

MIGUEL ÁNGEL PURCALLA BONILLA

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.
Universidad Rovira i Virgili (Tarragona)*

Extracto:

EL propósito de estas páginas no es otro que la realización de un análisis jurídico-crítico sobre uno de los contenidos del Real Decreto-Ley 5/2002, en concreto la reforma del subsidio de desempleo, a través de una lectura sistemática de sus claves normativas en concordancia con la variada jurisprudencia, interna y comunitaria, existente hasta la fecha y conectada a dicho subsidio. Al inicio del comentario se incorporan, no obstante y en lo que constituye el primer apartado del trabajo, diversas reflexiones sobre el contenido de las principales reformas operadas por el Real Decreto-Ley 5/2002. Efectuada esa tarea, se procede después, en el segundo apartado, al análisis del régimen jurídico vigente del subsidio de desempleo.

Sumario:

- I. Introducción: contenidos del Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo.
 1. Requisitos para el nacimiento del derecho a la prestación por desempleo.
 2. Redefinición del concepto de «colocación adecuada».
 3. Nacimiento del derecho a la prestación por desempleo.
 4. Supresión parcial de los salarios de tramitación en los despidos disciplinarios improcedentes.
 5. Capitalización de la prestación por desempleo.
 6. La compleja e incorrecta situación del trabajo fijo discontinuo.
 7. Fomento de la movilidad geográfica.
 8. Medidas varias de fomento del empleo.
 9. Reforma de infracciones y sanciones.
 10. Un nuevo y controvertido procedimiento de oficio.
 11. Programa de Renta Activa de Inserción-2002.

- II. El subsidio de desempleo.
 1. Beneficiarios del subsidio.
 2. Rentas incompatibles con el subsidio de desempleo.
 3. Prelación en la percepción del subsidio.
 4. Duración del subsidio.
 5. Cuantía del subsidio.
 6. Nacimiento del derecho al subsidio.
 7. Suspensión del subsidio.
 8. Extinción del subsidio.
 9. Incompatibilidades.
 10. Supuestos especiales.
 - 10.1. Desempleados mayores de 45 años en determinadas circunstancias.
 - 10.2. Emigrantes retornados.
 - 10.3. Subsidio especial agrario.

I. INTRODUCCIÓN: CONTENIDOS DEL REAL DECRETO-LEY 5/2002, DE 24 DE MAYO

Como se sabe, el 17 de abril de 2002 el Gobierno cerró el documento que tanta resonancia mediática, política y social tuvo. Tras diversas reuniones con los agentes sindicales, en las que la discrepancia radical fue la tónica dominante, la convocatoria sindical de huelga general para el 20 de junio ha tenido una contundente respuesta normativa (que, a su vez, ha sido el punto clave en la motivación jurídica de dicha huelga): el Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo (en vigor, con alguna salvedad de su contenido, desde el 26 de mayo), de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad ¹. Al cierre de estas páginas (9-9-2002), se está tramitando como Proyecto de Ley ² (tras su convalidación parlamentaria ³), se ha ampliado en 3 ocasiones el plazo de presentación de enmiendas ⁴ y actualmente el texto está en manos de la Comisión de Política Social y Empleo del Congreso de los Diputados.

Entre otras consideraciones, puede ya adelantarse que se trata de un texto complejo, heterogéneo, que se enmarca en las fórmulas débiles propias del Derecho dúctil y que, pese a su nominalismo formal, va más allá de la reforma del desempleo, o de la variación material del concepto de parado o desempleado por el de buscador activo de empleo, pues afecta, con sigilo formal y alcance sustancialmente barrenador, como se verá, a otras instituciones del sistema de relaciones laborales.

Sobre esta rápida actuación del poder ejecutivo y no sin cierta dosis de razón, se ha dicho que consiste más en una suerte de «cierre patronal legislativo», en tanto que respuesta de retorsión (por la fuerza del «nudo y duro dominio sobre el BOE» por parte del Gobierno) a la convocatoria de huel-

¹ BOE núm. 125, de 25-5-2002. Corrección de errores: BOE núm. 139, de 11-6-2002. Convalidado por el Congreso de los Diputados el 13-6-2002 (BOE núm. 146, de 19-6-2002).

² Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados, serie A, núm. 100-1, de 21-6-2002 (Proyecto de Ley 121/000100, presentado el 13-6-2002).

³ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 171, de 13-6-2002, pp.: 8.567-8.601.

⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados, serie A, núm. 100-2, de 18-7-2002, que amplió el plazo hasta el 3-9-2002; Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados, serie A, núm. 100-3, de 29-7-2002, que amplió el plazo de presentación de enmiendas al 9 de septiembre (enmiendas a la totalidad) y al 10 de septiembre (enmiendas al articulado); y Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados, serie A, núm. 100-4, de 4-9-2002, que ha ampliado hasta el 16-9-2002 el plazo de presentación de enmiendas al articulado.

ga, a modo de medida de ingeniería jurídico-social (que se ha visto coronada por la problemática, previsible, de la determinación gubernativa unilateral y no pactada de los servicios mínimos, especialmente en el sector transporte, considerados por los sindicatos como abusivos y cuya suspensión cautelar se solicitó, sin éxito, ante el Tribunal Supremo), que en una auténtica urgente y extraordinaria necesidad (*ex art. 86 de la Constitución Española*) de reformar aspectos de diversos ejes normativos clave del actual Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ⁵.

Por lo pronto, no creo que «el funcionamiento de la economía globalizada» en la sociedad actual sea un motivo que justifique suficientemente, cuando menos de forma abstracta e inconcreta, la presunta urgencia de un Real Decreto-Ley. Tampoco lo es argüir como justificación la situación de desempleo, pues es algo que hace décadas que España arrastra y el trámite parlamentario no debe burlarse con base en ese dato, salvo que se entienda que cualquier materia es propicia a la técnica del Real Decreto-Ley. Además, pretender que el Servicio Público de Empleo, tal y como hoy está vertebrado y a la vista de su funcionamiento, pueda cumplir con todos y cada uno de los objetivos de empleo propuestos por la reforma es, como con razón se ha escrito, «puro discurso moralista e ideológico» ⁶; afirmación que ha de enmarcarse, además, en un contexto, el actual, en el que está sobre la mesa la futura aprobación de una nueva Ley Básica de Empleo, y en el que debe tenerse en cuenta la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la proscripción del monopolio público de intermediación en el mercado de trabajo ⁷.

En fin, tampoco parece de recibo aludir a la urgente necesidad de ajustar la oferta y la demanda de trabajo para reducir la tasa de paro, cuando se introducen medidas, pretendidamente bajo ese paraguas jurídico, como la consideración como rentas a los efectos de acceder o no al subsidio de desempleo a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 5/2002, de las indemnizaciones percibidas por los trabajadores despedidos vía expediente de regulación de empleo; o el recorte sustancial de los salarios de tramitación, entre otros temas. Por estas y otras razones, no ha de extrañar la interposición de recursos de inconstitucionalidad que contra esta norma se han interpuesto, pues debe recordarse que el presupuesto constitucional de la extraordinaria y urgente necesidad puede habilitar al Decreto-Ley para que afecte a una medida concreta, pero no da carta blanca para adoptar otras medidas que no guarden conexión con aquella medida.

Abordando ya su contenido, el Real Decreto-Ley afecta, desde un punto de vista *cuantitativo*, a las siguientes normas:

⁵ Cfr. VALDÉS DAL RÉ, F. y BAYLOS GRAU, A. (y 33 catedráticos más de Derecho del Trabajo y Seguridad Social), en *El País*, viernes, 7-6-2002 (www.elpais.es).

⁶ MOLINA NAVARRETE, C. y CUEVAS GALLEGO, J.: «Nuevas reglas del sistema de protección frente al desempleo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 232, 2002, p.: 53.

⁷ La consideración comunitaria de la actividad de colocación como actividad económica y no como prestación de servicio público de solidaridad, junto a la ruptura del monopolio de los servicios públicos de colocación, ha supuesto la creación de un mercado de colocación europeo que es consecuencia de las libertades de prestación de servicios y de circulación de trabajadores. Al respecto, SSTJCE de 23-4-1991 (asunto *Macrottron*), 11-12-1997 (asunto *Job Centre*) y 8-6-2000 (asunto *Giovanni Carra*).

- A) Los Textos Refundidos de las Leyes Generales de Seguridad Social (LGSS), de la Ley de Procedimiento Laboral, del Estatuto de los Trabajadores y sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- B) Las recientes Leyes 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y mejora de su calidad, y de Acompañamiento a la de Presupuestos Generales del Estado para 2002 (Ley 24/2001, de 27 de diciembre).
- C) Los Reales Decretos 625/1985, de 2 de abril, que desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo; 1044/1985, de 19 de junio, por el que se establece el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único; y al 5/1997, de 10 de enero, de subsidio de desempleo a favor de los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, y al 1469/1981, de 19 de junio, sobre prestaciones por desempleo de trabajadores por cuenta ajena, de carácter fijo, incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

Desde un punto de vista de análisis *cualitativo*, el Real Decreto-Ley afecta a las materias que a continuación se indican.

1. Requisitos para el nacimiento del derecho a la prestación por desempleo.

La nueva regulación establece que, junto a la tradicional situación legal de desempleo, el solicitante ha de acreditar su *disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar una colocación adecuada*. La búsqueda activa de empleo equivale a la obligación de participar en acciones de mejora de la ocupabilidad determinadas por el Servicio Público de Empleo. El solicitante o beneficiario de estas prestaciones tiene un compromiso de actividad (beneficiario como *buscador activo de empleo*, más que como receptor de prestaciones o rentas de sustitución⁸, en una clara línea de tendencia gubernamental hacia la asistencialización del sistema⁹) que se suscribe con la solicitud de la prestación, y que se reactiva con la reanudación del derecho, traduciéndose en *buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada* (disponibilidad para aceptar un empleo adecuado), y *participar en acciones específicas* de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad.

⁸ MOLINA NAVARRETE, C. y CUEVAS GALLEGO, J.: «Nuevas reglas...», cit., p.: 64.

⁹ El Real Decreto-Ley contiene diversas medidas (búsqueda activa de empleo, redefinición del concepto «colocación adecuada», compromiso de actividad, itinerario de inserción, programas temporales, etc.) que refuerzan la discrecionalidad de la Administración y debilitan el estatuto jurídico de los derechos del beneficiario, en una suerte de «retorno de la asistencia—ahora en el sentido de una protección discrecional frente a una protección jurídicamente exigible— que desde hace años se ha convertido en una característica esencial de la Seguridad Social de la crisis». Cfr. DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «La reforma de la prestación por desempleo en el Real Decreto-Ley 5/2002», en AA.VV.: *Comentarios de urgencia a la reforma del sistema de protección por desempleo*, Valladolid (Lex Nova), 2002, p.: 74.

Con todo, no debe ignorarse un dato, creo que incontestable: si la reforma ha pretendido considerar al desempleado como un holgazán y un parásito social que se despreocupa de buscar trabajo, y si desde esa perspectiva ha formulado el tema de la suscripción del compromiso de actividad, creo que ese planteamiento que generaliza dicha presunción contra los desempleados encierra, siendo suave en la valoración, un yerro de apreciación mayúsculo. Ello es así porque, entre otras cosas, no se puede generalizar en esta cuestión socialmente tan sensible, como con lucidez señalara AMARTYASSEN, Catedrático de la Universidad de Harvard y premio Nobel de Economía en 1998, en una Conferencia pronunciada en el Círculo de Economía de Barcelona, con las siguientes palabras ¹⁰: «¿En qué medida el subsidio de paro es un factor que hace que la gente no se interese por la búsqueda de un puesto de trabajo? Esto, evidentemente, sucederá en algunos casos, pero vemos todo lo contrario en otros». Otra cosa es, sin duda, el desaliento (sumado al deterioro de la capacidad laboral, a la pérdida de confianza y autoestima y a ciertas psicopatologías ¹¹) que provoca la situación de desempleo, de forma que, como señala el ilustre profesor citado, «si uno se acostumbra a ese estado de paro, la posibilidad de que uno se empeñe en la búsqueda de un puesto de trabajo se ve fuertemente socavada».

De otro lado, creo que, con la aparentemente neutra figura del «buscador activo» de empleo, es claro que la reforma se alinea, política y sociológicamente, de un lado con la tendencia maltusiana a considerar a los desempleados como un grupo peligroso y anestesiado por el seguro de desempleo que no busca ocupación ¹², y, de otro, con la visión economicista neoliberal que, cimentando sibilinamente la desvertebración del Estado del Bienestar, considera al paro como algo «voluntario», y al desempleado como un sujeto que «prefiere el paro», con el pago de la prestación o subsidio correspondiente (que sería una suerte de «subvención a la ociosidad» ¹³ y un camino a la obtención de ingresos suplementarios en la economía sumergida ¹⁴), antes que trabajar. De ahí a la crítica lacerada y lapidaria del parado no hay más que un paso: así y a modo de ejemplo, se ha escrito que, en España hay «dos millones de parados que se pueden permitir el lujo de no trabajar en los trabajos que no les gustan lo suficiente (porque tienen subsidios de paro, una red de bienestar estatal y familiar que les protege, trabajos disponibles en la economía subterránea, u otras razones)» ¹⁵.

Creo que esta desafortunada y maledicente visión ha influido, y mucho, en el contenido del Real Decreto-Ley 5/2002. En efecto, se trata de una perversa lógica que, so pretexto de incentivar el empleo, ha justificado, como se verá, una estancia más gravosa del desempleado en el sistema de

¹⁰ El texto de esta conferencia puede consultarse en *La Factoría*, núm. 8, 1999 (www.lafactoriaweb.com).

¹¹ Sobre este tema, véase el interesante análisis de FERNÁNDEZ RÍOS, M.: *Psicopatología del paro laboral*, en www.lander.es/~lepddhh/paro.html.

¹² Como con acierto señalan GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.: «Las reformas en materia laboral del Real Decreto-Ley 5/2002», en AA.VV.: *Comentarios de urgencia...*, cit., p.: 81.

¹³ LAYARD, R.: «La prevención del paro de larga duración: un análisis económico», en AA.VV.: *El reto social de crear empleo*, Barcelona (Ariel), 1996, p.: 75.

¹⁴ SEBASTIÁN, C.: «La creación de empleo en España: el papel de las imperfecciones del mercado laboral», en AA.VV.: *El reto social...*, cit., p.: 181.

