

CARMEN VIQUEIRA PÉREZ

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Alicante*

Este trabajo ha sido seleccionado y ha obtenido el **Accésit Especial Premio Estudios Financieros 2003** en la Modalidad de **DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Tomás SALA FRANCO, doña Amparo BALLESTER PASTOR, don Ángel BLASCO PELLICER, don José LAGUARDA RODRIGO, don Ricardo MARTÍNEZ BAU y don Rafael ORTIZ CERVELLO.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Extracto:

LA Ley 45/2002 lleva a cabo una reforma del sistema de protección por desempleo que, aun dejando inalterado gran parte del esquema sobre el que la protección descansa, afecta a alguno de sus aspectos fundamentales. Uno de esos aspectos fundamentales que la norma modifica es el acceso a la prestación.

En este ámbito, la modificación más llamativa –aunque no la más importante– es la relativa a la exigencia de suscripción del «compromiso de actividad» como nuevo requisito de acceso a la protección. Pero la norma también altera el requisito de acceso «clásico»; la involuntariedad en la pérdida del empleo [o, en términos técnicos, sobre la situación legal de desempleo], mediante la modificación de la situación legal de desempleo por despido. Uno y otro cambio constituyen, en el plano dogmático, las más importantes repercusiones de la reforma, por cuanto inciden en los pilares básicos sobre los que descansa la noción de desempleo protegible, y, desde el punto de vista técnico-jurídico, representan las modificaciones de mayor trascendencia, por lo que suponen de ruptura con la normativa anterior y porque de ellas trae su causa la mayoría de las restantes modificaciones introducidas por la reforma.

.../...

.../...

El hondo calado que tiene la nueva definición de la situación legal de desempleo por despido se evidencia si se tiene en cuenta que con ella no sólo se redefine uno de los elementos clave que abre o cierra el acceso a la protección, sino que, además, fruto de esta modificación, resultan también alterados algunos aspectos importantes de la dinámica del derecho, como son su nacimiento o su suspensión. Puede decirse, por eso, que realmente la norma articula un nuevo régimen de la prestación originada por el despido, con todo lo que ello implica. Y es que la dinámica de la prestación por desempleo derivada de despido actúa como patrón de la dinámica que rige la prestación derivada de la práctica generalidad de los restantes supuestos extintivos que dan lugar al acceso a la protección. Al análisis de los problemas que puede plantear la aplicación de esta regulación se dedica este estudio.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. La situación legal de desempleo derivada del despido.
 1. Los antiguos problemas y su solución.
 2. La causa de la situación legal de desempleo. Supuestos extintivos que dan origen a la situación legal de desempleo por despido: el «ámbito de aplicación».
 3. La acreditación de la situación legal de desempleo por despido.
- III. El nacimiento del derecho a las prestaciones.
 1. Solicitud y nacimiento del derecho. La regla general.
 2. El nacimiento del derecho cuando está pendiente el disfrute de las vacaciones.
 3. El nacimiento del derecho cuando el trabajador tenga derecho a percibir salarios de tramitación.
 4. El nacimiento del derecho cuando el trabajador tenga pendiente el disfrute de las vacaciones y tenga derecho a percibir salarios de tramitación.
- IV. El régimen de regularización de las prestaciones abonadas.
 1. Los efectos de la impugnación del despido sobre las prestaciones ya percibidas.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 45/2002 acomete una importante reforma del sistema de protección por desempleo que, a decir de su Exposición de Motivos, tiene como «*principio general*», como objetivo general, «*organizar la protección por desempleo de manera que junto con las prestaciones económicas necesarias para afrontar la situación de paro, los poderes públicos den oportunidades de formación y empleo que posibiliten que los desempleados puedan encontrar trabajo en el menor tiempo posible*».

Bajo el paraguas de este principio general, se lleva a cabo una amplia e importante reforma que, con desigual intensidad, afecta a no pocos aspectos del sistema de protección, incluyendo alguno de sus elementos centrales. Así, por enumerar lo más significativo, se redefine el ámbito de aplicación de la protección tanto en el nivel contributivo como en el asistencial, y, también en ambos niveles, se modifican los requisitos de acceso, la dinámica de la situación legal de desempleo, los supuestos en los que se produce la suspensión y extinción del derecho, y el régimen de obligaciones, infracciones y sanciones de empresarios y trabajadores.

Atendiendo a lo que se ha modificado y a cómo se ha modificado, es claro que la reforma tiene en su base, además de ese principio general, también otras motivaciones. Pero, al margen de esas otras motivaciones, es lo cierto que todo apunta a que, en efecto, el eje de la reforma descansa en esa confesada intención de potenciar la ocupabilidad de los desempleados. Y ello, fundamentalmente, se plasma, por una parte, en una intensificación y ampliación de las obligaciones que al desempleado incumben con respecto a su «*disponibilidad*» para acceder al mercado de trabajo, y, por otra, en la exigencia del reconocimiento formal de esa disponibilidad como requisito de acceso a la protección.

Hasta ahora, para acceder a la protección (amén de los requisitos referidos al alta, afiliación y cotización) se exigía el cumplimiento de un requisito de control específico: la acreditación de la situación legal de desempleo (esto es, la acreditación de que el empleo se ha perdido involuntariamente). A este requisito se añade ahora la exigencia de que el desempleado suscriba un «*compromiso de actividad*», que, básicamente, consiste en el reconocimiento formal de su disponibilidad para acceder al mercado de trabajo.

El elemento de la «*disponibilidad*» para el trabajo (o, dicho en términos clásicos, la «*voluntad de trabajar*») no es, como se sabe, nuevo en nuestro derecho, que, con unas u otras palabras, desde siempre, sólo ha venido a considerar «*desempleado protegible*» a quien ha perdido involuntariamente su empleo y *quiere* y puede trabajar. Desde esta perspectiva, el hecho de que el acceso a la protección venga condicionado a la acreditación de la situación legal de desempleo y a la suscripción del compromiso de actividad implica, *prima facie*, que en el momento de solicitar la prestación (o el subsidio) el desempleado habrá de acreditar que ha perdido involuntariamente su empleo y que está dis-

ponible para acceder al mercado de trabajo, que quiere y puede trabajar. Dicho en otras palabras: habrá de evidenciarse la involuntariedad en la pérdida del empleo y la voluntad de trabajar.

Sobre uno y otro aspecto inciden dos de las más importantes novedades que introduce la reforma: sobre la voluntad de trabajar, incluyendo un nuevo requisito de acceso (la suscripción del compromiso de actividad) y reforzando las obligaciones que al desempleado incumben en este sentido, y sobre la involuntariedad en la pérdida del empleo, modificando la situación legal de desempleo por despido. Uno y otro cambio constituyen, en el plano dogmático, las repercusiones de la reforma (por cuanto inciden en los elementos básicos sobre los que descansa la noción de desempleo protegible), y, desde el punto de vista técnico-jurídico, representan las modificaciones de mayor trascendencia (por lo que encierran de «ruptura» con la normativa anterior y porque de ellas trae su causa la mayoría de las restantes modificaciones que la reforma introduce).

El hondo calado que tiene la nueva definición de la situación legal de desempleo por despido se evidencia si se tiene en cuenta que con ella no sólo se redefine uno de los elementos clave que abren o cierran la puerta de acceso a la prestación, sino que, además, fruto de esta modificación, resultan también notablemente alterados otros aspectos de la dinámica del derecho: significativamente, el régimen del nacimiento del derecho a la prestación. Se instaura así un nuevo régimen de la prestación originada por el despido: arranca de la modificación de la situación legal de desempleo por despido, pero alcanza –como no podía ser de otro modo– a numerosos aspectos de la dinámica del derecho.

Ello da la medida de la importancia que reviste un estudio detenido de los problemas que esta nueva regulación puede plantear en su aplicación. Pero, a ello ha de añadirse que –como es comúnmente admitido– la dinámica de la prestación por desempleo derivada de despido viene a actuar como esquema o patrón de la dinámica que rige la prestación derivada de la práctica generalidad de los restantes supuestos extintivos que originan el acceso a la prestación. Mirada la cuestión desde ese ángulo, podría decirse, entonces, que al estudio de los problemas más significativos que presenta ese patrón se dedican las páginas que siguen.

II. LA SITUACIÓN LEGAL DE DESEMPLEO DERIVADA DEL DESPIDO

1. Los antiguos problemas y su solución.

Como es conocido, la extinción contractual por despido es causa de la situación legal de desempleo con independencia de que el trabajador reclame o no frente a la decisión extintiva y con independencia de la calificación que el despido pueda merecer. La situación legal de desempleo, pues, se origina por la decisión extintiva del empresario y, desde el momento en que el cese derivado de ésta tiene lugar, puede el trabajador acceder a la protección.

Que ello sea así es fruto de la reforma operada por la Ley 45/2002. Hasta entonces, la situación legal de desempleo derivada de un despido únicamente se producía si el trabajador reclamaba frente al acto extintivo¹. Y de la calificación resultante de esta reclamación dependía el alcance y tratamiento procedimental de la cobertura: mientras la extinción derivada de la declaración de improcedencia y la que, excepcionalmente, puede derivarse de la declaración de nulidad abrían el camino

a la percepción de la prestación, de la declaración de procedencia del despido sólo se originaba el derecho a percibir la prestación una vez transcurrido un período de espera de tres meses ².

Esta regulación planteaba, básicamente, dos problemas que la normativa vigente ha venido a abordar y, en buena medida, a corregir. El primero, en esencia dogmático, hacía referencia a la razón última que podría sustentar un distinto grado de cobertura en atención a la calificación que el despido mereciese. Es decir, al por qué para acceder a la prestación se exigía un período de espera en los despidos procedentes y, sin embargo, no se exigía si la calificación era otra. El segundo, de más amplio espectro e incidencia práctica, radicaba en el hecho de que la regulación existente, fuese cual fuese la calificación del despido, ofrecía como resultado un inevitable desfase entre el momento en que se originaba la situación de necesidad protegible –el despido– y aquel otro en que se producía el acceso a la prestación –una vez resuelta la impugnación del despido–. Una y otra cuestión son inseparables en la medida en que la segunda era efecto inevitable de la primera.

El importante desfase que se producía entre el momento en que se originaba la situación de necesidad protegible y aquel otro en que tenía lugar el acceso a la cobertura era inevitable consecuencia del distinto tratamiento que la norma impuso a los despidos procedentes. En efecto, si se quería hacer un tratamiento distinto en función de la calificación del despido, resultaba insoslayable exigir al trabajador la reclamación frente al acto extintivo y ligar el nacimiento de la situación legal de desempleo al resultado de esa reclamación. Y si había de ligarse la situación legal de desempleo al resultado de la reclamación, el tiempo transcurrido desde la fecha del despido hasta que se resuelve la reclamación es tiempo en el que la protección no actúa; es tiempo en el que el trabajador –ya desempleado– no puede acceder a la protección. El problema se salva en la nueva regulación situando la situación legal de desempleo en la fecha de la decisión extintiva del empresario, haciendo coincidir la situación de desempleo protegible con el momento del cese en el trabajo. Esta nueva respuesta a ese antiguo problema exigía como paso previo, claro está, renunciar a mantener un tratamiento distinto para los despidos procedentes ³.

Por qué en la regulación anterior se establecía un tratamiento distinto para los despidos procedentes y qué implica la desaparición de ese trato distinto en la nueva normativa es algo que se comprende mejor si se hace un poco –sólo un poco– de historia.

Hasta la promulgación de la Ley de Protección por Desempleo, para el acceso a la protección, en la pérdida del empleo anterior, habían de concurrir las notas de *involuntariedad e inimputabilidad*. Por una parte, la extinción contractual había de ser involuntaria, en el sentido de ajena a la decisión del trabajador, y, por otra parte y además, la causa del cese había de ser no imputable al trabajador. En consecuencia, los trabajadores despedidos precedentemente resultaban excluidos de la cobertura por entender que, al resultarles imputable la causa del cese, venían a la situación de paro en virtud de sus propios actos o conductas ⁴. Dicho de otra manera: al ser imputable al trabajador, por voluntaria, la justa causa que permite al empresario el despido, se consideraba que también era «imputable» al trabajador la pérdida misma del empleo ⁵.

