pago de las prestaciones con el trabajo, previstos genéricamente en el artículo 228.4 LGSS, conforme a la nueva redacción, es el regulado en la disposición transitoria quinta. Este programa de fomento de empleo autoriza a los beneficiarios de subsidios por desempleo para mayores de 52 años para que mantengan, al tiempo que trabajan, el subsidio especial al que tienen derecho. Igualmente debe ponerse en relación esta regulación con la consideración, por mor del nuevo artículo 215.3.2, párrafo segundo LGSS, de las indemnizaciones por despido como rentas computables a los efectos de determinar si se supera o no el umbral de renta establecido para ser beneficiario del subsidio. Este régimen especial de compatibilidad no puede comprenderse sin esta regla rígida de cómputo de rentas, con evidentes efectos excluyentes del acceso al subsidio <sup>63</sup>.

Según datos oficiales, el 96 por 100 de los perceptores del subsidio de mayores de 52 años acababan en esta situación hasta cumplir los 65 años, lo que ha venido haciendo de este instrumento una «vía muerta» para el empleo y una «etapa de espera» para la jubilación. No cabe duda, por tanto, de que, teóricamente, estamos ante un cambio radical en el modelo de protección de este colectivo, en cuanto pasaríamos de proponer la mejora de su situación a efectos de acceso a prestaciones económicas («contingencia de prejubilación»), dando por un dato adquirido el efecto excluyente del mercado de trabajo respecto de este colectivo, a considerar viable su reinserción en el mismo, invirtiendo mediante ayudas e incentivos la «lógica natural» del actual sistema productivo al rejuvenecimiento de las plantillas.

El problema fundamental es determinar el realismo de esta concepción y si no supondrá, realmente, reducir artificialmente la lista de desempleados beneficiarios de subsidios y aumentar el número de trabajadores precarios. A tenor de la regulación que se propone se suscitan numerosas dudas sobre si, en realidad, no estamos ante una nueva manifestación de una política más general y difundida en todos los países de la Unión Europea, con mayor o menor grado, cual es la de creer que un empleo, incluso precario, es mejor que un desempleo a tiempo completo. En este contexto socio-económico y político-institucional, una manera de hacer más atractiva la contratación de estos colectivos de inserción «mercantil» difícil es permitirles combinar un salario reducido, proveniente de un empleo temporal (*vid.*, punto 2, disp. trans. quinta) con el subsidio por desempleo, que muta su naturaleza de derecho a una compensación por inactividad a una parte del salario del trabajador, que es así en parte socializado <sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Sin perjuicio de la obligación prevista legalmente, desde 1-1-2002, para las empresas que aprueben expedientes de regulación de empleo en orden a suscribir un Convenio Especial para los trabajadores mayores de 55 años y hasta los 61 años, edad de jubilación anticipada. A partir de este momento el trabajador o se jubila o sigue pagando lo previsto en el Convenio hasta los 65 años.

<sup>64</sup> Esta incertidumbre y ambivalencia explica las posiciones radicales que enfrentan a Gobierno y Sindicatos al respecto, pese a haber pactado una política orientada a promover situaciones de combinación de garantía de ingresos con percepción de salarios (ej. política de jubilación parcial y flexible).

Las principales reglas fijadas en el RD-Ley 5/2002, en cualquier caso absolutamente provisionales y experimentales al quedar a la plena disposición del Gobierno, son:

- Beneficiarios de la compatibilidad: *voluntariamente*, los mayores de 52 años beneficiarios de cualquiera de los subsidios *ex* artículo 215 TRLGSS, *obligatoriamente*, los beneficiarios del subsidio especial establecido en el artículo 215.1.3 LGSS (punto 1).
- Condiciones de contratación: cualquier modalidad contractual, salvo aquella que implique una contratación inferior a 3 meses (punto 2).
- Ayudas: abono al trabajador en un solo pago de 3 meses de cuantía del subsidio, en caso de cambio de residencia habitual, y bonificación de la cuota empresarial según se trate de contrato temporal (50% por un año de contingencias comunes) o indefinido (remisión a cada programa anual) –puntos 3 y 4–.
- Reiteración del deber de reintegro de cantidades indebidamente percibidas en atención a la normativa general aplicable *ex* artículo 227.1 LGSS (punto 5).
- Deberes documentales para la reanudación del subsidio en caso de cese en el trabajo, siempre que no se hubiera agotado y no tuviese derecho al nivel contributivo: comunicación a la oficina pública de empleo, acreditación de la involuntariedad del mismo y reactivación del compromiso de actividad (punto 6).
- Supuestos excluidos de la compatibilidad: bien por el tipo de contrato celebrado –contratos de inserción o subvencionados en cualquier modo por el INEM al amparo del Programa de Fomento del Empleo Agrario (RD 939/1997)–, bien por las características de la empresa contratante –empresas sujetas a ERE o con la que haya trabajado el beneficiario el último año– o por razones de parentesco con el empresario –o con quienes ostenten cargos de dirección o administración– (punto 7).
- Habilitación al Gobierno para modificar mediante RD lo establecido en estos apartados (deslegalización).