¹⁵ Esta discutible percepción del fenómeno del desempleo, puede verse en PÉREZ DÍAZ, V., ÁLVAREZ MIRANDA, B. y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C.: *España ante la inmigración*, Barcelona (Fundación la Caixa), 2001, pp.: 14-15.

protección social y, lo que aún es más grave a mi juicio (pues aún no se ha demostrado empíricamente que la reducción del coste del despido sea una medida necesaria para incrementar la creación de empleo neto ¹⁶), un abaratamiento del coste empresarial del despido disciplinario ¹⁷. Cuestiones todas ellas, desde luego, que no hay que desconocer ni silenciar, salvo que se quiera actuar como «pregonero oficial» de una norma social errática y desenfocada como el Real Decreto-Ley 5/2002, que, lejos de incrementar los niveles de empleo, está contribuyendo a desintegrar las bases del sistema de protección social y del acervo de derechos sociales arduamente conseguidos por los trabajadores. Y, desde luego y desde una óptica jurídico-crítica que puede o no compartirse (pues en eso consiste la libertad constitucional de opinión), no ha sido ése el papel que me he propuesto al redactar estas páginas.

2. Redefinición del concepto de «colocación adecuada».

Se define la colocación adecuada ya como la *profesión solicitada por el trabajador*, ya como la que se corresponda con su *profesión habitual* ¹⁸, ya como las *coincidentes con la última actividad laboral realizada o cualquier otra que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas*, incluyendo todo tipo de relación laboral indefinida o temporal, a tiempo completo o parcial ¹⁹, con independencia de la jornada y de la cotización o no por desempleo.

Este nuevo concepto de empleo adecuado se determina con base en *cuatro ejes*:

- La profesión del trabajador (solicitada, habitual, coincidente con la última realizada u otra ajustada a su perfil físico y formativo), teniendo en cuenta que transcurrido un año desde el inicio de la prestación, se consideran adecuadas además «otras colocaciones que a juicio del Servicio Público de Empleo puedan ser ejercidas por el trabajador». Concepto este último problemático, por el amplio margen de discrecionalidad que otorga a dicho servicio público de empleo (cuyo funcionamiento y eficacia, por cierto, están lejos de los óptimos deseables), porque propone una solución que «no parece respetuosa del principio de seguridad jurídica» y porque, en el terreno de la práctica, no está nada claro «qué coloca-

¹⁶ MALO OCAÑA, M.A. y TOHARIA CORTÉS, L.: *Costes de despido y creación de empleo*, Madrid (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales), 1998, p.: 126.

¹⁷ GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.: «Las reformas...», cit., p.: 82.

¹⁸ Concepto este, el de la profesión habitual, que en ocasiones provoca problemas prácticos. Es el caso, por ejemplo, de la STSJ Cataluña de 22-4-1992, en la que no se consideró como tal el ejercicio durante 18 meses de un mismo trabajo (en el caso enjuiciado, auxiliar administrativo).

¹⁹ Se incluye en la norma, así y aunque sea discutible, el criterio jurisprudencial al respecto: es el caso, por ejemplo, de la STSJ Andalucía-Granada de 6-3-2001, que considera colocación adecuada la contratación eventual de 1 mes de duración y con horario «indistinto» hecho a una trabajadora agrícola; o de la STSJ Cataluña de 14-2-1997 (contrato a tiempo parcial de 3 meses).

ciones podrán también ser consideradas razonablemente adecuadas por los servicios de empleo»²⁰.

- El salario, por cuanto que la colocación será adecuada cuando implique un salario equivalente al aplicable (convenio de sector, entiendo, como módulo preferente) al puesto de trabajo que se le ofrezca, con independencia de la cuantía de la prestación a que tenga derecho o aunque se trate de trabajos de colaboración social (siempre temporales, pues su duración nunca puede superar la del tiempo que reste al desempleado de prestación o subsidio: art. 38 del Real Decreto 1445/1982)²¹. El salario no podrá ser inferior al SMI, una vez descontados de aquél los gastos de desplazamiento (lo que conecta claramente con la previsión, anterior en el tiempo y para los trabajos de colaboración social, del art. 39 del Real Decreto 1445/1982, que se pronuncia en los mismos términos).
- El lugar de ubicación geográfica del empleo, pues la colocación será adecuada cuando se ofrezca en la localidad de residencia habitual del trabajador o en otra localidad situada en un radio inferior a 30 kilómetros o 2 horas de desplazamiento (en el documento gubernativo, de 17-4-2002, se hablaba de 50 km y de 3 horas, respectivamente), que el coste del desplazamiento sea igual o inferior al 20% del salario mensual, o que tenga posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar del nuevo empleo. La doctrina judicial ya había tenido alguna ocasión de pronunciarse al respecto: es el caso, por ejemplo, de la STSJ Andalucía-Granada de 6-3-2001, que consideró que una distancia de 40 km entre el lugar de residencia y el centro de trabajo no era excesiva, habida cuenta de que la empresa ponía medios de transporte a disposición de los trabajadores.
- Los anteriores requisitos se pueden modificar y adecuar a la vista de las circunstancias profesionales, personales y familiares del desempleado, sin que el salario a percibir pueda ser inferior al salario mínimo interprofesional una vez descontados los gastos de desplazamiento. Esta previsión encierra, si se interpreta literalmente, una dosis excesiva de discrecionalidad administrativa que rayaría la vulneración de los principios de legalidad y seguridad jurídica, por lo que sólo puede salvarse si se entiende que lo que permite es una «corrección individualizada» y excepcional de los demás criterios generales²².

²⁰ LUJÁN ALCARAZ, J.: «La noción de "colocación adecuada" ante la reforma de la protección por desempleo», *Aranzadi Social* núm. 5, 2002, p.: 23. En parecidos términos, ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A.: *Desempleo y despi-do...*, cit., pp.: 20-21.

²¹ Recuérdese aquí la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los trabajos de colaboración social (entre otras, SSTS 24-4-2000, 17-5-2000 y 25-7-2000), criticable por su permisibilidad para con la Administración Pública (y el efecto anudado de «congelación» de oposiciones y concursos a funcionario público), desde el punto y hora en que señala que dichos trabajos «no requieren la adscripción a una obra concreta y específica», sino que quedan justificados por la simple adscripción del desempleado «a la realización de una función pública», que, por sí misma y a juicio del Alto Tribunal, «es de utilidad social». Sobre esta cuestión, LÓPEZ LÓPEZ, J.: «Utilización abusiva de trabajadores en régimen de colaboración social por las Administraciones Públicas», *Información Laboral Jurisprudencia*, núm. 2, 2002.

²² DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «La reforma...», cit., p.: 32, quienes ponen como ejemplo «que quien esté realizando un curso de informática no tenga que aceptar un trabajo de peón».

3. Nacimiento del derecho a la prestación por desempleo.

La situación legal de desempleo, acreditada como hasta ahora y en tanto no se modifique reglamentariamente por carta de despido, acta de conciliación (administrativa o judicial) o resolución judicial de procedencia o improcedencia (sin readmisión en este segundo caso), nace, entre otros supuestos, *con el despido disciplinario desde el primer día de cese en el trabajo, y sin necesidad de impugnación judicial* ²³. Se trata, pues, de aplicar la *inmediatez* de la prestación por desempleo ²⁴ (más que la automaticidad, acogido en el art. 220 de la Ley General de Seguridad Social), siempre que se cumplan, claro es, los requisitos para lucrar la misma (por ejemplo, período de carencia). En caso de *readmisión* del trabajador, los efectos son de dos clases: a) las cantidades percibidas por éste en concepto de prestaciones de desempleo se consideran indebidas por causa no imputable al trabajador, de modo que el INEM cesa en el abono de las prestaciones y reclama las cotizaciones efectuadas, debiendo el empresario ingresar las cantidades percibidas por el trabajador deduciéndolas de los salarios dejados de percibir con el límite de la suma de los mismos; y b) el empresario debe solicitar el alta en la Seguridad Social con efectos desde la fecha del despido inicial cotizando por todo ese período.

De su lado, se retrasa el abono de la prestación por desempleo durante el período en que el trabajador hubiera debido disfrutar las vacaciones, debiendo el empresario, con la excepción de que el trabajador encuentre otro empleo antes del cese del período «virtual» de vacaciones ²⁵, mantener en alta y cotizar tras el cese en el trabajo por el tiempo que corresponda a las vacaciones anuales no disfrutadas ²⁶, cursando la baja en la Seguridad Social tras la conclusión de dicho período temporal. De esta forma, se cambia la dinámica que hasta la fecha venía aplicándose (las vacaciones no disfrutadas formaban parte de la liquidación del trabajador y *no afectaban* al inicio del percibo de la prestación). El efecto es claro: se demora el inicio de la prestación hasta que el trabajador deje de obtener ingresos derivados del trabajo (pues las vacaciones son períodos de descanso retributivamente computables como de trabajo), y se trata de una *fictio iuris* caracterizable como período de ocupación cotizada de trabajador en situación asimilada al alta ²⁷. Es, sin duda, un tema complejo y que en la práctica va a generar no pocos problemas, pues sin duda el reflejo en el certificado de empresa de este extremo (período de vacaciones) no va a ser una solución incontrovertida.

Un problema colateral que se suscita, atiende a qué sucede en caso de interposición de recurso (al margen de quién lo interponga) contra la sentencia que declara la improcedencia del despido,

²³ ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A.: *Desempleo y despido en la reforma laboral del Real Decreto-Ley 5/2002*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2002, p.: 13.

²⁴ MOLINA NAVARRETE, C. y CUEVAS GALLEGO, J.: «Nuevas reglas...», cit., p.: 65.

²⁵ GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: «La reforma...», cit., p.: 101.

²⁶ Como señalan GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: «La reforma...», cit., p.: 101, «se trata de una suerte de cotización ultractiva o hacia el futuro, en el sentido de que se cotiza por quien ya no es trabajador de la empresa».

²⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V. y CORDERO SAAVEDRA, L.: «Estudio crítico del Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 232, 2002, p.: 30; DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «La reforma...», cit., p.: 42.

optando el empresario (o el representante de los trabajadores, si fuera el caso) por el abono de la indemnización. En este caso, no procede la ejecución provisional de la sentencia (a diferencia de lo que sucede en el caso de readmisión), y durante la sustanciación del recurso se considera al trabajador en situación legal de desempleo involuntario, continuando el percibo de la prestación por desempleo. Si la opción es por la readmisión, la interposición de recurso (por parte del trabajador o del empresario) supone que el empresario está obligado, mientras se sustancia el mismo, a satisfacer al trabajador la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad a producirse tales hechos, pero en este caso el INEM suspende el pago de la prestación hasta que finalice la sustanciación del recurso ²⁸.

4. Supresión parcial de los salarios de tramitación en los despidos disciplinarios improcedentes.

La cuestión es clara, y de entrada conviene ponerla sobre el tapete: como consecuencia del reconocimiento del subsidio de desempleo a partir del cese efectivo en el trabajo, si el empresario opta por la extinción del contrato con abono de la indemnización, no deberá pagar salarios de tramitación. Como consecuencia de ello, también desaparece la posibilidad de «limitar los salarios de tramitación al período comprendido entre la fecha de despido y la de conciliación administrativa previa, si el empresario reconoce la improcedencia del despido y deposita la indemnización en el Juzgado de lo Social» ²⁹.

Esta supresión parcial es un tema polémico, sin lugar a duda, pues, en primer lugar, el importe de dichos salarios (cuya media era de 4 meses, pues ésa es la duración de los procesos de despido en la instancia) es superior al de la prestación por desempleo que la persona percibe (salvo casos en los que al trabajador le hubiera variado la base de cotización durante los últimos meses, de una más alta a otra más baja ³⁰), al tiempo que acarrea un acortamiento práctico del disfrute del desempleo ³¹, que empieza a «consumirse» antes, sin obviar además que la duración del proceso judicial hipotético de impugnación del despido repercute sobre el trabajador, que invierte en ella su prestación de desempleo ³².

En segundo lugar, porque en la práctica supone para las empresas un abaratamiento de los costes de los despidos ³³ (se calcula que el ahorro gira en torno a los 84.000 millones de pesetas), pues

²⁸ BENEYTO CALABUIG, D.: «Los salarios de tramitación y su cotización a la Seguridad Social tras el Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 232, 2002, pp.: 117 y 121; ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A.: *Desempleo y despido...*, cit., pp.: 83-84.

²⁹ BENEYTO CALABUIG, D.: «Los salarios de tramitación...», cit., p.: 114.

³⁰ «En este sentido, el cambio de salarios de tramitación por prestación de desempleo perjudica al beneficiario». *Cfr.* DEDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «La reforma...», cit., p.: 74.

³¹ GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: «La reforma...», cit., p.: 84.

³² BAYLOS GRAU, A. y LÓPEZ LÓPEZ, J.: «El despido, más barato y más fácil», *La Vanguardia*, 15-6-2002.

³³ ODRIOZOLA LANDERAS, A.: «Comentarios urgentes al Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo», *Tribuna Social* núm. 138, 2002, p.: 55.

los salarios de tramitación sólo subsistirán en los supuestos de readmisión, y también quizás para el Estado, pues puede pensarse que desaparece la previsión de pago por parte de éste de los salarios de tramitación (y la cotización por éstos ³⁴) si la sentencia que dictara la *improcedencia* (que no la nulidad: STS 19-6-1998) del despido se pronuncia una vez transcurridos más de 60 días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda ³⁵. Si ello fuera así, al empleador correspondería cargar con los salarios devengados más allá de los 60 días, lo que contribuye a hacer que «la opción existente entre la readmisión e indemnización resulte irreal» ³⁶, pues las empresas optarán, por razones de rentabilidad, por la indemnización antes que por la readmisión, para eludir el pago de (y la cotización por los) salarios de tramitación. Sin embargo, comparto y aunque sea un poco forzada, la opinión doctrinal que sostiene que si el empresario opta por la readmisión y la declaración judicial de improcedencia se demora más allá de esos 60 días, sigue existiendo «la misma causa de resarcimiento de perjuicios por la lenta administración de justicia que con anterioridad a la reforma introducida por el RDL 5/2002», por lo que el Estado debe hacerse cargo de dichos salarios para resarcir al empresario de la dilación en la tramitación judicial del procedimiento ³⁷.

En tercer lugar, por la pobre justificación ofrecida por la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 5/2002 ³⁸, que apela a razones de funcionamiento del mercado de trabajo para justificar la supresión de los salarios de tramitación. Esta supresión, además, tiene el agravante añadido de que, al tratarse de una norma en apariencia de orden público (aunque es una cuestión dudosa, que requiere un tratamiento más exhaustivo en otro lugar), no permite a la negociación colectiva fijar la obligatoriedad de abono de dichos salarios en caso de despido improcedente. Aunque sí es cierto que hay una vía indirecta para que los salarios de tramitación no se pierdan: que la negociación colectiva extienda el derecho de opción entre readmisión e indemnización (que, como se sabe, corresponde al empresario salvo que el afectado sea representante de los trabajadores) a todos los trabajadores. Recuérdese, en este sentido, que la STS 11-3-1997 admitió la posibilidad de que el convenio colectivo atribuya al trabajador el derecho de optar entre readmisión o indemnización en caso de despido improcedente.

