



*Revista del Ministerio de Trabajo,
Migraciones y Seguridad Social*

Seguridad Social



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE TRABAJO, MIGRACIONES
Y SEGURIDAD SOCIAL

139

2019

Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

Seguridad Social

CONSEJO ASESOR

- Serie Derecho del Trabajo: **Joaquín García Murcia**, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. **Yolanda Valdeolivas García**, Secretaria de Estado de Empleo.
- Serie Seguridad Social: **José M^a Marín Correa**, Magistrado del Tribunal Supremo. **Borja Suárez Corujo**, Director General de Ordenación de la Seguridad Social.
- Serie Derecho social Internacional y Comunitario: **Luis Enrique de la Villa Gil**, Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid. **Marcos Fraile Pastor**, Subdirector General de Relaciones Internacionales Sociolaborables.
- Serie Economía y Sociología: **Gerardo Meil Landwerlin**, Catedrático de Sociología. Universidad Autónoma de Madrid. **Raquel Peña Trigo**, Vicesecretaria General Técnica.
- Serie Migraciones Internacionales: **Emiliano García Coso**, Decano Asociado Internacional del Centro de Estudios Superiores Sergio Arboleda, adscrito a la Universidad Rey Juan Carlos. Profesor Agregado de Derecho de la UE. **Pilar González Puente**, Directora del Gabinete Técnico de la Secretaría General de Inmigración y Emigración.

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO

Maximino Carpio García, Catedrático de Hacienda Pública. Universidad Autónoma de Madrid.

María Antonia Castro Arguelles, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

Ángel Antonio Blasco Pellicer, Magistrado del Tribunal Supremo. Sala Cuarta.

Cristina Gortazar Rotaeché, Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho de la UE. Universidad Pontificia de Comillas-ICADE.

Nuria Paulina García Piñeiro, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

DIRECTOR

Gonzalo Giménez Coloma
Secretario General Técnico

SUBDIRECTOR

Francisco Javier Andrés González
Subdirector General de Información
Administrativa y Publicaciones

SECRETARÍA

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

Agustín de Bethencourt, 11

28003 Madrid

Tel: 91 363 23 05

Fax: 91 363 23 49

Correo Electrónico: proproeditorial@mitramiss.es

Internet: <http://www.mitramiss.gob.es>

La Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social no se responsabiliza de las opiniones expresadas por los autores en la redacción de sus artículos.

Se permite la reproducción de los textos siempre que se cite su procedencia.

RET: 19-2.375

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<https://cpage.mpr.gob.es>



Edita y distribuye:

Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

Subdirección General de Información

Administrativa y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

NIPO Papel: 854-19-003-6

NIPO PDF: 854-19-065-8

ISSN Papel: 2254-3295

ISSN Electrónico: 2254-3511

Depósito legal: M-12.168-1998

Diseño cubierta: CSP

Diseño interior: C & G

Imprime: GRUPOZONA (Zona Limite Castellón S.L.). • Telf. 964 21 03 39

Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

Seguridad Social

SUMARIO

EDITORIAL, *José María Marín Correa, 9*

I. ESTUDIOS

Situación legal de desempleo. *Juan Gil Plana, 15*

Desempleo asistencial y control de rentas. Análisis y reflexiones sobre la última jurisprudencia.
Elena Desdentado Daroca, 57

Reglas de compatibilidad entre la prestación por desempleo y el trabajo.
Iván Antonio Rodríguez Cardo, 85

Idoneidad de las pruebas acreditativas del fraude en la protección por desempleo.
Francisco Javier Fernández Orrico, 125

La suspensión de la prestación por desempleo de los trabajadores por cuenta ajena.
Manuel Fernández-Lomana García, 161

El sistema de protección del desempleo en España, reflexiones y propuestas de mejora.
¿Es oportuno plantear la instauración de una prestación indefinida?
Xavier Caravaca Domínguez, 179

II. JURISPRUDENCIA

Recordatorio de Jurisprudencia en materia de Seguridad Social, en la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Marzo 2017 a diciembre 2017. *M^a Luz García Paredes*, 205

III. BIBLIOGRAFÍA

Sobre «Prestaciones de desempleo», 227

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Journal of the Ministry of Labour, Migration and Social Security

Social Security

CONTENTS

EDITORIAL, *José María Marín Correa, 9*

I. STUDIES

Legal situation of unemployment. *Juan Gil Plana, 15*

Unemployment allowance and income control. Analysis and reflections on recent jurisprudence. *Elena Desdentado Daroca, 57*

Compatibility rules between unemployment benefit and work.
Iván Antonio Rodríguez Cardo, 85

Suitability of the evidence accrediting fraud in unemployment protection.
Francisco Javier Fernández Orrico, 125

Suspension of unemployment benefits to employed workers.
Manuel Fernández-Lomana García, 161

Unemployment benefits in Spain, reflections and proposals for improvement. Is it appropriate to propose the introduction of an indefinite benefit? *Xavier Caravaca Domínguez, 179*

II. CASE LAW

Summary of Jurisprudence on Social Security, Supreme Court (Fourth Chamber). From March 2017 to December 2017. *M^g Luz García Paredes*, 205

III. REFERENCES

On «Unemployment benefits», 227

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Editorial

El presente número de esta revista se dedica monográficamente a una situación protegida por la Seguridad Social, que sociológicamente es constitutiva de la mayor preocupación de los españoles: el desempleo. Y los trabajos dedicados a su estudio buscan proporcionar no solo los conceptos científicos, de indudable utilidad práctica, sino también la doctrina establecida por nuestros tribunales, puesto que dicha doctrina será la que en definitiva produzca los resultados reales que obtengan quienes se vean afectados por dicha situación.

Inicia el contenido el trabajo del profesor D. Juan Gil, que enseguida nos informa de que estamos ante un concepto jurídico, de configuración legal, especialmente regido por el artículo 267 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. La laboralidad de este concepto la deduce el autor de la utilización de términos como “relación laboral”, “despido colectivo”, “despido”, y de la reiterada referencia a preceptos del Estatuto de los Trabajadores. Y, desde el punto de vista subjetivo es clara la identificación de los trabajadores por cuenta ajena como destinatarios de la protección, sin desconocer que también están protegidos otros sujetos, cuales las personas que ejercen funciones de representación política o sindical. Hay que añadir a los trabajadores por cuenta propia, desde que se ha protegido su pérdida de actividad. Señala asimismo que la norma reglamentaria ha ampliado el concepto de desempleo al aludir a la incapacidad permanente, o a la extinción de la relación administrativa. Enuncia a continuación las causas de quedar en paro de las que se deduce la situación legal: despido disciplinario, extinción del contrato por causas objetivas o durante el período de prueba y la voluntad del trabajador cuando es víctima de violencia de género o concurre alguna de las causas del artículo 50 del Estatuto. Señala la existencia de causas ajenas a la voluntad de las partes del contrato de trabajo, así como la situación del desempleo derivada no de la pérdida del puesto de trabajo sino de una disminución parcial del tiempo trabajado y consiguientemente del salario.

La también profesora Dña. Elena Desdentado Daroca se ocupa del importante campo del desempleo no contributivo, sino asistencial, y de su condicionamiento al no disfrute de rentas. Después de ofrecernos una importante relación histórica de la protección del desempleo en España, entra en el estudio de la necesidad como requisito para lucrar la prestación no contributiva, y hace un merecido hincapié en la distinción entre rentas y patrimonio porque son aquellas y no éste, la circunstancia obstativa de la protección. Singular interés práctico tiene la exposición de la doctrina jurisprudencial recaída al respecto, puesto que serán las decisiones de los tribunales las que en definitiva proporcionen la protección o priven de ella. También se nos enseñan las oscilaciones habidas en el número de beneficiarios respectivos de la protección contributiva y de la asistencial. Renta real o renta fiscal, ingresos brutos o ingresos netos, son conceptos

* Magistrado (j) de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

que el legislador y la jurisprudencia han ido aplicando al obstáculo de la protección asistencial, evidentemente con sumisión de los tribunales al criterio del legislador. Imputación subjetiva de ingresos, momento en que han de ser tenidos en cuenta, y una especial referencia a los distintos tipos de ingresos computables, o no, como son o pueden ser las prestaciones de la Seguridad Social, los rendimientos de capital, las ganancias derivadas de actividades económicas y las ganancias patrimoniales, que merecen estudios concretos, al igual que la imputación de rentas. Como quiera que el sujeto beneficiario tiene obligación de poner en conocimiento de la Entidad Gestora aquellos ingresos que pudieran determinar la pérdida del derecho a la protección, se concluye el estudio con el efecto privativo, suspensivo, o sancionador que pudiera derivarse del incumplimiento de este deber.

El Profesor Titular de la Universidad ovetense Sr. Rodríguez Cardo avanza la existencia de supuestos en que la pérdida de puestos de trabajo y del salario que venía proporcionando, sea protegida, pese a que quien es desempleado en sentido legal ejerza otras tareas remuneradas, o se vea protegido en virtud de otras contingencias o hechos causantes. Pero advierte que su estudio queda limitado a la incompatibilidad entre prestación por desempleo y realización de un trabajo. Por eso, en primer lugar niega la compatibilidad con la obtención de una colocación adecuada, mientras que mantiene la compatibilidad de la protección con la realización de un trabajo a tiempo parcial y otros supuestos, como son el apoyo a los emprendedores y la percepción de la prestación en un solo momento precisamente para trabajar por cuenta propia. Una vez establecida la incompatibilidad es muy interesante la consideración de sus consecuencias, especialmente la distinción entre la suspensión de la protección y su pérdida definitiva, haciéndonos ver cómo la expresión legal “extinción” no tiene exacto significado gramatical puesto que, se dan supuestos en los que se permite la reanudación. Quien no respeta la situación de incompatibilidad y mantiene la percepción de la protección ocultando a la Entidad Gestora dicha incompatibilidad, incurre en responsabilidad, que puede alcanzar la naturaleza de penal. Concluye el trabajo con lo que el autor enuncia como consideraciones finales, todas importantes, pero sobre todo la que se refiere a la posibilidad de que se renunciarán colocaciones que provoquen incompatibilidad en tanto que proporcionan un ingreso menor al derivado o constitutivo de la prestación.

El Profesor levantino Sr. Fernández Orrico aborda un tema de singular importancia, para la defensa del sistema protector frente a quienes abusan del mismo. Se trata de acreditar que el beneficiario ha incurrido en fraude, bien al iniciar esa situación, bien a lo largo de ella. Para su inicio es esencial que haya una pérdida de un trabajo efectivo, de manera que simular dicho trabajo, aparentar su pérdida, ocultar la voluntariedad del cese o afirmar la existencia de empresas sin realidad, son métodos para alcanzar el inicio de la prestación, mientras que ocultar la realización de un trabajo que excluya la situación es el método más usual para mantener lo que no merece serlo. Como toda conducta humana susceptible de juicio de legalidad es importante la concurrencia de la voluntariedad, y asimismo respetar el principio de inocencia. A este respecto analiza el autor la eficacia de la prueba indiciaria y de las presunciones a lo que se une lo que el autor enuncia como necesidad de que el fraude sea la única motivación de la conducta fraudulenta, que, por supuesto, tiene que haber alcanzado éxito porque puede haberse intentado el fraude pero sin consecuencias económicas dañosas para el sistema, lo que supondría inexistencia de conducta sancionable.

Como se ha dicho antes, la expresión legal de “extinción” no es usada por la norma con exactitud gramatical, dado que está prevista la reanudación de la protección en supuestos de la establecida como extinción. El Sr. Fernández-Lomana García, tras exponer con gran exactitud todos los supuestos legales de suspensión, desgrana los efectos de la misma y de su reanudación, a la que ocasionalmente puede renunciar el beneficiario porque le sea más conveniente iniciar un nuevo período. Antes se nos ha explicado la diferencia de una reanudación referida a suspensión no sancionadora y la derivada o constitutiva de sanción. Cuáles sean los efectos de la suspensión y cuáles los de su reanudación son objeto de distintos apartados de estudio, que también trata de la suspensión como medida cautelar adoptada cuando el beneficiario omite la presentación

de documentos para la que haya sido requerido por la Entidad Gestora, y la presentación de los documentos sea causa de reanudación, si bien a partir de la fecha en que se cumple el requerimiento. De todos sus razonamientos el autor deduce cinco conclusiones, todas ellas importantes, pero en la práctica cabe destacar la posibilidad de exigir el reintegro de lo indebidamente percibido y la necesidad de continuar en situación de desempleado cuando haya lugar a la reanudación.

El estudio del Sr. Caravaca Domínguez cierra los de este número de la revista y nos ofrece, tras una visión muy amplia y detallada de la protección, con datos estadísticos, lo que él enuncia como breve repaso del sistema en España. Ello conduce a la exposición de los principales problemas que hay que resolver para el sostenimiento del propio sistema protector y de ahí las propuestas concretas que hace al respecto, y que en definitiva son el corolario más valioso del trabajo. Considera que la duración de las prestaciones contributivas es excesiva para de ahí derivar la conveniencia de acortar el período máximo, lo que conduciría a un mayor interés en obtener nuevos puestos de trabajo. Otra medida que propone es simplificar los subsidios en cantidad y variedad. Para el autor contamos en España con más de 20 modalidades de esta forma de protección, de las cuales si algunas tienen la substantividad derivada de los sujetos protegidos como son los excarcelados o los mayores de 55 años, no ve justificación para que haya multiplicidad de subsidios que protejan a los fijos discontinuos, o a quienes no cuentan con cotización suficiente. Establecer una protección análoga a la renta de ciudadanía, cuyo condicionamiento fuera precisamente el no tener empleo, sería una loable forma de protección asistencial. La reflexión final se aventura a ofrecer soluciones prácticas en orden a la administración que debiera gestionar la financiación y gestión y mantiene el criterio de que sea el Estado quien proporcione la prestación en términos de igualdad. ¿Individuo o unidad familiar como receptor de la protección? Sin negar la importancia de contemplar a la unidad familiar, el autor se decanta por la consideración del individuo. Finalmente condensado en ocho puntos las conclusiones de su reflexión.

La Magistrada de la Sala de Social del Tribunal Supremo, Sra. García Paredes ha preparado el tan útil repertorio de Jurisprudencia que nos ofrece en cada número de esta serie. A ello se añaden la Documentación que se ha entendido relacionada con los estudios, y un extenso apartado de Bibliografía aportado por los servicios propios del departamento.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

I. Estudios

Situación legal de desempleo

Legal situation of unemployment

JUAN GIL PLANA*

1. SITUACIÓN DE DESEMPLEO VS. SITUACIÓN LEGAL DE DESEMPLEO

De todos es sabido que uno de los problemas principales que afrontan las sociedades es la lucha contra el fenómeno del desempleo, es decir, contra la situación en la que se encuentran muchos ciudadanos que teniendo capacidad y voluntad para trabajar no son capaces de encontrar un puesto de trabajo o lo pierden por causas ajenas a su voluntad.

Desde los poderes públicos se despliegan toda una serie de mecanismos para tratar de hacer frente al desempleo, entre los que está el reconocimiento de prestaciones públicas. En nuestro ordenamiento, al margen de previsiones singulares para determinados colectivos, la configuración jurídica de las prestaciones de desempleo viene establecida en el Título III, artículos 262 a 303 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (en adelante TRLGSS), así como en el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril (en adelante RPD), pendiente, por tanto,

todavía hoy de la actualización del desarrollo reglamentario de aquél.

Las medidas de protección social no alcanzan a cualquier situación de desempleo sino que se restringen a determinado estado de necesidad, como es la pérdida de ingresos, de ahí que el objeto de la protección solo abarque a quien pudiendo y queriendo trabajar, pierde su empleo, ve suspendido su contrato de trabajo o reducida su jornada laboral (art. 262.1 TRLGSS). Articulándose dos niveles de protección, de carácter público y obligatorio, a saber: un nivel contributivo para proporcionar prestaciones que sustituyan los ingresos salariales perdidos (art. 263.2 TRLGSS) y un nivel asistencial para garantizar la protección de quienes careciendo de rentas que alcancen un determinado umbral se encuentren en alguna de las situaciones previstas por el legislador (arts. 263.3 y 274 TRLGSS).

Es evidente que la configuración de la situación legal de desempleo, al pivotar sobre las ideas de capacidad laboral e involuntariedad, no incluye cualquier situación de desempleo. En primer lugar, porque quedan fuera todas las situaciones en las que no se constata una previa pérdida de empleo, suspensión o reducción de jornada. En segundo lugar, porque el concepto de situación legal de desempleo abarca, sin perjuicio de las matizaciones que se expondrán a continuación, la pérdida

* Doctor en Derecho. Profesor Contratado Doctor (Acreditado a Profesor Titular) Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense Madrid.

del empleo, la suspensión del contrato o la reducción de la jornada siempre que sean ajenas a la voluntad del trabajador.

2. CONFIGURACIÓN DE LA SITUACIÓN LEGAL DE DESEMPLEO

No resulta fácil abordar una posible configuración de la situación legal de desempleo, tanto si nos fijamos en su dimensión subjetiva, como si nos fijamos en su dimensión objetiva, sin olvidarnos de las posibles funcionalidades que presenta.

A la situación legal de desempleo se refiere principalmente el artículo 267 TRLGSS en el que se exponen las posibles realidades merecedoras de protección social, al tiempo que se delimitan las circunstancias en las que no cabe apreciar su existencia. Se produce, por tanto, una configuración de la situación legal de desempleo tanto desde un punto de vista positivo como negativo; configuración que se completa con la exposición parcial de los mecanismos para la acreditación de alguna, no de todas, las situaciones legales enumeradas en el referido precepto legal. A la acreditación de las situaciones legales de desempleo se refieren las otras dos referencias normativas vigentes, tanto la DT 28ª TRLGSS como el artículo 1 del RPD.

Junto al papel central que juega el artículo 267 TRLGSS debe tenerse presente que otros preceptos del TRLGSS y del RPD se refieren a la situación legal de desempleo, al hablar del objeto de la protección (art. 267.1 TRLGSS), al establecer los requisitos que se han de cumplir para que nazca el derecho a la prestación por desempleo [art. 266 c) TRLGSS], al determinarse el momento para solicitar y para que nazca el derecho al desempleo (arts. 268.1 y 4 TRLGSS y 5.1 RPD), al establecer la posible duración de la prestación (arts. 269.1 TRLGSS y 3.1 RPD), al determinar la base reguladora (arts. 270.1 TRLGSS y 4.1 RPD), al establecer los posibles beneficiarios del subsidio por desempleo (art. 274.3 TRLGSS) o al concretar los medios de acreditación de la situación para los emigrantes retornados (art. 11.1 RPD) y los liberados de prisión (art. 12.1 RPD). Además, fuera del TRLGSS y del RPD existen previsiones en materia de pres-

taciones por desempleo para determinado colectivo, como es el vinculado al trabajo en cooperativas.

2.1. Operatividad en el nivel contributivo de la acción protectora por desempleo

Aunque a la hora de concretar de forma genérica cuál es el objeto de la protección por desempleo que dispensa el sistema público de protección social, sin diferenciar entre el nivel contributivo y el nivel asistencial, se recurre al concepto de situación legal de desempleo, puesto que el artículo 262.1 TRLGSS afirma que la protección por esta contingencia se hará respecto a quienes se encuentren en determinadas situaciones «en los términos previstos en el artículo 267», precisamente dedicado a enumerar las situaciones legales de desempleo; estamos ante un concepto jurídico de configuración legal cuyo ámbito operativo es principalmente el nivel contributivo.¹ Es en este nivel de la protección donde la situación legal de desempleo alcanza su pleno significado si tenemos presente que se articula como uno de los requisitos que han de concurrir para tener derecho a la prestación de desempleo, a dicho nivel va dirigida la enumeración de las distintas realidades de pérdida, suspensión o reducción de actividad que se constituyen como requisito necesario para obtener una prestación contributiva o se toma como referencia para determinar aspectos como el momento temporal para su solicitud y nacimiento, su posible duración así como su cuantía.

Ahora bien, el concepto de situación legal de desempleo adquiere también virtualidad, aunque menor, en el nivel asistencial.² En determinado supuesto el recurso al concepto de situación legal de desempleo aparece en la propia norma, así se establece en el artículo 274.3 TRLGSS cuando se afirma que quienes reúnan los requisitos establecidos en el artí-

¹ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *La situación legal de desempleo*, ed. Universidad de Oviedo, 2005, pág. 27.

² VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La prestación por desempleo*, ed. Tirant lo Blanch, 1990, pág. 54; FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *La situación legal de desempleo*, ob.cit., pág. 28.

culo 274.1 TRLGSS y no tengan derecho a la prestación contributiva por no haber cubierto el período mínimo de cotización, deberán, entre otros presupuestos, estar en situación legal de desempleo si quieren ser beneficiarios de una prestación asistencial de desempleo. Otras veces la referencia se infiere implícita por cuanto se reconoce como posibles beneficiarios de una prestación asistencial de desempleo a quien haya agotado una prestación de nivel contributivo, cuya obtención ha requerido necesariamente encontrarse en situación legal de desempleo, así se prevé como posibles beneficiarios de una prestación asistencial a quien agotando la prestación contributiva tiene responsabilidades familiares [art. 274.1.a) TRLGSS] o careciendo de responsabilidades familiares es mayor de cuarenta y cinco años [art. 274.1.b) TRLGSS].

2.2. Ámbito subjetivo

La enumeración de las posibles situaciones legales de desempleo contenida en el artículo 267 TRLGSS guarda silencio sobre quiénes son los sujetos a los que se protege. De la lectura del precepto en cuestión, en el que se utilizan términos típicamente laborales, como «relación laboral», «despido colectivo», «despido»; así como las continuas referencias a preceptos del Estatuto de los Trabajadores, puede deducirse que el concepto de situación legal de desempleo está pensando en el trabajador por cuenta ajena.

Saliendo del plano de la deducción, no se aprecia indeterminación del legislador puesto que la concreción del ámbito subjetivo se determina atendiendo a lo previsto en el artículo 264 y 266 del TRLGSS. Este último precepto al concretar los requisitos necesarios para que nazca el derecho a la prestación de desempleo afirma que los mismos deberán reunirlos «las personas comprendidas en el artículo 264», precepto que identifica como sujetos a los que se dirige la situación legal de desempleo a los trabajadores por cuenta ajena,³ tanto si están en el régimen general como si lo están en algún régimen especial

que tenga reconocido el desempleo dentro de su acción protectora [art. 264.1.a) y b) TRLGSS].

Ahora bien, siendo los trabajadores por cuenta ajena el colectivo principal, cuantitativa y cualitativamente, no puede afirmarse que la situación legal de desempleo se conciba exclusivamente para este colectivo, puesto que en el citado precepto se incluyen otros colectivos, y si bien alguno de los cuales no siendo trabajador por cuenta ajena son trabajadores asalariados otros difícilmente pueden ser calificados, ni formal ni materialmente, como tales. En efecto, desde el punto de vista subjetivo en la situación legal de desempleo pueden incurrir, por un lado, los funcionarios interinos, el personal eventual y el personal contratado en régimen de derecho administrativo al servicio de las administraciones públicas [art. 264.1.d) TRLGSS] y por otro lado, a personas que ejercen funciones de representación política o sindical, como son los miembros de las Corporaciones Locales y de las Juntas Generales de los Territorios Históricos Forales, Cabildos Insulares Canarios y Consejos Insulares Baleares y los cargos representativos de las organizaciones sindicales [art. 264.1.e) TRLGSS], y, finalmente, a los altos cargos de las administraciones públicas que no sean funcionarios. Incluso, la acción protectora se extiende a sujetos que no tienen la condición previa de trabajador, como sucede con los liberados de prisión o los retornados del extranjero.

Quedan fuera del ámbito subjetivo los trabajadores por cuenta propia o autónomos que tradicionalmente carecían de protección ante la pérdida del autoempleo hasta que la Ley 35/2010 introdujo dentro de la acción protectora una prestación para la pérdida de actividad de este colectivo. El reconocimiento de la prestación por cese de actividad se sujeta, entre otros requisitos, a que el trabajador autónomo se encuentre en situación de cese de actividad [330.1.c) TRLGSS], en la que, al igual que sucede con la situación legal de desempleo, se viene a expresar la capacidad de trabajar y la involuntariedad en la pérdida de actividad como presupuesto de la acción

³ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *La situación legal de desempleo*, ob.cit., pág. 30.

protectora.⁴ En relación a la configuración de la situación legal de cese de actividad debe evidenciarse que presenta una estructura similar a la de la situación legal de desempleo -que no deja de ser también un cese de actividad-, al delimitarse tanto de forma positiva, mediante la enumeración de una serie de supuestos (art. 333.1 TRLGSS),⁵ como de forma negativa, al indicarnos cuando no se da aquella (art. 333.2 TRLGSS);⁶ completándose con una exposición de los distintos mecanismos de acreditación que se pueden utilizar (art. 334 TRLGSS).⁷

⁴ Un estudio más detallado de la situación legal de cese de actividad en TALÉNS VISCONTI, E.: *El nuevo régimen de la prestación por cese de actividad*, ed. Tirant lo Blanch, 2015, págs. 75-92; LASAOSA IRIGOYEN, E.: *La prestación por cese de actividad para trabajadores autónomos*, ed. Aranzadi-Thomson-Reuters, 2011; VIOQUEIRA PÉREZ, C.: "La situación legal de cese de actividad: análisis de las causas comunes", *Revista Derecho Social*, nº 55, 2011.

⁵ Las situaciones legales por cese de actividad que se contemplan son: a) la concurrencia de motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos determinantes de la inviabilidad de proseguir la actividad económica o profesional -bien por pérdidas derivadas del desarrollo de la actividad en un año completo, superiores al 10 por ciento de los ingresos obtenidos en el mismo período, excluido el primer año de inicio de la actividad; bien por ejecuciones judiciales o administrativas tendentes al cobro de las deudas reconocidas por los órganos ejecutivos, que comporten al menos el 30 por ciento de los ingresos del ejercicio económico inmediatamente anterior o bien por la declaración judicial de concurso que impida continuar con la actividad, en los términos de la LC-; b) la fuerza mayor, determinante del cese temporal o definitivo de la actividad económica o profesional; c) la pérdida de la licencia administrativa, siempre que la misma constituya un requisito para el ejercicio de la actividad económica o profesional y no venga motivada por la comisión de infracciones penales; d) la violencia de género determinante del cese temporal o definitivo de la actividad de la trabajadora autónoma; y e) el divorcio o separación matrimonial, mediante resolución judicial, en los supuestos en que el autónomo ejerciera funciones de ayuda familiar en el negocio de su ex cónyuge o de la persona de la que se ha separado, en función de las cuales estaba incluido en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social.

⁶ No se encontrarán en situación legal de cese de actividad quienes cesen o interrumpen voluntariamente su actividad, salvo que traiga causa de un incumplimiento contractual grave del cliente, debidamente acreditado, así como los trabajadores autónomos económicamente dependientes que tras cesar su relación con el cliente y percibir la prestación por cese de actividad, vuelvan a contratar con el mismo cliente en el plazo de un año, a contar desde el momento en que se extinguió la prestación.

⁷ Las situaciones legales de cese de actividad de los tra-

2.3. Ámbito objetivo

La delimitación del ámbito objetivo de la acción protectora por desempleo acometida en el artículo 267 del TRLGSS plantea dos interrogantes. El primero se centra en determinar si estamos ante un listado cerrado y completo de las realidades que dan lugar a la prestación de desempleo. Debe afirmarse que dicha enumeración se caracteriza por ser incompleta,⁸ no tasada,⁹ y carente del mínimo

bajadores autónomos se acreditarán mediante declaración jurada del solicitante, en la que se consignará el motivo o motivos concurrentes y la fecha de efectos del cese, a la que acompañará los documentos que seguidamente se establecen, sin perjuicio de aportarse, si aquel lo estima conveniente, cualquier medio de prueba admitido legalmente: a) los motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos se acreditarán mediante los documentos contables, profesionales, fiscales, administrativos o judiciales que justifiquen la falta de viabilidad de la actividad; b) la pérdida de la licencia administrativa que habilitó el ejercicio de la actividad mediante resolución correspondiente; c) la violencia de género, por la declaración escrita de la solicitante de haber cesado o interrumpido su actividad económica o profesional, a la que se adjuntará la orden de protección o, en su defecto, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género. De tratarse de una trabajadora autónoma económicamente dependiente, aquella declaración podrá ser sustituida por la comunicación escrita del cliente del que dependa económicamente en la que se hará constar el cese o la interrupción de la actividad. Tanto la declaración como la comunicación han de contener la fecha a partir de la cual se ha producido el cese o la interrupción; d) el divorcio o acuerdo de separación matrimonial de los familiares se acreditará mediante la correspondiente resolución judicial, a la que acompañarán la documentación correspondiente en la que se constate la pérdida de ejercicio de las funciones de ayuda familiar directa en el negocio, que venían realizándose con anterioridad a la ruptura o separación matrimoniales.

⁸ Sobre su carácter incompleto, GARCÍA ORTEGA, J.: "Prestación por desempleo: contingencia protegida y requisitos de acceso", en ROQUETA BUJ, R. (dir.): *Medidas de protección y políticas de formación y contratación para los desempleados*, ed. Tirant lo Blanch, 2018, pág. 40; MONEREO PÉREZ, J.L. y VIÑAS ARMADA, J.M.: "Comentario al artículo 208 LGSS", en MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.: *Comentario a la Ley General de Seguridad Social*, ed. Comares, 1999, pág. 1756.

⁹ Las situaciones legales de desempleo son tasadas y responden al principio de tipicidad como advierten DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA, J.R.: *El desempleo como situación protegida: (un estudio sobre los problemas de acceso a la protección en el nivel contributivo y en el asistencial)*, ed. Civitas, 1996, págs. 51-52 y FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *La situación legal de desempleo*, ob.cit., pág. 90. Cuando se afirma el carácter no tasado se hace referencia al análisis del artículo 267 TRLGSS como precepto aglutinador de las situaciones de desempleo;

rigor técnico. No estamos ante una lista tasada de realidades que pueden ser consideradas situaciones legales de desempleo porque fuera de dicho precepto encontramos otras realidades que se califican como tales, como son las referidas a los liberados de prisión¹⁰ y al trabajo en el fenómeno cooperativo.¹¹

Se aprecia, además, una falta de rigor técnico, ante la descoordinación que se evidencia por la omisión en el precepto legal de determinadas realidades que, sin embargo, son recogidas en la norma reglamentaria. En efecto, la norma reglamentaria al concretar los medios para acreditar la situación legal de desempleo se refiere tanto a la incapacidad permanente (art. 1.2 RDP) como a la extinción de la relación administrativa [art. 1.1.i) RDP], sin que exista referencia alguna en el listado del artículo 267 TRLGSS.