En este panorama, la inclusión de los despidos procedentes como causa de la situación de desempleo protegible parecía implicar la desaparición de esa nota de la inimputabilidad en la causa del cese. Y, en alguna medida, así fue. La inclusión del despido procedente como causa originante de la protección –como SLD– hacía desaparecer de la noción de desempleo protegible la nota de la inimputabilidad en la pérdida del empleo, situándose desde entonces la frontera que separa las situaciones de desempleo protegible de aquellas otras que no lo son en el dato de que el cese en el trabajo sea o no

un cese voluntario. Extramuros de la protección quedaba –y queda– el cese voluntario, aquel en el que la pérdida de la ocupación es consecuencia de una decisión libre del trabajador, y dentro de la protección se sitúa el cese imputable, aquel en el que la decisión extintiva no deviene de la voluntad del trabajador sino del empleador, aunque basado en determinado comportamiento del trabajador ⁶.

Ahora bien, desaparecida la nota de la inimputabilidad en la pérdida del empleo como elemento integrante de la noción de desempleo protegible, y, por ello, siendo incluidos en la protección quienes vienen a la situación de desempleo como consecuencia de un cese imputable –de un despido precedente–, la norma articuló para éstos un tratamiento peculiar. La efectividad de la cobertura se atenuó notablemente mediante el establecimiento de un período de espera cuyo cumplimiento se configuraba como requisito *sine qua non* para el acceso a la prestación. Y es aquí donde la imputabilidad venía a desplegar sus efectos: el período de espera se estableció a modo de cláusula penalizadora con respecto a quienes resulta imputable la causa extintiva que origina la situación de desempleo, con respecto a quienes, por decirlo frontalmente, se considera responsables de su situación de desempleo ⁷.

La vigente regulación suprime este período de espera y su significado, de manera que, en la actualidad, puede decirse que la nota de la inimputabilidad en la pérdida del empleo no despliega ya efecto alguno sobre la protección otorgada. Ello permite solucionar, como se ha visto, antiguos problemas (no se tiene ya que reclamar y obtener la calificación del despido para poder acceder a la protección, ya no hay un distinto tratamiento en función de la calificación del despido) pero crea, claro está, problemas nuevos ⁸. Al análisis de la nueva regulación de la situación legal de desempleo por despido y al estudio de esos nuevos problemas se dedican las páginas que siguen.

2. La causa de la situación legal de desempleo. Supuestos extintivos que dan origen a la situación legal de desempleo por despido: el «ámbito de aplicación».

Suprimida la exigencia de reclamar frente al despido y suprimido el distinto tratamiento de que fueron objeto los despidos procedentes, la situación legal de desempleo se produce, según establece el artículo 208.1 c) LGSS, «por despido». La cuestión que, de entrada, hay que plantearse radica en dilucidar qué es lo que ha de entenderse por «despido»: si despido disciplinario o si despido en sentido amplio.

No indica expresamente la norma que por *despido* haya de entenderse despido *disciplinario*. No señala que la extinción derivada de despido disciplinario sea la causa de la situación legal de desempleo. Y tampoco cabe deducir de las reglas que rigen la dinámica de la situación legal de desempleo o de las que establecen los medios acreditativos que sólo al despido disciplinario se ciña la causa de la situación legal de desempleo por despido. La falta de especificación en este sentido, en mi opinión, permite interpretar el término *despido* en el amplio sentido que, a otros efectos, ya lo ha hecho el TS, esto es, entendiendo que «la noción de despido ... comprende toda extinción del contrato de trabajo por voluntad del empleador» ⁹. Y desde ahí, habría de concluirse, entonces, que toda extinción del contrato de trabajo que traiga su causa de la voluntad unilateral del empresario originaría la situación legal de desempleo por despido y habría de regirse por las previsiones que para este supuesto se establecen. Éste es, en mi opinión, el punto de partida de la norma.

Ello no obstante, resulta obvio que aquellas extinciones que, aunque provenientes de la voluntad unilateral del empresario [aunque despidos –en esta noción amplia–], aparecen contempladas en la norma como causas de una específica situación legal de desempleo no deben ser incluidas en este

supuesto: habrán de seguir el camino que, como propio, se marca para la configuración y acreditación de la situación legal de desempleo. Éste es el caso de la extinción por causas objetivas [art. 208.1.1 d)]; de los despidos colectivos [art. 208.1.1 a)]; de la resolución durante el período de prueba [art. 208.1.1 g)]; finalización del contrato temporal [art. 208.1.1 f)]; y de la extinción por muerte, jubilación e incapacidad del empresario [art. 208.1.1 b)].

Aun así, es importante tener en cuenta que también sobre estas específicas situaciones legales de desempleo despliega sus efectos la regulación prevista para la situación legal de desempleo por despido en general en un doble sentido. Por una parte, porque estos supuestos específicos, aunque inicialmente han de seguir su camino propio, terminan «reconducidos» y sujetos a las regulaciones previstas para la situación legal de desempleo por despido cuando el trabajador reclama frente a la extinción. Y, por otra parte, porque –como más adelante se verá– las reglas que rigen aspectos tan importantes de la dinámica del derecho como el nacimiento de éste y el eventual reajuste de la prestación reconocida son, en uno y otro caso, las mismas: la norma las formula para los supuestos de «*despido o extinción*». Desde la influencia que, a través de esta doble vía, proyecta la regulación de la situación legal de desempleo por despido sobre estas otras situaciones legales de desempleo, puede decirse que, de algún modo, el patrón que la norma define para la situación legal de desempleo por despido viene a cumplir el papel de régimen común con respecto a las restantes situaciones legales de desempleo derivadas de la decisión extintiva del empresario. Lo que, en otro orden de ideas, da cabal cuenta de la entidad que tiene la nueva regulación de la situación legal de desempleo por despido.

Excluidos, entonces, estos supuestos extintivos que son causa de otras situaciones legales de desempleo, *todas* las demás extinciones contractuales que tengan su origen en la voluntad del empresario dan lugar, en tanto que despidos, a la situación legal de desempleo por despido. Así, habrán de incluirse en la situación legal de desempleo por despido las situaciones de desempleo que deriven tanto de la manifestación de la voluntad extintiva del empresario (ya sea expresa o tácita: despidos formalizados por escrito, verbales o tácitos) como las que deriven de conductas empresariales que, aunque no encierren esa manifestación de voluntad, tengan –a la postre– ese mismo efecto extintivo (como pueda ser la falta de llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos o el no reconocimiento del derecho al reingreso tras la suspensión contractual o la excedencia).

3. La acreditación de la situación legal de desempleo por despido.

Si en los supuestos de despido –como señala el art. 209.4 LGSS– la causa de la situación legal de desempleo es «*por sí misma y sin necesidad de impugnación*» la *decisión del empresario* de extinguir la relación contractual, es claro que la acreditación de la situación legal de desempleo por despido pende de la demostración de la existencia de esa decisión extintiva ¹⁰.

Como es conocido, en tanto no se desarrolle reglamentariamente, la acreditación de la situación legal de desempleo por despido es objeto de regulación en la disposición transitoria segunda de la Ley 45/2002, precepto en el que se relacionan hasta siete medios de acreditación de la existencia de la situación legal de desempleo por despido ¹¹. Un primer acercamiento al contenido de esta disposición pone de manifiesto que en ella se hace referencia a dos «grupos» distintos de medios de acreditación que, claro está, guardan relación directa con el modo en que la causa de la situación legal de desempleo puede producirse: con el modo en que la decisión extintiva del empresario, el despido en sentido amplio, puede tener lugar.

Así, se alude, por una parte, a aquellos medios acreditativos que operan cuando puede demostrarse la existencia de la decisión extintiva del empresario (y el consecuente cese en el trabajo) sin necesidad de reclamar frente a la decisión extintiva: la carta de despido, el certificado de empresa y el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Y, por otra parte, se enumeran aquellos medios acreditativos que operarán cuando la decisión extintiva del empresario (y el consecuente cese en el trabajo) sólo puedan acreditarse de resultados de la reclamación del trabajador: el acta de conciliación administrativa o judicial y la resolución judicial definitiva. Ello, no hace falta decirlo, necesariamente había de ser así porque la existencia de la conducta extintiva del empresario y, consecuentemente, del cese en el trabajo que configura la situación legal de desempleo por despido, en ocasiones, sólo pueden ser demostrados tras la reclamación del trabajador (tal es el caso, por poner un ejemplo paradigmático, de la negativa empresarial al reingreso tras la suspensión contractual).

3.1. Medios acreditativos de la situación legal de desempleo cuando puede demostrarse la existencia del despido sin necesidad de impugnación.

Podría decirse que supuesto tipo de la situación legal de desempleo por despido viene representado por aquel en el que el cese en el trabajo deviene de una decisión extintiva del empresario que queda claramente manifestada y que, por ello, permite demostrar la existencia del despido sin necesidad de que el trabajador reclame frente a él. En atención a la distinta manera en que esa voluntad extintiva puede manifestarse, la norma prevé tres distintos medios acreditativos: la carta de despido, el certificado de empresa y el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Cuando existe manifestación expresa y escrita de la voluntad extintiva del empresario, la situación legal de desempleo se acredita mediante la *carta de despido* o, en palabras de la norma, mediante la «*notificación por escrito a que se refiere el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores*». Es sabido que, según señala el artículo 55 ET, esa notificación en que la carta de despido consiste habrá de reflejar los hechos que motivan el despido y la fecha en que éste tendrá efectos, de modo que, desde una estricta interpretación, podría pensarse que sólo podría operar como medio acreditativo la carta de despido que se ajuste a este contenido. Pero no creo que sea éste el sentido de la norma cuando se refiere a la carta de despido como medio acreditativo de la situación legal de desempleo por despido. En su papel de medio acreditativo, es necesario que en ella se refleje la voluntad extintiva del empresario y la fecha en que tendrá efecto el cese en el trabajo, por cuanto así se acreditan las dos cuestiones sobre las que la situación legal de desempleo gira: el carácter involuntario del cese en el trabajo y la fecha en la que el trabajador pierde su empleo. Pero en nada afecta a la acreditación de la causa de la situación legal de desempleo –a la acreditación del despido– el hecho de que en la carta de despido se refieran convenientemente los hechos que motivan la decisión extintiva, porque, sean cuales fueren éstos, resultan irrelevantes con respecto a la situación de desempleo que se origina. Desde ahí, en mi opinión, podrá ser medio acreditativo bastante la notificación del empresario que, aun no ajustándose a los requisitos de la carta de despido, exprese la voluntad extintiva de éste y su fecha de efectos ¹².

Obviamente, otro habrá de ser el medio acreditativo cuando no existe esa notificación, cuando la decisión extintiva del empresario que da origen a la situación legal de desempleo por despido carece de formalización escrita y se manifiesta verbalmente o encuentra su base en la existencia de actos dirigidos a la extinción contractual (despidos verbales y despidos tácitos). Esta falta de acreditación documental de la decisión extintiva empresarial, en principio, podría tener como efecto la

necesidad de que el trabajador impugnase el acto extintivo para poder demostrar que el cese en el trabajo deviene de la voluntad del empresario –que es un despido– y la fecha en que éste tuvo lugar. Pero, a evitar que ello sea así viene la previsión de que, en ausencia de carta de despido, pueda el acto extintivo acreditarse mediante el *certificado de empresa o el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social* en los que conste lo que a la acreditación de la causa de la situación legal de desempleo importa: que el cese ha sido involuntario y cuál fue su fecha de efectos.

Por lo que hace al certificado de empresa, conviene tener en cuenta que el incumplimiento de la obligación de expedirlo en tiempo y forma constituye una infracción grave tipificada en el artículo 22.8 LISOS, dado que –en su función de medio acreditativo de la situación legal de desempleo– este certificado es necesario para la «*solicitud y tramitación*» de la prestación por desempleo¹³. Con todo, la norma no desconoce que la negativa empresarial a emitir el certificado de empresa puede producirse y, por eso, abre la posibilidad de que sea el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el documento que acredite que el despido se ha producido y cuál fue su fecha de efectos. En mi opinión, es precisamente la negativa empresarial a facilitar el certificado de empresa uno de los supuestos que puede dar entrada al informe de la Inspección de Trabajo como medio acreditativo de la situación legal de desempleo; siendo, con toda probabilidad, este supuesto y el del despido tácito articulado a través del cierre de empresa los que constituyen el ámbito de actuación previsto para el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

3.2. Medios acreditativos de la situación legal de desempleo cuando es necesaria la impugnación para demostrar la existencia del despido.