En cuarto lugar, porque supone, según entiendo, tanto la desaparición de la posibilidad de paralizar el devengo de los salarios de tramitación en conciliación (además de la degradación de la

³⁴ Sobre esta cuestión, BENEYTO CALABUIG, D.: «Los salarios de tramitación...», cit., pp.: 121-122.

³⁵ Así lo entiende BENEYTO CALABUIG, D.: «Los salarios de tramitación...», cit., pp.: 114, 121 y 127. Ello supone el vaciamiento del contenido de la modalidad procesal de los arts. 116 a 119 de la Ley de Procedimiento Laboral, y del Real Decreto 924/1982, de 17 de abril, sobre reclamación al Estado por salarios de tramitación en juicios de despido.

³⁶ ODRIÓZOLA LANDERAS, A.: «Comentarios urgentes...», cit., p.: 55.

³⁷ GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: «La reforma...», cit., p.: 101, ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A.: *Desempleo y despido...*, cit., pp.: 71-72, con base en las SSTs 20-7-1995, 23-7-1996 y 29-3-1999.

³⁸ La Exposición de Motivos de la norma se refiere equívocamente a la cuestión afirmando que para mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo «se establece el comienzo de la percepción de la prestación de desempleo desde el cese por despido, con independencia de su impugnación, posibilitando la existencia de ingresos en el período que medie entre el despido y la conciliación o la sentencia». Al respecto, SEMPERE NAVARRO, A.V. y CORDERO SAAVEDRA, L.: «Estudio crítico...», cit., p.: 21, apuntan a que tal rebaja de costes puede incentivar a la empresa a contratar a otros trabajadores, a la vez que ello quizás empuje al trabajador a buscar empleo con mayor ímpetu.

conciliación previa y de los despidos conciliados ³⁹), cuanto el cómputo de la indemnización de 45 días/42 mensualidades desde la fecha de cese efectivo en el trabajo (dada la supresión de la obligación de mantener en alta al trabajador durante el período comprendido entre el cese y la declaración de improcedencia, salvo los casos de readmisión).

En efecto, reténgase que, ahora, los salarios de tramitación sólo se mantienen para el caso de readmisión del trabajador, previa declaración judicial de nulidad o improcedencia (si hay readmisión, claro es) del despido, supuestos en los que el empresario: – deberá abonar a la Entidad Gestora (INEM) las cantidades percibidas en concepto de prestaciones de desempleo por el trabajador despedido; y – cursará el alta con efecto retroactivo y abonará los salarios de tramitación pendientes y las correspondientes cotizaciones ⁴⁰. El INEM, pues, reclamará: – a la TGSS el reintegro de las cotizaciones satisfechas por contingencias comunes (aportación empresarial y aportación del trabajador reducida en un 35%), pues la cotización del INEM durante la prestación de desempleo no comprende las situaciones de desempleo, FOGASA, formación profesional ni contingencias profesionales; – y a la empresa, como se ha avanzado, el importe de la prestación de desempleo abonada.

Si la readmisión no tiene lugar, se plantean diversas situaciones: a) extinción de la relación laboral (por la vía del art. 279.2 –falta de readmisión o readmisión irregular– o por la del art. 284 –cierre o cese de empresa–, ambos de la Ley de Procedimiento Laboral), en cuyo caso el auto judicial correspondiente condenará a la empresa al abono de los salarios de tramitación y a las indemnizaciones correspondientes, y el trabajador pasará a cobrar las prestaciones de desempleo desde que el auto declare la extinción de la relación laboral; y b) si desde el momento del cese inicial el trabajador pasó a percibir las prestaciones por desempleo, el empresario habrá de reintegrar al INEM lo abonado por éste al trabajador, pagar las diferencias de salarios al trabajador y efectuar las correspondientes cotizaciones ⁴¹.

Además y paralelamente, se eliminan los salarios de tramitación del ámbito de la responsabilidad del FOGASA en caso de salarios pendientes de pago a causa de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores (modificación del art. 33.1 del Estatuto de los Trabajadores), lo que no es una solución de política legislativa inmune a la crítica. Es por ello que la referida y pretendida eliminación de la responsabilidad del FOGASA en materia de salarios de tramitación y en el supuesto referido, ha sido objeto de crítica por parte de algunos autores, que reivindicán, no sin

³⁹ Como bien señalan BAYLOS y LÓPEZ (artículo citado en nota 32), puede augurarse la caída en picado de los despidos conciliados, «salvo en aquellos supuestos en los que el trabajador no pueda mantener el proceso y negocie a la baja la indemnización que legalmente le corresponde». Como ha señalado ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «La reforma del desempleo y la huelga general», *El País*, 14-6-2002, «el empresario perderá todo interés en conciliar el despido, puesto que, en el peor de los casos, va a pagar lo mismo», e «intentará ir a juicio, pues con ello, como mínimo retrasa el pago de la indemnización».

⁴⁰ GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: «La reforma...», cit., pp.: 94-95.

⁴¹ GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: «La reforma...», cit., pp.: 96-97; ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A.: *Desempleo y despido...*, cit., pp.: 73-74.

razón, la necesidad de su conservación para aquellos casos en que todavía se mantenga el devengo de dichos salarios ⁴².

De otro lado, no está de más recordar aquí las líneas jurisprudenciales básicas y previas a la reforma sobre la conexión salarios de tramitación-desempleo. Así: - no es lógico que el trabajador perciba al mismo tiempo salarios de tramitación y rentas sociales de desempleo, pues éstas están destinadas a suplir la carencia de rentas salariales o de prestaciones indemnizatorias a cargo del empresario asimiladas al salario ⁴³; - no ha lugar al descuento de los salarios de tramitación de la cantidad percibida por el trabajador en concepto de prestaciones de desempleo, si la Entidad Gestora (INEM) ya ha requerido al trabajador el reintegro de lo percibido ⁴⁴; - al obtener un nuevo empleo el trabajador (también si son ingresos obtenidos en actividad por cuenta propia ⁴⁵), los ingresos percibidos deben descontarse del importe total de los salarios de tramitación devengados en período coincidente (aunque, tras el Real Decreto-Ley 5/2002, un cualificado sector doctrinal señala que, en caso de nulidad del despido, los salarios de tramitación han de cobrarse íntegros sin proceder, pues, a dicho descuento ⁴⁶), y si el salario exacto no consta, los tribunales aplican el mínimo interprofesional ⁴⁷.

En línea de cierre, la superposición de las situaciones de despido e incapacidad temporal proyectan consecuencias sobre los salarios de tramitación ⁴⁸. Así, si el despido se produce estando el trabajador en situación de incapacidad temporal, la calificación como improcedente del mismo supone que, se opte por la indemnización o la readmisión, el INSS o la Mutua abonen el subsidio de IT en régimen de pago directo y desde la fecha del despido, y la empresa no abone salarios de tramitación (aunque si opta por la readmisión, procede el alta retroactiva y la cotización correspondiente a su cargo). Mientras que si el trabajador es despedido por la empresa y, mientras se sustancia la impugnación, incurre en situación de IT, hay dos soluciones:

- Si el trabajador despedido e impugnante comenzó a cobrar la prestación de desempleo, pasará a percibir el subsidio de IT en cuantía igual a dicha prestación, de forma que cuando recaiga sentencia, si declara el despido improcedente y se opta por la indemnización no hay obligación de abono de (ni de cotización por) salarios de tramitación, pero si se opta por la readmisión sí procede dicho abono (y cotización) con descuento de lo percibido por el trabajador como subsidio de IT.

⁴² Así, SEMPERE NAVARRO, A.V. y CORDERO SAAVEDRA, L.: «Estudio crítico...», cit. p.: 25, subrayan cómo «Dejar sin cobertura estos casos, además de plantear problemas en relación con normas internacionales y comunitarias, carece de lógica, pues no concuerda con ninguno de los objetivos del RD-Ley». Favorable también a la no desaparición de la responsabilidad del FOGASA es la opinión de GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: «La reforma...», cit., p.: 102, y de ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A.: *Desempleo y despido...*, cit., pp.: 47-49.

⁴³ STS 24-3-1998 y STSJ de Asturias de 18-1-2002.

⁴⁴ STSJ Asturias de 30-3-2001.

⁴⁵ STS de 22-3-1999.

⁴⁶ GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: «La reforma...», cit., p.: 99.

⁴⁷ SSTs 14-3-1995 y 31-1-1996.

⁴⁸ Sobre el tema, BENEYTO CALABUIG, D.: «Los salarios...», cit., pp.: 122-125.

- Si el trabajador despedido e impugnante no cobró desempleo, cobrará subsidio de IT, de forma que cuando recaiga sentencia, si declara el despido improcedente y se opta por la indemnización no hay obligación de abono de (ni de cotización por) salarios de tramitación, pero si se opta por la readmisión sí procede dicho abono (hasta la fecha de inicio de la IT) y cotización por los salarios de tramitación (todo hasta la fecha de la sentencia).

5. Capitalización de la prestación por desempleo.

Para los desempleados que deseen formar parte de una sociedad anónima laboral, o constituirse como socios trabajadores o socios de trabajo de cooperativas y opten por utilizar para ello la prestación pendiente de percibir, se establece que la capitalización *pueda percibirse como pago único*, destinado íntegramente a la *inversión, o como pago periódico para abonar las cotizaciones*, posibilidad que se extiende igualmente a los perceptores que deseen establecerse como trabajadores autónomos ⁴⁹.

6. La compleja e incorrecta situación del trabajo fijo discontinuo.

Con anterioridad a la reforma de 2002, a efectos de desempleo el trabajador fijo discontinuo podía hallarse incurso en una de las dos situaciones siguientes ⁵⁰:

- A) *Pérdida del empleo* de forma total o limitada durante el período de actividad objeto del contrato (desempleo anormal, como pérdida del objeto del contrato), en cuyo caso se aplicaban las reglas generales de la prestación de desempleo.
- B) *Falta de ocupación efectiva* entre los períodos de actividad (desempleo normal, sin pérdida del trabajo contratado), regulada hasta ahora por los artículos 280.1.4 de la Ley General de Seguridad Social y 1.5 del Real Decreto 625/1985, como situación legal de desempleo.

La reforma laboral de 2001 (Real Decreto-Ley 5/2001, primero, y Ley 12/2001, después) provocó la disociación del trabajo fijo discontinuo en dos categorías: periódico o a fechas ciertas de antemano (asimilado con «fórceps» al trabajo a tiempo parcial, siendo su referente el módulo anual con fechas ciertas) y no periódico (fijo discontinuo de realización en fechas de antemano inciertas) ⁵¹.

⁴⁹ Sobre la cuestión, ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A.: *Desempleo y despido...*, cit., pp.: 37-39.

⁵⁰ DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «La reforma...», cit., pp.: 36-37.

⁵¹ Sobre esta distinción, GOÑI SEIN, J.L.: «La nueva regulación del trabajo a tiempo parcial tras la reforma de 2001», en AA.VV.: *La reforma laboral de 2001 y el Acuerdo de negociación colectiva para el año 2002*, Valladolid (Lex Nova), 2002, pp.: 104-116.

El Real Decreto-Ley 5/2002 limita la protección por desempleo a los trabajadores fijos discontinuos ⁵², definidos como tales en la legislación laboral, esto es, los contemplados en el artículo 15.8 del Estatuto de los Trabajadores. Quiere ello decir, en apariencia, que sólo los fijos discontinuos contratados para realizar trabajos que no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa, podrán acceder a la prestación de desempleo (situación de desempleo «normal» antes referida) en los períodos en los que carezcan de ocupación efectiva ⁵³. Por lo tanto, los trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas reciben la regulación jurídica del contrato a tiempo parcial indefinido, *quedando aparentemente excluidos* de la protección por desempleo «normal» antes indicada. Situación esta muy discutible por varias razones:

- En primer lugar, porque no se acaba de entender a qué necesidad «urgente» puede obedecer el que a estos trabajadores se les niegue el desempleo, cuando hasta la fecha se les han venido detrayendo de su salario las cuotas oportunas para financiar el sistema de protección al desempleo.
- En segundo lugar, porque supondría dar un *tratamiento desigual, carente de justificación objetiva y razonable*, a dos situaciones, la del fijo discontinuo periódico y la del fijo discontinuo no periódico, *esencialmente iguales salvo en ese dato de reiteración cíclica previamente delimitada de la prestación*.

Por todo ello, entiendo que el Real Decreto-Ley 5/2002, en este punto, no es sino resultado del desbarajuste que surge, a raíz del Real Decreto-Ley 5/2001 y su ulterior convalidación por la Ley 12/2001, a partir de la distinción entre fijo discontinuo periódico y no periódico. Como ya tuve ocasión de apuntar junto a otra autora y en otro lugar ⁵⁴:

- A) Es absurda la distinción entre ambas figuras, que se basa en un dato como la certeza o incertidumbre acerca de la fecha de llamamiento.
- B) Esa diferenciación provoca, además, que la carencia a acreditar de los fijos discontinuos periódicos para lucrar prestaciones, se rijan por el criterio de la proporcionalidad y la correlativa aplicación, de acuerdo a los Reales Decretos 15/1998 y 144/1999, del coeficiente 1,5 (lo que supone la que ampliación el período real de cotización), computándose el tiempo cotizado por horas de trabajo; mientras que, en el caso de los fijos discontinuos no periódicos, no se aplica dicho coeficiente y se computa el tiempo cotizado por días de trabajo.
- C) Para solventar la anterior desigualdad en materia de protección social, parece oportuno insistir en que la diferenciación entre fijo periódico de actividad cierta y de activi-

⁵² Para los cuales el subsidio de desempleo atiende al tiempo realmente trabajado: STS de 20-3-1997 y STSJ Castilla-La Mancha de 14-11-2001.

⁵³ Ésta es la interpretación de ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A.: *Desempleo y despido...*, cit., pp.: 15-16.

⁵⁴ PURCALLA BONILLA, M.A. y RIVAS VALLEJO, M.P.: «Los contratos formativos y a tiempo parcial al amparo del nuevo régimen jurídico introducido por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo», *Tribuna Social* núm. 124, 2001, pp.: 14-15.

dad incierta, únicamente repara en el tratamiento laboral, pero no tiene en cuenta las perversas consecuencias que provoca en materia de Seguridad Social, *ámbito en el cual debiera primarse la prestación de servicios a tiempo completo durante la temporada correspondiente*.

- D) Es por ello que debiera soslayarse la aplicación del coeficiente 1,5 al fijo discontinuo periódico, pero no porque este colectivo esté infraprotegido respecto al fijo discontinuo no periódico. En efecto, a efectos de carencia para causar prestaciones, el número de días cotizados resultante será mayor para el fijo periódico que para el no periódico. Veámoslo con un ejemplo: el trabajador que presta servicios desde el 1 de junio al 30 de septiembre, acredita 122 días trabajados, a razón de 8 horas diarias (es decir, 976 horas en el plazo citado). A efectos de carencia, el número de días cotizados será distinto en función de si hay fecha de antemano o no (certeza o incertidumbre): el fijo periódico tendrá 292,5 días cotizados ($976/5 = 199,2 \text{ días} \times 1,5 = 292,5$), mientras el no periódico acreditará sólo 122 días. En suma, el trabajador periódico acredita más días cotizados que el no periódico, sin que haya justificación objetiva y razonable, en mi opinión y salvo el discutible tratamiento legal, que lo fundamente ⁵⁵.