Finalmente la enumeración de situaciones legales de desempleo es incompleta porque ni la norma legal ni su desarrollo reglamentario incluyen realidades que afectan a otros sujetos que, sin embargo, sí son objeto de protección por desempleo. Esto sucede con quienes son representantes políticos y sindicales y altos cargos que son sujetos incluidos en el artículo 264 del TRLGSS como personas a las que alcanza la protección por desempleo y, sin embargo, no aparece referencia alguno a ellos ni en el artículo 267 del TRLGSS ni en el artículo 1 del RPD.

Además hay supuestos que no aparecen en precepto legal o reglamentario alguno y que perfectamente reflejan una pérdida involuntaria del empleo, teniendo capacidad para trabajar, como es la extinción del contrato por desistimiento empresarial mediante un acto

libre y voluntario no sujeto a causa alguna.¹² Cuya omisión supone su no consideración como situación legal de desempleo¹³.

Esta última nota también se aprecia en la configuración negativa de la situación legal de desempleo. En efecto, el apartado 2º del artículo 267 TRLGSS, señala que no se encontrarán en situación legal de desempleo quienes cesen voluntariamente en el trabajo, salvo las excepciones previstas legalmente, quienes, aun encontrándose en alguna de las situaciones previstas en el apartado 1º del citado precepto legal, no acrediten su disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada, a través del compromiso de actividad, quienes no ejerzan su derecho a la reincorporación o no ejercieran las acciones de readmisión irregular previstas en el artículo 279 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS) ante un despido declarado improcedente o nulo, ni quienes no hayan solicitado el reingreso al puesto de trabajo en los casos y plazos establecidos en la legislación vigente; pero olvida incluir la situación derivada del ejercicio del derecho de huelga en la que no se reconoce el derecho a quedar cubierto por la acción protectora por desempleo (art. 3 Orden Ministerial de 30 de abril de 1977).

Esta falta de rigor técnico y su carácter incompleto ya se daba vigente el TRLGSS 1994 y la acción de refundición no ha procedido a corregirlos, perdiéndose, incomprensiblemente, una oportunidad para solventar semejante anomalía.

El segundo interrogante se suscita al afrontar la posible existencia de una premisa común para todas las situaciones legales

puesto que debe ser completado con las previstas en otros preceptos.

¹⁰ La extensión de la acción protectora por desempleo viene reconocida en el artículo 35 de la Ley General Penitenciaria, al establecer que «los liberados que se hayan inscrito en la oficina de empleo dentro de los quince días siguientes a su excarcelación y no hayan recibido una oferta de trabajo adecuada tendrán derecho a la prestación por desempleo».

¹¹ Véase el artículo 2 del Real Decreto 1043/1985, de 19 de junio y el artículo 1 del Real Decreto 42/1996, de 19 de enero.

¹² Evidencia esta omisión DE LA CASA QUESADA, S.: *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, ed. Comares, pág. 280.

¹³ A favor de dicha conclusión se muestra FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *La situación legal de desempleo*, ob.cit., pág. 97. En contra, apreciando la existencia de situación legal de desempleo, DE LA CASA QUESADA, S.: *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, ob.cit., pág. 280; DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA, J.R.: *El desempleo como situación protegida: (un estudio sobre los problemas de acceso a la protección en el nivel contributivo y en el asistencial)*, ob.cit., pág. 62.

de desempleo. Al examinar el conjunto de supuestos previstos en la normativa, podría afirmarse que el común denominador que se puede encontrar en todas esas realidades es la pérdida no de un empleo sino la pérdida de actividad laboral. En efecto, junto a las situaciones de pérdida de empleo, no es solo que la suspensión del contrato y la reducción de jornada no suponen una situación de pérdida de empleo, es que también se recoge como situación a proteger la finalización de la actividad en sectores productivos caracterizados por su periodicidad o estacionalidad, donde no hay pérdida de un puesto de trabajo, ni total ni parcial, puesto que el empleo se mantiene. Pero, además, debe matizarse que hay situaciones legales de desempleo -como la de los liberados de prisión o la de los emigrantes retornados a España- en las que no se protege la pérdida de actividad sino otros objetivos dignos de ser atendidos por los poderes públicos. En definitiva, debe afirmarse que, mayoritariamente, el presupuesto de la situación legal de desempleo se basa en una pérdida de actividad; y excepcionalmente se articula sobre presupuestos ligados a otras funcionalidades.

2.4. **Ámbito funcional**

La situación legal de desempleo no se sujeta a una única funcionalidad, más al contrario, puede afirmarse que presenta una polivalencia funcional al ser utilizada en distintos aspectos que configuran la prestación por desempleo.

En primer lugar, se utiliza para concretar el objeto de la prestación de desempleo que dispensa el sistema público de Seguridad Social. (art. 262.1 TRLGSS). Debe advertirse que su única y exclusiva utilización en este aspecto es criticable porque si partimos de que la acción protectora por desempleo presenta dos niveles, el contributivo y el asistencial (art. 263 TRLGSS), la concreción del objeto no debería hacerse exclusivamente haciendo referencia a un concepto -la situación legal de desempleo- que está pensando primordialmente para uno de los dos niveles de protección, de suerte que el artículo 262.1 TRLGSS debería, además, contener una referencia al nivel asistencial, de manera que el objeto de protección sería la extinción, la suspensión o la reducción de jor-

nada, en los términos previstos en el artículo 267 -referido a la situación legal de desempleo en el nivel contributivo- y el artículo 274 -referido a los posibles beneficiarios de la protección asistencial-.

En segundo lugar, encumbrándose como una de sus principales funciones, se contempla en el artículo 266 c) TRLGSS como un requisito para el nacimiento del derecho a las prestaciones, en el que se reflejan las notas que informan la acción protectora por desempleo como son la capacidad y la involuntariedad de la pérdida del trabajo, de la suspensión contractual o de la reducción de jornada. Estamos ante una condición necesaria para que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación, pero por si solo no es un presupuesto suficiente porque si no se dan otros requisitos -estar afiliado y en alta, un período mínimo de cotización y no haber cumplido la edad ordinaria para causar la pensión de jubilación- no se producirá el reconocimiento de la prestación. Se configura como el mecanismo de control de acceso a la acción protectora por desempleo.¹⁴

Su configuración como presupuesto para el nacimiento de la prestación va de la mano de la necesidad de acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar una colación adecuada mediante la suscripción del compromiso de actividad. Se plantea si, al recogerse en la letra c) del artículo 266 del TRLGSS como presupuesto la concurrencia de la situación legal de desempleo y la suscripción del compromiso de actividad, estamos en presencia de dos presupuestos diferenciados o ante uno solo. La estructura literal del precepto nos permitiría decantarnos por la existencia de dos presupuestos distintos, sin embargo, si nos fijamos en la concreción de lo que debe entenderse por situación legal de desempleo efectuada en el artículo 267 del TRLGSS debe afirmarse que estamos ante un solo presupuesto. En efecto, el artículo 267, en su apartado 1º, lista una serie de realidades

¹⁴ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *La situación legal de desempleo*, ob.cit., pág. 25; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F. y Viqueira Pérez, C.: "La protección por desempleo", en De la Villa Gil, L.E. (dir.): *Derecho de la Seguridad Social*, ed. Tirant lo Blanch, 2006, pág. 641.

en la que el sujeto puede generar una prestación por desempleo, pero el estar incurso en una de ellas no hace que se hallen en situación legal de desempleo, puesto que en la letra b) del apartado 2º del citado precepto legal se establece que no se considerarán en situación legal de desempleo quienes estando en alguna de las situaciones listadas en el apartado 1º no hayan suscrito el compromiso de actividad, entendido como el deber que asume el solicitante de la prestación de desempleo de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada¹⁵ y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad (art. 300 TRLGSS). Por tanto, la situación legal de desempleo presenta una estructura dual o si se quiere decir de otra forma es un concepto legal que se desdobra en dos presupuestos, a saber: encontrarse en alguna de las realidades que se listan en el artículo 267 del TRLGSS, en la norma reglamentaria o en otras normas para colectivos específicos y suscribir el compromiso de actividad.

En tercer lugar la situación legal de desempleo es utilizada, en su otra gran funcionalidad, en el artículo 267.1 TRLGSS para especificar qué situaciones de pérdida involuntaria de empleo, suspensión del contrato o de reducción de jornada son merecedoras de la acción protectora del poder público.

Finalmente se concibe como parámetro referencial para determinar varios aspectos de la prestación de desempleo. Con carácter general se utiliza para establecer el momento temporal a partir del cual se puede solicitar la prestación, pues podrá solicitarse a partir de la generación de la situación legal

de desempleo, momento que también se fija como hecho causante de la prestación (art. 268.1 TRLGSS). La duración de la prestación es otro aspecto en el que resulta relevante la situación legal de desempleo porque se utiliza para fijar la fecha a partir de la cual establecer el período temporal en el que se ha de tener en cuenta las cotizaciones para calcular durante cuánto tiempo se va a desplegar la acción protectora (art. 269.1 TRLGSS). En la determinación de la cuantía de la prestación, más concretamente en el establecimiento de la base reguladora, también se recurre a la situación legal de desempleo por cuanto se configura como el momento a partir del cual retrotraer el arco de las bases de cotización de los últimos ciento ochenta días para determinar aquélla (art. 270.1 TRLGSS).

3. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO COMO SITUACIÓN LEGAL DE DESEMPLEO

Una de las posibilidades de pérdida de actividad laboral se produce con la extinción de la relación que une al trabajador y al empresario, de ahí que se contemplen como situaciones legales de desempleo una serie de supuestos en los que el contrato se extingue bien por voluntad del empresario, bien por voluntad del trabajador o bien por causas ajenas a la voluntad de ambos¹⁶.

3.1. Extinciones por voluntad del empresario

Se consideran situaciones legales de desempleo las extinciones contractuales por decisión del empresario producidas por despido colectivo o resolución judicial adoptada por el juez del concurso [art. 267.1.a) 1º TRLGSS], por despido [art. 267.1.a) 3º TRLGSS], por causas objetivas [art. 267.1.a) 4º TRLGSS] o resolución durante el período de prueba [art. 267.1.a) 7º TRLGSS].

¹⁵ La expresión «colocación adecuada» no se deja, inicialmente, a la libre interpretación del operador jurídico sino que se concreta en el artículo 301 del TRLGSS en la profesión demandada por el trabajador y también aquella que se corresponda con su profesión habitual o cualquier otra que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas, y en todo caso, la coincidente con la última actividad laboral desempeñada siempre que su duración hubiese sido igual o superior a tres meses; después de un año de percepción ininterrumpida de las prestaciones, también podrán ser consideradas adecuadas otras colocaciones que a juicio del servicio público de empleo puedan ser ejercidas por el trabajador.

¹⁶ Un análisis detallado, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *La situación legal de desempleo*, ob.cit., págs. 103-144; CABEZA PEREIRO, J.: *Situaciones legales de desempleo por extinción del contrato de trabajo*, ed. Aranzadi, 1996.

3.1.1. Despido disciplinario

La referencia al «despido» como situación legal de desempleo contenida en artículo 267.1.a) 3º TRLGSS, a tenor de la consideración de otros supuestos extintivos también como situaciones legales de desempleo, debe entenderse referenciada a la decisión empresarial de extinguir los contratos de trabajo basada en motivos disciplinarios¹⁷ por la comisión del trabajador de incumplimientos graves y culpables, contemplada en los artículos 49.1.k) y 54 del ET. Debe recordarse que, a pesar de contenerse en el artículo 54 ET una enumeración de posibles causas de despido, la misma solo tiene virtualidad enunciativa, no actuando como listado cerrado, puesto que lo decisivo es que se produzca un incumplimiento grave y culpable que pueda suponer una trasgresión de la buen fe contractual en el desarrollo de la prestación laboral por parte del trabajador.

Tradicionalmente la configuración del despido como situación legal de desempleo venía exigiendo, además de la decisión extintiva, que ésta fuera declarada improcedente o procedente, y tratándose de esta segunda calificación jurídica debería reconocerse en sentencia judicial [art. 208.1.c) TRLGSS 1994] no siendo suficiente su reconocimiento en el acto de conciliación administrativa previa, que por el contrario, sí se admitía cuando la calificación era la de improcedencia. La exigencia de impugnar el despido para apreciar la situación legal de desempleo suponía añadir al presupuesto de la involuntariedad en la pérdida de puesto de trabajo, implícito en la decisión extintiva empresarial, el de que no se pudiera imputar al trabajador la búsqueda deliberada de la causa de despido.¹⁸ La situación legal de desempleo se configuraba en base a dos presupuestos: la existencia de una decisión extintiva por motivos disciplinarios y su impugnación que permitía obtener una calificación jurídica de procedencia o improcedencia de dicha decisión empresarial.

Esta configuración tradicional del despido como situación legal de desempleo provocaba problemas en dos esferas diferenciadas.¹⁹ En el plano del funcionamiento de la acción protectora por desempleo producía un efecto de desprotección temporal del trabajador despedido al originar un lapsus de tiempo en el que éste se veía privado temporalmente de ingresos porque al cesar en la prestación laboral perdía su fuente de ingresos, actualizándose el estado de necesidad que se protege con la acción protectora por desempleo, pero no recibía la prestación pública porque no podía acreditar la situación legal de desempleo, y, en consecuencia, no se procedía al reconocimiento de la prestación por desempleo, aún con efectos retroactivos desde la fecha del despido, hasta el momento de la conciliación o resolución judicial; medios que permitían acreditar el presupuesto de «impugnar» el despido exigido para apreciar la situación legal de desempleo. En el plano jurisdiccional, la necesidad de impugnar el despido para apreciar la existencia de una situación legal de desempleo supuso una innecesaria judicialización²⁰ del funcionamiento de la acción protectora por desempleo, que llevó a una sobrecarga de expedientes judiciales y a un retraso en el desarrollo de la función jurisdiccional; carente de cualquier justificación porque si lo que se pretendía era evitar la actuación fraudulenta del trabajador al buscar deliberadamente la causa del despido, la práctica de nuestros tribunales no entraban a determinar si existía o no dicha intención defraudadora del trabajador sino que se limitaban a enjuiciar la procedencia del despido a partir de la existencia/inexistencia de la causa y si ésta era grave y culpable.

Acertadamente, el Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes

¹⁷ En este sentido, BLÁZQUEZ AGUADO, E.M.: *Prestaciones por desempleo*, ed. Juruá, 2016, pág. 49.

¹⁸ GARCÍA ORTEGA, J.: "Prestación por desempleo: contingencia protegida y requisitos de acceso", *ob.cit.*, pág. 53.

¹⁹ Al margen de estos problemas, TORTUERO PLAZA, J.L.: "La reforma del desempleo: referencias al nivel contributivo", en VV.AA.: *Desempleo (XIV Congreso Asociación Española Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, pág. 897, sostuvo que la supresión de la necesidad de declaración de la improcedencia o procedencia fue un efecto derivado de la reducción de los salarios de tramitación. Asume esta opción, entre otros, DE LA CASA QUESADA, S.: *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, *ob.cit.*, pág. 267.

²⁰ MONEREO PÉREZ, J.L. y VIÑAS ARMADA, J.M.: "Comentario al artículo 208 LGSS", *ob.cit.*, pág.1578.

para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad y su conversión legal, la Ley 45/2002, de 12 de diciembre,²¹ procedieron a modificar la configuración del despido disciplinario como situación legal de desempleo para eliminar la exigencia de impugnar el despido para estar incurso en dicho requisito de la acción protectora por desempleo. Supresión del requisito de inimputabilidad al trabajador en la generación deliberada de la causa de despido que se mantiene actualmente, no solo porque el artículo 267.1. a) 3º TRLGSS se refiere escuetamente al «despido», sin efectuar ninguna otra consideración, sino porque además, de forma expresa, el artículo 268.4 TRLGSS señala que en el supuesto de despido, la decisión del empresario de extinguir dicha relación se entenderá, por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo; de suerte que el ejercicio de la acción contra el despido o extinción no impedirá que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación.

La eliminación de la necesidad de impugnar el despido como presupuesto configurador de esta situación legal de desempleo ha llevado a la doctrina a mostrar los posibles efectos negativos de aquella, como pudiera ser el posible abandono del control de acceso a la prestación,²² la ampliación del margen empresarial en cuanto a la organización de la protección,²³ o lo que resulta más grave, el aumento del margen para las actuaciones fraudulentas tendentes al reconocimiento indebido de la acción protectora por desempleo.

²¹ Según la Exposición de Motivos de ambas normas la supresión de la necesidad de impugnar el despido obedecía a la finalidad de mejorar el funcionamiento del mercado (sic), aunque lo que evidencia la explicación ulterior que se ofrece sobre de dicha finalidad es que trataba de solucionar la disfunción que se producía en la acción protectora. También es indudable que esta modificación supuso una desjudicialización de la dinámica de la prestación por desempleo.

²² CABEZA PEREIRO, J.: "El nuevo régimen jurídico del desempleo", en VV.AA.: *Desempleo (XIV Congreso Asociación Española Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, págs. 596 y 598.

²³ GETE CASTRILLO, P. Y LLANO SÁNCHEZ, M.: "La nueva configuración jurídica de la situación legal de desempleo", en VV.AA.: *Nuevo régimen jurídico del despido y del desempleo. Análisis de la Ley 45/2002*, ed. Cinca, 2003, pág. 27.

Ante el evidente riesgo de fraude, sobre todo cuando el despido se pacta sin indemnización alguna, se reconoce al servicio público de empleo una serie de facultades encaminadas a controlar que la situación legal de desempleo derivada del despido es totalmente ajena a la voluntad del trabajador (art. 297.1 TRLGSS); reconociéndose, además, la colaboración que debe prestar la Agencia Tributaria al servicio público de empleo al que facilitará la información tributaria que se estime necesaria para el control de las prestaciones por desempleo (art. 297.4 TRLGSS). En primer lugar, el servicio público de empleo podrá requerir al trabajador despedido que acredite haber percibido la indemnización legalmente prevista. En segundo lugar, si la indemnización no se hubiera percibido, ni se hubiera interpuesto demanda judicial en reclamación de dicha indemnización o de impugnación de la decisión extintiva, o cuando la extinción de la relación laboral no lleve aparejada la obligación de abonar una indemnización al trabajador, se reclamará la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para que compruebe la involuntariedad del despido. En tercer lugar, se reconoce la facultad de suspender el abono de la prestación si se aprecian indicios suficientes de fraude derivados de las investigaciones practicadas (art. 297.2 TRLGSS).

Se incluye en esta situación legal de desempleo tanto el despido acometido observando las prescripciones formales previstas en el artículo 55.1 del ET -carta de despido en la que se haga constar los hechos que lo motivan y la fecha de su efectividad- como el acaecido de forma informal, ya sea verbal o tácitamente. Sin duda estos últimos plantean el dilema de la acreditación de la situación legal de desempleo, de ahí que se hayan previsto un amplio²⁴ elenco de mecanismos para demostrar su existencia, a saber: la comunicación empresarial del despido, en su defecto mediante certificado de empresa o informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

²⁴ CAVAS MARTÍNEZ, F. Y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "Comentario al artículo 208 LGSS", en SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, ed. Laborum, 2003, pág. 1093; GARCÍA ORTEGA, J.: "Prestación por desempleo: contingencia protegida y requisitos de acceso", *ob.cit.*, pág. 55.

en los que consten el cese involuntario en la prestación de trabajo y su fecha de efectos, el acta de conciliación administrativa en la que conste que el trabajador impugna el despido y el empresario no comparece, o mediante acta de conciliación administrativa o judicial o resolución judicial definitiva declarando la procedencia o improcedencia del despido; en este último supuesto -el de improcedencia- deberá también acreditarse que el empresario, o el trabajador cuando sea representante legal de los trabajadores, no ha optado por la readmisión (DT 28ª 2ª TRLGSS), dado que la readmisión supondría la desaparición de la situación legal de desempleo.

Sobre este elenco de mecanismos parece que goza de preferencia la comunicación del despido al utilizarse la expresión «en defecto de dicha comunicación» al enumerar al resto de posibilidades acreditativas; sin embargo, dicha expresión no debe ser entendida como determinante de la preeminencia de la carta de despido sobre el resto de mecanismos; sino más bien como la constatación de que el despido puede haberse producido con sujeción a las formalidades exigidas legalmente, en cuyo caso la carta de despido o el certificado de empresa serán los documentos acreditativos de la situación legal de desempleo, o puede haberse producido verbal o tácitamente, de manera que el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el acta de conciliación o la resolución judicial se configuran como los mecanismos más propicios para documentar la situación legal de desempleo.

De todas estas posibles formas de documentación se ha advertido que el acta de conciliación administrativa en la que se hace constar la incomparecencia de la empresa es la que se presenta como más débil a la hora de acreditar la involuntariedad del despido, postulándose su complementación con el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.²⁵ La redacción del precepto, sin embargo, no parece amparar tal interpretación puesto que configura el informe y el acta de conciliación administrativa como mecanismos de acreditación diferenciados. No obstante,

parece necesario cuestionarse la idoneidad de esta forma de documentar la situación legal de desempleo, pues es verdad que dicho mecanismo es muy difuso a la hora de poder presumir de él no solo la involuntariedad en la pérdida del puesto de trabajo sino la existencia misma de una relación laboral, lo que contribuye a dificultar el control por parte del servicio público de empleo.

Al amparo de la configuración de esta situación legal desempleo anterior al RD-Ley 5/2002 y a la Ley 45/2002, que exigía un despido procedente o improcedente, nuestro máximo interprete estableció que no era necesario una declaración explícita de improcedencia, siendo suficiente que del contenido del acta pueda deducirse ésta, dado que el extinto artículo 208.1.c) TRLGSS 1994 no utilizaba expresiones tales como que el reconocimiento de la improcedencia tuviera que ser «expreso», «explícito» o «formal» u otras semejantes, sino que se limitaba a exigir «que se reconozca la improcedencia», sin requerir tampoco la «declaración» expresa ni ninguna otra forma de proclamación formal y solemne de esa improcedencia.²⁶ Sin embargo, no puede sostenerse la vigencia de dicha interpretación en el actual marco normativo²⁷ porque literalmente el mecanismo de acreditación consiste en el «acta de conciliación administrativa o judicial o resolución judicial definitiva declarando la procedencia o improcedencia del despido», y partiendo de la premisa señalada por el propio Tribunal Supremo de que solo un requerimiento legal de forma específica, permitiría exigir que el acta deba contener una declaración explícita de la improcedencia,²⁸ es evidente que la DT 28ª 2ª TRLGSS sí establece dicho requerimiento formal al hablar de que el acta o la resolución judicial tienen que declarar la improcedencia o procedencia del despido; de suerte que el acta o la resolución que no declare la improcedencia o procedencia del despido no servirá como documento justi-

²⁶ STS de 13 de marzo de 2001 (RJ 2001, 3837).

²⁷ En contra GARCÍA GIL, M^aB.: *Protección de los desempleados*, ed. Aranzadi-Thomson-Reuters, 2018, pág. 47, que mantiene la aplicabilidad de dicha interpretación jurisprudencial.

²⁸ STS de 30 de mayo de 2005 (RJ 2005, 6022), 13 de marzo de 2001 (RJ 2001, 3837).

²⁵ GARCÍA ORTEGA, J.: "Prestación por desempleo: contingencia protegida y requisitos de acceso", *ob.cit.*, págs. 55-56.

ficativo de la existencia de la situación legal de desempleo.

Puesto que la situación legal de desempleo nace desde la fecha de efectos de la decisión empresarial, el ejercicio de acciones contra el despido no afecta a la existencia de la situación legal de desempleo, por cuanto el artículo 268.4 TRLGSS establece que dichas acciones no afectarán al nacimiento del derecho a la prestación, y para que éste nazca debe preexistir la situación legal de desempleo por ser un requisito previo de éste. En cambio la calificación del despido que efectúe el órgano jurisdiccional sí podrá afectar a la existencia de la situación legal de desempleo. En efecto si la extinción disciplinaria es declarada procedente o improcedente con opción a la indemnización la situación legal de desempleo no se verá afectada; pero sí quedará afectada cuando el despido se considere improcedente optando por la readmisión o nulo que conlleva obligatoriamente la readmisión del trabajador, desapareciendo en estos dos supuestos la situación legal de desempleo, reputándose las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de prestación por desempleo como indebidas por causa no imputable a él, debiendo el empresario proceder a ingresar al servicio público de empleo las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que hubieran correspondido, con el límite de la suma de tales salarios [art. 268.5.b) TRLGSS]. Declarada la nulidad solo se apreciará la existencia de situación legal de desempleo cuando se acredite la imposibilidad de llevar a cabo la readmisión del trabajador por cese o cierre de la empresa, por la existencia de cualquier otra imposibilidad material o legal o por decisión de extinguir la relación por parte de la víctima de acoso laboral, sexual o por razón de sexo o de violencia de género en el trabajo (art. 268 LRJS).

La impugnación del despido declarado improcedente, cuando se haya optado por la indemnización, tanto si el recurso lo formula el empresario como si lo efectúa el trabajador, no afectará por sí misma a la situación legal de desempleo, dado que expresamente se establece que durante la tramitación del recurso, el trabajador se considerará en situación legal de desempleo involuntario [arts. 267.1.a)

3º TRLGSS y 111.1.b) LRJS].²⁹ Situación legal de desempleo durante el recurso que no se configura como situación diferenciada e independiente respecto de la que surge con el despido, sino la continuación de ésta última al recurrirse la resolución judicial.³⁰

Ahora bien, el resultado de la impugnación sí podrá afectar a la situación legal de desempleo, por ejemplo, si la sentencia de suplicación modifica la improcedencia por la nulidad, debe procederse a la readmisión y, en consecuencia, desaparecerá la situación legal de desempleo.³¹ Más difícil es sostener esta última conclusión cuando la sentencia de suplicación eleva la indemnización y el empresario, en aplicación de lo previsto en el artículo 111.1.b) LRJS modifica su opción inicial de indemnizar y procede a la reincorporación, porque el referido precepto procesal dice que la readmisión retrotraerá sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección no a la fecha de despido; de suerte que si afirmamos que desaparece la situación legal de desempleo habría un período de tiempo -el que transcurre desde la fecha del despido hasta la fecha de la primera opción empresarial- en la que no habría ni ingresos ni prestación pública; de ahí que deba defenderse que en este supuesto la situación legal de desempleo no se vería afectada por la readmisión, por lo menos, desde la fecha del despido hasta la fecha de la primera opción empresarial. Conclusión que puede sostenerse si tenemos presente que el artículo 111.1.b)

²⁹ Debe advertirse que la previsión contenida en el artículo 111.1.b) LRJS, es un claro ejemplo de descoordinación legislativa, dado que sigue haciendo referencia al artículo 208.3 del TRLGSS 1994.

³⁰ Entre otras, SSTs de 10 de marzo de 1998 (RJ 1998, 2380), 27 de abril de 1998 (RJ 1998, 3871), 18 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4659), 19 de mayo de 1998 (RJ 1998, 7432), 17 de junio de 1998 (RJ 1998, 5405). En la doctrina, por el contrario, DE LA CASA QUESADA, S.: *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, ob.cit., pág. 273, se afirma que se establece una nueva situación de paro involuntario.

³¹ En este sentido la STS de 5 de noviembre de 2002 (RJ 2003, 2697) establece de forma clara que acogida la nulidad del despido en la sentencia de suplicación queda sin efecto la declaración de improcedencia, así como las consecuencias derivadas de la misma, entre ellas, la situación legal de desempleo.

LRJS contempla la deducción de las cantidades percibidas en concepto de prestaciones por desempleo en el período comprendido entre la fecha de la primera opción y la de la segunda opción; período que, además, se consideran de ocupación cotizada a efectos de una futura prestación por desempleo.

Esta situación legal de desempleo que nace con el despido disciplinario del trabajador desaparece cuando declarada la nulidad o la improcedencia con opción a favor de la readmisión, no se reincorpora en la fecha comunicada por el empresario o no ejerce la acción de readmisión prevista en el artículo 279 LRJ [art. 267.2.c) TRLGSS]; solución plausible porque en dicha situación el trabajador decide perder su trabajo desapareciendo el presupuesto de involuntariedad en que se basa la acción protectora por desempleo.

El despido como situación legal de desempleo se circunscribe a la relación laboral que se ve extinguida, de suerte que no viene condicionado, en principio, por otras situaciones en las que se pueda encontrar el trabajador respecto a otras posibles relaciones laborales que tenga en vigor o suspendidas. Así, por ejemplo, cuando el trabajador, estando en situación de excedencia voluntaria en una empresa, es despedido por otra empresa para la que presta servicios se encuentra en situación legal de desempleo, siempre que en el momento del despido no pueda ejercer su derecho a reingreso preferente o, ejercitado este derecho, la empresa le comunique que no tiene puesto de trabajo vacante en ese momento.³²

³² Las STS de 24 de marzo de 2001 (RJ 2001, 4111) señalan que «cuando el trabajador que se encuentra en situación de excedencia, tanto laboral como administrativa, [...] desempeña en tal situación un nuevo trabajo y luego cesa en él en contra de su voluntad, si no ha transcurrido todavía el plazo inicial de la excedencia que le impide solicitar la reincorporación al primer trabajo, en el que ésta le fue concedida, no existe, por tal causa, obstáculo alguno que le impida estar comprendido en la situación legal de desempleo. Por consiguiente para poder excluir a dicho trabajador de esta situación no basta con que se acredite que el mismo se halla en situación de excedencia voluntaria relativa a una prestación de servicios anterior, sino que además es necesario que se constate que dicho empleado, en cuanto a esa situación de excedencia, está ya en condiciones de solicitar válidamente el reingreso a su antiguo puesto de trabajo o similar. Debiéndose añadir que, incluso si ese pla-

No se encontraría en situación legal de desempleo, en interpretación a contrario de la jurisprudencia, el trabajador despedido que se encuentra en situación de excedencia forzosa en virtud de la cual el trabajador tiene un derecho de reserva del puesto de trabajo no sujeto a condición alguna. En cualquier caso, como pauta general de la acción protectora por desempleo, conviene recordar que el trabajador que debiendo solicitar el reingreso en los supuestos previstos en la legislación laboral -suspensiones y excedencias- no lo realiza en el plazo establecido legalmente no se encontrará en situación legal de desempleo [art. 267.2.d) TRLGSS].