En ocasiones, puede resultar discutible que el cese en el trabajo obedezca a la voluntad extintiva del empresario ya que determinadas decisiones empresariales, aun encerrando un efecto extintivo, pueden no tener en su base esa voluntad extintiva. Tal es el caso de la negativa al reingreso tras una suspensión o una excedencia cuando el empresario entiende que no procede la reincorporación; o el de la negativa del empresario a la continuidad de la relación tras las ausencias del trabajador por entender que éstas han configurado un abandono. En tales supuestos, la acreditación de la situación legal de desempleo ha de pasar necesariamente por la impugnación del cese, porque sólo de resultados de la impugnación quedará acreditado si la conducta empresarial constituye un despido o si, por el contrario, no lo es –ya que se ajusta al régimen legal previsto en cada caso–¹⁴. Por eso, en estos supuestos, la situación legal de desempleo habrá de acreditarse mediante «*el acta de conciliación administrativa o judicial o la resolución judicial definitiva declarando la procedencia o improcedencia del despido*». Como es lógico, en el supuesto de improcedencia, «*deberá también acreditarse que el empresario, o el trabajador cuando sea representante legal de los trabajadores, no ha optado por la readmisión*».

Pese a la aparente claridad de la norma en este punto, es lo cierto que no son pocos los aspectos susceptibles de diversas interpretaciones o que precisan de alguna aclaración. El primero de ellos gira en torno a la exigencia de que, ya el acta de conciliación ya la resolución judicial, deban contener una declaración acerca de la procedencia o improcedencia del despido. La norma es clara al señalar que tal declaración constituye –digamos– el «*contenido esencial*» del medio acreditativo en cuestión. Lo que ya no es claro es en qué deba consistir exactamente esa declaración: si es necesario que de modo explícito el medio acreditativo contenga la calificación del acto extintivo o si basta que de su contenido se deduzca que el despido fue procedente o improcedente.

La duda no es del todo nueva. Una cuestión parecida se planteó al abrigo de la regulación anterior en la que, como es conocido, se exigía el «reconocimiento» de la improcedencia del despido cuando la situación legal de desempleo se acreditaba mediante acta de conciliación –ya administrativa, ya judicial–¹⁵. Entonces, el requisito fue perfilado –y la duda resuelta– en unificación de doctrina por el TS, que entendió que, al no señalar la norma la necesidad de que ese reconocimiento fuera expreso, explícito o formal, podía tenerse por cumplida la exigencia del reconocimiento de la improcedencia si la existencia de éste se desprendía, tácitamente, de las circunstancias consignadas en el acta¹⁶. Ciertamente, el tenor normativo no es idéntico y donde antes se hablaba de «reconocimiento» ahora se habla de «declaración», pero no creo que el cambio sea en esencia significativo y me inclino por pensar que esta interpretación jurisprudencial es también ahora enteramente aplicable. En mi opinión, el sentido de esta exigencia –entonces y ahora– es establecer un mecanismo de control que garantice, en la medida de lo posible, que el cese deviene, en efecto, de un despido, de la voluntad del empresario¹⁷; y para cumplir ese cometido es indiferente que la procedencia o improcedencia de éste se declare expresamente o resulte tácitamente deducible.

Esta declaración de procedencia o improcedencia del despido ha de contenerse o deducirse del acta de conciliación –ya administrativa, ya judicial– o de la resolución judicial definitiva. Qué deba entenderse exactamente por «resolución judicial definitiva» es otra cuestión –la segunda– que abre un cierto margen a la duda. Es poco dudoso que la expresión alude directamente ya a la sentencia, ya al auto que resuelve la impugnación del despido, pero no está claro si la norma exige o no la firmeza de dicha resolución.

Y también aquí la interpretación efectuada al amparo de la normativa anterior viene a dar la pauta de solución. En efecto, la *resolución judicial definitiva* era uno de los instrumentos previstos en la regulación anterior para la acreditación de la situación legal de desempleo por despido, y ya entonces se planteó la cuestión de si esa resolución había de ser o no firme. Partiendo de la idea de que la resolución judicial definitiva es aquella que, con independencia de que goce o no de firmeza, satisface en todo o en parte la pretensión que da origen a la acción, doctrina y jurisprudencia entendieron de modo mayoritario que no era exigible la firmeza de la resolución¹⁸.

Así las cosas, el medio acreditativo previsto por la norma –por lo que ahora importa– resulta ser la resolución judicial definitiva –firme o no– que resuelva la impugnación del despido y que, implícita o explícitamente, contenga una declaración acerca de la procedencia o improcedencia del despido. Previsión esta que encaja perfectamente con aquellos supuestos en los que la impugnación se resuelve con la sentencia de instancia en la que se declara la procedencia o improcedencia del despido. Pero parece olvidar la norma que la resolución judicial definitiva que resuelva el despido puede contener una declaración distinta de la de procedencia o improcedencia y que también en estos casos existe situación legal de desempleo por despido y puede ser acreditada a través de esta resolución. Así sucede cuando, tras una inicial opción por la readmisión ésta no se lleva a cabo por el empresario o se efectúa de modo irregular y, finalmente, se produce la solicitud de ejecución de sentencia –antiguo incidente de no readmisión– que concluye, como es sabido, con otro tipo de resolución judicial, con un auto que «*declara extinguida la relación laboral*» (art. 279.2 LPL). Y así sucede, también, en los excepcionales supuestos en los que, declarado nulo el despido, el procedimiento finaliza mediante auto que –aquí también– *declara extinguida la relación laboral* (art. 284 LPL).

Es evidente que, en uno y otro caso, se está en presencia de una situación legal de desempleo por despido. Y es evidente también que la norma da esto por sentado cuando, en el artículo 209.5 c)

LGSS, señala que, en estos supuestos, el trabajador tendrá derecho a percibir las prestaciones desde el momento en que se declare extinguida la relación laboral. Pero no prevé medio acreditativo que cabalmente se ajuste al modo en que la situación legal de desempleo se produce en estos supuestos. El auto que, en uno y otro caso, torna la inicial readmisión en extinción indemnizada de la relación laboral no puede contener declaración alguna acerca de la procedencia o improcedencia del despido: por una parte, porque la calificación del despido tiene lugar en la sentencia, no en el auto; y, por otra parte, porque cuando la extinción deviene de un despido nulo es obvio que ni en la sentencia ni en el auto podrá éste calificarse de improcedente o procedente.

La falta de previsión de la norma en este sentido, con ser importante, no creo que origine graves problemas de aplicación práctica: a mi juicio es claro que en estos casos la situación legal de desempleo habrá de acreditarse mediante el auto que declara la extinción. Ello no obstante, cabe hacer notar lo sorprendente de esta deficiencia técnica de la ley, ya que en la regulación anterior sí se contemplaba como medio acreditativo la resolución judicial que declarase la *extinción* de la relación.

En resumen, con las matizaciones expuestas, la situación legal de desempleo se acredita mediante el acta de conciliación administrativa o judicial o mediante la resolución judicial definitiva. Salvo que la situación legal de desempleo traiga su causa de un despido declarado improcedente, en cuyo caso, además, será preciso, claro está, acreditar también que se ha optado por la extinción. Cuestión sobre la que la norma deja en oscuro algún aspecto importante. Básicamente dos.

El primero, de menor importancia, se refiere al hecho de que el precepto señala la necesidad de acreditar la opción pero no el modo de hacerlo. Dado que la opción se ejercita mediante escrito o comparecencia (ante la secretaría del juzgado en los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia que declara la improcedencia del despido), todo apunta a que ésta podrá acreditarse mediante la providencia en la que se comunique a la otra parte (trabajador o empresario) el sentido de la opción ¹⁹.

Frente a esa falta de previsión –y éste es el segundo aspecto que merece comentario–, la norma se muestra en exceso minuciosa al referirse al titular de la opción. El precepto no se limita a señalar la necesidad de acreditar que se ha optado por la extinción del contrato sino que expresamente requiere que esta opción lo sea bien del empresario, bien del trabajador «*cuando sea representante de los trabajadores*». Ciertamente es que así –ciñendo la posibilidad de opción por parte del trabajador a los supuestos en que el trabajador despedido es representante de los trabajadores– se refleja el patrón de ejercicio del derecho de opción que dibuja el ET con carácter general, pero no cabe desconocer que –más allá de este patrón– no sólo al trabajador representante de los trabajadores le asiste este derecho de opción, ya que tanto con carácter colectivo –mediante convenio– como con carácter individual –por contrato o pacto– puede el trabajador «no representante» ostentar el derecho de opción. Más correcto hubiera sido, entonces, indicar, simplemente, que habrá de acreditarse que la opción se ha ejercitado a favor de la indemnización, sin entrar en el asunto de a quién corresponda hacerlo.

III. EL NACIMIENTO DEL DERECHO A LAS PRESTACIONES

El nacimiento del derecho a las prestaciones es uno de los aspectos sobre los que la Ley 45/2002 acomete alguna de sus más llamativas y comentadas modificaciones al introducir como requisito *sine qua non*, para que éste pueda tener lugar, la exigencia de que el desempleado suscriba el tan

traído y llevado «*compromiso de actividad*». Pero, más allá de esta nueva exigencia y centrándose en lo que aquí interesa, también la nueva regulación de la situación legal de desempleo por despido se refleja –como es lógico– en la dinámica que rige la solicitud y el nacimiento del derecho, que, cuando traen su causa del despido, presentan algunas particularidades importantes²⁰. Al análisis de esas particularidades y –claro está– de la regla general sobre la que giran se dedican las páginas que siguen.

1. Solicitud y nacimiento del derecho. La regla general.

Como antes, el nacimiento del derecho tiene lugar «*a partir de que se produzca la situación legal de desempleo*», siempre que la solicitud se haya formulado en los 15 días siguientes²¹ a aquel en que la situación legal de desempleo se haya producido (art. 209.1 LGSS); y, si se formulara fuera de plazo, se perderán tantos días de prestación como medien entre la fecha en que hubiera tenido lugar el nacimiento del derecho de haberse solicitado en tiempo y forma y aquella en que se hubiese formulado la solicitud –salvo, claro está, casos de fuerza mayor–²². Para que ello sea así, se mantiene también inalterado el requisito de que el trabajador figure inscrito como demandante de empleo. Esta regla general, en esencia, no varía, pero sí experimenta alguna matización que merece comentario.

Para empezar por el principio, es preciso determinar qué alcance tiene –si lo tiene– la nueva formulación que ahora se hace acerca de la exigencia de que el trabajador se inscriba como demandante de empleo. Como es conocido, en la regulación anterior se establecía que, si la inscripción como demandante de empleo no se hubiese efectuado previamente, la solicitud «*implicaba*» la inscripción como demandante de empleo; en tanto que ahora se dice que, si no existe esa previa inscripción, la solicitud «*requiere*» la inscripción como demandante de empleo. Al abrigo de aquella regulación, la doctrina entendió que existía una práctica identificación del acto de solicitud de la prestación y el acto de inscripción como demandante de empleo²³, no configurándose la inscripción como requisito previo y netamente distinto del acto de solicitud de la prestación. Hasta qué punto pueda mantenerse ahora esta conclusión es asunto que presenta perfiles muy difusos.

Ciertamente, puede pensarse que el hecho de que la norma señale ahora que la solicitud de la prestación *requiere* la inscripción como demandante de empleo encierra un mandato sustancialmente idéntico al contenido hasta el momento: que al acto de solicitud de las prestaciones habrá de sumarse –simultáneamente– el acto de inscripción como demandante de empleo (si no se hubiera efectuado previamente). Y, desde ahí, podría concluirse que, pese a la distinta redacción, el contenido de la norma no varía y que ésta es –dijémoslo– una modificación «no sustancial»²⁴. En esencia, creo que eso es en buena medida así: como antes, lo que se exige ahora es la previa o simultánea inscripción del solicitante como demandante de empleo para que se produzca el nacimiento del derecho. Pero, a diferencia de lo que antes ocurría, no parece que pueda ahora decirse que existe esa identificación entre el acto de inscripción y el de solicitud. Más bien parece que ahora, en el momento de la solicitud, habrá de verificarse que el desempleado se encuentra previamente inscrito o que ha efectuado la inscripción en la fecha de la solicitud²⁵. El cambio, desde un punto de vista práctico, no parece que encierre una gran trascendencia, pero no por ello es un cambio carente de significado. Porque, mirada la cuestión desde otro ángulo, el hecho de que no pueda apreciarse ya esa identificación entre el acto de solicitud y el acto de inscripción implica que lo que antes venía dado ahora ha de hacerse: exige de una actitud activa por parte del solicitante. Desde esta perspectiva, el hecho de que ahora la norma «*requiera*» la inscripción, es una manifestación más de una de las ideas que inspiran la reforma operada por la Ley 45/2002: implicar al desempleado en la tarea de «*salir*» de su situación de paro y reintegrarse al mercado de trabajo²⁶.