En conclusión, comparto la opinión doctrinal que apunta dos soluciones para resolver el actual desajustado: o bien se estima analógicamente que los fijos discontinuos periódicos quedan cubiertos, *ex artículo 208.3 LGSS*, en los períodos de inactividad (pues la suspensión del contrato es objetiva), o bien, y esto sería lo preferible, se corrige durante la tramitación parlamentaria la actual diferenciación señalada entre fijos periódicos y no periódicos, otorgándoles igualdad de trato protector ⁵⁶.

7. Fomento de la movilidad geográfica.

Queda pendiente de desarrollo reglamentario (disp. trans. 7.^a Real Decreto-Ley 5/2002) la determinación del *procedimiento, contenido y condiciones* de las ayudas y subvenciones por fomento de la movilidad geográfica (art. 228.5 LGSS), bien por desplazamiento temporal (subvenciones al empresario o a organizaciones empresariales), bien estable (ayudas individuales directas a los trabajadores). Ahora bien, en todo caso dicha disposición sí precisa ya dos cosas: que se abonará por parte del INEM el importe de 1 mes de prestación o de 3 meses de subsidio no contributivo (una magra aportación, desde luego), pendientes de percibir, a los beneficiarios que deban cambiar de localidad de residencia para ocupar un empleo; y que las subvenciones para desplazamiento temporal tienen como finalidad organizar y costear el desplazamiento y alojamiento del desempleado, mien-

⁵⁵ Similares dudas sobre si el tratamiento legal supone una justificación suficiente a este trato desigual entre fijos discontinuos periódicos y no periódicos, que tanto se asemejan por lo demás en sus condiciones de empleo, sostiene LUJÁN ALCARAZ, J.: «La protección por desempleo», en AA.VV.: *La reforma del despido y el desempleo. Análisis del Real Decreto-Ley 5/2002*, Murcia (Laborum), 2002, pp.: 134-135.

⁵⁶ MOLINA NAVARRETE, C. y CUEVAS GALLEGOS, J.: «Nuevas reglas...», cit., p.: 71.

tras las ayudas sirven para cubrir los gastos de alojamiento, manutención, desplazamiento y gastos de traslado de enseres y mobiliario.

8. Medidas varias de fomento del empleo.

- A) Cabe la posibilidad de compatibilizar la prestación y el subsidio de desempleo con el trabajo para sustituir a trabajadores de pequeñas empresas mientras éstos asisten a cursos de formación.
- B) Se fomenta la contratación indefinida, a jornada completa o parcial, de mujeres desempleadas, *lleven o no 12 meses inscritas como demandantes de empleo*, en los 24 meses siguientes a la fecha del parto, con una bonificación del 100% de las cotizaciones durante 12 meses. Se amplía, así, el supuesto previsto por el capítulo II de la Ley 12/2001, prorrogado por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, para el año 2002, que exigía que la mujer desempleada llevara 12 meses inscrita como demandante de empleo.
- C) Se amplía la posibilidad de utilización del contrato de inserción (recuérdese: bajos salarios, sin derecho a desempleo ni jubilación), pues ahora también las empresas privadas, y ya no sólo la Administración pública en supuestos de programas públicos de empleo, podrán recurrir a este contrato si lo celebran con desempleados de larga duración, inmigrantes y trabajadores sin cualificación.

9. Reforma de infracciones y sanciones.

La reforma de 2002 afecta también a las infracciones y sanciones de los trabajadores, solicitantes y beneficiarios en materia de empleo. Así:

- A) Se contempla una nueva infracción leve consistente en no cumplir las exigencias del compromiso de actividad, incluida la no acreditación de la búsqueda activa de empleo, salvo causa justificada. Enormes dudas suscita, desde luego, la sancionabilidad de la «no acreditación» de la búsqueda activa de empleo: ¿qué es y cómo se acredita la búsqueda activa de empleo?, pues si se piensa en la cumplimentación de los justificantes de presentación a ofertas de empleo, no es preciso otro tipo pues para sancionar este tema ya existe el artículo 17.1 b) del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social ⁵⁷; ¿cuál es la antijuridicidad del tipo?, pues no se sanciona ni una acción ni una omisión, sino la falta de prueba o acreditación de haber realizado dicha búsqueda. También el

⁵⁷ DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «La reforma...», cit., pp.: 26-27.

incumplimiento del compromiso de actividad «rompe la exigencia de tipificación legal de las infracciones», pues «si el contenido del compromiso se fija por los órganos de gestión del INEM, la remisión del tipo queda abierta y prácticamente en blanco, pues quienes determinarán sus contenidos serán los funcionarios que redacten los compromisos»⁵⁸.

- B) Las infracciones leves se sancionan con la pérdida de las prestaciones entre 1 a 6 meses en las 3 primeras infracciones, y con la extinción en la 4.^a.
- C) Las infracciones graves se sancionan con la pérdida de 3 y 6 meses de prestaciones en la 1.^a y 2.^a infracción respectivamente, extinguiéndose el derecho tras la 3.^a infracción.

10. Un nuevo y controvertido procedimiento de oficio.

Se prevé en el Real Decreto-Ley 5/2002 que el INEM pueda iniciar procedimiento de oficio ante la autoridad judicial (*rectius*, Juzgado de lo Social), en el caso de solicitud de prestación de desempleo por parte de un trabajador que haya tenido *de forma reiterada contratos temporales con una misma empresa*, cuando se entienda que dicha situación pueda ser constitutiva de fraude de ley o de abuso de derecho. Aunque ése es el único supuesto recogido en la norma, puede compartirse la opinión, con base en la STS 6-3-2001, de que este mismo procedimiento debe activarse en otro caso de fraude de ley (aunque sería conveniente que en la tramitación parlamentaria se incorporara expresamente, por razones de seguridad jurídica, este otro supuesto): la existencia de un único contrato temporal en el que los servicios prestados por el trabajador han excedido, con mucho, del inicialmente previsto⁵⁹.

La demanda del INEM ha de solicitar la consideración de la relación laboral como indefinida y la readmisión del trabajador. En este caso, el trabajador percibe la prestación derivada de la extinción del contrato provisionalmente, a la espera del pronunciamiento judicial. Si la sentencia judicial considera la relación indefinida y, en consecuencia, ordena la readmisión, las cantidades percibidas en concepto de prestación por desempleo se consideran indebidas por causa no imputable al trabajador; de esta forma, el INEM cesará en su abono y reclamará a la empresa tanto las cotizaciones a la Seguridad Social efectuadas, como el ingreso de las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir y con el límite de la suma de los mismos. Además, el empresario ha de cursar el alta del trabajador con efectos desde la fecha del despido o extinción inicial, cotizando por ese período, que se considera como de ocupación efectiva y cotizada a todos los efectos.

Esta cuestión plantea múltiples problemas, a partir de cuanto se acaba de indicar. En primer lugar, no es del todo claro (aunque así se desprenda de una interpretación literal de la norma) que el procedi-

⁵⁸ DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «La reforma...», cit., p.: 72.

⁵⁹ ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A.: *Desempleo y despido...*, cit., pp.: 87-88.

miento haya de ser el de oficio, en tanto no se modifique la Ley de Procedimiento Laboral en este punto y lo incluya como supuesto expreso, aunque esta omisión puede salvarse por la interpretación sistemática del artículo 146 c) con el artículo 149 de la Ley de Procedimiento Laboral («comunicaciones de la autoridad laboral») ⁶⁰. Tampoco es claro si el procedimiento ha de ser el de Seguridad Social (porque es un pleito que afecta al contrato de trabajo, aunque también está en juego una prestación de desempleo), el de despido (parece que no, porque no acciona el trabajador, sino el INEM, aunque un cualificado sector doctrinal sostiene lo contrario ⁶¹) o el ordinario (solución que tampoco me parece del todo satisfactoria ⁶²). En segundo lugar, más claro sería que la calificación judicial de la naturaleza del contrato como indefinido acarrearla la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones, antes que la situación de readmisión, pues de lo contrario nos encontramos con que si el INEM impugna el despido puede obtenerse la calificación de nulo, mientras que si quien impugna es el trabajador, a lo sumo obtendrá declaración de improcedencia, situación que no parece demasiado lógica ⁶³. En fin, otros temas quedan pendientes de solución, probablemente a la espera de una regulación específica procesal de la cuestión (por ejemplo, plazo para accionar; situaciones litisconsorciales; *dies a quo*, etc.).

11. Programa de Renta Activa de Inserción-2002.

El Programa de Renta Activa de Inserción ⁶⁴, dirigido tradicionalmente a los desempleados entre 45 y 65 años que estén inscritos como demandantes de empleo, o como desempleados durante 12 o más meses, no tengan derecho a prestaciones o subsidios y carezcan de rentas superiores al 75% del salario mínimo interprofesional, combina una ayuda económica con medidas activas de empleo, tutoría individualizada y el desarrollo de un itinerario de inserción. La existencia de programas de inserción laboral para mayores de 45 años desempleados de larga duración y en situación de necesidad, es una cuestión que viene regulándose desde el año 2000 (*cf.* RD 236/2000, de 18 de febrero –para 2000– ⁶⁵, RD 781/2001, de 6 de julio –para 2001– ⁶⁶, y disp. adic. primera del RD-

⁶⁰ Opinión contraria sostienen ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A.: *Desempleo y despido...*, cit., p.: 88, para quienes el silencio del Real Decreto-Ley 5/2002 no impide aplicar «por extensión algunas de las reglas» de esta modalidad procesal. Favorables también a la consideración del procedimiento como de oficio se muestran MOLINA NAVARRETE, C. y CUEVAS GALLEGO, J.: «Nuevas reglas...», cit., p.: 90.

⁶¹ DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «La reforma...», cit., pp.: 33-34, señalando que se trata de una acción de despido «acumulada *ex lege* a una acción declarativa de fijeza, porque su objeto es impugnar un cese y lograr una condena de readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir».

⁶² Sí lo estiman SEMPERE NAVARRO, A.V. y CORDERO SAAVEDRA, L.: «Estudio crítico...», cit., p.: 39.

⁶³ GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: «La reforma...», cit., pp.: 106-107.

⁶⁴ Un análisis completo del Programa de Renta Activa de Inserción para 2002, puede verse en GARCÍA MURCIA, J.: «Desempleo agrícola y renta activa de inserción en el Real Decreto-Ley 5/2002», en AA.VV.: *Comentarios de urgencia...*, cit., pp.: 131-140, y en ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A.: *Desempleo y despido...*, cit., pp.: 95-96.

⁶⁵ Sobre el mismo, ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Comentario a propósito del Real Decreto 236/2000, de 18 de febrero, regulador de un programa de atención a trabajadores mayores de 45 años, desempleados en situación de necesidad y con cargas familiares», *Aranzadi Laboral* núm. 7, 2000.

⁶⁶ Sobre el mismo, DE LA CASA QUESADA, S. y MOLINA HERMOSILLA, O.: «La renta activa de inserción: una incierta incurción estatal en las política de inserción. Comentario al RD 781/2001, de 6 de julio», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 224, 2001.

Ley 5/2002 –para 2002–), no exigiéndose en el de 2002 que tengan responsabilidades familiares. Estos programas contemplan la incorporación a programas de empleo y formación para estas personas, la firma de un compromiso de actividad, así como la dotación a las mismas del derecho a una renta (75% SMI, excluida la parte proporcional de pagas, durante un máximo de 10 meses) como ayuda económica complementaria.

El nuevo Programa, al que pueden acogerse quienes lo soliciten antes del 31-12-2002 y no hayan sido beneficiarios de los programas de inserción del 2000 ó 2001 (o de ambos), amplía su aplicación a las personas con discapacidad (al margen de su edad, inscrito durante 12 o más meses como demandante de empleo), a las víctimas de la violencia doméstica (al margen de su edad, como situación de malos tratos acreditada por la Administración) y a determinados emigrantes retornados del extranjero (que tengan entre 45 y 65 años y carezcan de rentas superiores, en cómputo mensual, al 75% SMI, excluida la parte proporcional de pagas extras). El programa incorpora, en pura lógica sistemática con otros contenidos del Real Decreto-Ley 5/2002, la previsión de que el compromiso de actividad incluya la aceptación de una colocación adecuada y la búsqueda «activa» de empleo, y además *no exige ni responsabilidades familiares ni el previo agotamiento de subsidio de desempleo*. El concepto de rentas se atiene al actual artículo 215.3 LGSS, e incluye a este efecto los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las Comunidades Autónomas.

Desaparece como motivo de baja definitiva al programa la realización de trabajos de duración superior a determinado tiempo (3 meses en 2000, 6 meses en 2001) que se reemplaza para 2002 por el cese voluntario en un trabajo compatible con la Renta Activa de Inserción. Las empresas que contraten a trabajadores desempleados acogidos al programa de Renta Activa de Inserción, tienen bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social: 65% durante 24 meses, y, como novedad, 45% (trabajador de 45 a 55 años) o 50% (trabajador de 55 a 65 años) durante el resto de vigencia del contrato.

Para las reanudaciones tras actividades compatibles, se introduce el plazo de solicitud de 15 días, siguientes al cese en el trabajo o al retorno del extranjero, y los efectos de su demora. El cese en trabajo temporal (durante el que se habrá percibido el 50% del subsidio) reabre en idéntica cuantía; pero la duración teórica se reduce, por haberse consumido la mitad del período en que se compatibilizó renta y trabajo.

II. EL SUBSIDIO DE DESEMPLEO

1. Beneficiarios del subsidio.

Pueden ser beneficiarios del subsidio de desempleo quienes reúnan los siguientes requisitos:

- A) Sean trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, pertenecientes a la Unión Europea, al Espacio Económico Europeo, emigrantes retornados o nacionales de otros países que residan legalmente en España.
- B) Figuren inscritos como demandantes de empleo durante el plazo de 1 mes (no siendo preciso que sea ininterrumpido: STS 27-2-1997), sin haber rechazado oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales.
- C) Carezcan de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75% del salario mínimo interprofesional (SMI), excluida la parte proporcional de 2 pagas extraordinarias (SSTS 28-6-1994, 13-5-1997, 31-5-1999), tanto en el momento del hecho causante y durante la percepción del subsidio (SSTS 29-4-1996, 28-5-1996 y 22-12-1997), cuanto en el momento de la solicitud inicial y de las prórrogas o reanudaciones. En caso contrario, sólo podrá reconocerse el derecho cuando se produzca *de nuevo* una de las situaciones determinantes y entonces se reúnan los requisitos (SSTS 27-2-1997 y 23-4-2001). En caso de ingresos irregulares y rendimientos del capital mobiliario, se computa su importe en términos anuales, prorrateándolos por meses, manteniéndose los del año anterior al hecho causante si no se acredita que han disminuido o desaparecido posteriormente (SSTS 13-5-1997, 17-6-1998, 24-9-1998 y 27-1-2000, y STSJ Castilla-La Mancha de 27-11-2001). Como rentas computables, la reforma mantiene las que proceden del trabajo, incluida la parte proporcional de pagas extras; de actividades empresariales, profesionales, agrícolas, ganaderas u otras; las rentas del capital mobiliario e inmobiliario; las prestaciones de Seguridad Social (salvo por hijo a cargo) y las mejoras voluntarias; los premios en metálico, las becas y ayudas (salvo para suplir gastos por asistencia a acciones de formación ocupacional u otras subvenciones con fondos del INEM); los salarios sociales y rentas mínimas de inserción autonómicas ⁶⁷.