3.1.2. Despido colectivo

El despido colectivo es aquel que afecta a un número de trabajadores que alcanzan o superan los umbrales cuantitativos establecidos en el artículo 51.1 ET atendiendo al volumen de trabajadores de la empresa. Debe tenerse

zo ha transcurrido ya, tampoco existirá ningún impedimento para considerarlo incluido en la situación legal de desempleo en aquellos casos en que el interesado acredita que formuló en tiempo oportuno la solicitud de reingreso, pero tal solicitud no ha sido atendida por la correspondiente empresa u organismo público»; mientras que la STS de 29 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 5258) sostiene que «la realidad jurídica de que quien se halla en situación de excedencia voluntaria no tiene reconocido el derecho a reingresar en la empresa hasta tanto no haya transcurrido el período por el que aquélla le fue concedida, y aun entonces solo en el caso de que haya vacante de igual o similar categoría a la suya –art. 46.5 del Estatuto de los Trabajadores– o sea, no tiene derecho al reingreso más que al final del período de excedencia y aun así condicionado a la concurrencia de otros factores», de suerte que al encontrarse en «en pleno período de excedencia y por lo tanto sin derecho al reingreso, condicionar la concesión de este derecho a que reclame el reingreso en la primera empresa constituye una exigencia excesiva puesto que nadie puede ser obligado a pedir de otro algo que con toda claridad no le corresponde», consecuentemente «siendo cierto que [...] el trabajador se hallaba en excedencia por su voluntaria decisión, de ello no se puede deducir que su situación de desocupado deriva de aquella decisión inicial, ni exigirsele para destruir la condición de desempleado involuntario el previo intento de reincorporarse a la empresa cuando carece de todo derecho a ello, siendo que todavía faltaba mucho tiempo por concluir el período de excedencia», puesto que su «condición de desempleado deriva, en definitiva, del despido de que fue objeto por la segunda empresa para la que trabajó, y en tal condición debe reconocerse la condición de desempleado».

presente que no cualquier despido colectivo puede originar una situación legal de desempleo, puesto que el precepto es claro a la hora de señalar que para que la decisión empresarial de proceder a un despido colectivo pueda desplegar su virtualidad a efectos de apreciar la existencia de situación legal de desempleo debe ajustarse al procedimiento previsto en el artículo 51 del ET y desarrollado por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre (en adelante RPDC).

Este procedimiento consiste en la apertura de un período de consultas entre el empresario y los representantes de los trabajadores, de duración no superior a treinta o quince días naturales en función de si la empresa tiene, respectivamente, cincuenta o más trabajadores o no alcanza dicho umbral, que tiene por finalidad intentar alcanzar un acuerdo para lo cual deberá tratarse, como aspectos indispensables, la posibilidad de reducir los despidos colectivos y de minorar sus consecuencias abordando la adopción de medidas sociales de acompañamiento, entre las que se encontrarían pactar acciones de recolocación, de formación o de reciclaje profesional (arts. 51.2 ET y 7.1 RPDC). El período de consultas podrá terminar con acuerdo o sin acuerdo. Si se alcanza un acuerdo se deberá proceder a notificar individualmente los despidos acordados y si no se logra el acuerdo el empresario deberá dar a conocer a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral cuál es su decisión final y las condiciones en que se adopta (arts. 51.2 ET y 12.1 RPDC).

Debe advertirse que, tras la reforma laboral del 2012, se ha suprimido la necesidad de autorización del despido colectivo por la autoridad laboral, de suerte que su papel se circunscribe actualmente a ser órgano receptor de documentación, por cuanto se le debe comunicar tanto la apertura del período de consultas (art. 6.1 RPDC) como la decisión empresarial finalmente adoptada cuando tanto si se alcanza un acuerdo, debiendo entonces aportar una copia del mismo, como si no se concluye (art. 12.1 RPDC); ser órgano garante para un efectivo y real desarrollo del período de consultas, pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes, que no supondrán, en ningún caso, la paralización ni la suspensión del procedi-

miento (art. 10.1 RPDC); ser órgano de asesoramiento, formulando a las partes propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento y, en su caso, sobre el contenido e implantación del plan de recolocación externa, teniendo en cuenta la situación económica de la empresa. (art. 10.2 RPDC); ser órgano de mediación, con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo (art. 10.3 RPDC); así como órgano transmisor de la información facilitada por el empresario a la entidad gestora de las prestaciones,³³ a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y a la Administración de Seguridad Social (art. 6.2 RPDC).

La única intervención determinante que se ha mantenido en la esfera de decisión de la autoridad laboral ha sido la constatación de la existencia de fuerza mayor cuando ésta es la causa alegada por el empresario para proceder al despido (art. 51.7 ET y 31 RPDC), en el bien entendido que el papel que se le adjudica a la autoridad laboral en supuestos de fuerza mayor no es la autorización de los despidos sino la constatación de la existencia de aquélla, puesto que la decisión de extinguir los contratos es una facultad que corresponde exclusivamente al empresario (art. 51.7 ET y 33.3 RPDC). No obstante debe advertirse que aunque parece que el empresario tenga total libertad para adoptar el despido por fuerza mayor a la vista del tenor literal de los artículos 51.7 ET y 33.3 RPDC, realmente sí queda condicionada la decisión empresarial por la resolución

³³ El artículo 22 RPD, en la redacción dada por la DF 2ª RPDC, establecía que era la empresa y no la autoridad laboral la que debía comunicar la decisión extintiva al servicio público de empleo. Esta modificación fue anulada por la STS de 19 de mayo de 2015 (RJ 2015, 1583), al considerar que la previsión reglamentaria era contraria a lo dispuesto en el artículo 51.2 ET que atribuye dicha obligación informativa a la autoridad laboral y no a la empresa; afirmando, obiter dicta, para evitar malentendidos que «no considera que la imposición a la empresa de un deber de comunicación de las medidas de despido colectivo a la entidad gestora de las prestaciones de desempleo sea, por sí solo, ilegal. Lo que resulta contrario al art. 51.2 del Estatuto de los Trabajadores [...] es la supresión del deber de comunicación a la entidad gestora que, mientras las mencionadas normas legales no sean modificadas, pesa sobre la autoridad laboral». En consecuencia, la obligación de informar al servicio público de empleo sigue estando residenciada en la autoridad laboral.

administrativa porque, aunque no se dice expresamente, el empresario no podrá extinguir por fuerza mayor si la misma no queda reflejada en la resolución administrativa, ya que en el artículo 33.4 RPDC se señala que no habiéndose constatado la fuerza mayor el empresario podrá acudir al despido colectivo pero basándose en lo previsto en el Título I del RPDC, es decir, basándose en el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas. Esta indicación del legislador de la posibilidad a la que puede acogerse la empresa evidencia que no sería posible el despido colectivo por fuerza mayor si ésta no es constatada por la autoridad laboral, por lo que una implícita autorización sí que se mantiene para este supuesto concreto. En lo atinente a la acción protectora por desempleo, no puede apreciarse la existencia de situación legal de desempleo derivada de un despido colectivo por fuerza mayor que no es constatada por la autoridad laboral. Ahora bien, constatada la fuerza mayor por resolución judicial, en la doctrina se ha afirmado que la situación legal de desempleo se debe entender existente desde la fecha del hecho causante de aquélla;³⁴ sin embargo, dado que la constatación administrativa de la fuerza mayor es anterior a la decisión empresarial de extinguir el contrato, será la fecha de extinción la que origine la situación legal de desempleo, sin que quepa retrotraer dicha situación al momento en que se produjo el hecho que originó la fuerza mayor.

La extinción colectiva es por sí misma una situación legal de desempleo que es autónoma e independiente de cualquier otra realidad precedente a la extinción que se encuentre reconocida también como situación legal de desempleo, señaladamente la suspensión contractual. No es infrecuente que la primera medida empresarial que se adopte sea la suspensión colectiva y, con el transcurrir del tiempo, al mantenerse la causa que originó dicha medida se adopte la decisión de proceder a la extinción. Dada la autonomía de cada una de las situaciones legales de desempleo, configuradas por el legislador como supuestos diferenciados, estaremos ante dos prestaciones distintas, de ma-

nera que no podrá descontarse de la segunda el tiempo que ha durado la primera.³⁵

La configuración del despido colectivo como realidad que da lugar a la situación legal de desempleo plantea un problema interpretativo previo como es dilucidar si el artículo 267.1 a) 1º del TRLGSS está contemplando un único supuesto que sería el del despido colectivo adoptado por decisión del empresario, bien por seguir el procedimiento previsto en el artículo 51 del ET o bien por solicitarlo al juez del concurso; o, por el contrario, estamos en presencia de dos supuestos, el primero cuando sea decidido por el empresario siempre que haya seguido el procedimiento previsto legalmente en el artículo 51 del ET y el segundo cuando sea determinado mediante resolución judicial por el juez de lo mercantil si la empresa está en concurso.

La redacción del precepto en cuestión al establecer que la situación legal de desempleo se dará «en virtud de despido colectivo, adoptado por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el artículo 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal», no facilita la interpretación y la búsqueda de una solución. Partiendo de la dicción literal del precepto, si tenemos en cuenta que cuando la empresa está en concurso la decisión de adoptar el despido colectivo corresponde al juez del concurso y no al empresario (art. 64.7 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en adelante LC), puede afirmarse que el presupuesto de la configuración de esta situación de desempleo no puede ser el «despido colectivo adoptado por decisión del empresario», y, en consecuencia, se aprecia la existencia de dos supuestos de despido colectivo que se considerarían situación legal de desempleo: uno basado en la adopción de la extinción por decisión del empresario, y, el otro, que tiene como presupuesto la extinción resuelta por el juez del concurso.³⁶ La cuestión no es meramente

³⁴ CAVAS MARTÍNEZ, F. Y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "Comentario al artículo 208 LGSS", ob.cit., pág. 1092.

³⁵ Sobre el carácter autónomo y diferenciado de esta situación legal de desempleo se ha pronunciado las SSTs de 14 de febrero de 1994 (RJ 1994, 2473), 6 de febrero de 1997 (RJ 1997, 998).

³⁶ Aprecia dos supuestos, entre otros, DE LA CASA QUESADA,

dogmática porque como veremos ulteriormente tiene su incidencia práctica en la determinación del despido colectivo en el seno de una empresa en concurso a efectos de la existencia de la situación legal de desempleo.

Aunque realmente, son tres los supuestos que originan la situación legal de desempleo derivada de un despido colectivo. La desaparición de la personalidad jurídica del empresario no aparece expresamente mencionada en la enumeración de realidades que se catalogan como situación legal de desempleo. No debe concluirse que extinguida la personalidad jurídica de la empresa, los trabajadores de la misma se encuentran fuera de la acción protectora por desempleo al no encontrarse en situación legal de desempleo, dado que dicha realidad se asimila a un despido colectivo a efectos de apreciar la existencia de aquélla. En efecto, de acuerdo al artículo 49.1.g) del ET y el artículo 30 RPDC la extinción de la personalidad jurídica del contratante deberá tramitarse con sujeción al procedimiento previsto para el despido colectivo; lo que supone, en definitiva, que la extinción de la personalidad jurídica recibe el tratamiento de un despido colectivo, lo que permite apreciar la existencia de situación legal de desempleo.

Un sector de la doctrina sostiene que la extinción de la persona jurídica no opera automáticamente como situación legal de desempleo, sino que debe concurrir alguna de las causas empresariales contempladas en el artículo 51 ET.³⁷ Sin embargo, teniendo en cuenta, por un lado, que la desaparición de la personalidad jurídica se configura como causa de extinción diferenciada y autónoma en el artículo 49.1.g) ET frente a las causas objetivas acogidas en el artículo 49.1.1) ET, y, por otro, que tanto el artículo 49.1.g) ET como el artículo 30 RPDC se remiten a la configuración del despido colectivo solo a los efectos procedimentales, al establecerse que

la desaparición de la personalidad jurídica del contratante deberá tramitarse siguiendo el procedimiento previsto para el despido colectivo, no se está remitiendo a que tenga que darse alguna de las causas de éste. Debe afirmarse que la extinción de la personalidad jurídica se configura como situación legal de desempleo autónoma e independiente de las causas previstas para proceder a un despido colectivo.

Lo anterior no es óbice para reconocer que, a efectos de la configuración, como situación legal de desempleo del despido colectivo adoptado por el empresario, las causas que motivan dicha decisión no se circunscriben a las tradicionales causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, sino que incluye la desaparición de la personalidad jurídica del contratante, al amparo de la remisión contenida en el artículo 49.1.g) ET y 30 RPDC. Podrá decirse que realmente no es un despido colectivo sino una mera asimilación en cuanto a la tramitación procedimental a observar por el empresario; pero, realmente, desde el plano de la configuración de la situación legal de desempleo son tres los supuestos en los que cabe apreciarla derivada de un despido colectivo.

Al amparo de la configuración jurídica del despido colectivo anterior a la reforma laboral del 2012, que sujetaba la eficacia del mismo a la previa autorización por la autoridad laboral se había suscitado el interrogante acerca de si el servicio público de empleo resultaba vinculado por la resolución administrativa que autorizaba el despido, y, más concretamente, si resultaba vinculada en lo relativo a la relación de trabajadores afectados por dicha medida; de suerte que incluido un trabajador en la resolución de la autoridad laboral el servicio público de empleo debía considerarlo en situación legal de desempleo sin posibilidad alguna de controlar si realmente se encontraba incurso en ella. Polémica que fue zanjada por la jurisprudencia al sostener que la única instancia para apreciar la existencia de situación legal de desempleo era y es el servicio público de empleo, que no resultaba, ni resulta, vinculado por lo previsto en la resolución administrativa por la que se autorizaba el despido colectivo, dado que, primero, el servicio público de empleo es el que tiene la

S.: *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, ob.cit., 2008, pág.264.

³⁷ MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, ed. Tirant lo Blanch, 2013, pág. 221, y GARCÍA ORTEGA, J.: "Prestación por desempleo: contingencia protegida y requisitos de acceso", ob.cit., pág. 43.

competencia exclusiva para el reconocimiento del derecho a la acción protectora por desempleo, segundo, la autoridad laboral no podía declarar la situación legal de desempleo ya que se limita a autorizar la extinción de los contratos, sin competencia alguna para pronunciarse sobre la naturaleza laboral de las relaciones laborales incluidas en el despido colectivo; y, tercero, la situación de desempleo surge con la comunicación empresarial de extinción.³⁸

Si bien esta jurisprudencia ha perdido virtualidad operativa respecto a la autoridad laboral al desaparecer la autorización administrativa como presupuesto necesario para la validez del despido colectivo, mantiene su eficacia respecto a la decisión del empresario, de suerte que la inclusión de trabajadores en el despido colectivo no vincula al servicio público de empleo, que actualmente, sigue teniendo en exclusiva la gestión y control de las prestaciones por desempleo [art. 18 j) Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Empleo].

La situación legal de desempleo derivada de un despido colectivo requiere que la relación laboral esté en vigor, no se encuentre suspendida sin derecho a reserva del puesto de trabajo. No estaría en situación legal de desempleo el trabajador que incluido en el despido colectivo se encuentra en excedencia voluntaria en la empresa, estando trabajando para otra empresa, por cuanto que solo mantiene una expectativa de reingreso preferente pero no tiene un derecho de reserva del puesto de trabajo. Aunque la jurisprudencia no se ha pronunciado explícitamente sobre esta cuestión sí que ha negado el derecho al cobro de indemnización al trabajador que, estando en excedencia voluntaria, es incluido en el despido colectivo,³⁹ dado que «la situación

del excedente voluntario es la de quien en su propio interés se ha separado de la empresa y a quien nuestro derecho, por tal razón, no le reconoce el derecho a reingresar en la empresa cuando transcurra el período de excedencia sino tan solo la expectativa de poder ser readmitido y solo en el supuesto de que la empresa en el momento de la solicitud tuviera puestos de igual o similar categoría -art. 46 ET-. En esta situación se considera que dicho trabajador en realidad no pierde su puesto de trabajo cuando la empresa extingue las relaciones laborales con sus trabajadores por cualquiera de las causas que justifican el despido colectivo conforme a lo previsto en el art. 51 del ET, sino aquella expectativa en nada equivalente a un puesto de trabajo que es lo que el precepto precitado quiere indemnizar».⁴⁰ Si no hay pérdida de puesto de trabajo sino únicamente se pierde una simple expectativa no se da el presupuesto esencial de la acción protectora, que es la pérdida de actividad, no pudiendo apreciarse, por tanto, la existencia de una situación legal de desempleo.

El mantenimiento de un papel determinante de la autoridad laboral en el despido colectivo por fuerza mayor, al asignársele la constatación de dicha circunstancia, plantea un problema cuando impugnada judicialmente dicha resolución administrativa, el órgano judicial la revoca al considerar que no existe fuerza mayor. Se plantea entonces la virtualidad de la existencia de la situación legal de desempleo nacida al amparo de una resolución administrativa que se deja sin efecto. Debe llamarse la atención que no se impugna la decisión de despido, sino la resolución administrativa que constata la existencia de la causa. Si lo impugnado fuese el despido, habría que estar a lo dispuesto en el artículo 268.5 del TRLGSS y el artículo 111 LRJS. Al amparo de la configuración del despido colectivo anterior a la reforma del 2012, se suscitó parecido dilema cuando se revocaba la autorización administrativa; dilema que fue resuelto por la jurisprudencia aplicando analógicamente la previsión contenida para el despido improcedente en el precepto procesal.⁴¹ Dicha solución sigue siendo aplicable en el supuesto

³⁸ SSTs 14 de abril de 1997 (RJ 1997, 3063), 18 de marzo de 1998 (RJ 1998, 3724), 4 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 9109), 4 de abril de 2000 (RJ 2000, 3517), 21 de febrero de 2000 (RJ 2000, 2060).

³⁹ Por todas, SSTs de 25 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9676), 26 de octubre de 2006 (RJ 2006, 6685), 13 y 29 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 9760 y 9131) y 19 de enero de 2007 (RJ 2007, 1912), 28 y 29 de enero de 2008 (RJ 2008, 2561 y 2893), 24 de junio de 2008 (RJ 2008, 5368).

⁴⁰ STS 29 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 9131).

⁴¹ STS de 30 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 10045).

de anulación judicial de la resolución administrativa sobre existencia de fuerza mayor, de manera que dicha revocación no afectará a la situación legal de desempleo, ni el trabajador tendrá que reintegrar lo percibido.

En el supuesto de la situación legal de desempleo derivada de la resolución del juez del concurso se plantea dos interrogantes. El primero derivado de la posibilidad de que el despido colectivo puede ser instado por la empresa concursada, el administrador concursal o los trabajadores a través de sus representantes legales (art. 64.2 LC). Si la extinción colectiva es instada por los trabajadores cabe preguntarse si es admisible la existencia de la situación legal de desempleo ante la ausencia de involuntariedad en la extinción de los contratos o, dicho de otra forma, es posible apreciar una situación involuntaria de pérdida de actividad cuando la extinción es instada por los trabajadores. La respuesta debe ser afirmativa, en primer lugar, porque el artículo 267.1.a) 1º TRLGSS solo habla de «resolución judicial» sin restringirla a que sea solicitada por el empresario, no debiendo olvidarnos de que se configura como un supuesto de extinción colectiva diferenciado del despido colectivo por decisión del empresario que se sujeta al procedimiento previsto en el Estatuto de los Trabajadores; en segundo lugar, porque, realmente, no cabe apreciar voluntariedad en la decisión del trabajador, ya que está vendrá motivada por una previa situación deudora del empresario -en situación de concurso- hacia el trabajador; debiendo recordar que ésta es la razón que subyace -una previa decisión empresarial o conducta de un tercero- realmente en otros supuestos de extinción contractual por voluntad del trabajador que sí se recogen expresamente como situación legal de desempleo como son las extinciones en supuestos de movilidad geográfica, modificación de condiciones de trabajo, incumplimientos graves de las obligaciones empresariales o a consecuencia derivada de la condición de víctima de violencia de género (art. 267.5 TRLGSS).

El segundo dilema gira en torno al momento en que se debe apreciar la situación legal de desempleo, más concretamente, si el auto del juez del concurso puede retrotraer sus efectos a una fecha anterior a aquélla en

la que se dictó dicho auto o, por el contrario, la situación legal de desempleo nacerá con el auto judicial. Debe recordarse que estando una empresa en concurso, instada la extinción -o la suspensión- colectiva, es el juez del concurso el que mediante auto judicial debe, si hay acuerdo, aceptarlo salvo que aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, y si no lo hay, resolver lo que proceda de sujeción a lo previsto en la legislación laboral (art. 64.7 párrafo 1º LC).

Sucede, no obstante, que la redacción original del párrafo 2º del artículo 64.7 LC al establecer que «el auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, producirá las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la Autoridad Laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo», omitía cualquier referencia a la fecha de efectos y provocaba la duda expuesta, lo que llevó a la doctrina judicial a admitir la posibilidad de que el juez del concurso pudiera establecer en la resolución o dar por bueno un acuerdo en el que la fecha de efectos fuera anterior a la del auto judicial.⁴² Se ha venido admitiendo, por tanto, la eficacia retroactiva del auto del juez del concurso a la hora de establecer los efectos de la extinción colectiva y, en consecuencia, la apreciación de la situación legal de desempleo, al considerarse por un lado que dicho párrafo del artículo 64.7 LC en relación con el artículo 51 del ET no impide expresamente la eficacia retroactiva al omitir referencia alguna sobre la fecha de efectos, y, por otro lado, la norma de procedimiento administrativo -en su momento el artículo 57.3 de la Ley 30/1992, RJPAC, y actualmente el artículo 39.3 de la Ley 39/2015, PACAP- reco-

⁴² SSTSJ País Vasco 6 de febrero de 2007 (AS 2007, 1241), 29 de junio 2010 (JUR 2010, 415656); SSTSJ Castilla-La Mancha 30 de junio de 2010 (JUR 2010, 276277), 19 de octubre de 2010 (JUR 2010, 414700), 25 de octubre de 2010 (JUR 2011, 16562), 23 de noviembre de 2011 (JUR 11 47777); TSJ Galicia 21 de mayo de 2014 (JUR 2014, 208048); SSTSJ Aragón de 14 de junio de 2010 (JUR 2010, 370887), 21 de junio de 2010 (AS 2011, 240), 23 de junio de 2010 (JUR 2010, 388444); SSTSJ Cataluña 9 de junio de 2011 (JUR 2011, 290981), 21 de julio de 2010 (AS 2010, 2226); STSJ Asturias 20 de julio de 2012 (AS 2012, 2511), 20 de septiembre de 2012 (JUR 2012, 366128); STSJ Madrid 15 de septiembre de 2014 (JUR 2014, 292915).

noce excepcionalmente eficacia retroactiva a los actos administrativos que produzcan efectos favorables al interesado -argumento que tenía su razón de ser cuando el despido colectivo estaba sujeto a autorización judicial-.

Aunque algún sector de la doctrina científica,⁴³ e incluso alguna resolución judicial,⁴⁴ sigue manteniendo la vigencia de la eficacia retroactiva del auto del juez del concurso, debe afirmarse, al amparo de la reforma de la norma concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre -cuya entrada en vigor se produjo el 1 de enero de 2012 (Disposición Final 3ª Ley 38/2011)-, que la situación legal de desempleo derivada de una resolución del juez del concurso no puede retrotraerse a un momento anterior a esta última, dado que el párrafo 2º del artículo 64.7 LC se modificó introduciendo una referencia expresa a la fecha de efectos, estableciéndose que «el auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, surtirá efectos desde la fecha en que se dicte, salvo que en el auto se disponga otra fecha posterior»; de suerte, que actualmente la norma aplicable solo contempla la posibilidad de fijar una fecha posterior a la fecha en que se dicta el auto, no admitiéndose la posibilidad de fijarla en un momento anterior al mis-

mo. La posible incidencia de la modificación legislativa en la admisibilidad de la eficacia retroactiva de la situación legal de desempleo derivada del auto del juez del concurso ya ha sido anunciada en sede judicial en algunos pronunciamientos en los que, se advierte de la importancia de la modificación de la norma concursal, aunque se reconoce la eficacia retroactiva por tratarse de hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma de la LC.⁴⁵

Esta situación legal de desempleo se podrá acreditar bien mediante comunicación escrita del empresario, en la que se deberá hacer constar la causa de la extinción así como la fecha de efectos de aquella, o bien mediante acta de conciliación administrativa o resolución judicial definitiva. Aunque se habla de dos posibles medios de acreditación, realmente, son tres, puesto que también es documento válido el certificado de empresa siempre que consten en él la causa y fecha de efectos de la situación legal de desempleo; fecha que habrá de ser en todo caso coincidente con, o posterior a la fecha en que se comunique por el empresario a la autoridad laboral la decisión empresarial adoptada sobre el despido colectivo [art. 267.3.a) TRLGSS].

A cualquiera de estos medios de acreditación debe acompañarse, como documentación complementaria, la comunicación de la autoridad laboral a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, de la decisión de la decisión empresarial de despido colectivo, en la que deberá constar la fecha en la que el empresario ha comunicado su decisión a la autoridad laboral, la causa de la situación legal de desempleo, los trabajadores afectados, si el desempleo es total o parcial, y en el primer caso si es temporal o definitivo; debiendo acompañarse, además, el informe emitido por la Inspección de Trabajo (DA 2ª RPDC) que versará sobre los extremos de la comunicación empresarial y sobre el desarrollo del período de consultas (art. 11.2 RPDC).

⁴³ GARCÍA ORTEGA, J.: "Prestación por desempleo: contingencia protegida y requisitos de acceso", *ob.cit.*, pág. 47, quien afirma que los efectos se producen a partir de la fecha del auto judicial u otra posterior, aunque da noticia de que la doctrina judicial acepta la eficacia retroactiva del auto judicial, sin manifestar su posible derogación o vigencia. GARCÍA GIL, Mª.B.: *Protección de los desempleados*, *ob.cit.*, págs. 48-49, sí afirma la vigencia de la doctrina judicial que sostiene la eficacia retroactiva.

⁴⁴ Se trata de la STSJ Madrid 15 de septiembre de 2014 (JUR 2014, 292915), que enjuiciando unos hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma de la Ley Concursal, mantiene el criterio tradicional de reconocer eficacia retroactiva a la situación legal de desempleo derivada del auto del juez del concurso. Debe advertirse, no obstante, que en dicho pronunciamiento no se razona sobre la modificación legislativa y su posible alcance, dado que el debate se centra en el respeto a lo establecido en el auto judicial que no es impugnado por el servicio público de empleo; subyace, por tanto, como cuestión controvertida el respeto a la institución de la cosa juzgada. Argumentación sobre la cosa juzgada que también está presente en las SSTSJ Aragón de 14 de junio de 2010 (JUR 2010, 370877), 21 de junio de 2010 (AS 2011, 240), 23 de junio de 2010 (JUR 2010, 388444).

⁴⁵ Véase STSJ Asturias 20 de julio de 2012 (AS 2012, 2511), 20 de septiembre de 2012 (JUR 2012, 366128).

3.1.3. Extinción por razones objetivas

Otra de las situaciones legales de desempleo es la extinción objetiva del contrato de trabajo (267.1 a) 4º TRLGSS), supuesto extintivo al que se refiere el artículo 52 ET que procede a identificar como causas objetivas la ineptitud del trabajador sobrevenida o conocida ulteriormente a su contratación, la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas introducidas en el puesto de trabajo, la afectación individual o plural de causa económica, técnica, organizativa o productiva, las faltas de asistencia al trabajo o la insuficiencia de consignación para la ejecución de planes y programas públicos.

El nacimiento de esta situación legal de desempleo se produce desde la fecha de efectos que consta en la comunicación empresarial, sin necesidad de que el trabajador impugne la decisión empresarial (art. 268.5 TRLGSS). Solución legal que ya había sido avalada por la jurisprudencia, tanto en lo relativo a la fecha de apreciación de la situación legal de desempleo como a la innecesidad de impugnación, cuando la normativa omitía cualquier referencia expresa sobre ambas cuestiones, al entenderse, por un lado, que debía distinguirse entre el momento de la extinción del contrato y el día de declaración formal de la situación de desempleo, concluyendo que en la medida en que el acto formal de la declaración califica un hecho que ha tenido lugar en un momento anterior, se produce una discrepancia que ha de resolverse a favor de un criterio material, conforme al cual la fecha de extinción prevalece sobre la de su declaración formal;⁴⁶ y, por otro lado, que exigirle al trabajador la impugnación del despido objetivo para obtener la prestación de desempleo supondría imponerle una carga procesal que, al no estar prevista en ninguna disposición legal, sería contraria al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.⁴⁷

Las posibilidades documentales que pueden ser utilizados para acreditar esta situación legal de desempleo se reducen a dos, a saber: la comunicación escrita en la que se haga constar la causa y la fecha -aunque a este último elemento no haga referencia expresa el artículo 53 del ET al que se remite la DT 28ª 3º TRLGSS- o el acta de conciliación administrativa o judicial o resolución judicial declarando la procedencia o improcedencia del despido; debiendo acompañarse, al acta de conciliación o a la resolución judicial, documento que acredite que no se ha optado por la readmisión en las extinciones calificadas como improcedentes (DT 28ª 3º TRLGSS). Al igual que en el despido disciplinario, y atendiendo al mismo razonamiento, el acta de conciliación o resolución judicial debe contener una declaración expresa de la procedencia o improcedencia.

Llama la atención que en las extinciones objetivas no se enumere por la norma legal entre los mecanismos de acreditación la certificación empresarial, cuando perfectamente puede cumplir dicha finalidad en términos similares a como lo hace en el despido disciplinario. Sin embargo, el artículo 1.6 RPD sí admite el certificado de empresa como mecanismo acreditativo de la situación legal de desempleo al establecer que cuando la situación legal de desempleo se acredite por comunicación o notificación escrita por el empresario, la causa y fecha de efectos de dicha situación deberá figurar en el certificado de empresa «considerándose documento válido para su acreditación». Se plantea, entonces, la duda de si con la entrada en vigor del TRLGSS ha sobrevenido un desarrollo reglamentario contra *legem*, cuya consecuencia sería la pérdida de vigencia del precepto reglamentario en lo relativo a la acreditación de la extinción objetiva mediante el certificado de empresa. Desde un punto de vista material, carece de sentido negar eficacia probatoria de la situación legal de desempleo al certificado de empresa.⁴⁸ Desde un punto de vista jurí-

⁴⁶ SSTs de 27 de octubre de 1997 (RJ 1997, 8020), 10 de noviembre de 1997 (RJ 1998, 734), 27 de enero de 1999 (RJ 1999, 1110), 22 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 8213), 4 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7001).

⁴⁷ SSTs de 24 de julio de 2001 (RJ 2001, 7926), 26 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 3752), 27 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9677), 13 de febrero de 2002 (RJ 2002 3788).