Efectuada la inscripción como demandante de empleo y solicitada la prestación en los 15 días siguientes a aquel en que la situación legal de desempleo se haya producido, el derecho nace «a partir de que se produzca la situación legal de desempleo» (art. 209.1 LGSS), o, más exactamente, «el día siguiente al de la situación legal de desempleo» (art. 5.1 RPD). Una cuestión clave sustenta este esquema sobre el que el nacimiento del derecho descansa: la fecha en que se produce la situación legal de desempleo. A ella se anuda el nacimiento del derecho y a ella se vincula el plazo para solicitar la prestación. Y sobre ello gira la segunda cuestión que precisa ser aclarada.

Si la causa de la situación legal de desempleo es «por sí misma y sin necesidad de impugnación» la decisión del empresario de extinguir la relación –es decir, el despido–, ha de concluirse que la situación legal de desempleo se produce cuando tiene lugar el cese derivado del despido y que el derecho nace al día siguiente de ese cese en el trabajo que trae su causa del despido²⁷. Para que ello sea así, se requiere, claro está, que la prestación se solicite en los 15 días siguientes a la fecha en que el despido produce su efecto extintivo.

En esta dinámica, la primera duda que cabe plantearse radica en las consecuencias derivadas del hecho de que el trabajador reclame. Porque el que no sea preciso reclamar frente al despido para que se produzca la situación legal de desempleo *no impide* que el trabajador reclame frente a la extinción. La duda la resuelve el propio artículo 209.4 LGSS al señalar que «el ejercicio de la acción contra el despido o extinción no impedirá que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación». Parece indicarse con ello que, aun cuando el trabajador decida impugnar el despido, la prestación deberá ser solicitada en los 15 días siguientes al cese derivado del despido y que el derecho a la prestación nacerá al día siguiente de dicho cese. Los efectos que se deriven del resultado de la reclamación sobre esa prestación ya reconocida plantea una cuestión distinta –que se encarga de solventar el art. 209 LGSS– sobre la que se reflexiona en otro epígrafe de este trabajo²⁸.

Éste es el patrón general que marca la norma acerca de la solicitud y nacimiento del derecho. Pero para que este patrón opere es preciso, claro está, que el cese en el trabajo que da lugar a la situación legal de desempleo –ese despido– pueda acreditarse en ese momento, en esos 15 días siguientes al cese. Cosa que no siempre ha de suceder así porque –como ya se ha visto anteriormente– en determinadas ocasiones sólo podrá acreditarse que, en efecto, el cese en el trabajo deriva de un despido tras haberse sustanciado la impugnación (tal es el caso de la falta de llamamiento de los hijos discontinuos o del no reingreso tras una suspensión contractual). Cuándo deba solicitarse la prestación y cuándo nace el derecho a la prestación en estos supuestos es asunto que la norma regula con ciertas deficiencias.

Según se deduce de la interpretación conjunta de los párrafos a) y c) del artículo 209.5 LGSS, cuando el trabajador ha reclamado frente al despido y éste ha sido considerado improcedente o nulo, la solicitud deberá formularse en los 15 días siguientes al acta de conciliación, la resolución judicial o la providencia de opción. Y, si formulada en este plazo, el derecho nacerá, con carácter retroactivo, desde la fecha «del cese efectivo en el trabajo», esto es, desde que la situación legal de desempleo tuvo lugar. Si bien se mira, lo que realmente persigue la norma con esta previsión no radica en la alteración del régimen común del nacimiento del derecho, sino, únicamente, en el establecimiento de un plazo específico para la solicitud de la prestación: la solicitud habrá de hacerse desde el momento en que puede ser acreditada la situación legal de desempleo y el derecho se entiende nacido –conforme al régimen general– desde que la situación legal de desempleo tuvo lugar.

Esta interpretación no deja margen a la duda cuando esta situación legal de desempleo deviene de la declaración de improcedencia o nulidad del despido ya que la norma liga sus previsiones al hecho de que el despido resulte ser improcedente o nulo, pero nada establece el precepto para cuando el despido se declara procedente. A la vista de este silencio, podría pensarse que, si la prestación no ha sido solicitada en el momento del cese, la solicitud formulada por el trabajador tras esta calificación de procedencia será, necesariamente, una solicitud extemporánea y acarreará la pérdida de días de prestación²⁹. Se dibuja así un callejón sin salida, porque, en estos casos, por definición, en el momento del cese no es posible acreditar la situación legal de desempleo y, por ello, la solicitud no tiene viabilidad alguna. Pero no parece que al silencio de la norma deba dársele esa interpretación y ese significado. A mi juicio, el silencio tiene su explicación y puede ser interpretado de otro modo.

Si bien se mira, el establecimiento de ese nuevo plazo para la solicitud de la prestación se hace al hilo de lo que es el objetivo principal del precepto: regular el mecanismo de devolución o «regularización» de las prestaciones ya abonadas cuando, de resultas de la reclamación, el trabajador tuviera derecho a percibir salarios de tramitación. Por eso, el contenido del precepto, en general, se centra en los supuestos de improcedencia y nulidad, y por eso, también, cuando establece ese nuevo plazo para la solicitud de las prestaciones lo hace para los supuestos de improcedencia y nulidad, y no menciona la procedencia. Desde la perspectiva que este dato ofrece, podría mantenerse, al menos, que, con toda probabilidad, el hecho de que no se señale expresamente que, también cuando se declare la procedencia, se abre este nuevo plazo para la solicitud de las prestaciones representa, simplemente, un olvido de la norma. Pero, además, a este dato de partida pueden añadirse otros dos que –definitivamente, a mi juicio– avalan que ésta es la interpretación que debe mantenerse.

El primero se centra en que ésta es la interpretación que responde al espíritu de la norma. Precisamente a raíz de la Ley 45/2002 desaparece todo tratamiento distinto en el acceso a la prestación en función de la calificación del despido que, ahora, permite el acceso al derecho en igualdad de condiciones sea éste procedente, improcedente o nulo. Y no parece que resulte coherente con esta base de partida entender que este plazo especial para solicitar la prestación queda vedado a los despidos procedentes, máxime teniendo en cuenta los graves efectos que ello provoca sobre la prestación.

Precisamente desde la irrelevancia que –de cara a la prestación– tiene la calificación del despido –y éste es el segundo dato–, creo que es aplicable por analogía a este supuesto la doctrina sentada en su día en unificación de doctrina al hilo del nacimiento del derecho a la prestación en los despidos objetivos que, tras la reclamación, resultaban declarados procedentes. Veamos.

Por decirlo muy resumidamente –y matizaciones al margen– al abrigo de la normativa anterior, la extinción por causas objetivas abría el acceso a la prestación sin necesidad de que el trabajador reclamase, pero eso no impedía que el trabajador pudiera reclamar. Y si reclamaba había de esperar al resultado de esa reclamación para poder acceder a la prestación. Si éste se declaraba improcedente o nulo era claro que el trabajador tenía un nuevo plazo para solicitar la prestación y que ésta nacía desde la situación legal de desempleo, desde el cese. Pero si se declaraba procedente surgía la duda de si el trabajador podía entonces hacer esa solicitud y que ésta tuviera como efecto el nacimiento del derecho con carácter retroactivo. La duda fue resuelta en unificación de doctrina estableciéndose que *«aunque la prestación no puede ser reclamada hasta que se pueda formalmente acreditar la situación legal de desempleo, los efectos económicos de la prestación han de retrotraerse a la fecha de la extinción contractual convalidada»*. Aunque formalmente distintos, los supuestos sobre los que descansa la duda aquí planteada y la que resuelve la unificación, son, en

esencia, idénticos, dado que ahora la situación legal de desempleo por despido, como entonces la situación legal de desempleo derivada de la extinción por causas objetivas, se configura igualmente sea cual sea la calificación que el despido merezca.

En base a estos tres datos entiendo que ese plazo específico para solicitar la prestación opera igualmente cuando el despido ha sido calificado de procedente, improcedente o nulo. Con esta interpretación como punto de partida, puede decirse, entonces, que, cuando sea preciso reclamar frente al despido (como medio necesario para poder acreditar que el despido y, por ende, la situación legal de desempleo se han producido), la solicitud de la prestación deberá formularse en los 15 días siguientes al acta de conciliación, la resolución judicial o la providencia de opción, y si se formula en este plazo, el derecho nacerá, con carácter retroactivo, desde la fecha *«del cese efectivo en el trabajo»*, esto es, desde que la situación legal de desempleo tuvo lugar.

Hasta aquí, queda descrita lo que podría denominarse la «regla general» que rige la solicitud y nacimiento del derecho a las prestaciones. Regla general sobre la que giran dos reglas particulares que se ocupan de regular cuándo nace el derecho en el supuesto de que, al tiempo del cese en el trabajo, el trabajador bien tuviese pendientes de disfrute el período (total o parcial) que corresponde a las vacaciones anuales retribuidas, o bien tuviese derecho a percibir salarios de tramitación.

2. El nacimiento del derecho cuando está pendiente el disfrute de las vacaciones.

El hecho de que el trabajador, al tiempo de la extinción del contrato, tenga pendiente el disfrute de *todo o parte*³⁰ del período de vacaciones no desplegaba en la normativa anterior efecto alguno sobre el nacimiento del derecho: la liquidación de los salarios correspondientes a dicho período figuraba en el finiquito, por ellos se cotizaba a la seguridad social y el nacimiento del derecho se producía conforme a las reglas generales sin especialidad alguna.

Este panorama es ahora bien distinto ya que, si al tiempo de la extinción, el trabajador tuviera pendiente el disfrute de las vacaciones anuales retribuidas, establece el artículo 209.3 LGSS que *«la situación legal de desempleo y el nacimiento»* del derecho –ambas cosas– se producirá una vez transcurrido el período correspondiente a las vacaciones, siempre y cuando el trabajador solicite la prestación en los 15 días siguientes a la finalización de este período³¹. La previsión se completa estableciendo el artículo 210.4 LGSS que este período de vacaciones *«se computará como período de cotización»*³². Por lo que aquí interesa, entonces, si existe período de vacaciones pendiente de disfrute, la situación legal de desempleo tiene lugar en la fecha en que se agote ese período y, si solicitada la prestación en los 15 días siguientes, el derecho nace el día siguiente a aquel en que ese agotamiento acaece.

La lógica que subyace a este retraso que por mandato de la ley se produce en la situación legal de desempleo y, consecuentemente, en el nacimiento del derecho a las prestaciones se sustenta en una sencilla ficción jurídica: habida cuenta de que el período de vacaciones es tiempo –aunque de descanso– computable como de trabajo y que, por ello, debe ser retribuido por el empresario, no existe durante este período situación de necesidad protegible. Más allá de la coherencia que pueda predicarse de este razonamiento y, por ende, de la previsión que viene a sustentar, es lo cierto que su aplicación plantea no pocos problemas.

El primero tiene que ver con el modo de acreditar la existencia de este período de vacaciones pendiente de disfrute. Pese a que la norma es clara al señalar que «*el citado período deberá constar en el Certificado de Empresa*» (art. 209.3 LGSS), es lo cierto que, en la práctica, la acreditación del período de vacaciones es una cuestión compleja. Fundamentalmente, porque el hecho de que sea el certificado de empresa el medio acreditativo de la existencia del período de vacaciones implica que, en principio, en manos del empresario queda la posibilidad de acreditar o no que dicho período existe³³. Asunto este que no es baladí ya que los intereses que –para uno y otro– hay en juego son importantes.

Para el empresario, hacer constar en el certificado de empresa la existencia del período de vacaciones implica evidenciar su obligación de cotizar por ellas y puede, por eso –digamos–, «*tener la tentación*» de ofrecer al trabajador el pago de los salarios correspondientes a las vacaciones sin que de ello quede constancia documental alguna ahorrándose así la cuantía de la cotización. Por su parte, para el trabajador, la acreditación de la existencia del período de vacaciones presenta una doble cara: puede interesarle en tanto que la cotización correspondiente a ese período aumentará la duración del período cotizado y, por ende, puede aumentar también la duración de la prestación (incluso puede ser este período el que le permita acceder a la prestación); pero puede también no interesarle en absoluto si ya cuenta con suficiente período cotizado y el cómputo del período de vacaciones no tiene reflejo en la duración de la prestación porque –como se verá– el cómputo del período de vacaciones actúa rebajando la cuantía de la prestación.