El tema de las rentas, en definitiva, va ligado a la situación de necesidad del solicitante, que es objeto de verificación por parte del INEM, y puede calificarse como una prueba de recursos o de ingresos por parte del solicitante, que en otros países del área europea se conoce como *means-testing* (el derecho al subsidio, como red de seguridad alternativa al seguro social –*safety net*–, se hace depender de los recursos económicos del solicitante y de sus familiares más próximos ⁶⁸).

- D) Además de los tres anteriores, quienes aspiren a ser beneficiarios han de encontrarse en alguna de las siguientes situaciones:
- Primera hipótesis: haber agotado la prestación contributiva por desempleo y tener responsabilidades familiares, tanto en el momento del hecho causante como durante la

⁶⁷ Ampliamente, DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «La reforma...», cit., pp.: 51-57; y ALBIOL MONTE-SINOS, I. y BLASCO PELLICER, A.: *Desempleo y despido...*, cit., pp.: 32-36.

⁶⁸ SPICKER, P.: *Poverty and Social Security. Concepts and Principles*, London (Routledge), 1992, pp.: 139-140.

percepción del subsidio (STS 24-1-2000: el subsidio se denegará en caso de falta de agotamiento de la prestación contributiva por sanción al beneficiario). Por responsabilidades familiares se entiende tener a cargo al cónyuge, hijos menores de 26 años o mayores incapacitados, o menores acogidos, cuando la renta de la unidad familiar, incluida la del solicitante, dividida entre el número de miembros de la misma no supere el 75% SMI, pagas extras excluidas. Se incluye en el concepto de hijo a cargo al que sea hijo privativo de uno de los cónyuges que conviva con el solicitante de la prestación (STS 23-9-1997). No se considera familiar a cargo al cónyuge o al hijo menor acogido que tengan rentas superiores al 75% SMI, excluida la parte proporcional de pagas (no se computa, por ejemplo, la pensión de orfandad concedida al hijo del demandante del subsidio: STS 20-10-1997). Si no existen «cargas» o responsabilidades familiares, es inútil dividir ni calcular los ingresos de la unidad familiar (STSJ Comunidad Valenciana de 24-11-2000).

No obstante, no es preciso que tengan responsabilidades familiares dos colectivos: los trabajadores mayores de 45 años en la fecha de agotamiento de la prestación contributiva si ésta tuvo, como mínimo, una duración de 12 meses; y los trabajadores mayores de 52 años que, no siendo fijos discontinuos, hayan cotizado por desempleo al menos 6 años durante su vida laboral, faltándoles únicamente el requisito de la edad para obtener la pensión de jubilación (en este caso, no se les exigen responsabilidades familiares).

- Segunda hipótesis: ser trabajador emigrante que, habiendo retornado del extranjero, no tenga derecho a la prestación por desempleo. Se requiere, para las solicitudes a partir del 27-5-2002, que haya trabajado en el país de procedencia *al menos 12 meses en los 6 años precedentes desde la última salida de España*. El concepto de emigrante retornado se limita a los *ciudadanos de nacionalidad española* que regresen de países ajenos al Espacio Económico Europeo o de aquellos con los que no exista Convenio en materia de desempleo, de forma que se cierra la vía abierta por algunas sentencias que reconocían el derecho al subsidio a un extranjero que, residiendo en España, emigrara a un país extranjero para retornar luego, siempre que existiera una regla que impusiera la igualdad de trato ⁶⁹.
- Tercera hipótesis: estar en situación legal de desempleo y no tener derecho a prestación contributiva por no haber cubierto el período mínimo de cotización (360 días), siempre que se haya cotizado al menos 6 meses, o, en caso de responsabilidades familiares, al menos 3 meses.
- Cuarta hipótesis: haber sido liberado de prisión (o de un centro de internamiento de menores ingresados por comisión de delito, siempre que el solicitante tenga mínimo 16 años), y no tener derecho a prestación contributiva de desempleo, siempre que la privación de libertad o el internamiento del menor haya durado como mínimo 6 meses.

⁶⁹ Cfr., por ejemplo, STSJ Murcia de 26-3-1993.

- Quinta hipótesis: haber sido declarado plenamente capaz o incapacitado parcial, como consecuencia de un expediente de revisión por mejoría de una situación de gran invalidez, incapacidad permanente absoluta o incapacidad permanente total.

2. Rentas incompatibles con el subsidio de desempleo.

Las rentas incompatibles comprenden:

- La indemnización por extinción del contrato ⁷⁰ y los rendimientos que pudiera generar (frutos, intereses o plusvalías ⁷¹), con independencia de su periodificación, forma de pago y pagador. Si se percibe de una sola vez, sólo se tiene en cuenta si se hace efectiva en el año anterior a la fecha del nacimiento del derecho al subsidio, prorrateada entre 12 meses; y si se satisface periódicamente, se computa a prorrata mensual ⁷². Se trata éste de un tema controvertido, pues UGT ya ha calculado que cerca de 1 millón de trabajadores mayores de 52 años, mayoritariamente prejubilados vía expediente de regulación de empleo, pueden verse afectados por la inclusión de las indemnizaciones por despido a efectos de rentas incompatibles con el subsidio de desempleo en los próximos 8 años. Ello será así especialmente si la indemnización supera los 331,65 euros al mes, y siempre que el subsidio no se pida transcurrido más de 1 año desde que se percibiera la indemnización ⁷³. Con todo, la doctrina jurisprudencial sobre la exigencia de la insuficiencia del límite de rentas para acceder al subsidio de mayores de 52 años y el cómputo como renta de los complementos pagados periódicamente por la empresa como plan de jubilación (para complementar las cantidades percibidas por desempleo hasta alcanzar la edad de jubilación), ya había evidenciado esta compleja cuestión ⁷⁴.

El ejemplo que facilita el sindicato UGT para fundamentar su criterio, es claro. Veamos: imaginemos a un trabajador de 52 años despedido de forma improcedente y con una antigüedad de 10 años en la empresa, que es indemnizado con 24.000 euros. Esta persona pacta con la empresa que el pago de la indemnización se haga mensualmente hasta los 60 años (edad mínima de jubilación), a partir de la cual empezaría a cobrar su pensión. A ello sumaría el cobro de la prestación por desempleo correspondiente. Con la reforma, la indemnización, equivalente a un pago mensual de 333,33 euros, le expulsaría del subsidio por desempleo, ya que esa renta supera el 75% SMI. Esta medida afectará especialmente a los trabajadores con mayor antigüedad dentro de la empresa, ya que tendrá una mayor indem-

⁷⁰ Contrariando así la doctrina jurisprudencial que excluía la indemnización de las rentas computables: STS 18-9-1996.

⁷¹ En línea, ahora sí, con la doctrina jurisprudencial, que señala que los frutos son bienes distintos a la propia indemnización: SSTS 23-12-1994, 31-1-1995 y 10-5-1995.

⁷² DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «La reforma...», cit., pp.: 57-58.

⁷³ Cfr. www.Estrelaeconomica.com, núm. 492, de 18-6-2002.

⁷⁴ LÓPEZ CUMBRE, L.: *La prejubilación*, Madrid (Civitas), 1998, pp.: 359-361.

nización y será más fácil que supere los límites establecidos. Además, el sindicato entiende que se está abaratando el despido para las empresas, ya que la medida «incentiva que las indemnizaciones se pacten por debajo» del límite dispuesto para poder compatibilizar la indemnización y el subsidio.

- Transitoriamente, las indemnizaciones derivadas de expedientes de regulación de empleo, iniciados con anterioridad a 27 de mayo de 2002 (las posteriores se computan como rentas incompatibles con el subsidio) y que motiven el acceso al desempleo contributivo, no se computarán a efectos de los subsidios que puedan seguir; ni de las posibles reanudaciones de prestación o subsidio suspendidos por realización de trabajos. De ser éstos de duración superior a 12 meses, la transitoriedad se mantiene si se opta por reabrir el derecho inicial.
- Las derivadas del trabajo, capital mobiliario o inmobiliario. En este sentido, deben considerarse rentas permanentes y regulares y no esporádicas las originadas por un contrato de trabajo temporal, si con posterioridad a la extinción de éste, el trabajador, cónyuge de la beneficiaria, prestó servicios para otras empresas (STSJ Castilla-La Mancha de 29-11-2001). De otro lado, los incrementos patrimoniales derivados de la venta de acciones no se incluyen como rentas incompatibles, mientras que las cantidades abonadas por la participación en beneficios sociales derivada de la titularidad de las acciones sí constituyen renta computable (STS 17-9-2001).
- Las derivadas de actividades económicas o prestacionales (salvo asignaciones por hijo a cargo: STS 20-10-1997).
- Las plusvalías o ganancias patrimoniales (de acuerdo con los índices y criterios correctores de la legislación tributaria)⁷⁵. Se responde contundentemente así al criterio jurisprudencial (SSTS 31-5-1999, 30-6-2000, 12-12-2000 y 7-2-2002, y STSJ Comunidad Valenciana de 14-12-2001), que entendía que las plusvalías por venta de bienes patrimoniales no entraban en el concepto de rentas incompatibles. No obstante, creo que sigue siendo compatible con el subsidio la percepción de una subvención obtenida para la adquisición de vivienda habitual (STS 14-12-2001).
- Los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio (a excepción de la vivienda habitual y de los bienes cuyas rentas hayan sido computadas), aplicando a su valor (como rendimiento ficticio que contraría el criterio jurisprudencial sentado en la STS 12-12-2000⁷⁶) el 50% del tipo vigente de interés legal del dinero. La cuantía resultante de esta operación es la que se considera rendimiento computable a efectos de apreciar la carencia o insuficiencia de rentas.

⁷⁵ Así lo entiende el INEM, en sus «Instrucciones Provisionales para la aplicación de las modificaciones que introduce el Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo en el sistema de protección por desempleo» (7.ª, apartado 2.º.3.ª).

⁷⁶ En ella se señalaba que no es admisible reputar como importe real de los ingresos derivados del patrimonio, los que pudieran resultar de «eventuales elucubraciones y especulaciones que puedan hacerse sobre inversiones de mayor rentabilidad que las efectivamente realizadas».

Este requisito de rentas debe concurrir no sólo en el nacimiento del derecho sino en su disfrute, así como para su reanudación o nuevo reconocimiento, recogiendo la colaboración de la Administración Tributaria en la facilitación de información para el reconocimiento y control de las prestaciones. Así, se faculta al INEM a exigir del solicitante declaración de sus rentas y, en su caso, copia de las declaraciones tributarias (art. 215.3 LGSS). La disposición adicional 2.ª del Real Decreto-Ley 5/2002 prevé la colaboración de la Agencia Tributaria con el INEM, para el cumplimiento de las funciones de gestión y control de prestaciones y subsidios por desempleo a cargo de este último.

3. Prelación en la percepción del subsidio.

Si un solicitante pudiera tener derecho a uno o más subsidios por desempleo, el orden de prioridad en la percepción, conforme a las dos reglas vigentes, sería el siguiente:

- El subsidio para mayores de 52 años es preferente respecto a todos los demás.
- El subsidio para mayores de 45 años que hayan agotado una prestación por desempleo de 24 meses, es preferente respecto a los subsidios para trabajadores que: a) hayan agotado una prestación contributiva por desempleo y tengan responsabilidades familiares, o b) siendo mayores de 45 años, hayan agotado prestación contributiva de desempleo de al menos 12 meses y no tengan responsabilidades familiares.

De otro lado, nada impide la concatenación temporal de diversos subsidios por parte de un mismo beneficiario. Es el caso resuelto, por ejemplo, en la STS de 19-11-1998, en el que una trabajadora migrante, beneficiaria del subsidio de desempleo durante 18 meses como emigrante retornada, solicita después subsidio para mayores de 52 años, denegado en vía administrativa por el INEM, pero reconocido por el TS con base en que la trabajadora cotizó durante 15 años o más a un régimen de pensión de jubilación de uno o varios Estados europeos (en el caso, Alemania y España). Por lo demás, recuérdese que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha señalado (SSTJCE 20-2-1997, asunto Martínez Losada, y 25-2-1999, asunto Ferreiro Alvite) que el subsidio para mayores de 52 años es una prestación por desempleo en el sentido del Reglamento 1408/1971, por lo que el requisito exigido por la normativa española para acceder a dicho subsidio (haber cotizado un período de 15 años a un régimen de pensión de jubilación, bastando para cumplir con este requisito con que dicho período de cotización lo haya sido, en todo o en parte, al régimen de otro Estado miembro) no es incompatible con el Derecho comunitario.

4. Duración del subsidio.

La duración del subsidio se concede por meses, entendiendo que éstos constan de 30 días naturales. En función del beneficiario, la duración es diversa dependiendo de las situaciones.