⁴⁸ QUINTANILLA NAVARRO, Y. B.: "Comentario al artículo 267 LGSS", en SEMPERE NAVARRO, A.V. y BARRIOS BAUDOR, G. (dirs.): *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social. Volumen V*, ed. Aranzadi-Thomson-Reuters, 2018, pág. 78, parece sostener la eficacia probatoria del certificado de empresa por cuanto al tratar la extinción objetiva como causa de situación legal de

dico, en la medida en que el precepto reglamentario concibe el certificado como un documento complementario a la carta de despido, a la que sí considera documento acreditativo el precepto legal, puede sostenerse que el otorgamiento de eficacia probatoria del certificado de empresa que contiene el precepto reglamentario encuentra cobertura en el precepto legal.

Se ha observado por la doctrina, acertadamente, que la situación legal de desempleo derivada de una extinción objetiva esta menos expuesta a posibles conductas fraudulentas que el despido disciplinario, dado que su perfección exige la entrega de una determinada indemnización al trabajador en los términos previstos en el artículo 53.1.b) ET.⁴⁹ No obstante, esta situación legal de desempleo también se somete a las facultades de control que el artículo 297 TRLGSS reconoce al servicio público de empleo, consistentes en poder exigir al trabajador la acreditación del cobro de la indemnización, solicitar la actuación de la Inspección de Trabajo cuando la indemnización no se hubiera percibido, ni se hubiera interpuesto demanda judicial en reclamación de dicha indemnización o de impugnación de la decisión extintiva o suspender el pago de la prestación por desempleo si apreciara indicios suficientes de fraude.

Los posibles efectos de la impugnación de la extinción objetiva son los mismos que los previstos para el despido disciplinario, incluida la consideración de situación legal de desempleo cuando la extinción improcedente es recurrida en suplicación, aunque no por aplicación del TRLGSS que guarda silencio sobre dicho supuesto sino en virtud del artículo 111.1.b) LRJS, de aplicación supletoria en las extinciones objetivas por cuanto el artículo 120 LRJS se remite al procedimiento de despido disciplinario, a salvo de las especialidades previstas en los artículos 121 y 122 LRJS, ninguna de las cuales hace referencia

a los efectos de la impugnación de un despido improcedente.

3.1.4. Extinción durante el período de pruebas

Nuestro ordenamiento permite el establecimiento de un período de prueba para cuya validez se requiere que conste por escrito y que no supere la duración máxima prevista en el convenio colectivo de aplicación y, en defecto de previsión convencional, no supere el plazo de seis meses si el trabajador es un técnico o de dos meses para el resto de trabajadores (art. 14.1 ET).

La extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba se configura como situación legal de desempleo en el artículo 267.1.a) 7^º TRLGSS, siempre que la resolución contractual se deba a la voluntad del empresario, dado que si la resolución se debe al trabajador no se da el presupuesto de involuntariedad que caracteriza a la acción protectora por desempleo.

Para evitar conductas fraudulentas, consistentes en simular una causa de extinción para obtener una prestación de desempleo a la que no se tiene derecho por ceses acaecidos con anterioridad en el tiempo, esta situación legal de desempleo solo será operativa bien si el trabajador hubiera visto extinguido su anterior relación laboral por alguna de las causas configuradas como situación legal de desempleo o bien si hubiera transcurrido un plazo de tres meses desde dicha extinción -tégase en cuenta que este período se fija desde la anterior extinción contractual, no se refiere a la duración mínima del período de prueba-. El legislador ha procedido a concretar la posible existencia de fraude⁵⁰ -a objetivar las posibles conductas fraudulentas- en dos conductas, fuera de las cuales, no es posible apreciarlo a efectos de negar esta situación legal de desempleo.⁵¹

desempleo incluye dicha posibilidad.

⁴⁹ En este sentido FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *La situación legal de desempleo*, ob.cit., pág. 126; GARCÍA ORTEGA, J.: "Prestación por desempleo: contingencia protegida y requisitos de acceso", ob.cit., pág. 58.

⁵⁰ Véase AGUILERA IZQUIERDO, R.: "El fraude de ley en el acceso a las prestaciones por desempleo: la sucesión de contratos", *Aranzadi Social*, nº 6, 2005.

⁵¹ En este sentido la STSJ Cataluña de 14 de mayo de 2015 (AS 2015, 1253), señala que «resulta intrascendente la

En relación al plazo de tres meses,⁵² aunque la jurisprudencia ha llegado a afirmar *obiter dicta* que «el legislador pensó que ahuyentaba el peligro del fraude, y hasta la existencia del mismo, con exigirse al operario que, cuando la extinción, durante el período de prueba, del segundo contrato, hubieren transcurrido ya tres meses desde la extinción del primer contrato»,⁵³ es cuestionable la eficacia⁵⁴ de dicho lapso de tiempo como mecanismo disuasorio de conductas fraudulentas encaminadas a obtener de forma indebida prestaciones de desempleo. Debería abordarse una posible reforma de dicho plazo encaminada a ampliarlo, como mínimo, a seis meses.

Esta situación de desempleo se acreditará mediante la comunicación escrita del empresario resolviendo el contrato durante el período de prueba [art. 1.1.k) RPD], siendo también válido el certificado de empresa siempre

existencia o inexistencia de fraude de ley en la contratación y cese en la segunda empresa para que un trabajador pueda lucrar una prestación de desempleo cuando previamente había cesado por baja voluntaria en su anterior empresa, prueba que en muchos casos resultaba enormemente difícil, siendo lo trascendente un hecho objetivo como es si la nueva relación laboral ha durado o no más de tres meses».

⁵² Cabe recordar que en relación a este plazo de tres meses el ATC 229/1999, de 29 de diciembre (RTC 1999, 229 AUTO) señala que no se puede sostener que «impida o dificulte la promoción y elección de trabajo, pues resulta evidente que no impone ninguna condición obstativa o gravosa para quien desea buscar un empleo acorde con su formación o deseo de mejorarlo. El art. 35.1 CE protege frente a aquellas medidas que impidan desarrollar con libertad una determinada actividad profesional, proscribiendo que los Poderes Públicos pueden impedir la elección de oficio o profesión, pero ni garantiza el derecho a realizar cualquier actividad que desee el individuo o que aquella elección carezca de límites; y la promoción a través del trabajo nada tiene directamente que ver con el libre desarrollo de la personalidad o la protección del acceso a un puesto de trabajo adecuado a la capacitación de cada cual, sino que en el marco del puesto de trabajo se garantiza la adecuación de los servicios efectivamente prestados a la aptitud profesional y su mejoramiento. [...] El art. 35 CE no garantiza la ausencia de riesgos en esa decisión, sino que ningún poder público la impida, restrinja o desaliente ilícitamente, y no parece que [...] establecer un plazo de tres meses] así lo haga [...]; sin perjuicio, claro está de que lo dispuesto por ese precepto legal constituya un riesgo que deba valorar quien adopte la decisión de cambiar voluntariamente de empleo».

⁵³ STS de 6 de febrero de 2003 (RJ 2003, 3086).

⁵⁴ En este sentido CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «Comentario al artículo 208 LGSS», ob.cit., pág. 1096.

que conste la causa de la resolución extintiva y la fecha de efectos (art.1.6 RPD). Acertadamente se ha afirmado que, en la medida en que la existencia del período de prueba no puede presumirse y debe enmarcarse dentro de ciertos límites temporales, la comunicación empresarial debe referirse también al período de prueba.⁵⁵

3.2. Extinción por voluntad del trabajador

El artículo 267.1 a) 5º del TRLGSS viene a acoger la posibilidad de considerar como situación legal de desempleo el cese en el trabajo decidido por el trabajador en los supuestos previstos en los artículos 40, 41.3, 49.1 m) y 50 ET. Puede llamar la atención que se incluyan dentro de las situaciones legales de desempleo realidades en las que es el trabajador el que decide poner fin al vínculo laboral, sobre todo, si tenemos en cuenta que la acción protectora se dispensa a partir de la premisa de la involuntariedad en la pérdida del puesto de trabajo (art. 262.1 TRLGSS); premisa que resulta confirmada cuando expresamente el legislador establece que no se apreciará la situación legal de desempleo cuando el trabajador cese por su propia decisión en el desarrollo de la actividad laboral [art. 267.2.a) TRLGSS]. Realmente no estamos ante una verdadera resolución imputable única y exclusivamente a la voluntad del trabajador -supuesto en el que sí quedaría excluida la acción protectora- sino que en la conformación de la decisión extintiva del trabajador hay una causa previa que procede de una decisión empresarial o de un tercero con el que se ha tenido una relación afectiva.⁵⁶

⁵⁵ LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F. y VIOQUEIRA PÉREZ, C.: «La protección por desempleo», ob.cit., pág. 643.

⁵⁶ Ya hace tiempo que MONEREO PÉREZ, J.L.: *El sistema de protección por desempleo*, ed. Tirant lo Blanch, 1997, pág. 125, indicó que estos supuestos de resolución por parte del trabajador se podría apreciar en unos supuestos resolución por lesión y en otros resolución por incumplimiento de las obligaciones empresariales dimanantes del contrato de trabajo. Más moderadamente, BLÁZQUEZ AGUADO, E.M.: *Prestaciones por desempleo*, ob.cit., pág. 56 señala que el trabajador resuelve el contrato «empujado» por una decisión previa empresarial; y GARCÍA GIL, Mª.B.: *Protección de los desempleados*, ob.cit., pág. 59, habla que lo que se produce es una reacción del trabajador ante un

La enumeración de los supuestos por referencia a los preceptos estatutarios requiere efectuar una serie de matizaciones. En primer lugar, en relación al artículo 40 del ET, dedicado a la movilidad geográfica, la situación legal de desempleo solo puede entenderse referida al traslado, ya sea individual o colectivo, nunca al desplazamiento, dado que solo para el traslado se contempla la posibilidad de que el trabajador pueda solicitar la extinción indemnizada de su contrato de trabajo (art. 40.1 y 2 ET). En segundo lugar, la remisión al artículo 41.3 ET, supone, en principio, que la situación legal de desempleo se constituye respecto a la extinción instada por el trabajador ante una modificación individual, pero debe extenderse también al supuesto de modificación colectiva⁵⁷ por cuanto, la misma se resuelve finalmente en notificaciones individuales a las que se reconoce, en el artículo 41.4 ET, las opciones que se establecen para la modificación individual, incluida la extinción indemnizada. Además, la remisión al artículo 43.1 ET, supone que no cualquier modificación sustancial permite extinguir el contrato, y, originar la situación legal de desempleo, sino solo aquellas que afecten a la jornada de trabajo,⁵⁸ horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistemas de remuneración y cuantía salarial y movilidad funcional que exceda de la prevista en el artículo 39 ET.

Las otras dos posibilidades de situación legal de desempleo se derivan, una, de la decisión extintiva de la trabajadora obligada a abandonar el trabajo por ser víctima de violencia de género,⁵⁹ la otra, la extinción por in-

cambio o perjuicio laboral o una situación insostenible para él.

⁵⁷ MONEREO PÉREZ, J.L. y VIÑAS ARMADA, J.M.: "Comentario al artículo 208 LGSS", ob.cit., pág. 1579; GARCÍA ORTEGA, J.: "Prestación por desempleo: contingencia protegida y requisitos de acceso", ob.cit., pág. 63.

⁵⁸ La STS de 18 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 5532) en un supuesto de extinción contractual por parte del trabajador ante una reducción de jornada llevada cabo por el empresario al amparo del artículo 41 ET, considera que la situación legal de desempleo que debe apreciarse es la derivada de la rescisión voluntaria del trabajador y no la derivada de una reducción de jornada.

⁵⁹ En este supuesto, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *La situación legal de desempleo*, ob.cit., pág. 147, afirma, acertadamente, que la decisión no le es imputable a la trabajadora que se ve

cumplimientos graves del empresario en los términos del artículo 50 del ET.

Como regla general la situación legal de desempleo nace en la fecha en que se produce la extinción, de suerte que si la extinción trae su causa de una decisión empresarial de movilidad geográfica, de modificación sustancial de condiciones laborales o por razón de violencia de género la situación de desempleo existe desde la fecha extintiva establecida, normalmente, por el trabajador;⁶⁰ mientras que si la extinción se articula en alguna de las causas del artículo 50 del ET su existencia se constatará en la fecha de emisión de la resolución judicial que constituye la extinción al estimar el incumplimiento empresarial alegado por el trabajador, pues la decisión de este último es meramente declarativa. En este último supuesto, al ser la resolución judicial la que determina la existencia de la situación legal de desempleo, su impugnación por el empresario no afectará a esta última, dado que el trabajador se encontrará en situación legal de desempleo durante la tramitación del recurso si optó por cesar en la prestación de servicios (art. 303.3 LRJS).

La acreditación de algunas de las extinciones que se engloban en esta situación legal de desempleo presenta dificultades interpretativas al no decirse nada en el artículo 267.3 TRLGSS y mantenerse en la norma reglamentaria previsiones que responden a configuraciones legales de la movilidad geográfica y de la modificación sustancial ya derogadas, siendo urgente acometer su reforma. En relación a la extinción derivada del traslado, la norma reglamentaria señala como mecanismos de acreditación la resolución de la autoridad laboral autorizando el traslado del trabajador y certificación del empresario de que aquél ha optado por la extinción del contrato [art. 1.1.g) RPD]; mientras que para

forzada a tal decisión por padecer una situación de violencia doméstica. En términos similares, DE LA CASA QUESADA, S.: *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, ob.cit., pág. 270.

⁶⁰ Como advierte GARCÍA ORTEGA, J.: "Prestación por desempleo: contingencia protegida y requisitos de acceso", ob.cit., pág. 61, refiriéndose a los traslados, la extinción opera de forma automática y sin necesidad de convalidación judicial.

la resolución originada por una modificación sustancial de condiciones laborales se establece la certificación del empresario de haber sido aceptada por los representantes legales de los trabajadores la modificación y de que el trabajador afectado ha optado por la extinción del contrato, y si no existe acuerdo con los representantes legales de los trabajadores se acompañará resolución de la autoridad laboral [art. 1.1.h) RPD]. No se entiende muy bien la omisión a nivel legal sobre la concreción de los medios de documentación de esta situación legal de desempleo derivado de estos dos supuestos, como tampoco se entiende bien que no se haya aprovechado la acción de refundición para acabar con dicha omisión; cuando la actual regulación sustantiva de los traslados y de las modificaciones sustanciales desde la última reforma laboral ya evidenciaba la necesidad de una intervención legislativa en este aspecto.

Ante esta omisión, y por aplicación analógica de la previsión legal relativa a la extinción por violencia de género contenida en el artículo 267.3.b) TRLGSS que establece como documento idóneo la comunicación empresarial, debe procederse a una reformulación de las previsiones reglamentarias que pasa por considerar como documentos idóneos -tanto si deriva de un traslado como si deriva de una modificación sustancial, sean individuales o colectivos- la comunicación empresarial del traslado o de la modificación sustancial a la que habrá que acompañar de certificación del empresario relativa a que el trabajador ha optado por la extinción del contrato. Se ha apuntado en la doctrina que en la decisiones de índole colectiva debe acreditarse, además, la realización del período de consultas y, en su caso, el acuerdo alcanzado en el mismo;⁶¹ no obstante, en la medida en que los traslados y modificaciones colectivas al final tienen que ser notificadas individualmente, sería suficiente aportar esta última. También se ha afirmado en la doctrina que solo sería su-

ficiente la certificación empresarial en la que conste la opción del trabajador por extinguir el contrato.⁶² No obstante, vista la configuración legal de la situación legal de desempleo que viene referida, no a cualquier resolución del contrato por parte del trabajador sino en los supuestos tasados, como son los traslados y las modificaciones sustanciales de determinadas condiciones de trabajo debe acreditarse, además de la opción del trabajador por la rescisión, que ésta se debe a uno de estos supuestos.

Tampoco encontramos referencia legal a la posible acreditación de la situación legal de desempleo derivada de la extinción ex artículo 50 ET, aunque en este supuesto la previsión reglamentaria no presenta problemas aplicativos, de suerte que será la resolución judicial definitiva declarando extinguida la relación laboral el mecanismo de acreditación [art. 1.1 i) RPD]. Se viene admitiendo jurisprudencialmente,⁶³ por aplicación analógica de las previsiones contenidas en el despido, la validez del acta de conciliación como documento eficaz para demostrar la situación legal de desempleo, no siendo necesaria la resolución judicial si las partes acuerdan la extinción en conciliación.

La acreditación de la situación originada en la extinción operada por la trabajadora víctima de violencia de género -única prevista legalmente- se realizará por comunicación escrita del empresario sobre la extinción de la relación laboral, a la que habrá que acompañar la orden de protección a favor de la víctima o, en su defecto, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género [art. 267.3.b) TRLGSS]. Siendo imprescindible para apreciar esta situación legal de desempleo derivada de violencia de género la existencia de orden de protección o de informe de indicios del Ministerio Fiscal.⁶⁴

⁶¹ DE LA CASA QUESADA, S.: *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, ob.cit., pág. 269; CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "Comentario al artículo 208 LGSS", ob.cit., pág. 1094; QUINTANILLA NAVARRO, Y. B.: "Comentario al artículo 267 LGSS", ob.cit., págs. 78-79, solo para la extinción derivada de un traslado.

⁶² Para GARCÍA ORTEGA, J.: "Prestación por desempleo: contingencia protegida y requisitos de acceso", ob.cit., pág. 62 y GARCÍA GIL, M^a.B.: *Protección de los desempleados*, ob.cit., pág. 61, aunque solo referido al traslado.

⁶³ STS de 14 de julio de 1994 (RJ 1994, 6663).

⁶⁴ STSJ País Vasco de 2 de febrero de 2010 (AS 2010, 926).

La verificación de esta situación legal de desempleo por el servicio público de empleo se sujeta a las posibilidades que ofrece el artículo 297 TRLGSS, de manera que podrá exigirse al trabajador la acreditación del cobro de la indemnización, solicitar la actuación de la Inspección de Trabajo cuando la indemnización no se hubiera percibido, ni se hubiera interpuesto demanda judicial en reclamación de dicha indemnización o de impugnación de la decisión extintiva o suspender el pago de la prestación por desempleo si apreciara indicios suficientes de fraude. Actividad de control que contará con la colaboración de la Inspección de Trabajo y de la Agencia Tributaria en los términos ya expuestos para el despido y las extinciones por causas objetivas.

3.3. Extinción por causas ajenas a la voluntad de las partes

Se contemplan como situaciones legales de desempleo determinadas realidades que se producen en el devenir de las relaciones laborales que ocasionan la pérdida del puesto de trabajo por causas ajenas a la voluntad de las partes.

3.3.1. Por muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual

La muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, configuradas como posibles causa de extinción en las letras e) y f) del artículo 49.1 del ET, se constituyen como situaciones legales de desempleo siempre que dichas circunstancias provoquen la efectiva extinción de las relaciones laborales suscritas por el empresario [art. 267.1.a) 2º TRLGSS]. Estamos, por tanto, ante una situación legal de desempleo que no se produce de forma automática al constatarse cualquiera de las circunstancias enunciadas,⁶⁵ pues es posible que la actividad empresarial se siga desarrollando por sus herederos o por terceros, en cuyo caso se aplicaría la garantía del mantenimiento de la relación laboral prevista en el artículo 44 del ET, no verificándose, por tanto, la necesi-

ria pérdida del puesto de trabajo que desencadenaría la acción protectora por desempleo. Como ya se ha advertido la desaparición del empresario persona jurídica se asimila a un despido colectivo a efectos de apreciar la situación legal de desempleo.

Debe efectuarse algunas precisiones sobre estas circunstancias para una correcta comprensión de la situación legal de desempleo por ellas originada. Con carácter general, ante la no automaticidad de las extinciones, debe advertirse que la facultad extintiva no puede dejarse *sine die a* la mera voluntad de los herederos o terceros, sino que debe ser ejercida en un tiempo prudencial, como ha recalcado la jurisprudencia,⁶⁶ de suerte que una extinción amparada por cualquiera de estas causas verificada después de haber trascurrido un significativo período de tiempo, supondría tener por no ajustada a derecho la extinción contractual al difuminarse el nexo causal entre la causa alegada y la decisión adoptada, y, consecuentemente, no nacería la situación legal de desempleo.

En relación a la muerte, no puede asimilarse a ella la situación de ausencia legal.⁶⁷ Respecto a la jubilación, para apreciar la existencia de situación legal de desempleo, estando un empresario incluido simultáneamente en dos regímenes de la Seguridad Social, debe cesar en ambos o en el régimen, el de autónomos, en el que quedo incluido por su actividad empresarial, no siendo válida la jubilación en el régimen general para extinguir los contratos de los trabajadores⁶⁸ y, en consecuencia, apreciar la existencia de situación legal de desempleo. En lo relativo a la incapacidad, dado la referencia genérica, no requiere que sea previamente reconocida por la Seguridad Social⁶⁹ o que sea reconocida por sentencia de

⁶⁶ Por todas, SSTs de 18 diciembre 1990 (RJ 1990, 9807), 25 de abril de 2000 (RJ 2000, 4252), 20 de junio de 2000 (RJ 2000, 6893).

⁶⁷ VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La prestación por desempleo*, ob.cit., pág. 147.

⁶⁸ En este sentido se pronuncia la STS de 22 de octubre de 1986 (RJ 1986, 5876).

⁶⁹ Por todas, SSTs de 26 de abril de 1986 (RJ 1986, 2250), 10 de marzo de 1988 (RJ 1988, 1908), 26 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 7114) y 4 de octubre de 1988 (RJ 1988, 7524), 20 de junio de 2000 (RJ 2000, 6893), 26 de abril de 2001 (RJ 2001, 4610).

⁶⁵ DE LA CASA QUESADA, S.: *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, ob.cit., pág. 265.

incapacitación civil, aunque es evidente, que dichos reconocimientos facilitan la demostración de la realidad de la incapacidad, siendo suficiente demostrar la falta de capacidad para desarrollar las funciones inherentes a la cualidad de empresario.⁷⁰ Si se estuviera desarrollando varias actividades empresariales de forma simultánea, la extinción de contratos deberá producirse respecto aquella actividad que no puede ser desarrollada por la incapacidad que se padece,⁷¹ de suerte que no existiría situación legal de desempleo si se extinguen contratos en actividades empresariales que no resultan impedidas por la incapacidad del empresario.

Para documentar esta situación legal de desempleo, podrá acudir, indistintamente, a la comunicación escrita del empresario, sus herederos o representante legal notificando al trabajador la extinción de la relación laboral por alguna de dichas causas o bien acta de conciliación administrativa o judicial, o resolución judicial definitiva, en la que se declare⁷² la procedencia o improcedencia del despido; debiendo además, en este último supuesto, acreditarse que el empresario, o el trabajador cuando sea representante legal de los trabajadores, no ha optado por la readmisión (DT 28ª 1º TRLGSS). En cualquier caso, la situación legal de desempleo surge desde la extinción de la relación laboral.⁷³

⁷⁰ En este sentido GARCÍA ORTEGA, J.: "Prestación por desempleo: contingencia protegida y requisitos de acceso", ob.cit., pág. 51.

⁷¹ Ver STS de 10 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 8569).

⁷² Como ya se ha dicho al hablar de la acreditación del despido disciplinario, el mecanismo de acreditación consiste literalmente en el «acta de conciliación administrativa o judicial o resolución judicial definitiva declarando la procedencia o improcedencia del despido», y partiendo de la premisa señalada por el propio Tribunal Supremo [SSTS de 30 de mayo de 2005 (RJ 2005, 6022) y 13 de marzo de 2001 (RJ 2001, 3837)] de que solo un requerimiento legal de forma específica, permitiría exigir que el acta deba contener una declaración explícita de la improcedencia, es evidente que la DT 28ª 2º TRLGSS si establece dicho requerimiento formal al hablar de que el acta o la resolución judicial tienen que declarar la improcedencia o procedencia del despido; de suerte el acta o la resolución que no declare la improcedencia o procedencia del despido no servirá como documento justificativo de la existencia de la situación legal de desempleo.

⁷³ DE LA CASA QUESADA, S.: *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, ob.cit., pág. 265.

Un sector de la doctrina ha apostado por una aplicación diferenciada y alternativa de estos medios de acreditación, sosteniendo que la comunicación será la forma de documentación si no se impugna por el trabajador la extinción y el acta de conciliación o la resolución judicial lo será si se produce dicha impugnación.⁷⁴ No obstante, esta interpretación no puede ser acogida atendiendo al criterio literal, la DT 28ª 1º TRLGSS no establece un uso alternativo atendiendo a si hay impugnación de la extinción contractual, se limita a enumerar los posibles mecanismos de acreditación. Esta interpretación era plausible al amparo del artículo 1.1.b) RPD⁷⁵ que fue derogado expresamente por la Disposición Derogatoria de la Ley 45/2002, no habiéndose formulado reglamentariamente hasta la fecha la previsión legal contenida en la DT 28ª 1º TRLGSS, derogación que tiene como principal efecto la sustitución de una fórmula alternativa por una indiferenciada a la hora de acudir a los medios de documentación de esta situación legal de desempleo.⁷⁶ Finalmente, no puede acudir para sostener dicha aplicación alternativa a lo previsto en el artículo 21.3 RPD porque no se refiere a las posibles vías de documentación de la situación legal de desempleo sino al momento en que puede empezar el plazo de quince días para solicitar la prestación y, lo que me parece más determinante, se trata de un precepto reglamentario más acorde a la normativa derogada que a la actualmente en vigor, lo que permite aventurar que se revela como contrario a las previsiones legales, por un lado, porque la situación legal de desempleo nace en el momento de la extinción con-

⁷⁴ QUINTANILLA NAVARRO, Y. B.: "Comentario al artículo 267 LGSS", ob.cit., págs. 74-75; GARCÍA ORTEGA, J.: "Prestación por desempleo: contingencia protegida y requisitos de acceso", ob.cit., pág. 51; GARCÍA GIL, M.ª B.: *Protección de los desempleados*, ob.cit., pág. 57.

⁷⁵ Dicho precepto establecía que la acreditación se produciría «por comunicación escrita del empresario, sus herederos o representante legal notificando al trabajador la extinción de la relación laboral por jubilación, muerte o incapacidad del empresario, siempre que el trabajador no haya reclamado contra la decisión extintiva. En caso de reclamación, la situación legal de desempleo se acreditará mediante acta de conciliación o resolución judicial definitiva».

⁷⁶ En este sentido CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "Comentario al artículo 208 LGSS", ob.cit., pág. 1092.

tractual,⁷⁷ nunca con el acta de conciliación o resolución judicial, y porque la enumeración de medios de acreditación aboga por una utilización de los mismos de forma indiferenciada y no alternativa, siendo esta segunda la que es la que inspira el artículo 21.3 RPD; de suerte que la derogación del artículo 1.1.b) del RPD debió llevar aparejada la reformulación del artículo 21.3 RPD para acomodarla a la previsión legal; estando a día de hoy pendiente dicha adaptación.

3.3.2. *Por incapacidad permanente total del trabajador*

La incapacidad permanente total, configurada como causa de extinción del contrato en el artículo 49.1 e) ET, no aparece enumerada entre las realidades que se puede considerar situación legal de desempleo en el artículo 267 TRLGSS. Sin embargo, sí aparece mencionada en la norma reglamentaria al establecer los distintos medios de documentación de las situaciones de desempleo. Se trata de una omisión que tiene cierta tradición en nuestra normativa, pues tampoco se recogía en el TRLGSS 1994, ya evidenciada por la doctrina científica, por lo que no se entiende muy bien porque no se ha corregido en la acción de refundición llevada a cabo en el 2015.

Su inclusión como posible situación legal de desempleo es lógica frente a la gran invalidez o la incapacidad permanente absoluta, puesto que mientras en éstas el incapaz carece de cualquier capacidad para trabajar, faltando uno de los presupuestos de la acción protectora por desempleo, en la incapacidad permanente total, el trabajador pierde la capacidad laboral para su profesión habitual pero no para otras, con lo cumple con el citado presupuesto para obtener la prestación por desempleo.

Se ha afirmado que esta situación legal de desempleo está pensada para los supuestos en los que declarada la incapacidad permanente no se reconoce la prestación debido al incumplimiento de alguno de los requisitos

previstos para su obtención.⁷⁸ No obstante, la configuración de esta situación legal de desempleo se presenta más amplia, y aparece pensada para cualquier supuesto de incapacidad permanente total que se declare, puesto que, por un lado, se permite al beneficiario optar por la prestación de desempleo o por la de incapacidad [art. 272.1.e) TRLGSS], y, por otro, se declara la compatibilidad de ambas prestaciones cuando teniendo ya la condición de incapacitado permanente total pierda o vea suspendido un trabajo compatible con su incapacidad (art.16.4 RPD). Para que se puedan producir el derecho de opción y la compatibilidad se necesita reconocer la existencia de la situación legal de desempleo en los supuestos en los que se cumplen todos los requisitos para que nazca la prestación por incapacidad. En definitiva, la incapacidad permanente total dará lugar a la situación legal de desempleo con independencia de si se cumplen o no todos los presupuestos para el nacimiento de la prestación de incapacidad. No se trata de una situación legal vinculada a la denegación de la prestación de incapacidad.

De la propia configuración estatutaria de la incapacidad permanente total como causa extintiva del contrato de trabajo debe afirmarse que no en todos los supuestos en los que se produzca esta declaración de incapacidad se producirá la extinción y, en consecuencia, nacerá la situación legal de desempleo. En efecto, si el órgano de calificación de la incapacidad estima que ésta puede ser objeto de mejoría en los dos años siguientes a la fecha de la resolución administrativa que la declara, el contrato no podrá ser extinguido sino que tendrá que ser suspendido, con reserva del puesto de trabajo [art. 48.2 en relación con el 49.1.e) ET].

Esta situación legal de desempleo se acredita mediante comunicación del empresario por la que extingue el contrato, salvo en los supuestos de desaparición de la empresa en los que será suficiente la resolución de la entidad gestora de la Seguridad Social en la que se reconoce la incapacidad.

⁷⁷ Como ha postulado, entre otras, las SSTs de 10 de noviembre de 1997 (RJ 1998, 734) y 22 de marzo de 1999 (RJ 1999, 3232).

⁷⁸ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: "Comentario al artículo 208 LGSS", ob.cit., pág. 1495.