No hace falta decir que del encuentro o desencuentro de estos intereses dependerá que resulte o no acreditada la existencia del período de vacaciones pendientes de disfrute. Aunque, para situar cabalmente la cuestión –y también para decirlo todo– conviene tener en cuenta que al empresario incumbe la obligación de entregar al trabajador el certificado de empresa (obviamente, consignando en él datos veraces acerca del período de vacaciones) incurriendo en infracción grave si no lo hace (art. 22.8 LISOS³⁴) y que, además, también incurre en responsabilidad –en este caso por infracción leve– si omite o consigna inexactamente los datos, certificaciones o declaraciones que ha de facilitar a la entidad gestora³⁵.

Los efectos que en el ámbito de la seguridad social despliega este tiempo de vacaciones no disfrutadas es el segundo aspecto que merece comentario. Como se sabe, a este tiempo que media entre la extinción contractual y el acceso a la prestación anuda la norma dos importantes consecuencias: la asimilación al alta y la cotización. Desde una perspectiva general, con la asimilación al alta, no hace falta decirlo, se posibilita que el trabajador pueda acceder –en su caso– a las prestaciones correspondientes si durante el período de las vacaciones no disfrutadas tiene lugar alguna de las contingencias protegidas³⁶, evitándose así que el trabajador se encuentre desprotegido en el tiempo que media entre la extinción del contrato y el nacimiento de la prestación por desempleo. Por su parte, que este período de vacaciones no disfrutadas sea período cotizado tiene como efecto –como también es conocido– que este período de tiempo pueda ser tenido en cuenta para el acceso a las prestaciones que en el futuro puedan causarse, empezando, claro está, por la desempleo que habrá de nacer al término de este período de vacaciones³⁷.

Más allá de esta perspectiva general, el hecho de que el tiempo de vacaciones no disfrutadas tenga la consideración de período cotizado y de asimilación al alta produce efectos –digamos– «inmediatos» y concretos sobre la prestación por desempleo que a continuación de éste nace. De distinto alcance, porque, así como la asimilación al alta no tiene más proyección que la de procurar el acce-

so a la protección (puesto que es preciso encontrarse en situación de alta o asimilada para acceder a la prestación), el hecho de que este período de vacaciones no disfrutadas sea período cotizado proyecta sus efectos no sólo en el acceso a la prestación, sino también en la cuantía y duración de la misma. Y no todos estos efectos son beneficiosos para el trabajador.

En efecto, para empezar por los efectos «*benéficos*» que esta previsión puede desplegar, ha de decirse que, en tanto que cotizado, este tiempo habrá de ser tenido en cuenta para determinar el período previo de cotización que abre o cierra el acceso a la prestación y determina –si cumplido el mínimo– la duración de la prestación. Y ha de decirse también que el efecto es importante, porque de la existencia o no del período de vacaciones no disfrutadas puede depender que el trabajador pueda o no acceder a la prestación. Muy otro es, por el contrario, el sentido en que actúa el cómputo de este período como cotizado sobre la cuantía de la prestación. Como es conocido, la base reguladora de la prestación viene constituida por el promedio de las bases de cotización de los últimos 180 días, de modo que este período de vacaciones no disfrutadas siempre habrá de ser tenido en cuenta para el cálculo de la base reguladora y, por ende, de la cuantía de la prestación. Y ello no produce precisamente efectos favorables, porque –como también se sabe– las bases diarias del período de vacaciones son inferiores a las bases de cualquier día ordinario de trabajo, lo que indefectiblemente provocará que la base reguladora y la cuantía de la prestación sean menores que aquella que hubiera podido corresponder al trabajador si hubiera accedido a la prestación tras el cese, sin computar el período de vacaciones.

El tercero de los problemas aplicativos –y, probablemente, el más importante– gira en torno a la situación producida por la aplicación de esta regla: el contrato se ha extinguido, el trabajador está «*materialmente*» desempleado, pero no «*legalmente*» desempleado, porque ni ha nacido la situación legal de desempleo ni –consecuentemente– ha nacido el derecho a percibir la prestación. Ello, por lo que aquí interesa, abre una duda importante: si el trabajador puede o no acceder a otro empleo en este período y –en su caso– qué efectos despliega el desarrollo de este trabajo.

Y todo apunta, en mi opinión, a que la duda ha de ser resuelta en sentido positivo; en el sentido de admitir que el trabajador pueda, durante el período de vacaciones no disfrutadas, desarrollar un trabajo, porque no parece que exista impedimento alguno para ello. No parece –desde luego– que esa peculiar «*expectativa*» de nacimiento de la prestación por desempleo que existe durante el período de vacaciones no disfrutadas pueda desplegar efecto alguno en este sentido: durante el período de vacaciones no disfrutadas no sólo no ha nacido el derecho a la prestación sino que ni siquiera se entiende producida la situación legal de desempleo. Y tampoco parece que pueda devenir del contrato extinguido ese eventual impedimento para trabajar: por una parte, porque, en tanto que extinguido, es difícil mantener que el contrato pueda desplegar este efecto; y, por otra parte, porque ni siquiera en el caso de que se pudiera interpretar que este contrato extinguido despliega efectos equivalentes a un contrato vigente podría de ello inferirse la imposibilidad de trabajar dado que no existe prohibición alguna de trabajar durante el período de vacaciones.

Si durante ese período de vacaciones no disfrutadas puede el trabajador acceder a un empleo, habrá de verse, entonces, qué efectos despliega ello sobre el nacimiento del derecho a la prestación que habría de nacer cuando ese período finalizase. Efectos que, claro está, serán distintos dependiendo de que este nuevo trabajo comience y termine *dentro* del período de vacaciones no disfrutadas o, por el contrario, se extienda más allá de la finalización de este período.

A) Desarrollo de un trabajo que comienza y finaliza en el transcurso del período de vacaciones no disfrutadas.

En mi opinión, si el nuevo trabajo al que ha accedido el trabajador durante el período de vacaciones no disfrutadas se extingue en el transcurso de este período, los efectos que este nuevo trabajo haya de tener sobre la prestación han de determinarse como si de un supuesto de pluriempleo se tratase³⁸. Porque, en el fondo, de cara a la prestación, de eso se trata. La ficción sobre la que la norma opera al establecer este período ficticio de vacaciones desencadena en estas situaciones otra ficción: el trabajador se encuentra «sujeto» a dos contratos; al abrigo de uno, presta trabajo, y, en cumplimiento del otro, se encuentra disfrutando las vacaciones. Desde este punto de partida, entonces, ha de dilucidarse, cuándo nace el derecho a la prestación y cómo se refleja esta situación en su cuantía y duración.

En atención a la ficción que subyace a estos supuestos y aplicando a ella las reglas que actúan en caso de pluriempleo habría de decirse que, en principio, el nacimiento del derecho podría producirse a consecuencia de la pérdida de este nuevo trabajo. Porque, teóricamente, se estaría en presencia de la extinción de un vínculo contractual y la «subsistencia» del otro, y cuando en efecto ello es así –en los verdaderos supuestos de pluriempleo– la cuestión se resuelve –matizaciones muy importantes al margen– con el nacimiento del derecho derivado del trabajo que se pierde y la compatibilidad de ésta con el trabajo que se conserva. La solución –desde luego– resultaría problemática: por una parte, sólo podría producirse el nacimiento del derecho conforme a este esquema si la pérdida de este nuevo trabajo configura una situación legal de desempleo; y, por otra parte, para el cálculo de la cuantía y duración de la prestación habría de tenerse en cuenta sólo el período cotizado hasta la fecha en que esta nueva situación legal de desempleo se produce y no hasta que finalice el período de vacaciones (que es, para el trabajador, un período cotizado «seguro» y que puede abrir o cerrar su acceso a la prestación).

No creo, por eso, que sea exactamente ésa la solución que deba mantenerse. Más me inclino por pensar que habrá de conjugarse de algún modo esta ficción con la situación material que viene a encubrir. Porque, más allá de la ficción subyacente, es lo cierto que ese otro vínculo contractual está ya extinguido y, desde alguna perspectiva, durante el período de vacaciones no disfrutadas el trabajador realmente se encuentra en una suerte de peculiar «período de espera» con respecto al nacimiento del derecho a la prestación. Desde ahí, nada obsta a considerar, en mi opinión, que el derecho nacerá a la finalización del período de vacaciones, en los términos que la norma marca con carácter general para esta regla particular: la situación legal de desempleo producirá con la finalización del período de vacaciones y el derecho nacerá al día siguiente.

El desarrollo y finalización de un trabajo durante el período de vacaciones no disfrutadas no origina, pues, efecto alguno con respecto al nacimiento del derecho a la prestación. Como no lo despliega tampoco con respecto a la duración de esta prestación: la cotización correspondiente a este trabajo, en tanto que superpuesta al período cotizado correspondiente a las vacaciones no disfrutadas, no «alarga» el período de cotización y por ello no incide en la duración de la prestación. Es en la cuantía de la prestación donde se deja sentir el desarrollo de este trabajo, porque en su cálculo sí influirán las cotizaciones efectuadas en este nuevo trabajo. La prestación habrá de calcularse sumando las bases derivadas del trabajo desarrollado y las de las vacaciones no disfrutadas. Cómo habría de hacerse si de un supuesto de pluriempleo se tratara: la base reguladora de la prestación habrá de calcularse sumando las bases correspondientes a este último contrato a las de los 180 últimos días anteriores a la situación legal de desempleo (esto es, a la fecha en que concluye el período de vacaciones)³⁹.

B) Desarrollo de un trabajo que subsiste una vez finalizado el período de vacaciones no disfrutadas.

Deslindar la posibilidad de que el derecho nazca y se compatibilice con el nuevo trabajo es cuestión que –en principio– entra de lleno en el ámbito de la compatibilidad de la prestación con el trabajo. Y, desde ahí, habría de abordarse teniendo en cuenta si este nuevo trabajo que subsiste finalizado el período de las vacaciones no disfrutadas es un trabajo a tiempo parcial o es un trabajo a tiempo completo. Si a tiempo completo, trabajo y prestación no resultan compatibles de modo que no habrá lugar al nacimiento del derecho. Por el contrario, el nacimiento del derecho podrá producirse y la prestación compatibilizarse si el trabajo subsistente lo es a tiempo parcial. En este caso, ha de tenerse en cuenta que de la cuantía de la prestación se deducirá la parte proporcional al tiempo trabajado (art. 221 LGSS).

3. El nacimiento del derecho cuando el trabajador tenga derecho a percibir salarios de tramitación.

El derecho a percibir salarios de tramitación a consecuencia del despido despliega sobre la prestación por desempleo dos efectos que, aunque con frecuencia son tratados unitariamente y hasta indistintamente, son bien distintos: puede originar un retraso en el nacimiento del derecho; y puede desencadenar la regularización o reajuste de un derecho ya reconocido. Veamos.

Como ya se ha visto, el trabajador puede acceder a la prestación tras el despido, pero, aunque acceda a la prestación tras el despido, puede reclamar frente a él. De modo que la resolución de esa reclamación puede tener lugar cuando el trabajador ya se encuentra percibiendo la prestación, y de resultas de esa reclamación puede el trabajador tener derecho a percibir salarios de tramitación. Para estos casos, se prevé un régimen de regularización o reajuste de la prestación ya reconocida que se analiza en otro lugar de este trabajo ⁴⁰.

Por su parte, el retraso en el nacimiento del derecho a la prestación es el efecto que se produce cuando en el momento de acceder a la prestación el trabajador tiene derecho a percibir salarios de tramitación. Como se ha visto en otro lugar, el acceso a la prestación puede tener lugar sin necesidad de reclamar frente al despido si éste puede acreditarse (despidos formalizados por escrito, verbales, tácitos) y puede tener lugar tras la impugnación del despido si ésta es precisa para acreditar la existencia del acto extintivo (falta de llamamiento de fijos discontinuos, falta de reincorporación tras la suspensión).

En uno y otro caso, en este momento de acceso al derecho, puede el trabajador tener derecho a percibir salarios de tramitación: en el primer caso porque el empresario haya reconocido la improcedencia del despido y abonado la indemnización y los salarios correspondientes; y en el segundo porque el acta de conciliación o la resolución judicial que resuelvan la reclamación reconozcan este derecho. En estos supuestos en los que el trabajador tiene derecho a percibir salarios de tramitación al tiempo de acceder a la prestación «*el nacimiento del derecho a las prestaciones se producirá una vez transcurrido dicho período*» (art. 209.4 LGSS). Período este por el que –como el correspondiente a las vacaciones no disfrutadas– deberá cotizar el empresario (art. 209.6 LGSS), y cuya acreditación la norma encomienda al certificado de empresa (art. 209.4 LGSS).