- A) Quien haya agotado la prestación contributiva por desempleo y tenga responsabilidades familiares, como regla general, 6 meses, prorrogables (previa solicitud del interesado, acompañando documentación justificativa del mantenimiento de los requisitos de acceso) por períodos semestrales hasta, en principio, 18 meses. La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, contempló para 2002 que, para el reconocimiento de la prórroga, la entidad gestora puede exigir a los beneficiarios del subsidio la *suscripción de un compromiso de realizar acciones favorecedoras de la inserción laboral*. A este respecto, sin negar la necesidad de las medidas de inserción (ya comprendidas en los requisitos generales exigidos por el art. 215 LGSS a los beneficiarios del subsidio por desempleo y que se fortalecen en el caso de la renta activa de inserción), es cierto que con ello podían producirse situaciones de discrecionalidad administrativa (de nuevo, «el regreso de la asistencia pasa por el crecimiento de la discrecionalidad»⁷⁷), originada por la facultad otorgada a la entidad gestora, que «podrá exigir» el compromiso de realización de estas acciones. De ahí que el compromiso de actividad *ex* Real Decreto-Ley 5/2002 venga a generalizar, de forma plausible, esa posibilidad abierta por la Ley 24/2001.
- B) No obstante, los 18 meses de duración antes aludidos se amplían en los siguientes casos:
- Menor de 45 años que ha agotado una prestación de 6 o más meses y tengan responsabilidades familiares: hasta un máximo de 24 meses de subsidio.
 - Mayor de 45 años que ha agotado una prestación de 4 meses y tengan responsabilidades familiares: hasta un máximo de 24 meses de subsidio.
 - Mayor de 45 años que ha agotado una prestación de 6 meses y tengan responsabilidades familiares: hasta un máximo de 30 meses de subsidio.
- C) Si el beneficiario ha agotado una prestación de 12 o más meses, tiene más de 45 años y carece de responsabilidades familiares, la duración del subsidio es de 6 meses improrrogables.
- D) Si el beneficiario es mayor de 52 años que, no siendo fijo discontinuo (pues éstos están excluidos), ha cotizado por desempleo al menos 6 años durante su vida laboral (aunque las cotizaciones se hayan hecho en parte o totalmente en otro país europeo: SSTS 18-6-1998, 21-9-1998, 13-10-1998, 19-10-1998, 7-4-1999 y 15-10-1999; no así, salvo convenio bilateral, las cotizaciones efectuadas en un país no perteneciente a la Unión Europea, que no se computan para cumplir el sexenio legalmente exigido al efecto: STSJ Galicia de 9-6-2000), faltándoles únicamente el requisito de la edad para obtener la pensión de jubilación

⁷⁷ DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «La reforma...», cit., p.: 76; MOLINA NAVARRETE, C. y CUEVAS GALLEGOS, J.: «Nuevas reglas...», cit., p.: 77, hablan del tránsito de «titulares de derechos (técnica de la prestación de Seguridad Social) a beneficiarios de ayudas discrecionales (técnica de ayuda social)».

(contributiva, quedando excluidas la no contributiva –STS 26-2-1996– y el SOVI –SSTS 20-9-1994, 2-10-1995, 29-5-1996 y 15-11-1996–), el subsidio dura hasta que alcanza dicha edad (art. 5 del Real Decreto-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible).

La jurisprudencia ha sostenido que al subsidio de desempleo para mayores de 52 años le resulta de aplicación la doctrina del paréntesis, de forma que para completar los 2 años de período de carencia específica para jubilación, puede retrotraerse el cómputo de dicha carencia por los mismos períodos que ha estado inscrito como desempleado y sin obligación de cotizar (STC 77/1995, de 22 de mayo, STS 4-5-2000, STSJ Asturias de 22-2-2002). De la misma forma, debe entenderse que el requisito de agotamiento de la prestación por desempleo de nivel contributivo se cumple tanto cuando el subsidio (de «prejubilación» para mayores de 52 años) nace de forma sucesiva al agotamiento de aquella, como cuando exista ruptura de continuidad por no reunir los requisitos para acceder al subsidio en el momento de la finalización de la prestación contributiva (SSTS 21-2-1997, 3-6-1997, 23-6-1997 y 8-7-1998, STSJ Aragón de 13-12-2001).

En el supuesto de subsidio para mayores de 52 años, dentro de los 15 días siguientes al transcurso de cada 12 meses desde el nacimiento del derecho o desde su última reanudación, debe acompañarse declaración de rentas y documentación acreditativa de las mismas. En todo caso, la falta de aportación de la declaración en el plazo señalado implicará la interrupción del pago del subsidio y de la cotización a la Seguridad Social. La aportación de la declaración fuera del plazo señalado implicará, en su caso, la reanudación del devengo del derecho con efectos de la fecha en que se aporte dicha declaración.

Además, la Entidad Gestora ingresará las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes a asistencia sanitaria, protección familiar y jubilación, tomando como base de cotización el tope mínimo vigente en cada momento; pudiendo el perceptor del subsidio formalizar convenio especial con la TGSS para proteger las contingencias de incapacidad permanente, muerte y supervivencia, además de mejorar la cotización por jubilación que efectúa el INEM.

E) Si el beneficiario lo es por no tener derecho a prestación contributiva al no haber cubierto el período mínimo de cotización (360 días), la duración es la siguiente:

- 3 meses cotizados: 3 meses de subsidio.
- 4 meses cotizados: 4 meses de subsidio.
- 5 meses cotizados: 5 meses de subsidio.
- 6 meses cotizados: 6 meses de subsidio, salvo que tenga responsabilidades familiares, en cuyo caso se amplía, vía prórrogas, hasta 21 meses de subsidio.

- F) Si el beneficiario es un emigrante retornado del extranjero, un liberado de prisión (que estuvo como mínimo 6 meses con privación de libertad), o un declarado plenamente capaz o inválido parcial tras expediente de revisión por mejoría, la duración es de 6 meses prorrogables, por períodos semestrales, hasta 18 meses. Cuestión distinta es que, en caso de extranjero excarcelado, no se tenga derecho al subsidio si no está incluido en el ámbito de la Seguridad Social española, ni en el ámbito personal del Reglamento 1408/1971 CEE (por no tener la condición de trabajador por cuenta ajena o propia), como señala la STSJ Andalucía-Granada de 26-1-1999 (para el caso de un ciudadano francés).
- G) La duración del subsidio en el caso de trabajadores fijos discontinuos será equivalente al número de meses cotizados por desempleo en el año anterior a la solicitud.

5. Cuantía del subsidio.

La cuantía del subsidio de desempleo es el 75% SMI vigente, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias. Dicha cuantía es proporcional a las horas trabajadas cuando el acceso al subsidio se ha debido a la finalización de un contrato a tiempo parcial (STSJ Murcia de 2-3-1999).

Si el beneficiario es mayor de 52 años en el momento en que agota una prestación contributiva de 24 meses, y si ha cotizado 6 o más años por desempleo, faltándole tan sólo el requisito de la edad para jubilarse y careciendo de rentas superiores al SMI, durante los 6 primeros meses de percepción el subsidio es el siguiente:

- A) 75% SMI si no tiene familiares a cargo, o si sólo tiene 1.
- B) 100% SMI si tiene 2 familiares a cargo.
- C) 125% SMI si tiene 3 o más familiares a cargo.

6. Nacimiento del derecho al subsidio.

El derecho al percibo del subsidio de desempleo nace a partir del día siguiente a aquel en el que:

- A) Se inicie la situación legal de desempleo, cuando el beneficiario lo sea por haber cotizado 3 o más meses, si tiene responsabilidades familiares o es mayor de 52 años, o 6 o más meses, pero en todo caso menos de 12.
- B) Se cumpla un plazo de espera de 1 mes desde el agotamiento de la prestación por desempleo, o, en caso de emigrante retornado, ex recluso o inválido recuperado, desde la inscripción

ción como demandante de empleo. Dicha inscripción, en caso de ex recluso, inválido recuperado o de emigrante retornado, ha de realizarse en el plazo de 1 mes desde la excarcelación, la resolución del expediente de revisión por mejoría o el retorno. Ahora bien, no existe derecho a subsidio de desempleo para quienes no hayan agotado la prestación por desempleo, en el caso de haberse extinguido ésta por imposición de una sanción (STS 24-1-2000).

Ya no se requiere que se cumpla un plazo de espera de 3 meses a partir de la sentencia que declare el despido como improcedente, cuando no se tenga derecho a la prestación y se inscriba como demandante de empleo (supresión, pues, del art. 209.3 LGSS). Tampoco existe ya el período de espera de 3 meses en el caso de despido procedente.

Por lo demás, reténganse en este momento 3 aspectos clave que inciden en el nacimiento del derecho y que permanecen inalterados tras la reforma de 2002. En primer lugar, que la solicitud del subsidio (principio de rogación) ha de efectuarse dentro de los 15 días siguientes (principio de temporaneidad) bien a la situación legal de desempleo, bien a la finalización del período de espera, pues superado dicho plazo, el derecho nace a partir del día siguiente a la presentación de la solicitud. En segundo lugar, que la inscripción como desempleado tiene un plazo de 30 días desde el hecho causante de dicha condición. En tercer lugar, que la superación de uno u otro plazo, comporta, salvo casos de fuerza mayor, la reducción de la duración del subsidio en tantos días como medien entre la fecha en que habría tenido lugar el nacimiento del derecho de haberse efectuado la inscripción o la solicitud dentro de plazo, y aquella fecha en la que efectivamente se ha realizado.

7. Suspensión del subsidio.

El derecho al subsidio se suspende en los siguientes casos:

- A) Por sanción, cuando el titular del derecho, previo requerimiento (debidamente notificado, pues en caso contrario no procede la suspensión: STSJ Cantabria de 18-10-2001), no comparece ante el INEM, agencia de colocación no lucrativa u oficina de colocación de los servicios integrados para el empleo, sin causa justificada, o cuando no renueva la demanda de empleo o no entrega en el plazo de 5 días el justificante de comparecencia a una oferta de empleo facilitada por aquéllas. En todos estos casos, se reduce el período reconocido de subsidio en un mes.
- B) Mientras el titular del derecho está cumpliendo condena con privación de libertad, salvo que tenga responsabilidades familiares y carezca de renta familiar cuya cuantía mensual dividida entre el número de miembros de la unidad familiar supere el SMI.
- C) Mientras el titular del derecho realice un trabajo, por cuenta propia o ajena, de duración inferior a 12 meses. La solicitud de reanudación del derecho al subsidio, después de que-

dar suspendido por un trabajo temporal, permite al INEM comprobar si se cumplen los requisitos necesarios para generar de nuevo el derecho al subsidio (SSTS 27-1-1996, 22-3-1996 y 29-4-1996).

- D) Mientras dure el traslado al extranjero, si es por tiempo inferior a 6 meses, para realizar un trabajo o un curso de perfeccionamiento profesional.

En todos los casos de suspensión, el desempleado debe solicitar la reanudación del derecho (nuevamente, dentro de los 15 días siguientes al fin de la causa de suspensión, pues superado ese plazo se pierden tantos días como equivalentes de retraso haya habido más esos 15), probando que ha desaparecido la causa de suspensión, que se encuentra en situación legal de desempleo y que se mantienen los requisitos de carencia de rentas o existencia de responsabilidades familiares; salvo en los casos de suspensión por sanción, en los que el INEM reanuda el pago de oficio, siempre y cuando el trabajador siga inscrito como demandante de empleo y el período de disfrute del subsidio no se haya agotado.

8. Extinción del subsidio.

El derecho al subsidio se extingue en los siguientes casos:

- A) Agotamiento del plazo de duración del subsidio.
- B) Sanción por reincidencia ⁷⁸ en infracciones leves:
- Incomparecencia, previo requerimiento, ante el servicio público de empleo, agencia de colocación sin fines lucrativos o entidad asociada de los servicios integrados para el empleo, en la forma y fecha que se establezca.
 - No renovación de la demanda de empleo en la forma y fecha determinadas por el Instituto Nacional de Empleo en el documento de renovación.
 - Falta de devolución en plazo al INEM o agencia de colocación sin fines lucrativos del justificante de la comparecencia a la oferta de empleo que le hayan facilitado.
 - No cumplir las exigencias del compromiso de actividad, incluida la no acreditación de la búsqueda activa de empleo, salvo causa justificada.

⁷⁸ Hay reincidencia cuando se comete una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción anterior, dentro del plazo de los 365 días siguientes a la notificación de la resolución sancionadora firme de ésta.

Las infracciones leves se sancionan ahora con la pérdida temporal de las prestaciones en las 3 primeras infracciones (1 mes la 1.^a, 3 meses la 2.^a y 6 meses la 3.^a), y con la extinción definitiva en la cuarta infracción.

C) Sanción por infracción grave:

- Rechazo infundado de una oferta de colocación adecuada ya sea ofrecida por el INEM, ya por agencia de colocación sin fines lucrativos. El casuismo en este punto (supuestos de conveniencia o rechazo infundado del desempleado a la oferta de empleo) es abundante, y sin duda va a seguir siéndolo. Baste citar, a modo de ejemplo de rechazo infundado, las SSTSJ Cataluña de 4-1-1999 (el desempleado rechaza una oferta al estar esperando que le llamen a un curso formativo convocado por una confederación empresarial) y 29-5-1998 (rechazo para cuidar a la madre que requiere atención continuada), Galicia de 10-12-1997 (estar preparando oposiciones), o Andalucía-Granada de 6-3-2001 (cuidar a dos hijos, de 17 y 22 años).
- Negativa infundada a participar en trabajos de colaboración social, programas de empleo o acciones de promoción, formación o reconversión profesionales que sean ofrecidos por el INEM o por entidad asociada de los servicios integrados para el empleo.
- Falta injustificada de comunicación de la baja en la prestación cuando se produce una situación de suspensión o extinción del derecho (STS 25-10-2000) o se dejan de reunir los requisitos para su percibo, y, sin embargo, se percibe indebidamente.
- Rechazo de colocación adecuada o negativa a trabajos de colaboración social o acciones formativas.

Las infracciones graves se sancionan ahora con la pérdida de 3 y 6 meses de prestaciones en la 1.^a y 2.^a infracción respectivamente, extinguiéndose definitivamente el derecho tras la 3.^a infracción.

D) Sanción por infracción muy grave:

- Obtención fraudulenta de la prestación indebida o superior a la que corresponde, o prolongación indebida de su disfrute, mediante aportación de datos o documentos falsos, simulación de relación laboral, omisión de declaraciones legalmente obligatorias u otros incumplimientos.
- Compatibilización del percibo del subsidio con el trabajo por cuenta ajena o propia, salvo en el caso de trabajo a tiempo parcial. Así, no solicitar la suspensión del percibo de subsidio de desempleo es causa de extinción si se realizan trabajos por cuenta propia (STSJ Aragón de 18-9-2000).

- Connivencia con el empresario para la obtención indebida de la prestación.
- E) Por la obtención de rentas superiores a las establecidas como máximas, o por la pérdida de responsabilidades familiares, cuando éstas fueran precisas para el reconocimiento del derecho a subsidio.
- F) Falta injustificada de comunicación de baja.
- G) Renuncia voluntaria.
- H) Pasar a ser pensionista por jubilación, o por incapacidad total o absoluta, o por gran invalidez.
- I) Realización de un trabajo de duración igual o superior a 12 meses, salvo opción por la reanudación a la finalización de aquél.
- J) Traslado de residencia al extranjero, por tiempo superior a 6 meses, cuando tenga por objeto la realización de trabajo o el perfeccionamiento profesional.
- K) Falta injustificada de presentación del trabajador fijo discontinuo cuando sea llamado al reinicio de la actividad.
- L) Fallecimiento del beneficiario.