3.3.3. Por extinción del contrato temporal

Se contempla como situación legal de desempleo la «expiración del tiempo convenido o realización de obra o servicio objeto del contrato de trabajo» [art. 267.1.a) 6º TRLGSS]. Ahora bien, el propio precepto deja claro que la expiración del término pactado no debe operar por la denuncia previa del trabajador, en cuyo caso, al desaparecer la involuntariedad, no cabe apreciar la situación legal de desempleo. Tampoco existirá la situación legal de desempleo cuando ofertada una prórroga del contrato por el empresario el trabajador no la acepte.⁷⁹

En esta situación legal de desempleo debe entenderse incluidos no solo la extinción de los contratos estructurales del artículo 15 ET -contrato de obra o servicio, contrato eventual por circunstancias de la producción o contrato de interinidad- sino también los contratos formativos -contrato de formación y contrato de aprendizaje- que tienen reconocida expresamente la cobertura por desempleo en el artículo 249 TRLGSS.⁸⁰ Además, aunque el artículo 267.1.a) 6º TRLGSS parece referirse a los contratos temporales sujetos a término final, deben incluirse los contratos temporales sujetos a condición resolutoria no abusiva.⁸¹

Para que se aprecie la existencia de esta situación legal de desempleo no es necesario que el trabajador tenga que impugnar la expiración del contrato por cumplimiento del término pactado o de la condición resolutoria, dado que no cabe presumir la voluntariedad en el cese por la no reclamación ante la extin-

ción, ni cabe apreciar una posible renuncia de derechos por parte del trabajador, al que no se le puede exigir que se convierta en garante del ordenamiento jurídico en materia de protección del desempleo frente a posibles causas de irregularidad en la contratación temporal, imponiéndole además una carga procesal no prevista en norma alguna que resulta contraria a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 CE.⁸² Solo cuando se acredite la connivencia entre el empresario y el trabajador para la obtención de la prestación de desempleo, la expiración del término final o el acaecimiento de la condición resolutoria no operará como situación legal de desempleo;⁸³ no bastando la presunción del fraude, dado que éste tiene que quedar acreditado, puesto que se parte de su inexistencia al producirse la expiración del término o la actualización de la condición resolutoria.⁸⁴

Debe tenerse presente que si el servicio público de empleo constatase que, en los cuatro años inmediatamente anteriores a una solicitud de prestaciones, el trabajador hubiera percibido prestaciones por finalización de varios contratos temporales con una misma empresa, y esta reiterada contratación fuera abusiva o fraudulenta, podrá dirigirse de oficio a la autoridad judicial demandando que el empresario sea declarado responsable del abono de las mismas, salvo de la prestación correspondiente al último contrato temporal (art. 147.1 LRJS), respecto de la cual quedará en situación legal de desempleo [art. 267.1.a) 6º TRLGSS].

Esta situación legal de desempleo se debe acreditar, como regla general, mediante la copia del contrato, y si no fuese obligatoria la formalización por escrito del contrato se acreditará mediante la comunicación empresarial de cese [art. 1.1.j) RPD]. Este mecanismo alternativo de acreditación se encuentra

⁷⁹ CABEZA PEREIRO, J.: *Situaciones legales de desempleo por extinción del contrato de trabajo*, ob.cit., pág. 146; GARCÍA ORTEGA, J.: "Prestación por desempleo: contingencia protegida y requisitos de acceso", ob.cit., pág. 67.

⁸⁰ En este sentido, BLÁZQUEZ AGUADO, E.Mª: *Prestaciones por desempleo*, ob.cit., pág. 55.

⁸¹ Así lo ha admitido la STS de 7 de mayo de 1994 (RJ 1994,4006), en el que se produjo la expiración del contrato en virtud de una condición resolutoria consistente en cubrirse la plaza mediante un contrato indefinido tras el correspondiente proceso selectivo. En la doctrina afirman dicha inclusión DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA, J.R.: *El desempleo como situación protegida*, ed. Civitas, 1996, pág. 56; GARCÍA ORTEGA, J.: "Prestación por desempleo: contingencia protegida y requisitos de acceso", ob.cit., pág. 67.

⁸² En este sentido, SSTS de 2 abril 1984 (RJ 1984, 2021), 7 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4006), 20 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9487), 6 de marzo de 2001 (RJ 2001, 2835), 24 de julio de 2001 (RJ 2001, 7926), 26 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 3752) y 13 de febrero de 2002 (RJ 2002, 3788).

⁸³ Así se establece, a sensu contrario, en la STS de 20 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9487).

⁸⁴ Por todas, STS de 30 de marzo de 2006 (RJ 2006, 4789).

mal configurado debido, por un lado, a que la simple copia del contrato de trabajo no permite verificar si ha sido el empresario o el trabajador el que ha denunciado el contrato,⁸⁵ de ahí que deberá acompañarse, en todo caso, de cualquier documento que acredite que la denuncia ha partido del empresario; por otro lado, cumple de manera más eficaz la función acreditativa el comunicado del cese que la copia del contrato de trabajo. Debería, en consecuencia, reformularse el mecanismo de acreditación, estableciendo como regla general la aportación de la copia del contrato y comunicación empresarial del cese; exonerando de la copia cuando el contrato temporal no tenga que formalizarse por escrito.

4. LA EXTINCIÓN DE UNA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO

La extinción como causa legal de desempleo no solo se da en relación con trabajadores por cuenta ajena sino que también se da respecto a quienes tienen una relación prestacional con las Administraciones Públicas, al quedar comprendidos en el ámbito de la acción por desempleo los funcionarios interinos, el personal eventual, así como el personal contratado en su momento en régimen de derecho administrativo al servicio de las administraciones públicas [art. 264.1.d) TRLGSS], así como los militares profesionales de tropa y marinería (art.292.1 TRLGSS).

Al enumerarse las situaciones legales de desempleo en el artículo 267 TRLGSS se guarda silencio sobre estos colectivos, encontrándose únicamente dos referencias expresas, una de carácter general en el artículo 1.2 RPD, relativa a la acreditación de dicha situación; otra singular, en el artículo 292.1 TRLGSS, relativa a la situación legal de desempleo de militares profesionales de tropa y marinería. De estas previsiones cabe afirmar que la situación legal de desempleo que se protege es la extinción o cese de la relación laboral, puesto que el precepto reglamentario solo contempla la extinción y porque el pre-

cepto legal se circunscribe a la finalización o resolución por causa ajena al militar profesional. No obstante, la jurisprudencia ha admitido como situación legal de desempleo la reducción temporal de jornada efectuada a funcionarios interinos, pero lo concibe como un supuesto de desempleo parcial previsto en el artículo 267.1.c) TRLGSS.⁸⁶

De forma genérica se establece que la acreditación de esta situación se realizará mediante certificación de la Administración Pública correspondiente (art. 1.2 RPD) o, tratándose de militares profesionales, certificación del Cuartel General del Ejército correspondiente (art. 2.2 RD 474/1987); siendo válido el certificado de la Administración en el que se haga constar la causa y fecha del cese (art. 1.6 RPD).

5. LA INACTIVIDAD LABORAL SIN PÉRDIDA DEL PUESTO DE TRABAJO COMO SITUACIÓN LEGAL DE DESEMPLEO

La acción protectora por desempleo se extiende no solo a situaciones de pérdida de un empleo preexistente sino también a supuestos en los que lo que realmente se produce es un cese, total o parcial, temporal o definitivo, de la actividad prestacional del trabajador. Se trata de situaciones en las que no produciéndose la pérdida del puesto de trabajo, se genera un estado de necesidad derivada de la falta de ingresos que lleva aparejada el cese de actividad.

5.1. La suspensión contractual

La suspensión del contrato de trabajo se contempla como situación legal de desempleo en el apartado b) del artículo 267.1 TRLGG, en dos supuestos concretos. En primer lugar, la suspensión acordada bien por el empresario al amparo de causas económicas, técnicas, organizativas, productivas o por fuerza mayor,

⁸⁵ Deficiencia advertida por GARCÍA ORTEGA, J.: "Prestación por desempleo: contingencia protegida y requisitos de acceso", ob.cit., pág. 67.

⁸⁶ Por todas, SSTs de 1 de julio de 2015 (RJ 2015, 4110), 27 de julio de 2015 (RJ 2015, 5154), 9 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 4181), 17 de febrero de 2016 (RJ 2016, 907), 22 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 4744).

siempre que se haya seguido el procedimiento previsto en el artículo 47 ET y los artículos 16 a 24 RPDC o bien por resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal; en ambos casos siempre que el desempleo sea total. El segundo lugar, cuando la trabajadora, siendo víctima de violencia de género, decide suspender el contrato de trabajo.

Se plantea la de si la suspensión contractual a consecuencia de la declaración de una incapacidad permanente total, sujeta a revisión dentro de plazo de dos años desde su reconocimiento trabajo [art. 48.2 en relación con el 49.1.e) ET], constituye una situación legal de desempleo. Se podría argumentar que el artículo 267.1.b) TRLGSS solo contempla dos supuestos suspensivos como posibles situaciones legales de desempleo, y, en consecuencia, no podría admitirse que la suspensión provocada por la incapacidad permanente sea una situación legal de desempleo. Sin embargo, es posible admitirla, primero, porque, desde el plano normativo, el artículo 16.4 RPD al permitir la compatibilidad entre la prestación de desempleo y la de incapacidad, establece que si la incapacidad supone que se «pierda o suspenda un trabajo [...] tendrá derecho a percibir la prestación o subsidio de desempleo», lo que solo puede interpretarse en el sentido de admitir la suspensión derivada de la incapacidad como situación legal de desempleo; segundo, porque la suspensión, al igual de la extinción, supone una pérdida de ingresos que genera un estado de necesidad perfectamente incardinable en el objeto de la acción protectora por desempleo.

Tratándose de la suspensión acordada por el empresario, la situación legal de desempleo se podrá acreditar, al igual que para los despidos colectivos, mediante comunicación escrita del empresario al trabajador en los términos establecidos en los artículos 47 ET o acta de conciliación administrativa o judicial o resolución judicial definitiva. En relación a la comunicación empresarial, se establece que el certificado de empresa deberá contener la causa y fecha de efectos de la situación legal de desempleo, considerándose éste último documento válido para su acreditación; en cualquier caso, la fecha de efectos de la situación legal de desempleo indicada

en el certificado de empresa habrá de ser en todo caso coincidente con, o posterior a la fecha en que se comunique por el empresario a la autoridad laboral la decisión empresarial adoptada sobre la suspensión de contratos [art. 267.3.a) TRLGSS].

Documentos que deberán completarse con la comunicación de la autoridad laboral a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, de la decisión del empresario adoptada al amparo de lo establecido en el artículo 47 del ET, en la que deberá constar la fecha en la que el empresario ha comunicado su decisión a la autoridad laboral, la causa de la situación legal de desempleo, los trabajadores afectados, si el desempleo es total, y si es temporal o definitivo. Si fuese temporal se deberá hacer constar el plazo por el que se producirá la suspensión [art. 267.3.a) TRLGSS].

La situación legal de desempleo derivada de la decisión de la trabajadora víctima de la violencia de género se acreditará por comunicación escrita del empresario sobre la suspensión temporal de la relación laboral, junto con la orden de protección a favor de la víctima o, en su defecto, junto con el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género [art. 267.3.b) TRLGSS].

5.2. La reducción de jornada

El desempleo parcial para que sea considerado situación legal de desempleo debe concretarse en una reducción temporal de al menos un 10 % y un máximo de un 70 % de la jornada ordinaria, con idéntica reducción proporcional del salario (art. 262.3 TRLGSS), siempre que dicha reducción sea adoptada bien por el empresario en el marco del procedimiento establecido en el artículo 47 ET o bien mediante resolución judicial del juez de lo mercantil si la empresa se encuentra en concurso [art. 267.1.c) TRLGSS]. Esta situación se extiende no solo a los trabajadores por cuenta ajena sino a los funcionarios interinos.⁸⁷

⁸⁷ Por todas, SSTS de 1 de julio de 2015 (RJ 2015, 4110),

Esta situación legal de desempleo plantea, en primer lugar, si es admisible una reducción definitiva como presupuesto habilitante para la apreciación de una situación legal de desempleo o solo debe ceñirse a una reducción temporal; se ha sostenido la tesis inclusiva por entender que la expresión «temporal» solo pretende «enfatar el concepto de disminución de jornada que se produce en tiempo de trabajo»,⁸⁸ sin embargo, la dicción literal de la configuración de la reducción de jornada como situación legal de desempleo no admite la inclusión de la reducción definitiva porque el artículo 267.1.c) TRLGSS establece que la reducción será situación legal de desempleo en «los términos del artículo 262.3» del TRLGSS, y este último precepto solo contempla la reducción «temporal», si se hubiera querido admitir la reducción definitiva, el legislador podría, y no lo ha hecho, o bien hacer una referencia expresa a la reducción definitiva o bien utilizar únicamente el término «reducción de jornada».

En segundo lugar, cabe plantarse si la reducción debe operar sobre la jornada efectiva que realiza el trabajador que la sufre o la establecida como jornada ordinaria de un trabajador a tiempo completo. El dilema se suscita porque mientras el artículo 263.3 del TRLGSS al configurar el desempleo parcial se refiere a quien reduzca «su jornada diaria ordinaria de trabajo», mientras que el artículo 267.1.c) TRLGSS habla de la «jornada ordinaria de trabajo». Teniendo presente que la configuración del desempleo parcial se refiere a la jornada efectivamente realizada por el trabajador, la situación de desempleo aun cuando habla de la jornada de trabajo, debe entenderse referida a la que tenga cada trabajador.⁸⁹

27 de julio de 2015 (RJ 2015, 5154), 9 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 4181), 17 de febrero de 2016 (RJ 2016, 907), 22 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 4744).

⁸⁸ DE LA CASA QUESADA, S.: *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, ob.cit., pág. 275.

⁸⁹ A favor de dicha opción interpretativa DE LA CASA QUESADA, S.: *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, ob.cit., pág. 275; CABEZA PEREIRO, J.: "Reducción de jornada y situación legal de desempleo", *Aranzadi Social*, nº 3, 1996, pág. 39. En contra, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *La situación legal de desempleo*, ob.cit., pág. 150. En la doctrina judicial, la STSJ País Vasco de 26 julio 1994 (AS 1994, 2907), entien-

La anterior reducción de jornada no es el único supuesto de desempleo parcial que puede configurarse como situación legal de desempleo. En efecto, el artículo 282.1 TRLGSS al establecer que la acción protectora por desempleo será incompatible con la realización de cualquier trabajo, por cuenta ajena o por cuenta propia, salvo si éste se realiza a tiempo parcial, está configurando una regla singular de desempleo parcial dentro de una situación de desempleo total que se origina cuando estando disfrutando de la prestación por desempleo se comienza a desarrollar una actividad laboral a tiempo parcial, dado que estamos también ante un supuesto de desempleo parcial, tanto en el plano conceptual como en el práctico; generándose la situación legal de desempleo con independencia de si se está o no recibiendo una prestación de desempleo total por la extinción del anterior contrato en el momento de formalizar el nuevo contrato a tiempo parcial.⁹⁰

Al igual que el despido colectivo y la suspensión contractual, la reducción de jornada se acreditará bien mediante comunicación escrita del empresario al trabajador en los términos establecidos en el artículo 47 del ET o bien mediante acta de conciliación administrativa o judicial o resolución judicial definitiva. También se admitirá como medio de documentación el certificado de empresa en el que conste la causa y fecha de efectos de la situación legal de desempleo; fecha que habrá de ser en todo caso coincidente con, o posterior a la fecha en que se comunique por el empresario a la autoridad laboral la decisión empresarial adoptada sobre la reducción de jornada [art. 267.3.a) TRLGSS].

Sea cual sea el medio de acreditación utilizado, se deberá completar con la comunicación de la autoridad laboral a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, de la decisión del empresario adoptada al amparo de lo establecido en el artículo 47 del ET, en la que deberá constar la fecha en la que el empresario ha comunicado su decisión a la au-

de que la reducción debe operar sobre la jornada habitual del trabajador y no sobre la jornada ordinaria de un trabajador a tiempo completo.

⁹⁰ STS de 5 de mayo de 2004 (RJ 2004, 5017).

toridad laboral, la causa de la situación legal de desempleo, los trabajadores afectados, que el desempleo es parcial y el plazo por el que se producirá reducción de jornada, así como el número de horas de reducción y el porcentaje que esta reducción supone respecto a la jornada diaria ordinaria de trabajo [art. 267.3.a) TRLGSS].

5.3. La inactividad de las actividades estacionales

Determinadas actividades productivas vienen caracterizadas por concentrarse en una franja de tiempo a lo largo del año, cesando la actividad durante el resto del período anual. Ante el estado de necesidad que se origina debido a la falta de ingresos durante los períodos de inactividad laboral, la acción protectora por desempleo se extiende a los mismos, configurándolos como situación legal de desempleo, tanto si la actividad estacional es fija discontinua -se repite, pero no en fechas ciertas- como si es fija periódica -se reitera en fechas ciertas- [art. 267.1.d) TRLGSS]; como se ha afirmado «esta situación de inactividad entre campañas o temporadas constituye una situación de desempleo protegida, pues hay desocupación, aunque técnicamente no hay pérdida de un empleo preexistente».⁹¹ Debe advertirse que esta situación legal de desempleo está prevista para cuando se produce el cese de actividad por finalización del período productivo; de manera, que si lo que se produce es la extinción, suspensión o reducción de la jornada de un contrato estacional habrá que estar a las posibles situaciones de desempleo contempladas para dichos supuestos.⁹²

La acreditación de esta situación legal de desempleo se realizará mediante la copia del contrato o de cualquier otro documento en el que conste el carácter fijo discontinuo o

fijo periódico de la relación laboral, debiendo acompañarse de comunicación escrita del empresario acreditando las causas justificativas de la citada finalización o interrupción (art. 1.5 RPD).⁹³

6. EL RETORNO DE TRABAJADORES A ESPAÑA

Se contempla como situación legal de desempleo el retorno a España de quienes ven extinguida su relación laboral en otro país, siempre que no obtuvieran prestaciones por desempleo en dicho país y se tenga cotización suficiente antes de salir de España [art.267.1.e) TRLGSS].

Esta situación legal de desempleo, no protege la pérdida de empleo o la inactividad productiva, sino que, realmente, tiene como finalidad la protección del estado de necesidad que se origina con el retorno, cumpliendo el mandato constitucional de orientar la política hacia el retorno de los emigrantes (art. 42 CE),⁹⁴ eso sí, derivado de la extinción contractual operada en otro país; lo que queda corroborado por el hecho de que para la configuración de esta situación legal de desempleo es indiferente cuál haya sido la causa de la extinción contractual; aunque debe tratarse de un trabajo por cuenta ajena por aplicación de los ámbitos objetivo y subjetivo de la acción protectora por desempleo previstos, respectivamente, en los artículos 262 y 264 TRLGSS.

⁹³ Con anterioridad a la reforma operada por la Ley 3/2012, se planteó la duda de si la acreditación de esta situación de desempleo requería aportar copia de la autorización administrativa al considerar que se estaba en presencia de una suspensión contractual; sin embargo la jurisprudencia -por todas SSTs de 5 de febrero de 2003 (RJ 2003, 3045) y 24 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 6060)- estableció que «la Ley distingue entre el supuesto de "interrupción" que se produce en el período entre campañas, del término "suspensión" [...de suerte que producida] una «interrupción» entre campañas [...] y no una «suspensión», [...] no era exigible el expediente de regulación, sino que era suficiente para acreditar tal situación la documentación que aportó el trabajador: contrato de trabajo y certificación empresarial». Actualmente dicha interpretación carece de cualquier efecto interpretativo al no sujetarse ya la suspensión prevista en el artículo 47 ET a autorización administrativa.

⁹⁴ DE LA CASA QUESADA, S.: *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, ob.cit., pág. 277.

⁹¹ STS de 29 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 6060).

⁹² DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA, J.R.: *El desempleo como situación protegida: (un estudio sobre los problemas de acceso a la protección en el nivel contributivo y en el asistencial)*, ob.cit., pág.100; VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La prestación por desempleo*, ob.cit., pág. 200; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F. y VIQUEIRA PÉREZ, C.: "La protección por desempleo", ob.cit., pág. 646; FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *La situación legal de desempleo*, ob.cit., pág. 158.

En consecuencia, es indiferente si la extinción se ha producido o no por voluntad del trabajador,⁹⁵ lo decisivo es que se produzca su retorno a España.

La configuración de esta situación legal de desempleo sigue planteando la duda de si se refiere solo a españoles que retornen o puedan quedar incluidos nacionales de otros países que retornan a España, por ser su lugar de partida. El precepto legal solo habla de «trabajadores que retornen a España», no se refiere a los españoles, y aunque la norma reglamentaria habla de «emigrantes que retornados» (art. 11.1 RPD), esta segunda expresión no es tampoco concluyente a la hora de excluir a los no nacionales que retornan a España, por cuanto cuando se ha querido limitar la acción protectora, como sucede en el nivel asistencial, sí se ha previsto expresamente que se circunscribe a emigrantes retornados españoles [art. 274.1.c) TRLGSS]. En consecuencia, puede afirmarse que resultarán incluidos los no españoles que retornen a España, cuando éste haya sido su punto de partida.⁹⁶

Nada se dice sobre el lapsus temporal máximo que puede darse entre la extinción contractual y el retorno del trabajador emigrante, pero como se ha señalado por la doctrina,⁹⁷ parece razonable aplicar el plazo general de prescripción de cinco años para el reconocimiento de prestaciones previsto en el artículo 53.1 TRLGSS.

Además esta situación legal de desempleo requiere la confluencia de dos premisas, por un lado, que no se haya obtenido y disfrutado una prestación de desempleo en un país extranjero -sí se apreciará, en cambio, la

situación legal cuando lo que se disfrute sea un subsidio-⁹⁸, pues en caso contrario no cabe apreciarla, porque lo que pretende aquélla es evitar el desamparo del trabajador emigrante que vuelve a España, nunca permitir obtener una duplicidad de prestaciones al amparo del mismo período cotizado.⁹⁹ Premisa que no debe confundirse con el hecho de que se tenga o no derecho a prestaciones por desempleo en el país extranjero, de suerte que esta situación nacerá tanto si no se tiene derecho a la prestación en dicho país como si se tiene pero no se solicita. En segundo lugar, se debe tener un período de cotización, como mínimo, igual al mínimo exigido para obtener la prestación antes de la salida de España; de manera que la no acreditación de esta premisa impide el reconocimiento de la situación legal desempleo.¹⁰⁰

La acreditación de esta situación de desempleo se efectúa mediante la certificación del Instituto Español de Emigración en la que ha de constar la fecha del retorno, el tiempo trabajado en el país extranjero, el período de ocupación cotizada, en su caso, así como que no tienen derecho a prestaciones por desempleo en dicho país (art. 11.1 RPD).¹⁰¹ Sin embargo, dicho certificado no tiene porqué contener la referencia a si se tiene o no derecho a prestaciones por desempleo en el país extranjero por tratarse de un dato no exigido en la configuración legal que solo habla de no haberla «obtenido»;¹⁰² pero sí deberá determi-

⁹⁸ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *La situación legal de desempleo*, ob.cit., pág. 162.

⁹⁹ Ver STS de 7 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 2674).

¹⁰⁰ Véase STS de 11 de octubre de 2005 (RJ 2005, 10118); STSJ Galicia de 25 de septiembre de 2001 (AS 2001, 2998).

¹⁰¹ La no aportación de la certificación impide apreciar la situación legal de desempleo tal y como han dictaminado la STSJ Galicia de 27 de enero de 2000 (AS 2000, 5030) y la STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 17 de junio de 2016 (JUR 2017, 169436).

¹⁰² De forma clara la STS de 11 de octubre de 2005 (RJ 2005, 10118) afirma que «el último inciso del precepto reglamentario parece exigir [...] carecer de derecho a prestación por desempleo en el país del que proceden. Sin embargo, [...] tal precepto podría haber incurrido en este punto, en el momento actual, en vulneración «ultra vires», al requerir un requisito que [...] la LGSS. no exige, ya que el precepto legal se limita a exigir que los interesados «no obtengan prestación por desempleo» en el país de procedencia, cosa diferente a no tener derecho a tal prestación. En consecuencia, los Tribunales no podrán apli-

⁹⁵ VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La prestación por desempleo*, ob.cit., págs. 103 y 203; FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *La situación legal de desempleo*, ob.cit., pág. 162; DE LA CASA QUESADA, S.: *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, ob.cit., pág. 277.

⁹⁶ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *La situación legal de desempleo*, ob.cit., pág. 160.

⁹⁷ Plazo postulado, entre otros, por DE LA CASA QUESADA, S.: *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, ob.cit., pág. 278 y GARCÍA ORTEGA, J.: «Prestación por desempleo: contingencia protegida y requisitos de acceso», ob.cit., pág. 74.

nar si el emigrante retornado ha obtenido o no la prestación, cuestión a la que no se refiere el precepto reglamentario, pero sí que es un presupuesto previsto en el precepto legal. En un futuro desarrollo reglamentario debería acometerse la inclusión expresa de dicho dato como información que ha de constar en la certificación.

7. CESE EN EL CARGO DE REPRESENTACIÓN POLÍTICA O SINDICAL

De acuerdo al artículo 267.1.f) TRLGSS se reconoce la situación legal de desempleo a los miembros de las corporaciones locales y los miembros de las Juntas Generales de los Territorios Históricos Forales, Cabildos Insulares Canarios y Consejos Insulares Baleares así como a los cargos representativos de las organizaciones sindicales que ejerzan funciones sindicales de dirección, siempre que todos ellos desempeñen los indicados cargos con dedicación exclusiva o parcial y perciban por ello una retribución. Estamos ante un supuesto singular porque no estamos ante sujetos que tengan una relación laboral ni una relación de servicios prestacional, por cuanto su actividad es de representación derivada de un mandato político o sindical.

La situación legal de desempleo de estos sujetos se reconocerá cuando o bien se produce su cese en el cargo de forma involuntaria y con carácter definitivo o bien, sin producirse el cese, se pierde la dedicación exclusiva o parcial de manera definitiva e involuntaria. No se dará, por tanto, esta situación cuando el cargo dimita o renuncie a la dedicación o cuando estas situaciones no tengan carácter definitivo.

Se acreditará por certificación del órgano competente de la corporación local, Junta General del Territorio Histórico Foral, Cabildo Insular, Consejo Insular o Administración Pública o sindicato, junto con una declaración del titular del cargo cesado de que no se en-

cuentra en situación de excedencia forzosa, ni en ninguna otra que le permita el reingreso a un puesto de trabajo [art. 267.3.c) TRLGSS].

Nada dice la norma sobre la vinculación y operatividad de la existencia de esta situación legal de desempleo a circunstancias preexistentes de quien ocupa el cargo político o sindical; más concretamente, a la frecuente circunstancia de que muchos de los cargos políticos o sindicales se encuentren en situación de excedencia forzosa en una relación laboral preexistente al mandato político o sindical. Si se da esta circunstancia debe afirmarse que la situación legal de desempleo no podrá apreciarse porque el trabajador deberá solicitar obligatoriamente su reingreso, no hacerlo conllevará la aplicación de lo previsto en el artículo 267.2.d) TRLGSS que prescribe que no se considerará en situación legal de desempleo quien no solicite el reingreso en el puesto de trabajo; de ahí que, junto al certificado, se exija un documento del cargo político o sindical en el que declare que no disfruta de una excedencia forzosa.¹⁰³

8. CESE DE ALTOS CARGOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

A los altos cargos de las administraciones públicas se les incluye dentro del ámbito subjetivo de la acción protectora por desempleo, siempre que tengan dedicación exclusiva, sean retribuidos por ello y no sean funcionarios públicos [art.264.1.f) TRLGSS], produciéndose la situación legal de desempleo cuando sean cesados de forma definitiva e involuntaria o pierdan su dedicación exclusiva [art. 267.1.f) TRLGSS], salvo que tengan derecho a percibir retribuciones, indemnizaciones o cualquier otro tipo de prestación compensatoria como consecuencia de su cese [art.264.1.f) TRLGSS].

La situación legal de desempleo se acreditará por certificación del órgano competen-

car hoy día en este punto la citada norma reglamentaria, cumpliendo así, en acatamiento al principio de jerarquía normativa, lo dispuesto en el art. 9.º3 de la Constitución española».

¹⁰³ Solución que se puede extraer de la jurisprudencia dictada al hilo de la excedencia voluntaria y sus efectos en la existencia de una situación legal de desempleo, por todas, en las SSTS de 24 de marzo de 2001 (RJ 2001, 4111) y 29 de diciembre de 2004 (RJ 2004, 5258).

te de la corporación local, Junta General del Territorio Histórico Foral, Cabildo Insular, Consejo Insular o Administración Pública, junto con una declaración del titular del cargo cesado de que no se encuentra en situación de excedencia forzosa, ni en ninguna otra que le permita el reingreso a un puesto de trabajo [art. 267.3.c) TRLGSS].

9. LOS LIBERADOS DE PRISIÓN

La acción protectora por desempleo alcanza a los liberados de prisión al ser incluidos expresamente en el ámbito subjetivo de aquella en virtud de lo dispuesto en el artículo 264.1.c) TRLGSS.¹⁰⁴ Sin embargo, se omite cualquier referencia a la posible situación legal de desempleo a nivel legal, debiendo acudir a la norma reglamentaria, en materia de acreditación, para vislumbrar la configuración de la misma, al referirse a «los trabajadores liberados de prisión por cumplimiento de condena o libertad condicional» (art. 12.1 RPD). Esta omisión en el plano legal de la configuración de la situación legal de desempleo de los liberados de prisión plantea varios interrogantes.

En primer lugar, se suscita si la situación se origina por el hecho de la liberación o por el hecho de producirse la extinción, suspensión; o dicho de otra manera, si los liberados de prisión deben estar comprendidos en algunas de las situaciones contempladas en el artículo 267.1 TRLGSS. Es verdad que el artículo 12.1 RPD habla de «trabajadores liberados» lo que daría pie a pensar que esta situación de desempleo tiene como condición preexistente una relación laboral durante el internamiento -eso sí, especial- cuya extinción o suspensión serían el presupuesto determinante para su existencia; sin embargo, al incluirse a este colectivo dentro del ámbito subjetivo de la protección por desempleo el artículo 264.1.c) TRLGSS utiliza la expresión «liberados» sin

hacer referencia a que tengan que ser trabajadores, lo que conduce, por un lado, a apreciar un desarrollo reglamentario contra *legem* que supondría la inaplicación de la referencia reglamentaria por respeto al principio de jerarquía, y, de otro lado, a sostener que la situación legal, al amparo del precepto legal, tiene como presupuesto el hecho de la liberación de prisión en sí mismo considerado sin necesidad de que, además, se haya extinguido o suspendido una relación laboral preexistente; como corrobora el precepto reglamentario al señalar que debe acreditarse «el período de ocupación cotizada, *en su caso*, durante la permanencia en la situación de privación de libertad», dado que la utilización de la expresión «en su caso» supone admitir que puede no haber relación de trabajo durante la privación de libertad y aun así darse la situación legal de desempleo, lo que supone, en definitiva, configurar la liberación como realidad determinante de la situación legal de desempleo. Solución interpretativa que, además, vendría avalada, como acertadamente ha evidenciado la doctrina,¹⁰⁵ porque, primero, la protección se otorgaría no por la pérdida de actividad sino por razones sociales -recuérdese el mandato constitucional de reinserción ínsito en las penas de libertad (art. 25.2 CE)-; segundo, porque parece difícil que se den las realidades configuradas como situaciones legales de desempleo en el artículo 267.1 TRLGSS; tercero, porque carecería de sentido una mención singular a los liberados de prisión si se exigiera, además, la concurrencia de alguno de los supuestos contemplados en el artículo 267.1 TRLGSS.