### **3. Programa de sustitución de trabajadores en formación por trabajadores beneficiarios de prestaciones por desempleo (disp. trans. sexta; art. 228.4 LGSS).**

En aplicación del ya referido artículo 228.4, párrafo 3.º, la disposición transitoria sexta del RD-Ley 5/2002 diseña un programa de fomento tanto de la formación profesional de los trabajadores ya ocupados como del empleo de los desempleados. A tal programa podrán acogerse *«las empresas que tengan hasta 100 trabajadores y sustituyan a éstos con trabajadores desempleados beneficiarios de las prestaciones por desempleo durante el tiempo en que aquéllos participen en acciones de formación, siempre que tales acciones estén financiadas por cualquiera de las Administraciones Públicas»*.

Se fijan las siguientes cuestiones:

- a) Sujetos beneficiarios: empresas de menos de 100 trabajadores, esto es, que carecen de planes de formación profesional propios según la regulación convencional al respecto.
- b) Ayudas a percibir: debe abonar al trabajador contratado en sustitución sólo la diferencia entre la cuantía de la prestación o subsidio por desempleo y el salario que le corresponde, 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.
- c) Regla de transparencia: debe presentar en la Oficina de Empleo un certificado expedido por la Administración Pública o Entidad encargada de gestionar la formación, donde se acredite la participación de sus trabajadores en las acciones formativas y el tiempo de duración de las mismas.
- d) Remisión a las reglas del procedimiento de devolución de las cantidades indebidamente percibidas, mediante el recurso al artículo 227.1 LGSS.
- e) Provisionalidad o experimentalidad del programa: enésima habilitación al Gobierno para modificar mediante RD lo establecido en esta regulación.

#### 4. Programa de fomento de la movilidad geográfica (disp. trans. séptima).

Uno de los objetivos de la Estrategia Europea por el Empleo es la movilidad geográfica, recogiéndose igualmente en los Planes Nacionales. En cumplimiento de este objetivo, la disposición transitoria séptima pone en marcha un programa específico de fomento de la movilidad geográfica, que se concibe como un instrumento de redistribución adecuada de la demanda de empleo en atención a las características diferentes, en el plano territorial, de la oferta de empleo, por cuanto se constata cómo existen zonas que ofertan empleo y no consiguen cubrir tales ofertas junto a zonas que demandan empleo y no consiguen satisfacerla.

Los *beneficiarios* son los trabajadores desempleados, empresas y organizaciones empresariales. Las *ayudas* se concretan en subvenciones que faciliten la contratación temporal o estable cuando dicha contratación implique desplazamientos o traslados de residencia. En el caso de desplazamientos temporales, las empresas u organizaciones empresariales podrán acceder a subvenciones «*al objeto de organizar y costear el desplazamiento, facilitar el alojamiento de los trabajadores desempleados que se desplacen desde su residencia habitual a otra localidad para ocupar puestos de trabajo de carácter temporal*». En el caso de traslados o desplazamientos estables, los trabajadores que se desplacen para ocupar puestos de trabajo de carácter indefinido tendrán derecho a percibir «*ayudas económicas individuales en concepto de alojamiento, de gastos de desplazamiento y de traslado de enseres y mobiliario*».

Se fija una regla de compatibilidad entre tales ayudas con las establecidas en la disposición transitoria quinta (mayores de 52 años), incluidas las previstas para el supuesto de cambio de resi-

dencia. Asimismo, se precisa una regla de competencia: se remite al Gobierno la competencia para establecer el procedimiento, contenido y condiciones de estas ayudas, por un lado; por otro, se alienta la suscripción de Acuerdos o Convenios de Colaboración con las CC.AA. al objeto de facilitar esta política, máxime si se tiene en cuenta el abierto proceso de transferencias de las políticas activas de empleo.

### **5. Programa de fomento de empleo de las mujeres desempleadas (disp. final primera).**

Continuando con una línea de política de fomento de empleo favorable al acceso al mismo de las mujeres, iniciada ya en 1998, se vuelve aprovechar la ocasión de una reforma para ampliar el ámbito de aplicación de la denominada «cuota cero». En esta dirección, el límite que antes existía para que todas las mujeres desempleadas se beneficiaran de la bonificación del 100 por 100 de los costes de Seguridad Social durante un año, prevista para los casos en que la mujer se reincorpora dentro de los 24 meses siguientes al parto durante un año, ahora desaparece. De este modo, el período de al menos 1 año de inscripción en la oficina de empleo, recogido en los artículos 4.1.1 letra i) –ámbito de aplicación del programa de fomento de empleo para el 2001– y 6.1 i) –incentivos– de la Ley 12/2001, de 9 de julio, se suprime (disp. final primera, punto 1).