Aunque en apariencia similar, el efecto que el período correspondiente a los salarios de tramitación tiene sobre el nacimiento del derecho es, en esencia, distinto del que produce el período de

vacaciones no disfrutadas. En apariencia similar porque en ambos casos se produce un retraso en el nacimiento de derecho; pero en esencia distinto porque, en este caso, no se produce además el correlativo retraso en la configuración de la situación legal de desempleo. Esta esencial diferencia, claro está, se proyecta en la dinámica que rige este retraso en el nacimiento de la prestación.

Así, al diferencia de lo que ocurre cuando existe período de vacaciones no disfrutadas –supuesto en el plazo de solicitud de la prestación se abre una vez concluido este período– cuando el trabajador tiene derecho a percibir salarios de tramitación la prestación habrá de solicitarse conforme al régimen general. Habida cuenta de que la norma no señala para este caso ningún plazo especial, no parece que pueda concluirse otra cosa. De modo que la solicitud habrá de efectuarse en los 15 días siguientes al cese; salvo, claro está, que se trate de uno de esos supuestos en los que la situación legal de desempleo no puede acreditarse sin sustanciar la oportuna reclamación, en cuyo caso la solicitud habrá de formularse en los 15 días siguientes a la fecha del acta de conciliación o resolución judicial que permitan acreditar la existencia del acto extintivo [art. 209.5 a) LGSS].

Más allá de esta diferencia, las previsiones correspondientes al medio acreditativo de la existencia de este período (certificado de empresa) y la obligación empresarial de cotizar por él son cuestiones –digamos– comunes con el supuesto del período de vacaciones no disfrutadas. Y dado que sobre uno y otro extremo ya se ha reflexionado a propósito del período de vacaciones no disfrutadas, baste decir que, *mutatis mutandis*, lo que allí se señaló puede mantenerse en este lugar. Con una salvedad: que durante este período correspondiente a los salarios de tramitación el trabajador se encuentra en situación de alta.

4. El nacimiento del derecho cuando el trabajador tenga pendiente el disfrute de las vacaciones y tenga derecho a percibir salarios de tramitación.

Cuándo deba solicitarse la prestación y cuándo se produce el nacimiento del derecho en el caso de que, en el momento de acceder a la protección, el trabajador tenga pendiente el disfrute del período de vacaciones y, además, tenga derecho a percibir salarios de tramitación es cuestión que no aborda la norma pero que, sin duda, no será infrecuente en la práctica.

La conjunción de las reglas previstas para uno y otro supuesto da cuenta de la solución que puede operar en este caso. Así, por lo que a la solicitud respecta, todo apunta a que ésta habrá de formularse en los 15 días siguientes a la finalización del período de vacaciones. Si la existencia del período de vacaciones tiene como efecto un retraso en la configuración de la situación legal de desempleo y, consecuentemente, en el plazo para solicitar la prestación, no parece que pueda concluirse otra cosa. Fundamentalmente porque no parece –y, desde luego, no puede inferirse del tenor de la norma– que la entrada en escena del período correspondiente a salarios de tramitación pueda venir a anular este importante efecto que la norma anuda al período de vacaciones no disfrutadas.

Parecido razonamiento viene a solventar la cuestión de cuándo nace el derecho en estos casos. Tanto el período de vacaciones no disfrutadas como el período correspondiente a los salarios de tramitación dan lugar a un retraso en el nacimiento del derecho que, en ambos casos, se producirá una vez concluido el período en cuestión. Desde ahí, la concurrencia de los dos períodos, indefectiblemente, retrasará el nacimiento de la prestación hasta que concluya el último de ellos.

IV. EL RÉGIMEN DE REGULARIZACIÓN DE LAS PRESTACIONES ABONADAS

1. Los efectos de la impugnación del despido sobre las prestaciones ya percibidas.

El hecho de que el trabajador pueda acceder a la prestación desde el momento del despido no impide que éste reclame. Y de resultados de la impugnación del despido puede suceder que el trabajador tenga derecho a percibir salarios de tramitación o, puede suceder, incluso, que tenga lugar la readmisión. Obviamente, ello ha de tener su reflejo sobre la prestación reconocida y disfrutada por el trabajador.

La readmisión y las consecuencias que a ella se anudan en el ámbito contractual (recomposición del vínculo y abono de los salarios dejados de percibir) hará «desaparecer» la situación legal de desempleo que dio base a la prestación inicialmente reconocida que ahora se tornará, por ello, en indebidamente percibida, y desencadenará un complejo mecanismo devolutivo. Y, aunque de distinto modo, también resulta afectada la prestación inicialmente reconocida cuando –de resultados de la reclamación– «subsista» la extinción que sustenta la prestación inicialmente reconocida pero se reconozca a favor del trabajador el derecho a percibir salarios de tramitación: el retraso en el nacimiento del derecho que se anuda al período de salarios de tramitación deja sentir sus efectos sobre la prestación provocando un no menos complejo mecanismo de reajuste o regularización de la prestación.

De una y otra cuestión se ocupa el artículo 209.5 LGSS en el que se contiene un prolijo –y en ocasiones confuso– régimen de «regularización» y devolución de las prestaciones ya percibidas en función del resultado de la reclamación o el recurso y de los avatares que a éstos pueden seguir. Al análisis de esta cuestión se dedican las páginas que siguen.

1.1. Efectos de la declaración de procedencia.

La declaración de procedencia del despido no despliega efecto alguno sobre la prestación reconocida en tanto que de ella, indefectiblemente, se deriva la convalidación de la extinción sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación. Ello, desde la perspectiva de la prestación reconocida, es tanto como decir que se convalida la extinción que dio lugar al nacimiento del derecho a las prestaciones exactamente en los mismos términos que la definían entonces. La prestación inicialmente reconocida, por eso, y aunque la norma no lo señale expresamente, sigue su curso sin alteración alguna ⁴¹.

1.2. Efectos de la declaración de improcedencia con opción por la indemnización.

Inicialmente, los efectos que sobre la prestación reconocida pueda tener la declaración de improcedencia del despido depende, claro está, de que de ella se derive la extinción indemnizada del vínculo contractual o la readmisión del trabajador. Y, para cuando de ella se deriva la extinción, los efectos serán distintos en función de que el trabajador tenga o no derecho a percibir salarios de tramitación. Veamos.

Si de resultados de la reclamación el trabajador no tiene derecho a percibir salarios de tramitación, la prestación continúa su curso normal, porque, aunque de esta declaración se derivase el derecho a percibir indemnización (o se revisase la inicialmente percibida) ello no influye en la presta-

ción por desempleo que tuviera reconocida, para cuyo nacimiento en nada influye la indemnización a la que el trabajador tiene derecho en estos casos.

Más complejo es el asunto cuando el trabajador tiene derecho a percibir salarios de tramitación. Efecto primero de que el trabajador tenga derecho a percibir salarios de tramitación es que dejará de percibir la prestación que viniera disfrutando, aunque podrá volver a percibirla una vez transcurrido el período correspondiente a los salarios de tramitación. Así descrito, podría parecer que el derecho a percibir salarios de tramitación origina una suerte de suspensión del derecho que inicialmente quedaría paralizado y luego se retomaría, pero no es exactamente así: la norma señala claramente que la prestación abonada se considera *indebidamente percibida* y que la prestación que podrá «volver a percibir» –en palabras de la norma– el trabajador tras el período de salarios no es exactamente la prestación inicialmente reconocida, sino la prestación inicialmente reconocida una vez ha sido «regularizada». Sobre este punto de partida, se articula el correspondiente mecanismo para recuperar la prestación indebidamente percibida y para dar paso a esa prestación «regularizada» que podrá percibir el trabajador una vez concluido el período correspondiente a los salarios de tramitación ⁴². El procedimiento no es del todo sencillo, y el precepto es especialmente confuso, así que vayamos por partes.

Conocida la existencia de período correspondiente a los salarios de tramitación (ya sea porque el trabajador lo comunique, ya sea porque la entidad gestora advierta la situación de alta que corresponde a esta situación) la prestación deja de abonarse, y, en tanto que indebidamente percibida, la Entidad Gestora reclamará a la Tesorería General de la Seguridad Social las cotizaciones efectuadas durante la percepción de la prestación, y, por lo que al importe de la prestación abonada respecta, bien será compensado en la prestación que pueda percibir tras el período de salarios ⁴³, bien será reclamado al trabajador.

Esta doble alternativa que la norma prevé en orden a la «recuperación» de la prestación indebidamente percibida –compensarla o reclamar su importe al trabajador– opera estrechamente ligada al reconocimiento de la prestación que puede percibirse una vez transcurrido el período de salarios de tramitación, y es en ese contexto donde encuentra su explicación.

En efecto, para poder «volver a percibir» la prestación, tras el período de salarios de tramitación, el trabajador debe solicitar de nuevo la prestación (en los 15 días siguientes a la fecha del acta de conciliación, providencia de opción o resolución judicial) y acreditar el período correspondiente a los salarios de tramitación. Al abrigo de esta solicitud y teniendo en cuenta –como período cotizado– el período correspondiente a los salarios de tramitación, se procederá reconocer la prestación en la que se habrá efectuado la oportuna compensación entre los importes percibidos y los pendientes. Lo que reste, por decirlo frontalmente, será la prestación que retomará el trabajador.

Pero, puede suceder que no haya lugar al reconocimiento de esta prestación regularizada: puede suceder que el trabajador haya agotado ya la prestación y se encuentre trabajando cuando proceda ese nuevo reconocimiento. Y aquí viene a operar la previsión de que pueda la Entidad Gestora reclamar el importe correspondiente al trabajador. Si bien se mira, el mecanismo que la norma prevé –todo él– tiene por objeto principal «recuperar» los días de prestación abonada que resulten coincidentes con el período de salarios de tramitación. En el supuesto de que pueda producirse ese nuevo reconocimiento de la prestación, la recuperación puede lograrse mediante el mecanismo de regularización que ya quedó descrito, pero, cuando ello no es así, la forma de recuperar el importe correspondiente a ese período no puede ser otra que reclamarlo al trabajador.

Qué importe es el que puede reclamarse al trabajador es un asunto que ofrece cierto margen a la interpretación. Porque el decir de la norma es especialmente confuso. El hecho de que el precepto, por una parte, señale que la prestación percibida –así, toda ella– es indebida; y, por otra parte, establezca que podrá reclamarse al trabajador «su importe», parece conducir a la conclusión de que podría exigirse al trabajador la devolución de la totalidad de la prestación percibida. No parece, desde luego, que ésta sea una conclusión admisible. A mi juicio, lo único que se podrá reclamar al trabajador es el importe de la prestación coincidente con el período de salarios de tramitación.

1.3. Efectos de la declaración de improcedencia con opción por la readmisión.

Qué efectos despliega sobre la prestación percibida la declaración de improcedencia con opción por la readmisión depende de que la readmisión se lleve a efecto o, por el contrario, resulte fallida y finalice con la extinción indemnizada del contrato. Y depende también, como en su momento se verá, de que, frente a la resolución de la que la readmisión derive, se interponga o no recurso.

Si la readmisión tiene lugar (y también en los supuestos del art. 282 LPL⁴⁴), el empresario debe comunicar a la Entidad Gestora la readmisión en los cinco días siguientes a aquel en que ésta se produzca (art. 230 LGSS). Las prestaciones percibidas hasta la readmisión se consideran indebidamente percibidas y se desencadena el correspondiente mecanismo devolutivo: la Entidad Gestora reclamará a la Tesorería General de la Seguridad Social las cotizaciones correspondientes a la prestación abonada, y el empresario deberá ingresar las cantidades percibidas por el trabajador que deberán ser deducidas de los salarios dejados de percibir que –como efecto de la readmisión– correspondería abonar al trabajador. Si la cuantía de las prestaciones abonadas supera la cuantía de los salarios, la diferencia se reclama al trabajador. Por lo demás, el empresario debe instar el alta y cotizar desde fecha del despido, considerándose este período como de ocupación cotizada a todos los efectos. Si bien se mira, resultado de este mecanismo se concreta en la «desaparición» de la situación legal de desempleo y sus efectos y por eso, de cara a un eventual futuro derecho, se operará como si la prestación no hubiera existido.

El mecanismo descrito sólo juega cuando la readmisión trae su causa de conciliación o sentencia firme, pero no entra en escena cuando deriva de sentencia *no firme* frente a la que –trabajador o empresario– han interpuesto recurso (supuestos contemplados en el art. 295 LPL). Interpuesto el recurso, la prestación se suspende durante su sustanciación [art. 212.1 e) LGSS]. Una vez se produzca la resolución definitiva, se procederá, en su caso, a la devolución de prestaciones conforme al mecanismo que proceda de los previstos en el artículo 209.5 LGSS.