En segundo lugar, se suscitan dudas sobre quiénes son los sujetos incluidos en esta situación legal de desempleo. El artículo 264.1.c) TRLGSS se refiere escuetamente a los «liberados», mientras que el artículo 12.1 RPD se dirige a los liberados de prisión que han cumplido condena o hubieran sido presos preventivos. Al igual que en la anterior cuestión se aprecia una limitación o concreción en el precepto reglamentario que no resulta amparada por el precepto legal, apreciándose

¹⁰⁴ La extensión de la acción protectora por desempleo también se contempla en el artículo 35 de la Ley General Penitenciaria, al establecer que «los liberados que se hayan inscrito en la oficina de empleo dentro de los quince días siguientes a su excarcelación y no hayan recibido una oferta de trabajo adecuada tendrán derecho a la prestación por desempleo».

¹⁰⁵ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: "Comentario al artículo 208 LGSS", en MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J. (dirs.): Ley de Seguridad Social, ed. La Ley, 2009, pág. 1494.

se un desarrollo contra *legem* que nos lleva a afirmar que cualquier liberado de prisión, sin necesidad de condena ni de prisión preventiva, puede ser sujeto de esta situación legal de desempleo.¹⁰⁶

En tercer lugar, en el plano contributivo, la acción protectora se circunscribe sin más a los liberados de prisión, pero en el plano asistencial se incluyen a los menores liberados de un centro de internamiento en el que hubieran sido ingresados como consecuencia de la comisión de hechos tipificados como delito, siempre que, además de haber permanecido privados de libertad por el tiempo antes indicado, en el momento de la liberación sean mayores de dieciséis años y a las personas que hubiesen concluido un tratamiento de deshabituación de su drogodependencia, siempre que el mismo hubiera durado un período superior a seis meses y hayan visto remitida su pena privativa de libertad en aplicación de lo previsto en el artículo 87 del Código Penal (art. 274.2 TRLGSS). Se plantea si esta asimilación prevista en el nivel asistencial es trasladable al nivel contributivo y, en consecuencia, la situación legal de desempleo se produce también en esos dos supuestos; duda que debe resolverse afirmativamente por aplicación analógica ante la laguna legal que se aprecia en torno a dichos supuestos.¹⁰⁷

Esta situación se acreditará mediante certificación del director del establecimiento penitenciario, en la que consten las fechas de ingreso en prisión y excarcelación, así como el período de ocupación cotizada, en su caso, durante la permanencia en la situación de privación de libertad (art 12.1 RPD).

10. SITUACIONES LEGALES DE DESEMPLEO EN EL ÁMBITO DE LAS COOPERATIVAS

A los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, a los socios de trabajo

y a los socios trabajadores de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra se les reconoce la condición de beneficiarios de la Seguridad Social, permitiendo a la cooperativa la opción de integrar a los socios trabajadores como asimilados a trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General o en alguno de los regímenes especiales de la Seguridad Social, según proceda, de acuerdo con su actividad o como trabajadores autónomos en el régimen especial correspondiente (art. 14.1 TRLGSS); mientras que los socios de trabajo y los socios trabajadores de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, serán asimilados a trabajadores por cuenta ajena a efectos de Seguridad Social (art. 14.1 TRLGSS). Ahora bien, el anterior reconocimiento no viene acompañado ni de la inclusión de estos colectivos como sujetos a los que va dirigida la acción protectora por desempleo en el artículo 264 TRLGSS ni de la enumeración, en el artículo 267.1 TRLGSS, de las posibles situaciones legales de desempleo que podrán darse respecto al trabajo en cooperativas; de suerte que el reconocimiento jurídico de la prestación por desempleo se produce al amparo de lo previsto en el Real Decreto 1043/1985, de 19 de junio y en el Real Decreto 42/1996, de 19 de enero.

De la configuración reglamentaria de la acción protectora por desempleo para los socios trabajadores -siempre que se haya optado por su asimilación como trabajador por cuenta ajena- y para los socios de trabajo debe resaltarse, en primer lugar, que no se extiende al conjunto de supuestos previstos para los trabajadores por cuenta en el artículo 267.1 TRLGSS,¹⁰⁸ por cuanto se reconocen únicamente una serie de realidades como posibles configuradoras de una situación legal de desempleo; y, en segundo lugar, que algunas de estas situaciones se configuran de forma más restrictiva que en el artículo 267.1 TRLGSS,¹⁰⁹ en este sentido en el cese por expulsión se requiere que ésta sea improcedente -cuando dicha calificación ya no se exige para el despido de trabajadores por cuenta ajena-, y en el cese

¹⁰⁶ GARCÍA ORTEGA, J.: "Prestación por desempleo: contingencia protegida y requisitos de acceso", ob.cit., pág. 76.

¹⁰⁷ BLÁZQUEZ AGUADO, E.M^º.: *Prestaciones por desempleo*, ob.cit., págs. 61-62; GARCÍA GIL, M^º.B.: *Protección de los desempleados*, ob.cit., pág. 76.

¹⁰⁸ GARCÍA ORTEGA, J.: "Prestación por desempleo: contingencia protegida y requisitos de acceso", ob.cit., pág. 78.

¹⁰⁹ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: "Comentario al artículo 208 LGSS", ob.cit., pág. 1497.

por causas objetivas se excluyen las causas organizativas y las productivas.

Una primera situación legal de desempleo se origina por el cese definitivo en la prestación de trabajo en la Cooperativa, bien por expulsión improcedente de la Cooperativa, bien por causas económicas, tecnológicas o de fuerza mayor o bien por finalización del período al que se limitó el vínculo societario de duración determinada; debiendo verificarse en cualquiera de estos supuestos, además, la pérdida de los derechos económicos derivados directamente de dicha prestación (art. 2.1 RD 1043/1985).

La acreditación de esta situación legal de desempleo si deriva de la expulsión del socio se efectuará mediante la notificación del acuerdo de expulsión por parte del consejo rector de la cooperativa, indicando su fecha de efectos, o en su caso, el acta de conciliación judicial o la resolución definitiva de la jurisdicción competente que declare expresamente la improcedencia de la expulsión [art. 3 a) RD 1043/1985]. Si se exige la improcedencia de la expulsión no es posible acreditarla únicamente con el certificado del consejo rector, de ahí que éste sea ineficaz para documentar la existencia de esta situación legal de desempleo.

Si se deriva de cese definitivo de la actividad por causa económica, tecnológica o de fuerza mayor, la situación legal de desempleo se documentará mediante resolución de la autoridad laboral en la que se constate la existencia de dichas causas [art. 3 b) RD 1043/1985]. Mecanismo de acreditación merecedor de crítica por cuanto la situación legal se produce con el cese no con la acreditación de la causa por parte de la autoridad laboral; debiendo completarse la resolución administrativa, además, con la acreditación de la decisión empresarial de proceder al cese.

El cese definitivo durante el período de prueba se acreditará por medio de la comunicación del acuerdo de no admisión por parte del Consejo Rector de la Cooperativa al aspirante [art. 3 c) RD 1043/1985].

Una segunda situación legal de desempleo lo constituye el cese de los aspirantes a socios en la prestación de trabajo durante el

período de prueba por decisión unilateral del Consejo Rector de la Cooperativa (art. 2.2 RD 1043/1985); situación que se acreditará mediante certificación del Consejo Rector de la baja en la cooperativa en la que se haga constar esta causa y su fecha de efectos [art. 3 d) RD 1043/1985].

Otra de las situaciones legales de desempleo es la derivada del cese, con carácter temporal, en la prestación de trabajo en la cooperativa, con la consiguiente privación de los anticipos laborales acreditables por dicha prestación (art. 1.1 RD 42/1996).

Finalmente se contempla como situación legal de desempleo, la reducción temporal de la jornada de trabajo al menos en una tercera parte, siempre que los anticipos laborales derivados directamente de dicha prestación sean objeto de la análoga reducción y que la jornada reducida resultante no sea superior a veintiséis horas semanales en cómputo anual (art. 1.2 RD 42/1996).

Nada se dice sobre los mecanismos de acreditación de las dos últimas situaciones legales de desempleo, pero como para su declaración se exige la constatación por la autoridad laboral de la causa económica, tecnológica o de fuerza mayor alegada (art. 2 RD 42/1996), debe afirmarse -por aplicación análoga de la acreditación prevista para el cese definitivo por las mismas causas en el artículo 3 b) RD 1043/1985- que se deberá acreditar mediante resolución de la autoridad laboral en la que se constate la existencia de la causa alegada y la acreditación de la decisión empresarial de proceder al cese.

En cualquier caso, para paliar la deficiente forma de configurar la acreditación de alguna de estas situaciones legales de desempleo, se ha de tener presente que el certificado de empresa emitido por la cooperativa en la que conste la causa y fecha de efectos será documento admisible para documentarlas, cuando éstas se puedan acreditar mediante comunicación, notificación escrita o certificación (art. 1.6 RPD). No obstante, en una próxima reforma debería abordarse una racionalización de los mecanismos de acreditación de las situaciones legales de desempleo vinculadas al trabajo cooperativo.

RESUMEN

Uno de los problemas principales que afrontan las sociedades es la lucha contra el fenómeno del desempleo, es decir, contra la situación en la que se encuentran muchos ciudadanos que teniendo capacidad y voluntad para trabajar no son capaces de encontrar un puesto de trabajo o lo pierden por causas ajenas a su voluntad.

Desde los poderes públicos se despliegan toda una serie de mecanismos para tratar de hacer frente al desempleo, entre los que está el reconocimiento de prestaciones públicas. En nuestro ordenamiento la configuración jurídica de las prestaciones de desempleo vienen establecida en Título III, artículos 262 a 303 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (en adelante TRLGSS), así como el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril (en adelante RPD), pendiente todavía hoy la actualización del desarrollo reglamentario de aquél.

Las medidas de protección social no alcanzan a cualquier situación de desempleo sino que se restringen a determinado estado de necesidad, como es la pérdida de ingresos, de ahí que el objeto de la protección solo abarque a quien pudiendo y queriendo trabajar, pierde su empleo, ve suspendido su contrato de trabajo o reducida su jornada laboral (art. 262.1 TRLGSS). Articulándose dos niveles de protección, de carácter público y obligatorio, a saber: un nivel contributivo para proporcionar prestaciones que sustituyan los ingresos salariales perdidos (art. 263.2 TRLGSS) y un nivel asistencial para garantizar la protección de quienes careciendo de rentas que alcancen un determinado umbral se encuentren en alguna de las situaciones previstas por el legislador (arts. 263.3 y 274 TRLGSS).

Es evidente que la configuración de la situación legal de desempleo, al pivotar sobre las ideas de capacidad laboral e involuntariedad, no incluye cualquier situación de desempleo. En primer lugar, porque quedan fuera todas las situaciones en las que no se constata una previa pérdida de empleo, suspensión o reducción de jornada. En segundo lugar, porque el concepto de situación legal de desempleo abarca las pérdidas de empleo, suspensión del contrato o reducción de jornada ajenas a la voluntad del trabajador.

No resulta fácil abordar una posible configuración de la situación legal de desempleo, tanto si nos fijamos en su dimensión subjetiva, como si nos fijamos en su dimensión objetiva, sin olvidarnos de las posibles funcionalidades que presenta.

A la situación legal de desempleo se refiere principalmente el artículo 267 TRLGSS en el que se exponen las posibles realidades merecedoras de protección social, al tiempo que se delimitan las circunstancias en las que no cabe apreciar su existencia. Se produce, por tanto, una configuración de la situación legal desempleo tanto desde un punto de vista positivo como negativo; configuración que se completa con la exposición parcial de los mecanismos para la acreditación de alguna, no de todas, las situaciones legales enumeradas en el referido precepto legal. A la acreditación de las situaciones legales de desempleo se refieren las otras dos referencias normativas vigentes, tanto la DT 28ª TRLGSS como el artículo 1 del RPD.

Junto al papel central que juega el artículo 267 TRLGSS debe tenerse presente que otros preceptos del TRLGSS y del RPD se refieren a la situación legal de desempleo, al hablar del objeto de la protección (art. 267.1 TRLGSS), al establecer los requisitos que se han de cumplir para que nazca el derecho a la prestación por desempleo [art. 266 c) TRLGSS], al determinarse el momento para solicitar y para que nazca el derecho al desempleo (arts. 268.1 y 4 TRLGSS y 5.1 RPD), al establecer la posible duración de la prestación (arts. 269.1 TRLGSS y 3.1 RPD), al determinar la base reguladora (arts. 270.1 TRLGSS y 4.1 RPD), al establecer los posibles beneficiarios del subsidio por desempleo (art. 274.3 TRLGSS) o al concretar los medios de acreditación de la situación para los emigrantes retornados (art. 11.1 RPD) y los liberados de prisión (art. 12.1 RPD). Además, fuera del TRLGSS y del RPD existen previsiones en materia de prestaciones por desempleo para determinado colectivo, como es el vinculado al trabajo en cooperativas.

En este estudio se aborda la configuración jurídica de la protección por desempleo en el ordenamiento jurídico español, centrándonos en una institución como es la situación legal de desempleo, que ofrece una pléyade de aristas que dificulta su reconducción a una sola funcionalidad y que adolece de una cierta sistematización. Se procede a exponer la caracterización general de la situación legal de desempleo para posteriormente exponer la problemática de cada una de las realidades que se contemplan como situaciones legales de desempleo. Para ello, se va abordar un análisis de la normativa, analizando los distintos preceptos que se refieren a la situación legal de desempleo, analizando y contrastando las opiniones de la doctrina científica y los pronunciamientos de los órganos judiciales, especialmente los emitidos por el Tribunal Supremo.

En cuanto a las conclusiones generales que se pueden exponer, debemos afirmar que la situación legal de desempleo alcanza su pleno significado en el nivel contributivo; no obstante, esta figura también adquiere virtualidad, aunque menor, en el nivel asistencial.

En relación al ámbito subjetivo, la situación legal de desempleo viene referida, principal pero no exclusivamente, al trabajador por cuenta ajena. Pero no puede afirmarse que la situación legal de desempleo se conciba para este colectivo, puesto que también se refiere a otros colectivos, puesto que si bien alguno de los cuales no siendo trabajador por cuenta ajena son trabajadores asalariados otros difícilmente pueden ser calificados, ni formal ni materialmente, como tales. En la situación legal de desempleo pueden incurrir, por un lado, los funcionarios interinos, el personal eventual y el personal contratado en régimen de derecho administrativo al servicio de las administraciones pública; por otro lado, a personas que ejercen funciones de representación política o sindical, como son los miembros de las Corporaciones Locales y de las Juntas Generales de los Territorios Históricos Forales, Cabildos Insulares Canarios y Consejos Insulares Baleares y los cargos representativos de las organizaciones sindicales, y, finalmente, a los altos cargos de las administraciones públicas que no sean funcionarios. Incluso, la acción protectora se extiende a sujetos que no tienen la condición previa de trabajador, como sucede con los liberados de prisión o los retornados del extranjero. Quedan fuera del ámbito subjetivo los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

En lo relativo a la configuración objetiva debe concluirse, primeramente, que la enumeración de situaciones legales de desempleo contenida en el artículo 267 TRLGSS no es un listado cerrado y completo de las realidades que dan lugar a

la prestación de desempleo porque fuera de dicho precepto encontramos otras realidades que se califican como tales, como son las referidas a los liberados de prisión y al trabajo en el fenómeno cooperativo. Puede concluirse que dicha enumeración se caracteriza por ser incompleta, no tasada, y carente del mínimo rigor técnico. En segundo lugar, puede afirmarse que la premisa común para todas las situaciones legales de desempleo se identifica con la pérdida de actividad, no con la pérdida de un puesto de trabajo.

Finalmente, debe señalarse que la situación legal de desempleo no se sujeta a una única funcionalidad, más al contrario, puede afirmarse que presenta una polivalencia funcional al ser utilizada en distintos aspectos que configuran la prestación por desempleo.

Palabras clave: Desempleo, situación legal desempleo, Seguridad Social.

ABSTRACT Of all it is known that one of the main problems facing societies is the fight against the phenomenon of unemployment, that is, against the situation in which many citizens find that having the capacity and willingness to work are not able to find a job of work or lose it for reasons beyond their control.

The public authorities deploy a whole series of mechanisms to try to cope with unemployment, among which is the recognition of public benefits. In our legal system, the legal configuration of unemployment benefits is established in Title III, articles 262 to 303 of the Consolidated Text of the General Social Security Law, approved by Royal Legislative Decree 8/2015, of October 30, as well as Royal Decree 625/1985, of 2 April, still pending the update of the regulatory development of that one.

Social protection measures do not reach any unemployment situation but are restricted to a certain state of necessity, such as loss of income, hence the object of protection only covers those who, being able and willing to work, lose their job, his employment contract is suspended or his working day is reduced (article 262.1 TRLGSS). Articulating two levels of protection, public and mandatory, namely: a contributory level to provide benefits to replace the lost salary income (Article 263.2 TRLGSS) and a welfare level to ensure the protection of those lacking income that reach a certain threshold are in any of the situations provided by the legislator (articles 263.3 and 274 TRLGSS).

It's evident that the configuration of the legal situation of unemployment, when pivoting on the ideas of work capacity and involuntariness, does not include any situation of unemployment. In the first place, because all the situations that do not show a previous loss of employment, suspension or reduction of working hours are left out. Secondly, because the concept of legal situation of unemployment covers the loss of employment, suspension of the contract or reduction of working hours beyond the worker's will.

This study deals with the legal configuration of unemployment protection in the Spanish legal system, focusing on an institution such as the legal situation of unemployment, which offers a plethora of edges that makes it difficult to return to a single function and that suffers from a certain systematization. We proceed to present the general characterization of the legal situation of unemployment to later expose the problem of each of the realities that are considered as legal situations of unemployment. For this, an analysis of the regulations will be addressed, analyzing the different precepts that refer to the legal situation of unemployment, analyzing and contrasting the opinions of the scientific doctrine and the pronouncements of the judicial bodies, especially those issued by the Supreme Court.

Regarding the general conclusions that can be presented, we must affirm that the legal situation of unemployment reaches its full meaning at the contributory level; nevertheless, this figure also acquires virtuality, albeit smaller, at the healthcare level.

In relation to the subjective area, the legal situation of unemployment is referred, principally but not exclusively, to the employed person. But it can't be said that the legal situation of unemployment is conceived for this group, since it also refers to other groups, since although some of them are not employed workers are salaried workers others can hardly be qualified, nor formal nor materially, as such. In the legal situation of unemployment may be incurred, on

the one hand, interim officials, casual staff and staff hired under administrative law to the service of public administrations; on the other hand, to people who exercise functions of political or union representation, such as the members of the Local Corporations and the General Boards of the Foral Historical Territories, Canary Island Insular Councils and Insular Balearic Councils and the representative positions of the trade union organizations, and, finally, to the high positions of the public administrations that are not civil servants. Even, the protective action extends to subjects who do not have the previous condition of worker, as happens with those released from prison or returnees from abroad. Self-employed or self-employed workers.

Regarding the objective configuration, it must first be concluded that the enumeration of legal situations of unemployment contained in article 267 TRLGSS is not a closed and complete list of the realities that give rise to the unemployment benefit because outside of that precept we find other realities that qualify as such, such as those referred to those released from prison and work in the cooperative phenomenon. It can be concluded that said enumeration is characterized by being incomplete, not priced, and lacking the minimum technical rigor. Secondly, it can be stated that the common premise for all legal situations of unemployment is identified with the loss of activity, not with the loss of a job.

Finally, it should be noted that the legal situation of unemployment is not subject to a single functionality, on the contrary, it can be said that it has a functional versatility when used in different aspects that make up the unemployment benefit.

Keywords: Unemployment, legal situation of unemployment, Social Security.

Desempleo asistencial y control de rentas. Análisis y reflexiones sobre la última jurisprudencia

Unemployment allowance and income control. Analysis and reflections on recent jurisprudence

ELENA DESDENTADO DAROCA*

1. DE LA COBERTURA CONTRIBUTIVA A LA ASISTENCIAL EN LA PROTECCIÓN DEL DESEMPLEO: EL PAPEL DEL CONTROL DE RENTAS

Las especiales características que ha presentado históricamente el paro en España explican, aunque no necesariamente justifican, la evolución de su marco institucional.

Dejando al margen precedentes más remotos, fundados en las técnicas de promoción de la colocación y en el fomento de los mecanismos voluntarios de cobertura¹, la moderna protección del desempleo surge en España con la Ley 62/1961, de 22 de julio. El esquema de la ley era claramente contributivo; de esta forma pasó a la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963 y de ahí a la Ley Articulada de 1966, a la Ley General de la Seguridad Social de 1974² y a las refundiciones posteriores.

Los límites de una técnica meramente contributiva para la protección del desempleo son conocidos. Una financiación basada en el aseguramiento, con ingresos dependientes de las cotizaciones profesionales, resulta frágil cuando la amplitud del desempleo y su permanencia en el tiempo dispara el gasto y limita la entrada de los recursos. Además, la sustitución de las rentas profesionales a una tasa elevada es difícil de mantener durante mucho tiempo por razones financieras, aparte de que puede tener un efecto desincentivador sobre la búsqueda de empleo. Por otra parte, el aseguramiento y el juego de los períodos de cotización dejan fuera de la protección a los que buscan, con más dificultades, primer empleo, los jóvenes y las mujeres³.

Los efectos negativos del modelo no se mostraron durante la primera “edad de oro” del crecimiento económico español en el siglo XX. En este período, las deficiencias del sis-

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

¹ J. ARANGO FERNÁNDEZ, *La protección de desempleo en España*, CES, Madrid, 1999, pp. 21 a 68; L.E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *Manual de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1979, pp. 581 y 582.

² La prestación por desempleo consistía en un 75 % de la

base reguladora, con un período de duración máximo de seis meses.

³ Sobre el dualismo seguro-asistencia como técnica de cobertura, vid. J.J. DUPEYROUX y otros, *Droit de la Sécurité Sociale*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 1123 y 1124. Sobre los límites de la técnica de seguro en la protección del paro, vid. P. DURAND, *La política contemporánea de Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, pp. 278 a 283.

tema se amortiguaban ante una situación de pleno empleo que se extendió desde comienzos de los años sesenta hasta principios de los setenta, con tasas de paro que no superaban el 4 % y que estaban normalmente algo por encima del 2 %⁴. La situación, sin embargo, cambió dramáticamente cuando, a mediados de los setenta, se inicia la gran crisis de empleo, con índices de paro que superan el 11 % a principios de los ochenta, para situarse por encima del 20 % a mediados de la década, en una constante que se mantendrá incluso en períodos de crecimiento notable, sin bajar de una tasa del 10 % y solo excepcionalmente hasta algo más del 8 %⁵.

Se generó entonces una fuerte desprotección, con la caída de la tasa de cobertura y una presión importante sobre la financiación, cada vez más dependiente de la aportación del Estado. La aportación estatal se acercaba, a finales de los setenta, al 50 % del total de los recursos⁶. De ahí vendrá la apertura a la protección asistencial, que se inicia primero con un período de ajuste a través de diversas medidas de adaptación, en parte derivadas de las previsiones incluidas en los Acuerdos de la Moncloa de octubre de 1977⁷.

Con la Ley Básica de Empleo de 1980 se produce ya de forma definitiva la entrada de la asistencia, si bien en el marco de un esquema mixto, con medidas de contención del gasto que operan en una línea clara de reducción de la prestación contributiva, mediante la vinculación de la duración de la cobertura a los períodos de ocupación cotizada⁸ y los ajus-

tes en la cuantía⁹. El salto hacia la protección no contributiva está en la nueva prestación complementaria, que consiste en un subsidio para los desempleados con condicionamiento típicamente asistencial: hay que acreditar una situación de necesidad especialmente cualificada por carecer de rentas superiores al salario mínimo y por tener responsabilidades familiares¹⁰. El carácter asistencial se refuerza por la cuantía uniforme y mínima de la prestación (el 75 % del SMI), que tiene además una importante limitación temporal (seis meses, prorrogables por otros tres). Pero la nueva protección carece de cualquier proyección universal, pues solo protege a quienes "hayan agotado la prestación contributiva", de la que es solo una continuación sometida a la condición de insuficiencia de recursos, que, sin embargo, va tener a una financiación no contributiva, pues la Ley Básica de Empleo prevé una participación estatal del 40 % en la financiación.

La reforma de la Ley 31/1984 introdujo algunas mejoras destacables en la protección contributiva y revisó el nivel asistencial ampliando las entradas y ajustando la duración¹¹. Esta línea se mantendrá, en lo esencial, en las reformas posteriores, que, dentro del respeto a este marco, irán imponiendo mejoras o restricciones en función de la distinta coyuntura política y las exigencias financieras¹². La última crisis, que comienza en 2008, ha actuado en una doble dirección, porque, junto a medidas claramente restrictivas del gasto, como el incremento de la edad y la doble exigencia

⁴ X. TAFUNELL y A. CARRERAS, "Historia económica de la España contemporánea", Crítica, 2010, pp. 333 y ss; G. GARCÍA, "Mercado de trabajo: el problema del paro", en AA.VV. (J.L. GARCÍA DELGADO dir.), *España, economía: ante el silo XXI*, Espasa, 1999, Madrid, pp. 327 y ss.

⁵ X. TAFUNELL y A. CARRERAS, *op.cit.*, p.439.

⁶ A. DESDENTADO BONETE, "Crisis y protección de desempleo. La evolución del sistema español", *Relaciones Laborales*, nº 12, 1985, con datos sobre la evolución de la tasa de cobertura.

⁷ En particular, los Reales Decretos-Leyes 15/1976, 44/1977 y 4/1978, sobre los que puede consultarse el *Manual de Seguridad Social* de L.E. DE LA VILLA y A. DESDENTADO BONETE (*op.cit.*, pp. 585 y 586).

⁸ La escala va de tres meses para una cotización de seis a dieciocho meses para una cotización de treinta y seis.

⁹ El porcentaje pasa del 80 % para los primeros seis meses al 60 % para los seis últimos, con un 70 % para un período intermedio con tope del 220 %.

¹⁰ La protección incluía también, de forma más flexible, a los trabajadores retornados del extranjero.

¹¹ Las ampliaciones abarcan los supuestos de falta de acceso al nivel contributivo por insuficiencia de cotización, liberados de prisión, revisiones de la incapacidad y al tratamiento especial de los trabajadores mayores de 55 años. La financiación estatal se afecta a la prestación asistencial, si bien no de forma exclusiva. Esa afectación desaparece con la Ley 33/1987, que establece la financiación indiferenciada que recoge hoy el art. 293 LGSS.

¹² Así, tuvo un sentido claramente expansivo, de mejora de la protección, la reforma del Real Decreto-Ley 3/1989, mientras que las de 1992 (Real Decreto Ley 1/1992 y Ley 22/1992) y 1993 tuvieron un sentido claramente restrictivo.

de renta -personal y familiar- para el subsidio de apoyo a la jubilación¹³, también se ha impulsado el recurso a nuevas ampliaciones asistenciales de la cobertura: renta activa de inserción y programas extraordinarios como el programa de recualificación profesional de personas que agotan la protección de desempleo, el programa de activación para el empleo y el subsidio extraordinario de desempleo¹⁴.

De esta forma, el carácter mixto del sistema español de protección se ha consolidado, con oscilaciones a favor de una u otra modalidad en función de la coyuntura económica. Así, mientras que en 1984 el número de beneficiarios de la prestación de desempleo contributiva ascendía a 557.934 y el número de beneficiarios de subsidio asistencial era de 152.434, en 1997 el primer grupo había descendido ligeramente a 530.680, mientras que el segundo subió a 517.403. En el marco de la última crisis los datos estadísticos son significativos: en 2008, 1.100.879 personas estaban percibiendo la prestación contributiva y 646.186 percibían el subsidio asistencial; tres años después, en 2011, las cifras de ambos se habían prácticamente igualado (1.328.020 beneficiarios de la prestación contributiva frente a 1.331.316 del subsidio asistencial) y ya en 2014 la tendencia se invierte, con un número de beneficiarios del subsidio asistencial superior al número de beneficiarios de la prestación contributiva (1.221.390 frente a 1.059.799). En 2017 el número de beneficiarios baja en ambas modalidades, pero el subsidio asistencial sigue teniendo mayores beneficiarios que el contributivo (726.575 y 902.193, respectivamente)¹⁵.

¹³ Art. 17 Real Decreto-Ley 20/2012, Disposición Final 1ª Real Decreto-Ley 5/2013. Vid, también, Ley 1/2014, de 28 de febrero.

¹⁴ Vid B. SUÁREZ CORUJO, "La (des) protección por desempleo: análisis de los problemas de cobertura desde una perspectiva subjetiva", en AA.VV. (J.R. MERCADER UGUINA y D. PÉREZ DEL PRADO dirs.), *Reflexiones y propuestas sobre protección social y empleabilidad para jóvenes y parados de larga duración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 71 y ss, y D. PÉREZ DEL PRADO, *Prestación por desempleo: intensidad, duración y control: los efectos económicos de la protección frente al paro*, Lex Nova, Valladolid, 2014.

¹⁵ *Anuario de Estadísticas del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, disponible en <http://www.empleo.gob.es/estadisticas/contenidos/anuario.htm>

2. LA INSUFICIENCIA DE RENTAS COMO ELEMENTO CENTRAL EN LA REGULACIÓN DEL SUBSIDIO ASISTENCIAL

Configurado el subsidio de desempleo como una prestación de nivel asistencial en el art. 274.1 LGSS, el control de las rentas del beneficiario se convierte en uno de los ejes fundamentales de la protección. Esta protección, como es sabido, se estructura en un ámbito bastante complejo, en el que se distinguen hasta seis categorías o grupos: 1º) los desempleados con responsabilidades familiares, 2º) los mayores de 45 años, 3º) los emigrantes retornados, 4º) las personas que han recuperado la capacidad de trabajo, 5º) los liberados de prisión y asimilados, 6º) las personas con cotización insuficiente para entrar en la protección contributiva y 7º) los mayores de 55 años a efectos del acceso a la jubilación¹⁶.