9. Incompatibilidades.

- A) El subsidio de desempleo es incompatible, en principio, con el trabajo por cuenta propia o ajena (por ejemplo, STS 4-11-1997), excepto cuando el trabajo sea a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe del subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado, y siempre que se siga careciendo de rentas de cualquier naturaleza superiores al 75% SMI, excluida la parte proporcional de pagas extraordinarias.
- B) El subsidio es compatible con el trabajo por cuenta ajena, además del caso señalado del trabajo a tiempo parcial, en otros dos supuestos contemplados como «programas» por el Real Decreto-Ley 5/2002 (disp. trans. 5.^a y 6.^a): mayores de 52 años y sustitución de trabajadores en formación por trabajadores beneficiarios de prestaciones por desempleo.
- En el caso de mayores de 52 años, la duración de los contratos (indefinidos o temporales ⁷⁹, a tiempo completo o parcial) ha de ser superior a 3 meses. La compatibilidad no es operativa para contratos de inserción o subvencionados por el Plan de Empleo Rural (el coloquialmente denominado PER, aunque técnicamente su denominación es

⁷⁹ Si el contrato es temporal, se concede bonificación del 50% a la cotización empresarial por contingencias comunes durante un máximo de 12 meses.

Programa de Fomento del Empleo Agrario); tampoco si se conviene con empresas incursas en expediente de regulación de empleo (ERE), con empresas familiares o con empresa con la que el beneficiario hubiera prestado servicios en los 12 meses anteriores. Durante la vigencia de la relación laboral, los trabajadores percibirán el 50% de la cuantía del subsidio, con el límite máximo del doble del período pendiente de percibir. Si el trabajo impone movilidad geográfica, el trabajador tiene derecho al percibo de un pago único de 3 meses de subsidio. El empresario es responsable del salario y de la cotización; si el contrato es temporal se establece, por un máximo de 12 meses, una bonificación del 50% en las cuotas por riesgos comunes. Si es indefinido se aplican, si proceden, los beneficios previstos en los Programas Anuales de Fomento de Empleo.

A efectos prácticos, puede señalarse que el empleador quedará eximido de pagar una cuantía del salario equivalente a la mitad del subsidio de desempleo percibido por el trabajador antes de la contratación. A estos efectos, el INEM compensará al trabajador con el pago de la mitad del subsidio durante un período de tiempo proporcional ⁸⁰.

Además, el subsidio por desempleo para trabajadores mayores de 52 años no se extingue por el mero hecho de que el beneficiario del mismo alcance la edad a la que pueda tener derecho a una pensión de jubilación flexible, sino que puede extenderse hasta que alcance la edad ordinaria que se exija para causar derecho a la pensión de jubilación. Así se contemplaba en el Real Decreto-Ley 16/2001, y así se sigue estableciendo en la Ley 35/2002, de 12 de julio ⁸¹, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible.

- En el caso de sustitución de trabajadores en formación por trabajadores beneficiarios de prestaciones por desempleo, la compatibilidad se aplica para la contratación interina con empresas de menos de 100 trabajadores y durante el tiempo que éstos participen en acciones formativas financiadas por las Administraciones Públicas. Aquí, el desempleado continúa percibiendo íntegramente su prestación o subsidio, debiendo complementar el empresario la diferencia hasta el salario correspondiente y siendo a su cargo la cotización a la Seguridad Social por todas las contingencias y por el total del salario (incluyendo la prestación o subsidio de desempleo).

- C) El subsidio es incompatible con la obtención de pensiones o prestaciones económicas de la Seguridad Social, salvo que éstas hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación por desempleo y siempre que su cuantía sea inferior al 75% SMI.
- D) Es incompatible con la percepción de rentas de cualquier naturaleza superiores al 75% SMI, excluidas las partes proporcionales de pagas extras.

⁸⁰ Como es sabido, el equivalente al doble del tiempo pendiente de percibir el subsidio.

⁸¹ BOE 13-7-2002.

E) El subsidio de desempleo y el subsidio por incapacidad temporal son incompatibles. Sobre este tema, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre (medidas fiscales, administrativas y del orden social), estableció para 2002 las siguientes previsiones, conectando prestación contributiva de desempleo y situación de incapacidad temporal de la siguiente forma:

- Si el trabajador está en situación de IT y durante la misma pasase a la situación de desempleo por extinción del contrato de trabajo, *seguirá percibiendo la prestación de IT en la cuantía igual a la prestación de desempleo hasta que se extinga la situación de IT y*, después, si acredita alguna de las situaciones legales de desempleo descritas en el artículo 208 LGSS, pasará a cobrar la prestación por desempleo. En este caso de superposición de situaciones, se descuenta del período de percepción de la prestación por desempleo, como ya consumido, el tiempo que hubiera permanecido en la situación de IT a partir de la fecha de extinción del contrato. Durante el período de descuento, el INEM procederá al abono de las cotizaciones sociales, incluida la aportación del trabajador.

La prestación en este caso tendrá unos topes mínimos, que equivalen al 75% del SMI (con pagas extras) cuando no exista hijo a cargo, y el 100% del SMI cuando al menos se tenga un hijo a cargo. Los indicados topes máximos o mínimos serán los que estén en vigor en la fecha de extinción del contrato de trabajo, sin que puedan variarse durante la percepción de la prestación, salvo en la medida en que se modifique la situación familiar del perceptor de la prestación de IT.

- Sobre el caso del perceptor de prestación por desempleo que pase a la situación de IT, existen diversas reglas. Así, cuando se inicie durante la prestación por desempleo una situación de IT que sea *recaída de una situación de IT anterior* cuando estaba vigente la relación laboral, el trabajador pasará a percibir la prestación de IT en cuantía igual a la prestación por desempleo. Por el contrario, cuando la IT se manifiesta durante el percibo de la prestación por desempleo, *sin que constituya recaída*, existen dos previsiones en torno a las cuantías:
 - La primera, es que durante el tiempo coincidente entre la percepción de la prestación por desempleo y la IT se recibirá la prestación de IT en cuantía igual a la prestación por desempleo.
 - La segunda, que una vez agotadas las prestaciones por desempleo, si continuase la IT se continuará percibiendo esta prestación, en cuantía igual al 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional a las pagas extraordinarias (art. 222.3 LGSS). Importe este que, no por causalidad, equivale al del subsidio por desempleo. Por ello, la intención del legislador ha sido la de equiparar las cuantías de todos aquellos que están en la fase de un posible percibo del subsidio de desempleo cuya cuantía, con carácter general, como se sabe es la del 75% del salario mínimo interprofesional excluido el prorrateo de las pagas extraordinarias (art. 217 LGSS).

De este modo, se equiparan las cuantías de los posibles perceptores del subsidio de desempleo, siendo indiferente, en consecuencia, que el trabajador desempleado esté percibiendo prestación de IT tras la extinción de las prestaciones por desempleo o reciba subsidio por desempleo, *puesto que la cuantía de la prestación será la misma*; en todo caso, no cabe duda de que la medida recorta las prestaciones en un intento de controlar, se supone, una posible vía de escape para alcanzar una mayor prestación en los niveles mínimos de desempleo.

10. Supuestos especiales.

Como supuestos especiales, en tanto que dotados de ciertas singularidades respecto a lo hasta aquí apuntado, la normativa vigente plantea tres hipótesis. Veámoslas.

10.1. Desempleados mayores de 45 años en determinadas circunstancias.

Es un supuesto especial el de los desempleados que, no siendo fijos discontinuos, reúnan los siguientes requisitos:

- Figurar inscritos como demandantes de empleo.
- Carecer de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75% de la cuantía del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de pagas extraordinarias, tanto en el momento del hecho causante como durante la percepción del subsidio.
- Haber agotado una prestación por desempleo de 24 meses de duración.
- Ser mayor de 45 años a la fecha de agotamiento de la prestación por desempleo.
- No tener derecho, en el momento de agotamiento de la prestación por desempleo, ni a una nueva prestación por desempleo, ni al subsidio por desempleo en cuanto mayor de 52 años que ha cotizado por desempleo 6 o más años, faltándole tan sólo el requisito de la edad para acceder a la pensión de jubilación.

En este caso, la cuantía del subsidio se determina en función de las responsabilidades familiares del beneficiario:

- 75% SMI si tiene 1 o ningún familiar a cargo.
- 100% SMI si tiene 2 familiares a cargo.
- 125% SMI si tiene 3 o más familiares a cargo.

La duración del subsidio en este caso es de 6 meses, naciendo el derecho a partir del día siguiente a aquel en que se produce la extinción por agotamiento de la prestación por desempleo de 24 meses. No hay, en consecuencia, plazo de espera, aunque debe solicitarse dentro del plazo de 15 días, pues en caso contrario se reduce la duración del subsidio en tantos días como medien entre la fecha en que habría tenido lugar el nacimiento del derecho de haberse efectuado la inscripción o la solicitud dentro de plazo, y aquella fecha en la que efectivamente se ha realizado.

Cuando se extingue el derecho al percibo de este subsidio especial, por agotamiento del plazo de duración, se puede tener derecho, tras un plazo de espera de 1 mes, al subsidio por desempleo que corresponda según se tengan o no responsabilidades familiares.

10.2. Emigrantes retornados.

Se reordena la protección de emigrantes retornados de países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo o con los que no exista convenio de protección por desempleo, reservando el subsidio específico a los que han trabajado como mínimo 12 meses (endurecimiento del acceso, pues antes se exigían 6 meses) en los últimos 6 años (período de referencia novedoso, pues antes no existía) en dichos países. Para los demás emigrantes, siempre y cuando tengan entre 45 y 65 años de edad y carezcan de rentas personales por encima del 75% SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extras (computándose los ingresos de la unidad familiar), se establece la posibilidad de incorporarse al Programa de Renta Activa de Inserción. Esta solución normativa sí parece ajustada al objetivo genérico de recortar el gasto social, aunque desde luego no justifica por sí sola otras previsiones de la norma que no encajan con dicho objetivo, amén de que no amplía el ámbito de cobertura ni mejora el contenido de la protección para los emigrantes retornados: por el contrario, la endurece, al incrementar el tiempo trabajado en el extranjero, exigir al emigrante la nacionalidad española y remitir a la renta activa de inserción a quienes, no pudiendo acceder al subsidio, cumplan con los requisitos adicionales que aquella «última red de seguridad» exige ⁸².

A contrario sensu, quedan excluidos del acceso a este subsidio de emigrantes retornados quienes procedan de países del Espacio Único Europeo (es decir, cualquier país de los 15 de la Unión Europea, más Noruega, Islandia y Liechtenstein), o de países con los que España haya firmado convenios de protección por desempleo (por ejemplo, Australia y Suiza). En este segundo caso, habrá que estar al principio de reciprocidad, por lo que el propio convenio establecerá las reglas de juego de la protección por desempleo. En el primero y a la espera de que en el futuro fructifique la Propuesta de Reglamento del Consejo relativa a la coordinación de los sistemas de Seguridad Social ⁸³, resulta de aplicación la normativa comunitaria (básicamente, Reglamentos 1408/1971 –normas materiales o sustancias de coordinación– y 574/72 –que fija las reglas de interpretación y aplicación de las normas sustantivas del anterior Reglamento–), basada en los principios de totalización (se conside-

⁸² DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «La reforma...», cit., pp.: 22-23 y 47.

⁸³ COM 1998, 779 final, de 21 de diciembre.

ran como propios los períodos acreditados en otros Estados), exportación (hasta 3 meses si el interesado se desplaza para buscar empleo a otro Estado) y pago único (sin prorrateo, a cargo de un solo Estado: aquel en el que se haya cubierto en último lugar períodos de seguro o de empleo) ⁸⁴.

10.3. Subsidio especial agrario.

La reforma de la protección por desempleo de los trabajadores eventuales agrarios consiste, a grandes rasgos, en las siguientes medidas:

- 1.^a Se cierra la entrada de nuevos beneficiarios en el subsidio por desempleo, establecido en el Real Decreto 5/1997, de 10 de enero, manteniéndose la regulación vigente para los que ya son perceptores del subsidio (o lo han sido durante los 3 años anteriores a la solicitud) en Andalucía y Extremadura ⁸⁵.
- 2.^a Se impulsa la movilidad geográfica con el fin de evitar los desequilibrios entre oferta y demanda de empleo.
- 3.^a Se establece la prestación por desempleo de nivel contributivo para los trabajadores eventuales del Régimen Especial Agrario en todo el territorio del Estado, regulándose las prestaciones (duración y requisitos) y la cotización por desempleo (base y tipo de cotización, distribución, y cuota a ingresar).

En las Comunidades Autónomas de Extremadura y Andalucía ⁸⁶, los trabajadores por cuenta ajena de carácter eventual («jornaleros») incluidos en el Régimen Especial Agrario, han venido teniendo derecho a un *subsidio especial de desempleo*, de carácter asistencial y de 6 meses de duración, salvo que ellos o su cónyuge fueran propietarios, arrendatarios, aparceros o titulares por concepto análogo de explotaciones agropecuarias cuya renta exceda del SMI, excluidas las pagas extras.

En este subsidio, se requería, para acceder a la condición de beneficiario, la acreditación de un mínimo de 35 jornadas reales cotizadas (peonadas ⁸⁷) en los 12 meses naturales inmediatamente

⁸⁴ Sobre este tema, MERCADER UGUINA, J.R.: «Desempleo y libre circulación de trabajadores», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 7, 1998; y PARDELL VEA, A.: «La normativa comunitaria de Seguridad Social. Especial consideración a la prestación por desempleo», en AA.VV.: *La reforma de las pensiones de 1997*, Madrid (Marcial Pons), 1999.

⁸⁵ El Real Decreto-Ley 5/2002 no deroga el Real Decreto 5/1997, sino que mantiene su vigencia provisional «únicamente para atender situaciones que se irán agotando con el paso del tiempo». Cfr. GARCÍA MURCIA, J.: «Desempleo agrícola y renta activa de inserción en el Real Decreto-Ley 5/2002», en AA.VV.: *Comentarios de urgencia...*, cit., p.: 121.

⁸⁶ La Sentencia del Tribunal Constitucional 90/1989, de 11 de mayo, considera que el lugar de residencia (Andalucía y Extremadura) es un criterio de diferenciación objetivo y razonable, puesto que la intensidad y cantidad del paro estacional en dichas Comunidades Autónomas era proporcionalmente superior a otras zonas agrarias en el momento de creación de este subsidio para eventuales agrarios.

⁸⁷ Sobre ellas, recuérdese la enorme problemática de las «falsas peonadas» (subsidio agrario al que acceden fraudulentamente personas ajenas a la actividad agraria), que ha llegado a la vía penal: cfr. SSTS, Sala Segunda, de 9-6-1995 y de 8-3-1996.

anteriores a la situación de desempleo. La cuantía del subsidio es del 75% SMI vigente para trabajadores no eventuales, y comprendía la aportación del trabajador a este régimen especial durante la percepción del subsidio. Por lo demás, la jurisprudencia había venido sentando criterios al respecto de la incompatibilidad de este subsidio con la percepción de rentas: es el caso, por citar un ejemplo, de la STS, Sala 3.^a, de 28-1-1997, que señala que la percepción de rentas superiores al SMI siendo beneficiario del subsidio de desempleo agrícola, es motivo de sanción con extinción del derecho y devolución de lo percibido indebidamente.