Si la readmisión no se produce o se produce de manera irregular (art. 279.2 LPL), el asunto es distinto. Instada la ejecución, la inicial readmisión concluye –como se sabe– en la extinción indemnizada de la relación. La suerte que haya de correr la prestación que hubiera podido percibir el trabajador es cuestión que depende de que esa extinción viniera precedida de una readmisión –aunque en condiciones irregulares– o la readmisión nunca se hubiera llevado a efecto.

Por irregular que sea, la readmisión desencadena el mecanismo devolutivo que antes se ha visto. Lo que no impide que, tras el auto que declara la extinción, el trabajador pueda solicitar una nueva prestación que habrá de calcularse teniendo en cuenta –como cotizado– el período correspondiente a los salarios abonados por el empresario con motivo de la readmisión.

Aunque con distinta dinámica, también se entra en juego el mecanismo devolutivo cuando la readmisión no se ha llevado a efecto. Precisamente por no haber tenido lugar la readmisión, el trabajador continuará en el disfrute de la prestación inicialmente reconocida hasta la fecha del auto que declare extinción contractual. Y, a consecuencia del auto, se desencadena el mecanismo devolutivo (amén de –y en base a– la obligación del empresario de abonar los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido). Y a consecuencia del auto se desencadena, también, un nuevo derecho a percibir prestaciones. La primera situación de desempleo se elimina y se sustituye por otra que comienza con la declaración judicial de extinción.

1.4. Efectos de la declaración de nulidad.

Los efectos de la declaración de nulidad del despido sobre la prestación por desempleo son los mismos que los que se derivan de la declaración de improcedencia con opción por la readmisión. Por eso, la norma los regula de modo conjunto, y asimila los dos supuestos particulares que en la nulidad pueden producirse a sus homólogos derivados de la improcedencia: los excepcionales supuestos en que la readmisión del trabajador puede tornarse en extinción del contrato (art. 284 LPL) producen los mismos efectos que su equivalente en la improcedencia (art. 279 LPL); y la readmisión obligatoria regulada en el artículo 282 LPL recibe el mismo tratamiento que la readmisión que deriva de sentencia firme o conciliación.

NOTAS

- ¹ La necesidad de reclamar frente al despido fue objeto de una interpretación jurisprudencial ciertamente rígida, entendiéndose que no se producía la situación legal de desempleo si la demanda resultaba ser ineficaz por falta de reclamación previa o por haber caducado la acción. Fueron muy numerosas las sentencias en este sentido, por todas, *vide*, STSJ Cataluña 9 de octubre de 1999 –As. 5540–; Madrid 8 de julio de 1999 –As. 5892– [que aprecia caducidad de la acción]; y País Vasco 5 de octubre de 1999 –As. 4761– [que aprecia falta de reclamación previa frente a varios demandados –con un interesante voto particular–].
- ² Sobre esta regulación, *in extenso*, VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La prestación por desempleo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1990, pág. 164 y ss.
- ³ Aun a riesgo de señalar lo evidente, es importante decir que esta modificación, que con frecuencia se presenta como el «efecto benéfico» de la modificación efectuada en el régimen de los salarios de tramitación, no es una reforma deudora de la modificación de los salarios de tramitación, sino deudora de esa renuncia a efectuar un tratamiento distinto de los despidos procedentes.
No es infrecuente considerar que el hecho de que pueda el trabajador solicitar las prestaciones desde el momento del despido tiene como reverso el hecho de que el trabajador no perciba salarios de tramitación; y que, por eso, esta medida sólo ha podido establecerse ahora que los salarios de tramitación son una «especie en riesgo de extinción». El razonamiento que sustenta esta idea es sencillo: si el trabajador tiene derecho a percibir salarios de tramitación tras el despido, el tiempo que cubren esos salarios es tiempo en el que no se produce la ausencia de rentas salariales que la prestación viene a cubrir, y, por eso, la protección debe actuar una vez conocido si el trabajador tiene o no derecho a percibirlos (esto es, cuando se resuelva la impugnación). En sentido contrario, si el trabajador no tiene derecho a percibir salarios de tramitación, la situación protegible surgirá indefectiblemente en el momento del despido y es ahí donde debe situarse el acceso a la prestación. De modo que, en este razonamiento, sólo si desaparece o se convierte en residual el derecho del trabajador a percibir salarios de tramitación, deberá establecerse el acceso a la protección en el momento del despido. El razonamiento es sencillo pero no es del todo cierto.
En primer término porque es claro que, aun con derecho a percibir salarios de tramitación, la situación de necesidad protegible puede surgir con el despido ya que los salarios, en no pocas ocasiones, son percibidos tras la sentencia que pone fin a la reclamación y en el tiempo que transcurre hasta entonces se produce la ausencia de rentas salariales. Y, por otra

parte, porque perfectamente puede mantenerse tanto el derecho a acceder a la prestación desde el despido como el derecho a percibir salarios de tramitación tras el mismo sin que ello violente los principios básicos de la protección. Basta, para ello, diseñar un régimen de regularización o devolución de las prestaciones abonadas en función de los salarios de tramitación que posteriormente percibiera el trabajador. La prueba de que este mecanismo hubiera podido conciliar ambos derechos viene dada por el hecho de que éste es, precisamente, el mecanismo que articula ahora la reforma para los (pocos) casos en los que aún pueden percibirse salarios de tramitación (y que es también el que regía ya antes para cuando, de resultas del recurso, tenía el trabajador derecho a percibir salarios de tramitación).

Desde ahí, puede decirse que el hecho de que la norma ligue ahora la situación legal de desempleo por despido a la decisión extintiva del empresario es algo que igualmente podría haberse llevado a cabo manteniendo intacto el derecho a percibir salarios de tramitación tras el despido, pero no manteniendo el trato distinto que, para el acceso a la protección, se venía estableciendo para los despidos procedentes.

- 4 ALONSO OLEA, M.: «El paro forzoso y su aseguramiento social», *RPS*, n.º 15, 1982, pág. 60. En idéntico sentido, ALVARELLOS GALVE, C.: *La Ley básica de empleo. Texto y comentarios*, Madrid (Servicio de publicaciones del Ministerio de Trabajo), sin fecha de edición, pág. 91. Tal concepción, como señala el primero de los autores citados, deriva de la regla general de que el asegurador no debe responder de los siniestros provocados por el asegurado.
- 5 RODRÍGUEZ-PIÑERO y GONZÁLEZ ORTEGA: «La extinción del contrato de trabajo y el desempleo», en *Revista de Seguridad Social*, n.º 12, 1981, pág. 33.
- 6 Pese a la nitidez con que doctrinalmente se diferencian ambos conceptos, como señalan RODRÍGUEZ-PIÑERO y GONZÁLEZ ORTEGA, con frecuencia estas dos categorías han sido utilizadas «como términos equivalentes o, cuando menos, como complementarios para reforzar un mismo concepto en la normativa de desempleo» [«La extinción del contrato de trabajo y el desempleo», en *Revista de Seguridad Social*, n.º 12, 1981, pág. 31].
- 7 *In extenso*, sobre esta cuestión, vide, VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La prestación por desempleo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pág. 169; y DESDENTADO BONETE y MERCADER UGUINA: *El desempleo como situación protegida*, Madrid, Civitas, 1996, pág. 63.
- 8 No sólo los referidos al plano técnico-jurídico que aquí se tratarán, sino también en el plano dogmático: si se trata igual a quien «merece» su despido que a quien es injustamente despedido y si se considera en desempleo involuntario a quien pudiendo optar por reingresar en la empresa opta por la extinción de su contrato... ¿qué serías razones pueden darse para excluir de la protección a quien deja voluntariamente su empleo? Como fruto de las últimas reformas –no sólo de ésta– el elemento de la involuntariedad en el cese, resulta, en mi opinión, cada vez más cuestionable. No sólo porque cada vez es más difícil sustentarlo en el plano teórico, sino porque, además, en la práctica va quedando carente de eficacia: quien quiera dejar voluntariamente su empleo sin quedar excluido de la protección no tiene más que incumplir su contrato y acudir con la carta de despido en la mano a solicitar la prestación.
En este sentido, se manifiestan SEMPERE NAVARRO, A.: «La reforma del despido y del desempleo mediante Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo», en AA.VV.: *La reforma del despido y el desempleo*, Murcia, Laborum, 2002, pág. 30, nota 39; y CUENCA ALARCÓN, M.: «La nueva configuración jurídica de la situación legal de desempleo», en AA.VV.: *Nuevo régimen jurídico del despido y el desempleo*, Madrid, Cínca, 2003, pág. 51. Sobre ello, más detenidamente, vide, VIQUEIRA PÉREZ, C.: «La incidencia de la Ley 45/2002 en la noción de desempleo protegible», en *RGDTSS*, n.º 3, 2003, Portal Derecho www.iustel.com
- 9 STS 6 de abril de 1990 (Ar. 3438). Más recientemente, en el mismo sentido, el TS ha mantenido esta misma interpretación en unificación de doctrina, entre otras, en las sentencias de fecha 23 marzo 1993 (Ar. 2895); 25 mayo 1993 (Ar. 4124); 29 noviembre 1993 (Ar. 9091); 2 marzo 1994 (Ar. 2046) y 23 diciembre 1996 (Ar. 9839).
- 10 Establece el artículo 209.4 LGSS: «En el supuesto de despido o de extinción de la relación laboral, la decisión del empresario de extinguir dicha relación, se entenderá por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de la situación legal de desempleo».
- 11 La disposición transitoria segunda señala que la existencia de la situación legal de desempleo en estos supuestos, «hasta tanto se desarrolle reglamentariamente» el artículo 208 LGSS «se acreditará por el trabajador en la forma siguiente:
En el caso de despido, mediante:
a) La notificación por escrito a que se refiere el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores. En defecto de dicha notificación la acreditación se realizará mediante alguno de los documentos previstos en el párrafo b) siguiente o, en su caso, mediante certificado de empresa o informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los que consten el cese involuntario en la prestación de trabajo y su fecha de efectos, o el acta de conciliación administrativa en la que conste que el trabajador impugna el despido y el empresario no comparece.