El juego fundamental del control de rentas se encuentra obviamente en los requisitos para acceder a la protección y forma parte destacada de los llamados requisitos genéricos que se establecen para todos los grupos protegidos y se añaden a los específicos de cada uno de éstos.

La carencia de recursos define una situación protegida muy cualificada, en una línea de pobreza próxima a lo que la sociología moderna conoce como la *under class* (la subclase)¹⁷, pero con la particularidad ya destacada de que su protección se limita, salvo alguna excepción, a los que han estado dentro de las redes del sistema contributivo.

La insuficiencia de rentas, en su función reguladora del acceso a la protección, no se limita solo a ponderar los ingresos persona-

¹⁶ Un panorama general en M. GARCÍA JIMÉNEZ, "Las modalidades de subsidio por desempleo", AA.VV. (J.L. MONEREO PÉREZ y G. RODRIGUEZ INIESTA dirs.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, t. II, Ediciones Laborum, Murcia, 2017, pp. 344 y ss.

¹⁷ Sobre la subclase, vid. la obra clásica de R. DAHRENDORF, *El conflicto social moderno*, Mondadori, Madrid, 1990, pp. 179 a 194; también J.J. MACONIS y K. PLUMMER, *Sociología*, Pearson, Prentice Hall, Madrid, 2012, pp. 282 a 283, que la definen como el conjunto de las personas que están al margen de la estructura de clases, excluidas económica, política y socialmente, que sobreviven entre el desempleo y el empleo precario.

les del solicitante, sino que apunta también a los ingresos del grupo familiar, que asume relevancia para las prestaciones conectadas directamente a las responsabilidades familiares (art. 275.3 LGSS). La renta de la unidad familiar también se tenía en cuenta para el subsidio de los mayores de 55 años. Para este colectivo no bastaba la carencia de rentas personales (art. 274.4 LGSS), pues el párrafo segundo del art. 275.2 LGSS exigía además que esa carencia afectara a la unidad familiar, requisito que ha sido anulado por el Tribunal Constitucional (STC 61/2018, de 7 de junio, que anula diversos preceptos del Real Decreto Ley 5/2013 y restaura la situación anterior a aquella norma).

Pero el nivel de rentas no se configura solo como un requisito de acceso a la protección en el art. 274.1 LGSS; esa exigencia se proyecta además sobre el juego de la suspensión y la extinción del derecho (art. 279 LGSS) y se extiende también al régimen de las obligaciones de información (arts. 298 y 299 LGSS) y al régimen sancionador (art. 302 LGSS y arts. 20, 24 a 26 y 47 LISOS).

Todo ello explica el papel central que la noción de renta tiene en el funcionamiento de esta modalidad de protección. Sin embargo, hasta la importante reforma de la Ley 45/2002¹⁸, la Ley General de la Seguridad Social se limitaba a una escueta referencia a las “rentas de cualquier naturaleza”. La nueva versión de 2002 incluyó una definición más detallada, en la que se consideraban rentas o ingresos computables cualesquiera bienes, derechos o rendimientos “de que disponga o pueda disponer el desempleado derivados del trabajo, del capital mobiliario o inmobiliario, de las actividades económicas y los de naturaleza prestacional”, con excepción de “las asignaciones de la Seguridad Social por hijos a cargo” y “el importe de las cuotas destinadas a la financiación del convenio especial”. Se consideraban incluidas “las plusvalías o

ganancias patrimoniales” y también los rendimientos imputados, es decir, los “que puedan deducirse del montante económico del patrimonio”, en una estimación para éstos del 50 % del tipo de interés legal del dinero vigente, salvo “la vivienda habitualmente ocupada por el trabajador” y los rendimientos de “los bienes cuyas rentas hayan sido computadas”.

La norma ha sido objeto de modificaciones sucesivas. La Ley 39/2010 salió al paso de una interpretación jurisprudencial¹⁹, estableciendo de forma específica que las rentas se computarán por su rendimiento íntegro o bruto. Más tarde, y también en la línea de reducción del gasto, el art. 17 RDL 20/2012 incrementó el cómputo de los rendimientos imputados al 100 % del tipo de interés legal en lugar del 50 % que venía aplicándose.

3. EL CONCEPTO DE RENTA COMPUTABLE. ¿CONCEPTO CIVIL O FISCAL?

3.1. La jurisprudencia anterior a la Ley 45/2002. El concepto civil de renta: la renta como rendimiento

Como ya se adelantó en el epígrafe anterior, antes de la reforma introducida por la Ley 45/2002, la Ley General de la Seguridad Social, en su art. 215.1.1, se refería únicamente a las “rentas de cualquier naturaleza”, sin dar mayores precisiones. Esta parquedad en la regulación suscitó el problema de determinar qué debía entenderse por renta computable a efectos del subsidio asistencial. Y, en este sentido, se plantearon dos opciones: acudir al concepto civil de renta, más restrictivo y vinculado con los frutos, o aplicar el concepto fiscal. En la doctrina judicial el problema surgió en relación con las plusvalías procedentes de la enajenación de bienes muebles e inmuebles. Si se acudía al concepto civil de renta, estas plusvalías no debían computar (pues no son “frutos” derivados de la titularidad del bien), pero sí debían hacerlo si se optaba

¹⁸ Sobre esta reforma puede verse el trabajo de A. DESDENTADO BONETE y A. DE LA PUEBLA PINILLA, “La reforma de la protección por desempleo en la Ley 45/2002”, en AA.VV., *La Ley 45/2002, de reforma de la protección por desempleo. La “reforma” de la reforma del despido, de los salarios de tramitación y del desempleo*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 60 a 71.

¹⁹ La Ley 39/2010 también eliminó, por razones de claridad, la expresión “que disponga o pueda disponer el desempleado”, referida a los ingresos, como examinaremos más adelante.

por el concepto fiscal. De acudir a este último, además, también habría que tener en cuenta la rentabilidad que pueda deducirse del patrimonio, a través del llamado “régimen de imputación de rentas”.

La jurisprudencia consideró, en un principio, más razonable acudir al concepto civil de renta y, de esta forma, entendió que, a efectos del subsidio asistencial, la renta equivale únicamente a los rendimientos, sin incluir los bienes patrimoniales en sí mismos considerados, ni las plusvalías que puedan experimentar dichos bienes.

En esta línea, la STS 31.5.1999 (recurso 1581/1998), en relación con la venta de un inmueble que había generado una determinada plusvalía, niega la inclusión de dicha plusvalía en el concepto de renta imputable. Para la sentencia, el concepto civil de renta es el que, en defecto de norma especial, debe aplicarse y es, además, el que coincide con el sentido etimológico de la palabra. Renta, dice la sentencia, “en sentido etimológico equivale a utilidad o beneficio que rinde anualmente una cosa, o lo que de ella se cobra y también lo que paga en dinero o en frutos un arrendatario, y éste es el concepto que hace suyo el Código Civil”. La sentencia añade que “la doctrina civilística mayoritaria viene diferenciando entre renta como producto o rendimiento que dimana de un bien que se dice capitalizado, denominado fruto civil, y renta como pago periódico realizado de forma vitalicia, perpetua o temporal, ligado fundamentalmente a un capital entregado al deudor de los mismos; bajo esa concepción, se ha considerado la renta como una compensación que se debe al titular del dominio por la privación del objeto del derecho y de su explotación, cuando la posesión se desplaza en favor de tercero”. Por su parte, “el Código Civil diferencia los frutos naturales, los industriales y los civiles, siendo para estos últimos básica la idea del transcurso del tiempo o, si se prefiere, la temporalidad y la periodicidad de su devengo, como criterio más usual de cálculo”. El artículo 353 del Código Civil –añade la sentencia– “tiene una concepción amplia de los beneficios que pueden provenir de la propiedad y así, además de los frutos, atribuye al propietario los efectos de la cesión, de manera que no toda ventaja derivada de la titularidad del dominio tiene

la consideración de frutos y, consiguientemente, de rentas, como no la tienen tampoco las mejoras ni el precio de enajenación de los bienes”. La sentencia considera que “la periodicidad en la percepción es nota consustancial a la renta, tal como se desprende del artículo 355 del Código Civil al considerar frutos civiles el alquiler de los edificios, el precio de arrendamientos de tierras y el importe de las rentas perpetuas, vitalicias u otras análogas”.

La resolución citada concluye afirmando que la plusvalía obtenida por la enajenación de bienes patrimoniales no es computable como renta a efectos del subsidio asistencial, criterio que se reitera en las SSTS 30.6.2000 (recurso 1035/1999) y 7.2.2002 (recurso 2245/2001) en relación, también, con la venta de bienes inmuebles. El mismo criterio se aplica asimismo a la plusvalía generada por la enajenación de bienes pertenecientes al patrimonio mobiliario, como aclara la STS 17.11.2001 (recurso 2717/2000). Esta sentencia reconoce que en el ámbito fiscal, a efectos del impuesto de la renta de las personas físicas, se consideran renta los incrementos patrimoniales que se pongan de manifiesto como consecuencia de alteraciones del patrimonio a través de transmisiones onerosas o lucrativas. Pero esta calificación “no trasciende a otros campos del Derecho y, concretamente, al de la Seguridad Social, porque ese tipo de operaciones no es equiparable a una renta que mejora o eleva los ingresos mensuales del beneficiario”. El Tribunal Supremo aclara que “en realidad, lo que sucede es que ‘un elemento patrimonial es sustituido por otro’. Así, en el plano de la protección asistencial lo único relevante en relación con tales elementos patrimoniales serían los ingresos periódicos que proporcionarían al interesado (en este caso, las cantidades abonadas por la participación en los beneficios sociales que deriva de la titularidad de las acciones), que sí que serían computables y podrían neutralizar en su caso el derecho a la prestación asistencial”.

Conforme a esta doctrina, la STS 12.12.2000 (recurso 991/1999) establece que, en relación con la determinación de la renta computable a efectos del subsidio de desempleo, no debe tenerse en cuenta la simple titularidad de bienes patrimoniales, cuando no producen renta alguna, y ello con inde-

pendencia de su valor. El requisito de carencia de rentas, dice la sentencia, “se refiere al montante de las rentas obtenidas por el solicitante o beneficiario, no al valor del patrimonio que éste pueda poseer”, pues ningún precepto legal “pone en relación el derecho al referido subsidio con el monto económico de tal patrimonio”. Por consiguiente, el requisito se ha de entender cumplido “si esa carencia de rentas se produce; sin que a tal respecto pueda tomarse en consideración el valor conjunto de los bienes que integran el patrimonio del interesado”. El subsidio asistencial se reconoce “a quienes carecen de rentas de cualquier naturaleza” en la cuantía que fija la ley, pero no está condicionado a que “el beneficiario no sobrepase un determinado tope o listón económico”. El factor a tener en cuenta “es únicamente el de las rentas, con independencia de su naturaleza pero rentas al fin y al cabo”. No se exige, por tanto a tal fin, “una completa carencia de bienes ni un estado de necesidad absoluta, sino que la necesidad o la precisión de subsistencia que se ha de tomar en consideración es, única y exclusivamente, aquella que tiene como causa la ausencia de ingresos suficientes”. Por ello, concluye la sentencia, “aunque el interesado posea un patrimonio con un valor económico apreciable, si las rentas por él obtenidas no alcanzan el nivel citado, se le tiene que reconocer el derecho a percibir el subsidio de que tratamos”. La sentencia reconoce que “patrimonio y rentas son conceptos que en no pocas ocasiones están vinculados, puesto que el patrimonio, cuando es de valor elevado, normalmente produce rentas”, pero entiende que la Ley General de la Seguridad Social “prescinde por completo del dato del montante económico del patrimonio del beneficiario a los efectos del derecho a percibir el subsidio asistencial de desempleo, exigiendo únicamente, a este respecto, el requisito de la falta de ingresos”. De esta forma, se descartaba un sistema de imputación de rentas similar al previsto en el régimen fiscal.

3.2. La intervención del legislador en 2002: definición de la renta conforme al modelo fiscal

La doctrina del Tribunal Supremo en relación con el concepto de renta computable tuvo que ser revisada tras la Ley 45/2002, que mo-

dificó el art. 215 LGSS. La nueva redacción del precepto especifica ya el concepto de renta. La renta computable incluye, a partir de esta reforma, “cualesquiera bienes, derechos o rendimientos de que disponga o pueda disponer el desempleado derivados del trabajo, del capital mobiliario o inmobiliario, de las actividades económicas y los de naturaleza prescricional, salvo las asignaciones de la Seguridad Social por hijos a cargo y salvo el importe de las cuotas destinadas a la financiación del convenio especial con la Administración de la Seguridad Social”. También incluye “las plusvalías o ganancias patrimoniales”, así como “los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio”, aplicando a su valor el 50 % del tipo de interés legal del dinero vigente (porcentaje que el RDL 20/2012 subió al 100 %), “con la excepción de la vivienda habitualmente ocupada por el trabajador y de los bienes cuyas rentas hayan sido computadas”.

El nuevo concepto se aproxima en gran medida, aunque no de forma idéntica, a la noción fiscal de renta y sigue en general el esquema de la norma del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas. En efecto, la Ley 40/1998, en su art. 2.2, definía la renta de la persona física como “la totalidad de sus rendimientos, ganancias y pérdidas patrimoniales y las imputaciones de renta que se establezcan por la ley”, una definición que coincide con la que hoy contienen los arts. 2 y 6 de la Ley 35/2006 (en adelante, LIRPF). Conforme a lo dispuesto en el art. 6 de este último texto legal, la renta se compone de los rendimientos del trabajo, los rendimientos del capital, los rendimientos de las actividades económicas, las ganancias y pérdidas patrimoniales, y las imputaciones de renta que se establezcan por ley²⁰.

La STS 27.3.2007 (recurso 5391/2005) admite que, en efecto, la doctrina anterior del Tribunal Supremo “ha perdido vigencia” tras la Ley 45/2002. Teniendo en cuenta la nue-

²⁰ Un análisis detallado de estos rendimientos en J. MARTÍN QUERALT, “Impuesto sobre la renta de las personas físicas (residentes)”, AA.VV. (J. MARTÍN QUERALT, J.M. TEJERIZO LÓPEZ y A. CAYÓN GALLARDO dirs.), *Manual de Derecho Tributario. Parte Especial*, Aranzadi, 2017, pp. 79 y ss.

va redacción del art. 215 LGSS, la sentencia entiende que “la plusvalía que surge tras la transmisión de un bien inmueble que no constituye la vivienda habitual forma parte de la renta imputable”, criterio que se reitera en sentencias posteriores (STS 3.2.2015, recurso 288/2014).

Se ha puesto fin, así, al concepto civil de renta que defendió la primera jurisprudencia y se ha consolidado una noción muy cercana a la fiscal, que hoy se encuentra establecida en el art. 275.4 LGSS.

3.3. ¿Ingresos brutos o ingresos netos? La evolución jurisprudencial y, de nuevo, la intervención del legislador

La reforma de 2002 aclaró el concepto de renta computable, pero dejó sin resolver una duda importante: ¿los ingresos que se deben tener en cuenta son los ingresos netos o los ingresos brutos? El art. 215 LGSS no decía nada al respecto y la reforma no introdujo en este punto ninguna precisión.

En un primer momento, el Tribunal Supremo entendió que los ingresos computables eran los brutos. En la STS 31.5.1996 (recurso 3844/1995) se afirma que “la primera razón que inclina a esta solución es de interpretación gramatical”, en cuanto que “en los preceptos legales y reglamentarios aplicables no se dice nada de rebajar la cuantía de la renta” percibida con deducciones de gastos, “por lo que debe entenderse que tal renta es la renta adquirida o bruta y no la renta neta”. A esta razón de interpretación gramatical “debe añadirse otra de interpretación teleológica”, consistente en que el cálculo de la renta neta es “normalmente de difícil determinación y siempre de comprobación laboriosa; lo que comporta costes muy altos de gestión que solo sería exigible afrontar de haber sido expresamente previstos por el legislador”.

Este criterio se mantiene en la STS 21.11.2007 (recurso 4604/2006), en la que se aclara que la modificación introducida en el art. 215.3.2º LGSS por la Ley 45/2002 ha tenido por objeto especificar que entran en el cómputo todas las rentas o ingresos (“cua-

lesquiera bienes, derechos o rendimientos”) y no modificar el criterio del cómputo de ingresos íntegros o brutos, por lo que las razones señaladas de interpretación gramatical y de interpretación teleológica tienen la misma fuerza de convicción antes y después del cambio legislativo reseñado. El criterio de los ingresos brutos se traslada, posteriormente, a la regulación reglamentaria. El RD 200/2006, de 17 de febrero, modifica el art. 7.1 de RD 625/1985, introduciendo una letra a) en la que se dispone que “las rentas se computarán por su rendimiento íntegro o bruto”, aunque el rendimiento que proceda de actividades empresariales, profesionales, agrícolas, ganaderas o artísticas “se computarán por la diferencia entre los ingresos y los gastos necesarios para su obtención” y las ganancias patrimoniales “por la diferencia entre las ganancias y las pérdidas patrimoniales”.

Sin embargo, el criterio de los ingresos brutos era cuestionable, porque si de lo que se trata es de valorar la capacidad económica del individuo para determinar si requiere de una protección asistencial que le permita alcanzar un mínimo de subsistencia, lo lógico es computar tan solo los ingresos de que dispone el desempleado, es decir, los ingresos netos. Este argumento tenía apoyo en el art. 215, tras la nueva redacción introducida por la Ley 45/2002. En efecto, el párrafo segundo del art. 215.3 LGSS pasó a definir las rentas o ingresos computables como “cualesquiera bienes, derechos o rendimientos de que disponga o pueda disponer el desempleado (...)”.

En el año 2009, el Tribunal Supremo, apoyándose en esta última expresión legal, rectifica su doctrina en la sentencia 28.10.2009 (recurso 3354/2008), dictada en Sala General. Se defiende ahora la necesidad de computar únicamente los ingresos netos. Se argumenta, en este sentido, que la ley, al referirse a «los rendimientos de que *disponga o pueda disponer*» el desempleado apunta a un criterio de «disponibilidad» del todo impredecible -por ejemplo de aquellas cantidades invertidas en la propia obtención de los ingresos [gastos deducibles] o que por disposición legal son retenidas a favor de la Administración Pública [impuestos y cotizaciones a la Seguridad Social]. La sentencia considera, además, el criterio de los ingresos netos más razonable, pues “si con el subsidio

se trata de garantizar el umbral económico que garantice una elemental subsistencia, las atenciones que ésta requiere no pueden sufragarse con ingresos ideales o ficticios que no se incorporan en el patrimonio del interesado [por corresponder a gastos necesarios para la obtención de los rendimientos; o por haberse incorporado a las arcas de la Administración, en razón a causas tributarias o aseguratorias], sino que solo pueden hacerse con los rendimientos reales, que son los que materialmente determinan el verdadero poder adquisitivo del trabajador”. En cuanto a la referencia que realiza el art. 7.1.a) del RD 625/1985 a los ingresos brutos, el Tribunal Supremo entiende que no resulta aplicable. La sentencia señala que la norma reglamentaria es, en este punto, *ultra vires* porque «su prescripción inicial de que "las rentas se computarán por su rendimiento íntegro o bruto" se presenta diametralmente opuesta a la referencia legal a los rendimientos "de que disponga o pueda disponer el desempleado"».

El legislador no tardó en reaccionar ante la nueva doctrina del Tribunal Supremo. La Ley 39/2010 suprimió del precepto legal la expresión “de que disponga o pueda disponer el desempleado” y se añadió un nuevo apartado en el que se confirmaba el criterio reglamentario, estableciendo que “las rentas se computarán por su rendimiento íntegro o bruto”, si bien “el rendimiento que procede de las actividades empresariales, profesionales, agrícolas, ganaderas o artísticas, se computará por la diferencia entre los ingresos y los gastos necesarios para su obtención”.

Ante este cambio legislativo, la Sala IV tuvo que volver a rectificar. Se aplicó a partir de entonces el criterio de los ingresos brutos, pero solo para los subsidios cuyo hecho causante se hubiera producido después de la entrada en vigor del cambio normativo, que tuvo lugar el 1 de enero de 2011. Para los subsidios cuyo hecho causante fuera anterior a esa fecha, se siguió aplicando el criterio de los ingresos netos, pues la Ley 39/2010 no estableció ninguna norma de Derecho transitorio que atribuyera al cambio efectos retroactivos, por lo que la normativa aplicable debe ser la que estuviera vigente en el momento del hecho causante (SSTS 19.1.2015 -recurso 654/2014- y 29.9.2017 -recurso 3760/2015-).

3.4. La inaplicación de la deducción del mínimo personal y familiar previsto en la Ley del Impuesto de la Renta

Otro tema que se planteó ante la Sala IV del Tribunal Supremo en relación con la determinación de la renta computable era si la deducción del mínimo personal y familiar prevista en la Ley del IRPF resultaba aplicable²¹.

La STS 21.11.2007 (recurso 4604/2006) dio una respuesta negativa: esta deducción, señala la sentencia, “tiene su razón de ser en materia tributaria, como indicador de la capacidad contributiva”, pero “no es funcional en el cómputo del requisito de «carencia de rentas» donde se trata no de aquilatar la capacidad del contribuyente, sino de valorar sus medios de vida a efectos del abono de un subsidio «de nivel asistencial», establecido con propósito de atender a necesidades de subsistencia”.

En la misma línea, la STS 28.10.2009 (recurso 3354/2008) –que, como vimos, había rectificado el criterio de la jurisprudencia anterior acudiendo a los ingresos netos y no a los brutos- reitera, sin embargo, la doctrina de la STS 21.11.2007 en relación con la deducción del mínimo personal y familiar prevista en la normativa del IRPF. La sentencia acoge los argumentos de la resolución anterior, añadiendo que la ley “no alude a que haya de excluirse la pretendida «renta disponible» establecida en la normativa tributaria”. Además, a juicio del Tribunal resultaría “contrario a toda lógica que para calcular el límite de ingresos a los efectos de beneficiarse de una prestación asistencial -o asistencial/prestacional- que tiene por objeto garantizar el mínimo vital de subsistencia, precisamente se excluya de los rendimientos a tener en cuenta «la cuantía del mínimo personal y familiar» de que tratamos, pues de esta forma -contradictoriamente- vendría a atribuirse la percepción «vital» [el umbral mínimo de subsistencia] a quien previamente ya la tenía garantizada; con lo que tal beneficiario acumularía -así- dos umbrales de subsistencia: el

²¹ El mínimo personal y familiar constituye la parte de la base liquidable que, por destinarse a satisfacer las necesidades básicas personales y familiares del contribuyente, no se somete a imposición por el IRPF (art. 56 LIRPF).

fiscal exento y el asistencial por desempleo”. Esta doctrina se reitera en la STS 27.7.2010 (recurso 3380/2008).

4. LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA DE INGRESOS

La insuficiencia de rentas como requisito de acceso al subsidio de desempleo tiene dos manifestaciones: una individual y otra familiar. La primera, que toma en consideración los ingresos del solicitante, opera siempre, pues se trata de un requisito general para todas las situaciones protegidas: el desempleo que solicita el subsidio debe carecer de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75 % del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. La segunda, que valora los ingresos de la unidad familiar, solo entra en juego en los supuestos en los que la ley exige, además, como requisito adicional, la existencia de responsabilidades familiares. Son, pues, dos requisitos diferentes. El primero –“el requisito de carencia de rentas”, de acuerdo con la terminología legal- se consagra en los arts. 274.1 y 275.2 LGSS; el segundo –las “responsabilidades familiares”- se define en el art. 275.3 LGSS.

Es importante insistir en que el requisito general de carencia de rentas tiene únicamente en cuenta los ingresos del solicitante, con independencia de las rentas del grupo familiar y que es el primer requisito que debe cumplirse. Solo cuando se acredite el cumplimiento de este requisito genérico se entrará a valorar, en su caso, la renta de la unidad familiar a efectos de comprobar si se cumple, además, el requisito adicional de la existencia de responsabilidades familiares. Por consiguiente, si el solicitante tiene ingresos propios superiores al tope legal y convive, por ejemplo, con tres hijos menores que tiene a cargo, no será posible reconocer el derecho al subsidio alegando que los ingresos del solicitante, divididos por el número de miembros de la unidad familiar, no superan el máximo previsto por el art. 275.3 LGSS. En este caso, no hay derecho al subsidio porque el primer requisito, el general, no se cumple, por lo que no es posible pasar a valorar el segundo.

Así lo ha aclarado la Sala IV del Tribunal

Supremo. Su sentencia 28.10.2002 (recurso 957/2002), citando otras resoluciones anteriores, afirma que “el tope cuantitativo de ingresos legalmente previsto como requisito para lucrar el subsidio que nos ocupa está referido en exclusiva al beneficiario que pretende el subsidio por desempleo, sin que el cómputo del indicado tope quede condicionado al número de miembros que integran la unidad familiar, de tal suerte que para tener derecho al repetido subsidio hay un primer requisito, consistente en que el solicitante carezca de rentas propias de cualquier naturaleza que superen la aludida cuantía, y solo cuando este requisito «sine qua non» ha sido superado, es cuando pueden acreditarse cargas familiares”²².

Una vez aclarado que se trata de requisitos distintos, pasemos a analizar cada uno de ellos desde la perspectiva de la imputación subjetiva de las rentas. ¿Cómo se imputan los ingresos?

En relación con el requisito general de carencia de rentas sabemos ya que tan solo hay que tener en cuenta la renta personal íntegra del solicitante, sin dividirla por el número de miembros de su unidad familiar. Pero el carácter personal de la renta plantea el problema de la imputación de los ingresos de los cónyuges cuando el régimen económico matrimonial es el de la sociedad de gananciales.

La LGSS no contenía ninguna norma específica al respecto y tampoco lo hacía el art. 7 del RD 625/1985 antes de la reforma introducida por el RD 200/2006. La normativa civil atribuye los bienes gananciales y su rendimiento a la sociedad, mientras que a los cónyuges solo les corresponde una participación ideal en ese patrimonio común que se materializa cuando la sociedad se liquida. Así, el art. 1344 del Código Civil dispone que “mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella”. Más adelante, el art. 1347 considera bienes gananciales,

²² En la misma línea se pronuncian las SSTs 26.4.2010 (recurso 2704/2009) y 17.7.2017 (recurso 3634/2015).

entre otros, los obtenidos por el trabajo de cualquiera de los cónyuges, los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales y “las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes”. En el ámbito fiscal se acoge, sin embargo, un criterio diferente al civil. En la regulación del IRPF se opta, en efecto, por la individualización de las rentas. Conforme a lo dispuesto en el art. 11 LIRPF, la renta “se entenderá obtenida por los contribuyentes en función del origen o fuente de aquélla, cualquiera que sea, en su caso, el régimen económico del matrimonio”, y, de ahí, que los rendimientos de trabajo se atribuyan “exclusivamente a quien haya generado el derecho a su percepción” y las pensiones “a las personas físicas en cuyo favor estén reconocidas” (art. 11. 1 y 2 LIRPF). Por su parte, los rendimientos de capital se atribuyen “a los contribuyentes que sean titulares de los elementos patrimoniales, bienes o derechos, de que provengan dichos rendimientos según las normas sobre titularidad jurídica aplicables en cada caso” y, en este sentido, se aclara que “en su caso, serán de aplicación las normas sobre titularidad jurídica de los bienes y derechos contenidas en las disposiciones reguladoras del régimen económico del matrimonio, así como en los preceptos de la legislación civil aplicables en cada caso a las relaciones patrimoniales entre los miembros de la familia”; la misma regla se aplica para las ganancias y pérdidas patrimoniales (art. 11.3 y 5 LIRPF).

Ante el silencio de la ley, la jurisprudencia optó por el criterio fiscal de la individualización de las rentas. La STS 30.6.2004 (recurso 3998/2003) explica esta doctrina, distinguiendo dos supuestos: a) Cuando las rentas se obtienen exclusivamente por el solicitante del subsidio, deben imputarse a él en su totalidad para determinar si se cumple o no el requisito de carencia de rentas y esto es así aunque el matrimonio se rija por el régimen legal de gananciales; b) Cuando consta probado que las rentas en cuestión se obtienen por ambos cónyuges, deberán dividirse entre ellos según su cuota de obtención. Por lo tanto, los rendimientos de trabajo se imputan por entero al solicitante porque “se obtienen exclusivamente por él”, mientras que lo que se obtiene en

concepto de alquiler de un bien inmueble, ya sea ganancial o privativo, no puede imputarse íntegramente al solicitante, sino únicamente la cuota ideal que le pertenece en la sociedad de gananciales, es decir, el 50 % de esa cantidad, pues, como ya se señaló, los frutos de los bienes gananciales y privativos son gananciales²³.

Esta doctrina se plasma, finalmente, en la norma reglamentaria tras la reforma de 2006. El RD 200/2006 añadió la letra b) al art. 7.1 del RD 625/1985, en la que se dispone que “las rentas se imputarán a su titular cualquiera que sea el régimen económico matrimonial aplicable, pero las rentas derivadas de la explotación de un bien de uno de los cónyuges, si el régimen económico matrimonial es el de gananciales, se imputarán por mitad a cada cónyuge”. No es una regulación tan completa como la fiscal, pero sin duda se inspira en ella.

El criterio de la individualización de los rendimientos de trabajo aplicado al subsidio desempleo²⁴ resulta, sin embargo, cuestionable pues la finalidad de esta prestación es cubrir las necesidades económicas de quien lo solicita y, en este sentido, debería tenerse en cuenta la realidad económica del solicitante y de su familia. Se trata de un tema importante, ya que tiene una gran transcendencia práctica. Imaginemos el siguiente supuesto: María, de 47 años y casada en régimen de sociedad de gananciales, solicita subsidio de desempleo tras haber agotado la prestación contributiva. Su marido, trabajador por cuenta ajena, percibe unos ingresos brutos anuales que ascienden a 180.000 euros; el matrimonio no tiene hijos. Conforme al criterio de la individualización de la renta a María no se le imputa el 50 % de los ingresos de su marido y, como no tiene ingresos propios, cumpliría el requisito de carencia de rentas, accediendo al subsidio

²³ En el mismo sentido, STS 20.10.2004 (recurso 5990/2003).