La reforma de la protección por desempleo de los trabajadores eventuales agrarios, que ha de conectarse con el Real Decreto que modifica determinados preceptos, respecto del Régimen Especial Agrario, de los Reglamentos Generales de Afiliación y Cotización (RD 459/2002, de 24 de mayo ⁸⁸) no regirá hasta el 1-11-2002, y consiste en las medidas que a continuación se indican. No sin antes señalar que esta modificación, justificada por el Gobierno por la finalidad de eliminar el fraude, no tiene en cuenta que en Andalucía y Extremadura, que son las zonas donde se aplica el PER (Programa de Empleo Rural), según indican fuentes sindicales el porcentaje de aceptación de ofertas de empleo es superior al 94% ⁸⁹.

No obstante lo anterior, cosa distinta es, desde luego y pese a que vayan a pagar aquí justos por pecadores, que fraude sí ha existido: desde la utilización de los fondos del PER y de eventuales agrarios para montar casetas de feria (que desde luego no creo que sean infraestructuras públicas), hasta el clientelismo político (discrecionalidad de los Ayuntamientos a la hora de contratar eventuales agrarios para ejecutar obras de infraestructura, con el trasfondo electoral del tema), pasando por el falseamiento del número de peonadas, el empadronamiento súbito en Andalucía o Extremadura, o por los propios datos sobre las vías de acceso y tipología de los beneficiarios del subsidio. En efecto, sobre esto último y a modo de ejemplo durante el período 1984-2000 la mayoría de nuevos beneficiarios son mujeres (de 25 a 54 años), el descenso de beneficiarios varones es considerable, y gran parte de las mujeres solicitantes declaran haber realizado entre 0 y 7 peonadas mensuales (para alcanzar en cómputo anual las 35 necesarias) ⁹⁰.

10.3.1. Reordenación de la protección por desempleo de los trabajadores eventuales del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

Las principales variaciones introducidas en este punto son las siguientes:

⁸⁸ BOE 25-5-2002.

⁸⁹ El Boletín Económico.com, jueves, 13-6-2002, en www.micano.com.

⁹⁰ Para el caso andaluz, CANSINO MUÑOZ-REPISO, J.M.: «El subsidio agrario por desempleo a través de sus cifras en Andalucía (1984-2000)», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 31, 2001, pp.: 30-31; para el caso extremeño, véase el informe *El paro agrario. Paro, mercado de trabajo y formación ocupacional en el campo extremeño*, dirigido por Artemio Baigorri, publicado en www.unex.es/sociolog.

- El artículo 3 Real Decreto-Ley 5/2002 limita el acceso al subsidio establecido por el Real Decreto 5/1997, de 10 de enero (del que recientemente, como cada año desde 1998, se ha prorrogado la vigencia de sus disp. trans. 1.^a a 4.^a, a través del Real Decreto 433/2002, de 10 de mayo), a quienes reúnan los requisitos en él exigidos, suscriban el compromiso de *actividad común a todos los desempleados* y, además, hayan sido beneficiarios del subsidio en alguno de los 3 años anteriores a la solicitud, salvo que el último período percibido se hubiera extinguido por resolución sancionadora firme ⁹¹. Se limita la entrada de nuevos beneficiarios en el subsidio por desempleo, establecido en el Real Decreto 5/1997, de 10 de enero, manteniéndose la regulación vigente para los que ya son perceptores del subsidio en Andalucía y Extremadura. De esta forma, no podrán acceder al subsidio especial en estas Comunidades Autónomas: – quienes lo soliciten por primera vez; – quienes no hayan sido beneficiarios del mismo en ninguno de los 3 años naturales anteriores a la fecha de solicitud; – quienes hayan extinguido su derecho al subsidio por sanción administrativa; – quienes en la fecha de solicitud se nieguen a suscribir el compromiso de actividad.

- En el artículo 4 Real Decreto-Ley 5/2002 se regula, con efectos de 1 de junio de 2002, la nueva protección por desempleo de estos trabajadores, ahora en todo el territorio nacional, que queda como sigue ⁹²:
 - El nivel protegido es el contributivo. Sin perjuicio de la remisión genérica que se efectúa al Título III de la LGSS para todos los aspectos no contemplados en la norma, se excluye expresamente con carácter ordinario la posibilidad de acceso al nivel asistencial. Quiere ello decir, dicho en plata, que *se imposibilita en adelante el acceso al subsidio de desempleo a los trabajadores eventuales agrarios*; salvo que se cumpla el descarnado brindis al sol del artículo 4.3 Real Decreto-Ley 5/2002, que faculta al Gobierno, entre otras cosas, «para extender la protección asistencial a los trabajadores, en función de la tasa de desempleo y la situación financiera del sistema».

 - La base de cotización por desempleo es la de *jornadas reales*. Las cuotas correspondientes, de trabajadores y empresarios, no se aplicarán plenamente hasta el año 2007 (en ese año, ya no habrá reducción). Entretanto, se reducen en un 85% en 2002 (arts. 13.5 y 28.1 de la Orden anual de cotización, de 31-12-2002) y un 15% menos cada ejercicio hasta 2006, en que la reducción se situará en el 30%. Durante la percepción de la prestación, la cotización es la de los trabajadores fijos (arts. 4 del RD 1469/1981, de 19 de junio, y 5 de la Orden de 15 de febrero de 1982, e inciso segundo del art. 214.4 LGSS; y, a partir de 1-11-2002, art. 70.3 del Reglamento General de Cotización, RD 2064/1995, de 22 de diciembre, en redacción del art. 2.3 del Real Decreto 459/2002, de 24 de mayo).

⁹¹ GARCÍA MURCIA, J.: «Desempleo agrícola y renta activa de inserción en el Real Decreto-Ley 5/2002», en AA.VV.: *Comentarios de urgencia...*, cit., p.: 122.

⁹² Sobre esta cuestión, puede consultarse también los completos análisis de GARCÍA MURCIA, J.: «Desempleo agrícola y renta activa de inserción en el Real Decreto-Ley 5/2002», en AA.VV.: *Comentarios de urgencia...*, cit., pp.: 123-129, y de ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A.: *Desempleo y despido...*, cit., pp.: 43-46.

- Se excluyen de cotización y protección por desempleo el cónyuge, ascendientes, descendientes u otros parientes, hasta el segundo grado por consanguinidad (padres, hijos, abuelos, hermanos, nietos), afinidad (yerno-nuera, suegros) o adopción, del titular de la explotación agraria, tanto si se trata de trabajadores eventuales como a los trabajadores agrarios fijos por cuenta ajena. Recuérdese, además, que no existe derecho al subsidio especial para trabajadores eventuales del campo si el cónyuge del solicitante es titular de explotación agraria con beneficios superiores al SMI anual, excluidas las pagas extras (STSJ Extremadura de 11-9-2000).
- La duración de la prestación se rige por la escala de tramos de cotización previa del artículo 210 LGSS (desde 360 a 539 días, tramo mínimo, 90 días de prestación; y desde 2.160 días cotizados, tramo máximo, 540 días de prestación). Si, con inmediata anterioridad al acceso a la prestación, el trabajador eventual agrario estuvo afiliado por cuenta propia o autónomo, se exige para el acceso a la prestación el doble de la carencia mínima ordinaria, con lo que aquella escala se inicia en realidad en el tercer tramo (es decir, a partir de 720 días).
- Se establece el reconocimiento y cómputo recíproco de cotizaciones entre los trabajos como eventual o fijo agrícola y cualesquiera otros en que se cotice por la contingencia de desempleo. Rige al efecto el principio de mayor número de cotizaciones, y no el de situación de alta, que es el de todas las prestaciones temporales. De esta forma, análogamente –que no totalmente, como de inmediato se verá– como si de una pensión se tratara (salvo en los supuestos tratados por la Ley 47/1998, de 23 de diciembre), el desempleo se resuelve siempre (aunque como eventual agrario se acrediten los 360 días mínimos de acceso) por las normas del Régimen en que se acredite mayor período de ocupación cotizada a lo largo de los 6 años precedentes al hecho causante.
- Se impulsa la movilidad geográfica con el fin de evitar los desequilibrios entre oferta y demanda de empleo que suelen darse, coincidiendo con las temporadas altas de algunos sectores y con las campañas de recolección agrícola.
- Se establece la prestación por desempleo de nivel contributivo para los trabajadores eventuales del Régimen Especial Agrario en todo el territorio del Estado, regulándose, mediante la modificación del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social (RD 2064/1995, de 22 de diciembre), las prestaciones (duración y requisitos) y la cotización por desempleo (base y tipo de cotización, distribución, y cuota a ingresar). Veamos:
 - Contenido de la obligación de cotizar en el Régimen Especial Agrario: la obligación de cotizar nace y se extingue normalmente como hasta el momento salvo en el supuesto a que se refiere el artículo 45.1.5 del Reglamento General de Afiliación, en cuyo caso la cuota fija mensual se dividirá por 30 en todos los meses.
 - Los trabajadores que realicen actividades incluidas en otro Régimen durante más de 3 meses naturales consecutivos han de solicitar la baja en éste; dispensándose de coti-

zar por aquellas mensualidades en que acrediten haber prestado únicamente y sin solución de continuidad los servicios en aquéllas. Entretanto, no pueden percibirse prestaciones del Régimen Especial Agrario. El problema aquí, creo, deriva no de la cotización simultánea efectuada al Régimen Especial Agrario (ya que asistiría normalmente derecho a devolución de cuotas, salvo mala fe), sino de los efectos de las bajas, que en este régimen especial se fijan sin distinción en el día primero del cuarto mes.

- Elementos, contenido y liquidación de la cotización por jornadas reales: se impone el detalle de tales jornadas en los documentos de cotización o en la transmisión RED.
- Cotización en la situación de desempleo y por fomento de empleo: se recoge que la cotización a cargo del INEM de los trabajadores en subsidio de desempleo es la prevista con carácter general.
- La protección, tanto en forma de prestación como de subsidio, sigue comprendiendo la cuota fija de los beneficiarios; pero con la importante particularidad de que, a partir del 25 de noviembre de 2002, aquella cuota de cotización *se abonará directa y conjuntamente por el INEM junto con la percepción por desempleo*, siendo el beneficiario el responsable de ingreso ulterior de dicha cuota.

10.3.2. Excurso: modificaciones en materia de afiliación, altas y bajas.

Aunque no tenga relación con el subsidio de desempleo, no he querido dejar pasar la ocasión de indicar los aspectos modificados en este punto. Así, el artículo 1 del Real Decreto modifica los artículos 35.3, 45.1 y 46.4 del Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero. De tal forma que:

- Las inscripciones en el censo (que equivale a solicitud de afiliación y/o de alta) han de ser solicitadas por el empresario (salvo trabajador por cuenta propia), como en el Régimen General, con carácter previo al inicio de la prestación de servicios e indicando además la fecha prevista de realización de la primera jornada real.
- Dentro de los 6 primeros días del mes, el empresario ha de comunicar a la TGSS las jornadas reales de trabajo en el mes anterior; al igual que, en su caso, la no realización de la prevista en la solicitud de alta. Aquel plazo es desde el último día de prestación de servicios efectiva, en caso de cese definitivo de trabajador fijo. Al término de la relación el empleador, debe librar a los trabajadores justificante individualizado de las jornadas reales realizadas (*cfr.* el sectorial control anterior en disp. adic. 2.ª RD 5/1997, de 10 de enero, que habrá que entenderse sin efecto, pese a la pervivencia residual de la norma, desde 1-12-2002).
- En cuanto a las bajas, se introduce su relación directa con la no realización de labores agrarias; deja de recogerse la responsabilidad de los familiares sucesores sobre la solicitud de

las correspondientes a trabajadores por cuenta propia fallecidos; y se otorga nuevo contenido a las situaciones de inactividad y de desempeño de otros trabajos no agrarios.

El concepto de «labor agraria», como se sabe, pende en la actualidad de un fuerte casuismo, fruto de criterios administrativos muy dispares y de decisiones judiciales no siempre unívocas⁹³. Con ánimo de síntesis, puede afirmarse que comprende, en primer lugar, las agrícolas (por ejemplo, cultivo de productos del campo en instalaciones, predios o terrenos rústicos sujetos al Impuesto sobre Bienes Inmuebles), las pecuarias (por ejemplo, ganadería agrícola, esto es, la accesoria a una explotación agrícola) y las forestales (por ejemplo, la recolección, tala o pela de montes para aprovechamiento del titular de la explotación agrícola) que persigan la obtención directa de frutos y productos; y, en segundo lugar, las de almacenamiento de los referidos frutos y productos en sus lugares de origen, así las de su mero transporte a los lugares de acondicionamiento y acopio, sin más manipulación que una primera transformación para su consumo directo o para un posterior tratamiento (siempre que no se invierta más de un tercio del tiempo que ya se dedicó a las actividades de obtención directa, almacenamiento y transporte)⁹⁴.

Así las cosas, la situación de inactividad en labores agrarias, manteniéndose el ingreso de las cuotas fijas, *motiva la baja de oficio del trabajador*, si éste no la ha pedido, cuando se dedique exclusiva e ininterrumpidamente a otras tareas durante más de tres meses consecutivos. Si el asegurado lo es por cuenta ajena, transcurridos seis meses naturales desde el último día de aquel en que se acredite la última jornada real, o desde que se produjera agotamiento de desempleo, se produce la baja de oficio. Los 6 días de presentación voluntaria de la baja, se inician en estos supuestos, al vencimiento de los límites indicados, que son los que señalan sus efectos:

- En todo caso, transcurridos 3 meses sin comunicación de jornadas reales y sin ingreso de cuotas fijas por el mismo período, la TGSS cursa la baja del trabajador con efectos del último día del mes al que se contraiga la última jornada real conocida.
- Los efectos generales de altas y bajas siguen siendo primer y último día de mes, respectivamente. Sin embargo, si el inicio o el fin de la actividad de un trabajador por cuenta ajena no coincide con aquéllos, la inscripción y baja en el censo se sitúan en las fechas reales.

Por último, indicar que se elimina formalmente la posibilidad de que los asegurados por cuenta propia puedan concertar la cobertura de incapacidad temporal con el INSS, debiendo concertarla con una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, pues, salvo error u omisión, creo que materialmente la cobertura con el INSS ya era inviable para todas las solicitudes de alta al Régimen Especial Agrario producidas desde 1 de enero de 1998 (*cf.* disp. adic. 14.ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social).

⁹³ MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: «Campo de aplicación y estructura del sistema de la Seguridad Social», en AA.VV.: *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social. Tomo I*, Granada (Comares), 1999, p.: 206.

⁹⁴ Sobre esta cuestión, DUEÑAS HERRERO, L.J.: «La triple naturaleza de la actividad empresarial agraria en el Derecho de la Seguridad Social», *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo* núm. 1, 2000.