- b) *El acta de conciliación administrativa o judicial o la resolución judicial definitiva declarando la procedencia o improcedencia del despido. En el supuesto de improcedencia, deberá también acreditarse que el empresario, o el trabajador cuando sea representante legal de los trabajadores, no ha optado por la readmisión.*
- 12 Ésta parece ser la idea que subyace en las instrucciones del INEM [«Instrucciones para la aplicación de las modificaciones que introduce la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, en el sistema de protección por desempleo»] cuando –en su instrucción segunda– a propósito de este medio acreditativo se señala que *«dicha notificación será suficiente para acreditar la situación legal de desempleo, sin entrar en los motivos del cese».*
- 13 Establece el artículo 22.8 LISOS que es infracción grave del empresario: *«No entregar al trabajador, en tiempo y forma, el certificado de empresa y cuantos documentos sean precisos para la solicitud y tramitación de cualesquiera prestaciones».*
- 14 En este sentido, ALBIOL MONTESINOS Y BLASCO PELLICER: *Desempleo y despido en la reforma laboral del Real Decreto-Ley 5/2002*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 14.
- 15 Señalaba el artículo 1.1 c) del Real Decreto 685/1985 que la situación legal de desempleo había de acreditarse *«por acta de conciliación administrativa o judicial en la que se reconozca la improcedencia del despido, siempre que en el primer caso se hubiese acordado una indemnización superior a 35 días de salario».* [No hace falta decir que, en la nueva regulación, desaparece la exigencia de que se pacte esa indemnización para poder entender configurada la situación legal de desempleo].
- 16 *«No emplea el precepto expresiones tales como que el reconocimiento de la improcedencia sea "expreso" o "explícito" o "formal" u otras semejantes sino que se limita a exigir "que se reconozca la improcedencia" sin requerir tampoco la declaración expresa ni ninguna otra forma de declaración formal y solemne de la improcedencia. Siendo ello así, el reconocimiento tanto puede ser expreso como tácito, y, tratándose de este último, su realidad habrá de desprenderse, sin duda razonable, de las circunstancias que hayan concurrido y que se consignen en el acta»* [STS 13 de marzo de 2001 –Ar. 3837–].
- 17 En este sentido, STSJ Andalucía de 20 de marzo de 1992 (As. 6472) que, al amparo de la normativa anterior, señaló que atendiendo al espíritu que informa esta exigencia *«... basta con que en la misma (el acta) consten los datos precisos para concluir que ha existido una relación laboral que se extingue por despido improcedente o por decisión que no se puede imputar al trabajador, sino al empresario...».* (El paréntesis es mío).
- 18 En la doctrina, por todos, vide VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La prestación por desempleo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1990, pág. 158 y ss. En la jurisprudencia, por todas, STSJ Castilla y León 15 de marzo de 1993 (As. 1212). También las Instrucciones del INEM de 1 de agosto de 1985 avalaron ya inicialmente esta posición al entender que *«cuando la acreditación de la situación legal de desempleo tenga lugar mediante resolución judicial, no es preciso que ésta sea firme...».*
- 19 Señala el artículo 110.3 LPL: *«La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría del Juzgado de lo Social, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia que declare el despido improcedente, sin esperar la firmeza de la misma, si fuera la de instancia».*
- 20 Casi todas ellas, por lo demás, previstas no sólo para los supuestos de despido sino también para aquellos otros casos en los que la causa de la situación legal de desempleo es alguna de esas otras extinciones contractuales que también deviene de la voluntad del empresario (causas objetivas; muerte, jubilación o incapacidad del empresario, extinción durante el período de prueba, despidos colectivos o finalización de contrato temporal).
- 21 Los 15 días son hábiles, en aplicación del régimen administrativo común. Por lo demás, ya señalaba la Instrucción del INEM de 14 de octubre de 1989 que *«si el día en que termina (el plazo) es sábado, en que las oficinas de empleo están cerradas, se ampliará al primer día hábil siguiente».*
- 22 La excepción de los casos de fuerza mayor se contiene en el artículo 5.3 del Real Decreto 625/1985 –no derogado por la Ley 45/2002–. Obviamente, la concurrencia de la fuerza mayor habrá de ser probada por el solicitante. El descuento de días de prestación *«debe medirse con las mismas reglas establecidas para el devengo y el consumo del derecho reconocido, considerándose las mensualidades integradas por 30 días»* [Circular del INEM de 26 de julio de 1993].
- 23 Por todos, VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La prestación por desempleo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1990, pág. 232 y ss.
- 24 En este sentido, BLASCO PELLICER, A.: *La reforma del sistema de protección por desempleo y de los salarios de tramitación*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, pag. 58.
- 25 En este sentido se manifiestan las Instrucciones del INEM [«Instrucciones para la aplicación de las modificaciones que introduce la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, en el sistema de protección por desempleo»] que, a propósito de esta modificación señala en su instrucción primera que *«debe verificarse que el solicitante de prestaciones o subsidios por desempleo se encuentra ya inscrito en los servicios públicos de empleo con carácter previo o en la fecha de su solicitud...».*
- 26 En este sentido, señala SEMPERE NAVARRO: *«Nótese la diferencia de la actual redacción ... con la precedente ...: se requiere un comportamiento positivo y expreso del individuo en cuestión (a fin de implicarlo y movilizarlo en la reso-*

lución del problema que tiene)...» [«La reforma del despido y del desempleo mediante Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo», en AA.VV.: *La reforma del despido y el desempleo*, Murcia, Laborum, 2002, pág. 29, nota 37]. Sobre la presencia y modos de manifestación de esta idea en la Ley 45/2002, vide, VIQUEIRA PÉREZ, C.: «La incidencia de la Ley 45/2002 en la noción de desempleo protegible», en *RGDTSS*, n.º 3, 2003, Portal Derecho www.iustel.com

- 27 Obviamente, para que la situación legal de desempleo se produzca, es necesario que la decisión empresarial, en efecto, produzca el efecto extintivo. En este sentido, las instrucciones del INEM señalan que «sea cual sea la forma de acreditación de la situación legal de desempleo, la fecha de ésta es en todo caso la fecha en que, despedido el trabajador, cese efectivamente en el trabajo» [«Instrucciones para la aplicación de las modificaciones que introduce la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, en el sistema de protección por desempleo»].

El cese en el trabajo y su acreditación formal son elementos inescindibles para la configuración de la situación legal de desempleo, como ya señalara la STS de 30 de abril de 1996 –Ar. 3624–: «para definir la situación de desempleo no basta que materialmente exista una extinción del contrato de trabajo ... sino que es preciso que esa extinción haya sido calificada mediante determinado acto formal de reconocimiento ... a partir del cual se produce el nacimiento del derecho a las prestaciones y el correlativo comienzo del plazo para inscribirse como demandante de empleo y solicitar aquéllas».

- 28 Epígrafe IV.

- 29 En este sentido, señala BLASCO PELLICER: «Si no la hubiera solicitado (la prestación) y hubiese reclamado judicialmente, la declaración de procedencia del despido, a la vista de la literalidad del apartado 5 del artículo 209 LGSS, no abre un nuevo período de solicitud que haga nacer la prestación con efectos retroactivos. Hay que pensar que podrá solicitarlas en ese momento con pérdida de la prestación por el período que media entre el despido y la solicitud». [La reforma del sistema de protección por desempleo y de los salarios de tramitación, op. cit., pag. 61].

- 30 Aunque la ley no lo señale expresamente, resulta evidente que la previsión juega con independencia de que lo que se encuentre pendiente de disfrute sea la totalidad o parte del período de vacaciones –período que, como se sabe, puede ser fraccionado–.

- 31 Establece el artículo 209.3 LGSS: «En el caso de que el período que corresponde a las vacaciones anuales retribuidas no haya sido disfrutado con anterioridad a la finalización de la relación laboral ... la situación legal de desempleo y el nacimiento del derecho a las prestaciones se producirá una vez transcurrido dicho período, siempre que se solicite dentro del plazo de los quince días siguientes a la finalización del mismo».

- 32 El precepto señala que «El período que corresponde a las vacaciones, al que se refiere el apartado 3 del artículo 209, se computará como período de cotización a los efectos en el apartado 1 de este artículo y en el apartado 2 del artículo 216, y durante dicho período se considerará al trabajador en situación asimilada al alta, de acuerdo con lo establecido en el artículo 125.1 de esta Ley». Los preceptos citados (210.1 y 216.2) regulan la duración de la prestación y del subsidio, respectivamente.

La regulación se completa con las previsiones establecidas en el artículo 109.1 LGSS que –en redacción dada por la Ley 53/2002 de Medidas Administrativas, Fiscales y del Orden Social– establece: «Las percepciones correspondientes a vacaciones anuales devengadas y no disfrutadas y que sean retribuidas a la finalización de la relación laboral serán objeto de liquidación y cotización complementaria a la del mes de la extinción del contrato. La liquidación y cotización complementaria comprenderá los días de duración de las vacaciones aun cuando alcancen también el siguiente mes natural o se inicie una nueva relación laboral durante los mismos, sin prorrateo alguno y con aplicación, en su caso, del tope máximo de cotización correspondiente al mes o meses que resulten afectados. No obstante lo establecido en el párrafo anterior, serán aplicables las normas generales de cotización en los términos que reglamentariamente se determinen cuando, mediante ley o en ejecución de la misma, se establezca que la remuneración del trabajador debe incluir, conjuntamente con el salario, la parte proporcional correspondiente a las vacaciones devengadas».

- 33 En este sentido, BLASCO PELLICER, A.: *La reforma del sistema de protección por desempleo y de los salarios de tramitación*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, pág. 59.

- 34 Señala el artículo 22.8 LISOS que es infracción grave: «No entregar al trabajador, en tiempo y forma, el certificado de empresa y cuantos documentos sean precisos para la solicitud y tramitación de cualesquiera prestaciones».

- 35 Señala el artículo 21.4 LISOS que constituye infracción leve del empresario: «No facilitar a las entidades correspondientes los datos, certificaciones y declaraciones que estén obligados a proporcionar, u omitirlos, o consignarlos indebidamente». De esta base parten, también, las instrucciones del INEM cuando señalan: «Si el dato (el período de vacaciones) no consta en el certificado de empresa o se cumplimenta con cero días y consta cuantía por vacaciones no disfrutadas en la liquidación por finalización de la relación laboral ... se volverá a solicitar un nuevo certificado de empresa. En caso de que no se obtenga la cumplimentación del dato, se reconocerá la prestación por desempleo sin considerar período correspondiente a vacaciones, y se comunicarán los hechos a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a los efec-

tos de que informe sobre si procede establecer un período que corresponda a las vacaciones no disfrutadas, también por si se considera la infracción recogida en el artículo 24.1 TRLISOS. En el caso de que se fije período por la Inspección se procederá a revocar el reconocimiento inicial y a efectuar otro considerando el período correspondiente a vacaciones». [«Instrucciones para la aplicación de las modificaciones que introduce la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, en el sistema de protección por desempleo»].

- 36 Establece el artículo 125.1 LGSS –en redacción dada por la disposición adicional séptima de la Ley 45/2002– que «...Asimismo, tendrá la consideración asimilada al alta, con cotización, salvo en lo que respecta al subsidio por riesgo durante el embarazo, la situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por el mismo con anterioridad a la finalización del contrato».
- 37 Una salvedad parece que ha de hacerse en este sentido: que el período de vacaciones anuales no disfrutadas no se considerará de ocupación cotizada en aquellas relaciones contractuales con cotización a desempleo en cuyo período de ocupación cotizada se haya incluido, de acuerdo con la normativa específica de aplicación, el período que corresponde a las vacaciones –como sucede con los trabajadores del sistema especial de frutas y hortalizas, e industria de conservas vegetales, cuyos períodos de cotización se multiplican por un coeficiente para incorporar los períodos de domingos, festivos y vacaciones.
- 38 Como es sabido, la doctrina distingue –a efectos de seguridad social– entre supuestos de pluriempleo y pluriactividad, en función de que los trabajos que desarrolla el trabajador den lugar a la inclusión en el régimen general –pluriempleo– o en distintos regímenes del sistema –pluriactividad–. Sobre ello, vide SALA FRANCO, T.: *El régimen jurídico del pluriempleo en el ordenamiento español*, Madrid, IELSS, 1985, pág. 43.
- 39 Ésta es la solución mantenida por las Instrucciones del INEM: «Si el cese en el último contrato se produce antes de que transcurra el período de vacaciones ... la base reguladora y la base de cotización de la prestación por desempleo se calculará agregando las bases correspondientes a este último contrato a las que correspondan a los 180 últimos días cotizados anteriores a aquel en que se dé por transcurrido el período de vacaciones no disfrutadas». Se contiene en ellas un ilustrativo ejemplo «cese el 25 de diciembre de 2002 con período de vacaciones no disfrutadas de 20 días; el nacimiento de la prestación se producirá el 15 de enero de 2003. El día 2 de enero de 2003 suscribe un nuevo contrato hasta el día 10 de enero. El nacimiento del derecho se producirá igualmente el día 15 de enero de 2003 y la base reguladora y de cotización de la prestación se calculará tomando la correspondiente a los 180 días anteriores al 14 de enero de 2003 inclusive, computando las bases que correspondan al contrato suscrito entre el 2 y el 10 de enero de 2003. El período de ocupación cotizado será el correspondiente hasta el 14 de enero de 2003 inclusive y el SMI a considerar a efectos de topes será el del año 2003». [«Instrucciones para la aplicación de las modificaciones que introduce la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, en el sistema de protección por desempleo»].
- 40 Epígrafe IV.
- 41 En este sentido, BLASCO PELLICER, A.: *La reforma del sistema de protección por desempleo y de los salarios de tramitación*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, pág. 61.
- 42 Establece el artículo 209.5 a) LGSS: «Si el trabajador tiene derecho a salarios de tramitación ... y estuviera percibiendo las prestaciones dejará de percibir las, considerándose indebidas, y podrá volver a percibir las con efectos desde la fecha en que finaliza la obligación de abono de dichos salarios, previa regularización por la Entidad Gestora del derecho inicialmente reconocido, reclamando a la Tesorería General de la Seguridad Social las cotizaciones efectuadas durante la percepción de las prestaciones y efectuando la compensación correspondiente por las prestaciones indebidamente percibidas, o bien reclamando su importe al trabajador».
- 43 A la luz del confuso tenor del artículo 209.5 LGSS parece que ha de partirse de la base de que esta compensación se hace –digamos– entre prestaciones: la que se viene disfrutando y la que luego se reconocerá. Con toda probabilidad, hubiera sido más adecuado establecer esta compensación entre el importe de los salarios de tramitación y el importe de la prestación correspondiente a ese período, pero, a mi modo de ver, la norma no permite esa interpretación.
- 44 Supuestos de readmisión obligatoria cuando el empresario no cumple con la obligación de readmisión. A los efectos de la prestación, la situación es la misma que si el trabajador hubiera sido en efecto readmitido: percibe su salario y permanece en alta –con cotización– en la seguridad social.