La medida, a juzgar por sus precedentes y según ilustran las pésimas estadísticas, no parece estar llamada a tener incidencia significativa en la situación desigual de este colectivo respecto del acceso al empleo. De ahí las críticas que ha merecido por su ineficacia, aunque en teoría pueda estar bien concebida.

### **6. Fomento del empleo de personas beneficiarias o admitidas al programa de renta activa de inserción (disp. final primera, punto 2).**

También se aprovecha la reforma para introducir bonificaciones en la cuota empresarial de Seguridad Social por contingencias comunes, para la contratación de desempleados admitidos en el Programa de Renta Activa de Inserción <sup>65</sup>.

### **7. Fomento del empleo de personas con discapacidad (disp. final primera, punto 3).**

En realidad, esta regla es más un instrumento de control del fraude que una medida realmente preventiva, por cuanto se establecen varias exclusiones del acceso a subvenciones y bonificaciones previstas en el Capítulo II del RD 1451/1983, de 11 de mayo, sobre empleo selectivo y medidas

<sup>65</sup> Se prevé un 65 por 100 durante los 24 meses siguiente a inicio de la vigencia del contrato –ya contenida en el Programa de Fomento de Empleo–; 45 por 100 durante el resto de la vigencia del contrato si son trabajadores entre 45 y 55 años; 50 por 100 durante el resto de la vigencia del contrato si son trabajadores entre 55 y 65 años.

de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos. De este modo, se ajusta esta normativa específica a la regulación común en materia de acceso a ayudas de política de fomento de empleo.

## VI. VALORACIÓN FINAL DE LA REFORMA: UNA NORMA PROVISIONAL

Poco debemos añadir, por el momento, a lo ya analizado. Tan sólo evidenciar que tenemos la impresión, bien fundada, de que estamos ante una norma provisional. Tanto por el proceso de rechazo que ha generado, con razón, su forma de elaboración, mediante un injustificable RD-Ley, cuanto por algunos despropósitos recogidos en su contenido, la normativa aquí analizada tendrá que experimentar algunos cambios, tal y como ya se anuncia.

So pretexto del doble objetivo de modernización y racionalización del sistema de protección por desempleo, se evidencia un objetivo de redistribución de costes, pasando recursos desde las políticas pasivas a las políticas activas, desde el trabajo hasta el capital. Al margen de la opinión que tal proceso genere, que profundiza en la inversión del modelo constitucional abierto en vía fáctica desde mediados de la década de los años 80, lo cierto es que tal decisión ha de realizarla el Parlamento, que es depositario de la voluntad general, sin perjuicio de atender las exigencias de procedimiento y contenido propias del Diálogo Social, si bien es aquel y no este el que tiene que tomar la última palabra.

Ahora bien, al mismo tiempo, el Parlamento, a la hora de legislar, tendrá que tener en cuenta el esquema de valores, principios, derechos e intereses legítimos que prefigura la CE, por lo que ni formal ni materialmente cuenta con una libertad omnímoda para proceder a la reforma del sistema de protección por desempleo, cuyas claves fundamentales fueron fijadas por decisiones constitucionales expresamente formalizadas. A este respecto, es cierto que el propio legislador constitucional delimitó sólo un marco de referencia en el que caben distintas opciones o modelos, en función del concreto juego de mayorías parlamentarias, pero no menos cierto es que existen límites que ningún legislador debería superar.

En este sentido, si aceptamos que buena parte de las reformas con ser polémicas o discutibles no pueden tacharse, en absoluto, de inconstitucionales, ni siquiera de inoportunas en algunos casos, del mismo modo creemos haber puesto de relieve que el RD-Ley, al margen de la técnica elegida, contiene algunos dislates que conviene corregir. Alguno de ellos hemos intentado superarlo por la fuerza de la interpretación (ej. situación de los fijos discontinuos), pero esta fuente puede mucho pero no lo puede todo, por lo que otros sólo podrán ser subsanados por una decisión formal del legislador (ej. recuperación de los salarios de tramitación; mejora de la regulación de la prestación contributiva por desempleo). Confiamos en que, una vez pasada la resaca de esta extraña Huelga General, así como el *impasse* del estío vacacional, las aguas vuelvan a su cauce y se introduzcan las reformas oportunas, como pretendemos contarles en ese momento.