²⁴ En el ámbito fiscal, el Tribunal Constitucional consideró este criterio conforme a la Constitución. La STC 45/1989 señala que “la existencia de una unidad familiar no puede impedir la personalización de las cargas tributarias imputables a los distintos miembros de esa unidad, pues el IRPF es un impuesto personal y no deja de serlo por la existencia de la unidad familiar”. Vid sobre este punto, J. MARTÍN QUERALT, cit., pp. 101 y ss.

asistencial, cuya finalidad es garantizar a María un mínimo de subsistencia cuando, en realidad, ese mínimo lo tiene cubierto sobradamente con los ingresos del esposo. No parece que el resultado sea satisfactorio. Otro ejemplo nos lleva a la misma conclusión: Pedro percibe el subsidio asistencial de desempleo; su mujer no tiene ingresos propios porque se ha dedicado al cuidado de los hijos del matrimonio, de 3 y 7 años de edad. Pedro comienza a trabajar a tiempo parcial. Los rendimientos de este trabajo se le imputarán al 100 %, por lo que, si, íntegramente, sobrepasan el tope legal, perderá el subsidio, a pesar de que, en puridad, el 50 % de esos rendimientos son, desde una perspectiva civil, de su mujer que cuenta con ello para su propia subsistencia y la de sus hijos. En realidad, el sistema no satisface porque, existiendo unidad familiar, lo lógico sería que el requisito general de carencia de rentas se vinculara a dicha unidad familiar, dividiendo todos los ingresos del conjunto familiar por el número de sus integrantes, con independencia del régimen económico matrimonial. Pero esto solo sucede en los supuestos en que se exigen responsabilidades familiares y únicamente como segundo requisito, una vez superado el general.

Para el subsidio para desempleados mayores de 55 años –previsto actualmente en el art. 274.4 LGSS y conocido como “subsidio de prejubilación”, el Real Decreto-Ley 5/2013 introdujo una regla especial precisamente para valorar no solo las rentas propias sino también las de la unidad familiar. Aunque el desempleado carezca de rentas propias superiores al tope legal, “si tiene cónyuge y/o hijos menores de veintiséis años, o mayores incapacitados o menores acogidos, únicamente se entenderá cumplido el requisito de carencia de rentas cuando la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias”. No se estaba imponiendo con ello el requisito adicional de la existencia de responsabilidades familiares. Lo que se estaba exigiendo es que no solo las rentas propias del solicitante fueran

insuficientes, sino también las rentas de la unidad familiar en la que se convive, en la línea de lo propuesto anteriormente.

Este condicionamiento, que, a mi juicio, podría justificarse con carácter general por las razones antes expuestas, ha sido, sin embargo, anulado por el Tribunal Constitucional, aunque no en relación a la regulación sustantiva sino por el uso indebido del Decreto-Ley. La STC 61/2018 entiende, en efecto, que, en este punto, no ha quedado justificada la necesidad urgente de la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 5/2013, por lo que falta la exigencia del presupuesto habilitante derivado del art. 86.1 de la Constitución (fundamento jurídico 9º).

Pasemos ya a analizar el requisito de las responsabilidades familiares, que, como vimos, es una exigencia adicional que solo se impone en algunos supuestos previstos en el art. 274 LGSS: situaciones derivadas del agotamiento de la prestación contributiva de desempleo cuando el solicitante es menor de 45 años (letra a del número 1) y supuestos en los que no ha sido posible acceder a la protección contributiva por falta de cobertura del período mínimo de cotización siempre y cuando se haya cotizado al menos tres meses (letra a del número 3).

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 275.3 LGSS, se entiende por responsabilidades familiares “tener a cargo al cónyuge, hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados, o menores acogidos, cuando la renta del conjunto de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias”. El párrafo segundo añade que “no se considerará a cargo el cónyuge, hijos o menores acogidos, con rentas de cualquier naturaleza superiores al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias”. Esta regulación procede de la Ley 22/1993, que dio nueva redacción al art. 13.4 de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, regulación que pasó después al art. 215.2 LGSS/1994 y, finalmente, al art. 275.3 LGSS vigente.

La definición legal es compleja y ha planteado algunas dudas de interpretación, especialmente en relación con lo dispuesto en el párrafo segundo.

La responsabilidad familiar incluye tres elementos básicos: la existencia de una unidad familiar unida por un vínculo de parentesco, la dependencia económica de, al menos, uno de los miembros de esta unidad familiar con el solicitante y, finalmente, la insuficiencia de recursos de la unidad familiar en su conjunto.

La unidad familiar está constituida por el solicitante del subsidio, el cónyuge, los hijos menores de 26 años o mayores discapacitados y los menores acogidos. El art. 18 del RD 625/1985 exige, a estos efectos, la convivencia entre los miembros de la unidad familiar, pero se trata de un requisito dudoso, porque no está previsto en el art. 275.3 LGSS. El Tribunal Supremo, por esta razón, no lo ha considerado exigible. En este sentido, se ha apreciado que existe unidad familiar entre el desempleado marroquí residente en España y su familia residente en Marruecos, pues lo importante es que los vínculos familiares permanecen “aunque las circunstancias de la emigración les obliguen a estar físicamente separados” (STS 11.4.2000, recurso 2770/1999). También se ha incluido en la unidad familiar al cónyuge separado de hecho, aunque no exista convivencia con el solicitante y ello con independencia de si existe o no “obligación de alimentos en virtud de convenio o resolución judicial”. Este último condicionamiento, que prevé el reglamento en su art. 18.3, resulta criticable, porque lo decisivo no es que la obligación de alimentos se reconozca en un convenio o en una resolución judicial, sino que esa obligación existe, en todo caso, pues el vínculo no se ha disuelto. En este sentido, la STS 11.10.2005 (recurso 3460/2004) afirma que “aunque es cierto que en términos fácticos, la familia separada se puede afirmar que ya no forma una unidad, no es menos cierto que en términos jurídicos una familia sigue subsistiendo con todos sus derechos y obligaciones mientras no se produzca la separación legal o la disolución del matrimonio, de conformidad con lo previsto en los arts. 81 y concordantes del Código Civil, con todas las consecuencias que ello acarrea tanto en el terreno de las

relaciones personales como en las de carácter patrimonial” (STS 11.10.2005, recurso 3460/2004)²⁵. Por lo tanto, el cónyuge separado debe incluirse en la unidad familiar, aunque no conviva con el solicitante del subsidio. Por el contrario, en los supuestos de divorcio o nulidad matrimonial, el ex cónyuge ya no forma parte del grupo familiar del desempleado, pues el vínculo de parentesco que les unía se ha extinguido. En cuanto a la pareja de hecho, no se puede considerar carga familiar pues, a estos efectos, la ley claramente exige el vínculo conyugal. Por su parte, el nieto que convive con el solicitante del subsidio no se considera incluido en la unidad familiar salvo que se encuentre en régimen de acogimiento (STS 5.12.2008, recurso 2548/2006).

Una vez configurada la unidad familiar, hay que tener en cuenta que para poder apreciar la existencia de responsabilidades familiares se exigen, a su vez, dos requisitos: en primer lugar, el solicitante del subsidio debe tener al menos un familiar a cargo; en segundo lugar, la unidad familiar no debe superar el tope de rentas establecido. Son requisitos autónomos y deben cumplirse de forma sucesiva. Así lo ha entendido la Sala IV del Tribunal Supremo, que califica al primero de “requisito previo o de admisión” (STS 30.5.2000, recurso 2717/1999).

¿Cuándo se entiende que el solicitante tiene un familiar a cargo? La respuesta, según la Sala IV, se encuentra en el párrafo segundo del art. 275.3 LGSS. Se considera que está a cargo el familiar que carece de rentas superiores al tope establecido. De esta forma, si todos los miembros de la unidad familiar -excluido el solicitante- superan individualmente ese tope de rentas, habrá que entender que el demandante del subsidio no tiene a ningún familiar a su cargo, por lo que carece del derecho al mismo. Ahora bien, si se acredita que al menos uno de esos miembros de la familia -además del solicitante- carece de rentas propias por encima del tope, se habrá superado esa primera barrera: el solicitante cumplirá, entonces, el primer requisito de tener un miembro de la unidad familiar a car-

²⁵ En el mismo sentido ya se había pronunciado la STS 6.5.1994 (recurso 2047/1993).

go. A continuación entrará en juego el párrafo primero del art. 275.3 LGSS: habrá que pasar a valorar si se cumple el segundo requisito, es decir, la insuficiencia de rentas de la unidad familiar entendida en su conjunto (SSTS 30.5.2000 -recurso 2717/1999- y 27.7.2000 -recurso 1894/1999-).

Para determinar las rentas de la unidad familiar se deben sumar los ingresos de todos los integrantes de dicha unidad y dividir el resultado por el número de personas que la integran. Se incluyen todos: el solicitante, los familiares a cargo y los familiares que no lo están porque, individualmente, superan el tope de renta. Por ejemplo, imaginemos una unidad familiar integrada por el padre, la madre y un hijo menor; la madre, que es la solicitante del subsidio, carece de rentas propias; el padre, por su parte, percibe una cantidad mensual de 700 euros -por encima, pues, del máximo establecido- y el hijo menor no percibe ninguna renta. Se cumple el primer requisito, pues existe un familiar a cargo -el hijo- y se cumple también el segundo, pues el cociente de dividir 700 euros entre tres es una cuantía muy inferior al umbral de ingresos.

Esta interpretación del art. 275.3 LGSS ha sido acogida por la jurisprudencia. En la STS 30.5.2000 (recurso 2717/1999), cuyo supuesto de hecho ha inspirado nuestro último ejemplo, el Tribunal Supremo rechaza la tesis acogida en suplicación, según la cual al familiar que no está a cargo hay que excluirlo del divisor, pero sus rentas se deben incluir en el dividendo; la sentencia también descarta la opción de excluir a ese familiar de las rentas y del divisor. Ambas interpretaciones, dice la sentencia, llevan a resultados contrarios a la finalidad de la norma: la primera “porque conduce a la ficción, de que una familia con rentas individuales inferiores al 75 % del salario mínimo quede desprotegida; la otra al absurdo de que siempre quede protegida una familia cuando el desempleado tiene rentas que no alcanzan aquel umbral, cualquiera que sea la renta real de la familia, dado que si se excluyen a los que ganan cantidades superiores siempre quedan dentro del paraguas protector los que las perciben inferiores (en nuestro caso, excluiríamos al esposo de la demandante aunque percibiera rentas millonarias)”. Ante esta tesitura, la Sala IV entiende que

lo más razonable es considerar primero si se cumple el requisito de cargas familiares para después valorar la renta de la unidad familiar “tomando entonces en consideración todos los ingresos y todas las personas integrantes de la misma”. De esta forma, se podrá “determinar si la familia en su conjunto se halla en la situación de necesidad protegida contemplada por el precepto”. En el mismo sentido se pronuncian las SSTS 27.7.7.2000 (recurso 1894/1999) y 2.3.2015 (recurso 712/2014).

5. CRITERIOS TEMPORALES EN EL CÓMPUTO DE RENTAS

El art. 275.5 LGSS dispone que “los requisitos de carencia de rentas y, en su caso, de existencia de responsabilidades familiares deberán concurrir en el momento del hecho causante y, además, en el de la solicitud del subsidio, así como en el momento de la solicitud de sus prórrogas o reanudaciones y durante la percepción de todas las modalidades del subsidio establecidas en el artículo anterior”.

El precepto aclara que si no se reúnen los requisitos, el desempleado “solo podrá obtener el reconocimiento de un derecho al subsidio cuando se encuentre de nuevo en alguna de las situaciones previstas en el artículo anterior y reúna los requisitos exigidos, salvo en el caso de que dentro del plazo de un año desde la fecha del hecho causante se acredite que se cumplen los requisitos de carencia de rentas o, en su caso, de existencia de responsabilidades familiares, en que el trabajador podrá obtener el subsidio que corresponda a partir del día siguiente al de su solicitud sin reducción de su duración”.

Como fecha del hecho causante se considera, a estos efectos, “aquella en que se cumpla el plazo de espera de un mes, o se produzca la situación legal de desempleo; o la de agotamiento del derecho semestral; o la de finalización de la causa de suspensión”²⁶.

²⁶ Hay que tener en cuenta que conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del art. 276 LGSS, “el derecho al subsidio por desempleo nace a partir del día siguiente a aquel en que se cumpla el plazo de espera de un mes establecido en el artículo 274.1”; en el supuesto del subsidio previsto en el artículo 274.3

Esta regulación tiene su origen en la Ley 13/1996, que incluyó el apartado 3 del art. 215 LGSS/1994, con la redacción que ha pasado al 275.5 LGSS/2015. Con anterioridad, la ley no especificaba el momento en que debían cumplirse los requisitos de insuficiencia de rentas; sí lo hacía, por el contrario, la norma reglamentaria, pero de forma muy deficiente. El art. 7.1 del RD 625/1985, en efecto, disponía que la insuficiencia de rentas para ser beneficiario del subsidio asistencial de desempleo debía producirse “en el momento de la solicitud”. Con ello se estaba refiriendo únicamente al momento inicial en el que el desempleado solicita el subsidio. Se trataba de una regulación incompleta y, además, el criterio adoptado resultaba criticable, pues, como señaló la doctrina, “la solicitud es un elemento contingente que depende de la voluntad del interesado”; el criterio reglamentario permitiría, según esta crítica, “la selección por parte del desempleado del momento adecuado para realizar el cómputo”²⁷. Para objetivar la determinación temporal de la renta se proponía “relacionar la solicitud con el hecho causante”, que es por lo que, finalmente, opta el legislador con la reforma de 1996. Posteriormente, el RD 200/2006 suprimió del art. 7 del RD 625/1985 la referencia a la solicitud.

La nueva regulación es más adecuada y, además, resulta más completa, pues tiene en cuenta la naturaleza dinámica del subsidio asistencial de desempleo, que exige la insuficiencia de rentas no solo en el momento del

(el subsidio de prejubilación), el derecho “nacerá a partir del día siguiente al de la situación legal de desempleo, excepto cuando sea de aplicación lo establecido en el artículo 268.3”. El apartado 2 del art. 276 LGSS señala, además, que “a los efectos de que se produzca la prórroga del subsidio hasta su duración máxima prevista en el artículo 277, cada vez que se hayan devengado seis meses de percepción del mismo, los beneficiarios deberán presentar una solicitud de prórroga, acompañada de la documentación acreditativa del mantenimiento de los requisitos de acceso”.

²⁷ A. DESDENTADO BONETE y J.R. MERCADER UGUINA, *El desempleo como situación protegida (Un estudio sobre los problemas de acceso a la protección en el nivel contributivo y en el asistencial)*, Civitas, Madrid, 1996, p. 128. En el mismo sentido, L. COLLADO GARCÍA y M.C. PIQUERAS PIQUERAS, *El subsidio por desempleo. Un estudio del nivel asistencial de protección*, Trotta, Valladolid, 1997, pp. 43 y 44.

hecho causante y de la solicitud, sino durante todo el tiempo que dura su percepción.

Precisado el momento en que deben cumplirse los requisitos de carencia de rentas y, en su caso, de responsabilidades familiares, queda por determinar cómo deben computarse en el tiempo las rentas. En un principio la jurisprudencia optó por el cómputo anual: se debían tomar los ingresos correspondientes al año en que se producía el hecho causante, eliminando las rentas de trabajo que se hubieran perdido como consecuencia del desempleo. Esas rentas se sumarían y se dividirían por doce para obtener su valor mensual. En esta línea, la STS 29.10.2003 (recurso 4767/2002)²⁸, dictada por el Pleno, en relación con la determinación de la renta de la unidad familiar, entendió que lo más razonable era acudir “al promedio anual de los ingresos” pues los ingresos o rentas “son muchas veces irregulares”. De esta forma, “la situación económica de carencia de rentas solo se puede evaluar con una mínima aproximación compensando las oscilaciones del mes a mes (o del día a día) en un marco temporal coyuntural, pero de mayor amplitud, como lo es el año o ejercicio económico; marco temporal al que suelen referirse por otra parte las principales fuentes de información sobre las circunstancias económicas de los ciudadanos”. Y, en este sentido, no constituye un obstáculo que la ley utilice la expresión “cómputo mensual”, pues dicha expresión debe entenderse referida al cómputo del 75 % del salario mínimo interprofesional que constituye el umbral de la carencia de rentas, el cual debe hacerse por su importe mensual, con exclusión de las partes proporcionales de las pagas extraordinarias de devengo superior al mes.

Esta doctrina, sin embargo, se revisará tras la reforma introducida por la Ley 45/2002. La STS 8.2.2006 (recurso 51/2005) explica que el criterio jurisprudencial del cómputo anual tenía por objeto evitar que un incremento esporádico de la renta por un período de corta duración pudiera determinar la pérdida completa del derecho al subsidio. Tal efecto de pérdida completa del derecho al subsidio se desprendía, efectivamente, de la legis-

²⁸ Que cita, a su vez, la STS 17.6.1998 (recurso 2334/1997).

lación anterior a la reforma de 2002, pues el art. 219 LGSS establecía con carácter general que el subsidio se extinguiría por la obtención de rentas superiores al tope legal y por dejar de reunir el requisito de las responsabilidades familiares. Para una consecuencia tan grave había que aplicar un criterio de cómputo de las rentas “que permitiera efectuar un pronóstico consistente” y relativamente estable, que evitara un resultado arbitrario, y, en este sentido, el criterio más razonable era el de hallar el promedio anual de las rentas.

Pero la reforma de 2002 cambió sustancialmente este régimen: a partir de la entrada en vigor de la Ley 45/2002, la extinción del derecho solo se produce cuando se obtienen rentas superiores al tope por tiempo igual o superior a doce meses; si el período de cobro en que se perciben esas rentas es inferior, solo procede la suspensión del subsidio. La sentencia 8.2.2006 defiende la necesidad de volver a plantearse, tras esta reforma legislativa, el criterio del cómputo temporal de rentas. El marco temporal de cómputo de las rentas percibidas, dice la sentencia, no se ha indicado de manera expresa por el legislador, generando con ello un problema de elección entre diversas soluciones posibles, que conducen a resultados prácticos diferentes, en particular cuando uno de los miembros de la familia es receptor de ingresos de carácter esporádico.

En el caso enjuiciado, el marido de la beneficiaria del subsidio había obtenido unos ingresos esporádicos, en virtud de un contrato de trabajo eventual de seis meses de duración. La Sala IV señala que “de computarse por meses” estos ingresos esporádicos el derecho al subsidio de desempleo habría de suspenderse, como lo ha hecho la entidad gestora en la resolución impugnada; mientras que si las mismas rentas se computaran en un período anual no sería procedente la suspensión del subsidio acordada, al no superarse el umbral de rentas previsto en la ley. La sentencia opta por la primera solución. Se afirma, en este sentido, que la doctrina de la Sala anterior a la Ley 45/2002 debe modificarse porque “se han alterado de manera sustancial los presupuestos legales que la sustentaban”. En la nueva regulación “el legislador establece a cargo de la entidad gestora un control o seguimiento constante de las situaciones de necesidad que dan lugar a la

percepción del subsidio, permitiendo a cambio que los asegurados recuperen inmediatamente el derecho al subsidio cuando se reproduce la situación de necesidad tras la desaparición de la percepción de rentas esporádicas”. Puede afirmarse así “que la finalidad de la reforma legal en el aspecto al que se refiere el litigio es ajustar o acompasar de la manera más exacta posible la dinámica de la situación de desempleo a la «dinámica del derecho» a prestaciones”. Por ello, “lo lógico es proceder al cómputo mensual o en unidades temporales reducidas de las rentas familiares, en lugar de al cómputo anual”. Tal cómputo mensual o en unidades temporales reducidas “es por razones evidentes más adecuado para alcanzar dicho propósito de ajuste entre situación de necesidad y acción protectora, no comportando ya, para los supuestos de obtención de rentas o ingresos esporádicos («por tiempo inferior a doce meses»), la consecuencia inaceptable de pérdida del derecho que llevaba consigo la extinción de la prestación asistencial en la legislación anterior”. En consecuencia, la Sala estima el recurso de la entidad gestora, pues, en efecto, procede suspender el subsidio durante los meses en que el marido percibe los rendimientos de trabajo que provocan que la unidad familiar supere el tope legal²⁹.

El art. 7.1 del RD 625/1985, tras la reforma de 2006 (RD 200/2006), incluye en su letra c) tres reglas específicas para “establecer la cuantía mensual de las rentas”: 1ª) Si las rentas se perciben con periodicidad mensual, “se computarán las que corresponden al mes completo anterior al del hecho causante del subsidio, siempre que se mantengan en el mes correspondiente al hecho causante, o al de su solicitud, o durante la percepción de aquélla”; si “las rentas se perciben con periodicidad superior a la mensual, se computarán a prorrata mensual sobre el período al que correspondan”. 2ª) Si las rentas se obtienen en un pago único, “se computarán las obtenidas en el mes anterior al hecho causante del subsidio, o al de su solicitud, computados de fecha a fecha, o durante su percepción, prorrateando su importe entre 12 meses; en el mes o meses siguientes a la fecha de obtención de esas

²⁹ Los argumentos de esta sentencia se reproducen en la STS 28.10.2010 (recurso 706/2010).

rentas se computará, o bien su rendimiento mensual efectivo, conforme a la regla anterior o, en otro caso, su rendimiento mensual presunto conforme a lo establecido en la regla siguiente. Lo previsto en esta segunda regla se aplica a las indemnizaciones por extinción del contrato abonadas en un pago único por el importe que supere la indemnización legal, a los rendimientos derivados de la enajenación de valores mobiliarios o de bienes inmuebles, salvo que se trate de la vivienda habitual, al rescate de planes de pensiones y al resto de ganancias patrimoniales o rendimientos irregulares. 3ª) Si “se dispone de bienes de patrimonio, fondos de inversión mobiliaria o inmobiliaria, fondos o planes de jubilación, o cualquier otra modalidad de inversión de capital, excepto la vivienda habitual y los planes de pensiones, que tenga diferida su sujeción al impuesto de la renta de las personas físicas, siempre que no se haya computado su rendimiento mensual efectivo se computará el rendimiento mensual presunto que resulte de aplicar el 50 por ciento del tipo de interés legal del dinero vigente sobre el valor del bien, fondo o plan, prorrateado entre 12 meses”.

6. LA PROBLEMÁTICA DE LOS DISTINTOS TIPOS DE RENTA

6.1. Los rendimientos de trabajo y las prestaciones de la Seguridad Social

Ya se ha señalado que las rentas computables a efectos del subsidio asistencial de desempleo pueden ser rendimientos de trabajo, rendimientos del capital mobiliario o inmobiliario, ingresos de naturaleza prestacional (salvo el importe las asignaciones de la Seguridad Social por hijos a cargo y salvo el importe de las cuotas destinadas a la financiación del convenio especial con la Administración de la Seguridad Social), rendimientos de actividades económicas, ganancias patrimoniales y rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio conforme a lo dispuesto en el art. 275.4 LGSS.

En principio, los rendimientos de trabajo no procederán del desempleo -salvo supuestos de trabajo a tiempo parcial-, pero sí pueden provenir de los integrantes de la unidad familiar, que, en su caso, habrá que valorar.

Las rentas de trabajo se estiman de forma íntegra o bruta, tal y como vimos en el epígrafe 3.3, e incluyen las retribuciones de vencimiento periódico superior al mes, que deberán distribuirse en el año en que se devengan, según establece el art. 7.1.c) del RD 625/1985.

¿Se incluyen las pagas extraordinarias entre los rendimientos de trabajo computables? Algunas sentencias de suplicación dieron a este interrogante una respuesta negativa: si la parte proporcional de las pagas extraordinarias se excluye del salario mínimo interprofesional para establecer el límite legal de rentas, tampoco debería computarse en el cálculo de las rentas del solicitante y de su unidad familiar³⁰. El Tribunal Supremo rechazó esta interpretación en la STS 8.11.1993 (recurso 69/1993), seguida por otras posteriores³¹. Para la Sala IV, las pagas extraordinarias son computables aunque el límite del 75 % del salario mínimo interprofesional no se incremente con la prorrata porque “no hay ninguna relación de homogeneidad entre los términos que la norma selecciona para establecer la comparación”. Por un lado, se toman en consideración los ingresos del solicitante y/o de la unidad familiar; estos ingresos constituyen “un conjunto de ingresos heterogéneos” que “se toman en consideración para establecer la existencia o no de un estado de necesidad por referencia a un límite (el importe del salario mínimo interprofesional)”. La relación entre ese límite y la renta considerada “es puramente cuantitativa, de acuerdo con la función que al primero le corresponde, que es la de determinar el umbral a partir del cual deja de apreciarse la existencia de un estado de necesidad protegible por insuficiencia de ingresos, lo que sucede cuando se supera el límite, sin ninguna exigencia adicional de homogeneidad entre los conceptos que integran las magnitudes comparadas”.

Entre los rendimientos de trabajo también se incluyen las retribuciones por horas extraordinarias, pues se trata de cantidades salariales.

³⁰ STSJ País Vasco 3.11.1992 (recurso 430/1992).

³¹ SSTS 8.11.1993 (recurso 69/1993), 24.3.1994 (recurso 3002/1993), 18.11.1995 (recurso 3511/1993), STS 23.7.2002 (recurso 3255/2001), entre otras.

No computan, por el contrario, como rentas a efectos del subsidio los complementos extrasalariales por indemnizaciones o suplidos, que no retribuyen el trabajo sino que tan solo compensan los gastos realizados por el trabajador (SSTS 24.1.2003 -recurso 804/2002- y 20.1.2004 -recurso 659/2003-).

Tampoco se consideran rentas las becas de estudios académicos (STS 16.11.2010, recurso 1125/2010), ni las becas incluidas en proyectos de formación profesional dual dentro del sistema educativo (STSJ Pamplona 13.5.2015, procedimiento 634/2014)³².

Respecto a las indemnizaciones por finalización de la relación laboral, el art. 275.4.2º LGSS dispone lo siguiente: "el importe correspondiente a la indemnización legal que en cada caso proceda por la extinción del contrato de trabajo no tendrá la consideración de renta" y "ello con independencia de que el pago de la misma se efectúe de una sola vez o de forma periódica". El precepto tiene su origen en la Ley 45/2002, que dio nueva redacción al apartado 3 del art. 215 LGSS/1994³³. La exclusión no incluye las cuantías pactadas que excedan de la indemnización legal³⁴. Tampoco incluye

³² La sentencia señala que "la finalidad de la beca no era remunerar los servicios prestados sino compensar los gastos y motivar a los alumnos, por lo que no cabe entender que dicha beca deba considerarse como remuneratoria o pre-laboral ni, en suma, deba tener la consideración de renta computable a los efectos del subsidio asistencial de desempleo".

³³ El Real Decreto-Ley 5/2002 había previamente incluido en el art. 215 LGSS un párrafo 3º con un tenor literal muy distinto: "Asimismo, se computará como renta, el importe de la indemnización por extinción del contrato de trabajo, así como los frutos, rendimientos, intereses o plusvalías derivados de dicha indemnización, sea cual sea la periodicidad de su percepción o forma de pago, y ya se perciban, directamente del empresario o de Organismos o Administraciones Públicas, como complemento o en sustitución de aquéllas, o a través de entidades financieras, aseguradoras o crediticias por cuenta de las empresas, Organismos o Administraciones Públicas cuando respondan al cumplimiento del pago de la indemnización. En este caso si la indemnización se abona en un pago único solo se computará si se percibe dentro del año anterior al nacimiento del derecho al subsidio prorrateada entre doce meses, y si se percibe periódicamente se computará a prorrata mensual". Esta redacción fue modificada por la Ley 45/2002. El Real Decreto-Ley 5/2002 fue declarado posteriormente inconstitucional por falta de presupuesto habilitante (STC 68/2007).

³⁴ Con excepción de los supuestos previstos en la Disposición Adicional 3ª de la Ley 45/2002. La STS 3.12.2008 (recurso

los frutos que pueda producir la inversión de dicha indemnización legal, pues "es indiscutible que los frutos, una vez producidos o generados, son cosas manifiestamente diferentes del bien que los produce" (STS 23.4.1994, recurso 1732/1993).

Junto a la indemnización legal por extinción del contrato de trabajo, también hay que excluir del concepto de rentas imputables las cuantías destinadas a pagar las cuotas del convenio especial con la Seguridad Social. Cuando el trabajador despedido percibe, como consecuencia del despido, ambas cuantías, hay que proceder al descuento independiente de los dos conceptos. Así, la STS 9.6.2009 (recurso 3527/2008) señala que la indemnización por el despido y la cantidad destinada a la financiación de las cuotas del convenio "son dos conceptos distintos" que "hay que excluir del cómputo de las rentas, pero no de una forma que permita su acumulación o su confusión, sino de manera separada e independiente: por un lado la indemnización y por otro la cuota". El problema surge cuando, como sucedía en el caso suscitado en esta sentencia, ambas cantidades han sido garantizadas a través de una póliza de seguro colectivo que las paga de forma periódica. Si la indemnización por despido supera la cuantía legal, en algún momento las rentas mensuales percibidas por el trabajador afectado en concepto de indemnización pasarán a incluirse en la renta imputable, mientras

99/2008) vino a aclarar que las excepciones contempladas en esta disposición adicional no eran aplicables al expediente de regulación de empleo de Telefónica aprobado por resolución de la Dirección General de Trabajo de 29.07.2003 ya que "la existencia de normas de Derecho comunitario y de Derecho nacional que imponen un marco de libre competencia entre operadores donde antes había situaciones de monopolio o de restricción de competencia no configura el sector de las telecomunicaciones en un sector en reestructuración en el ámbito de la Unión Europea ni comporta por sí misma la existencia de un plan de reestructuración de una empresa determinada". Para la sentencia, la existencia de una empresa o de un sector en reestructuración deriva de una "crisis de empleo", lo que no se ha dado en el sector de las telecomunicaciones, que es, con toda evidencia, un "sector en expansión al amparo de las nuevas tecnologías". Se concluye, en este sentido, que "una cosa es el ajuste de una empresa de gestión de un monopolio a un régimen de competencia y otra cosa distinta es un plan de reestructuración en el ámbito de la Unión Europea", lo que no se produce en el caso planteado.

que las cuantías destinadas a la financiación del convenio se excluirán en todo caso.

En relación con las cuantías destinadas al pago del convenio especial, hay que tener en cuenta, además, que estas cuantías no se excluyen de las rentas imputables si no tienen origen prestacional. La STS 26.3.2013 (recurso 922/2012) aclara, en este sentido, que “en el caso de las cuotas satisfechas al convenio especial, es preciso que su importe haya sido previamente recibido por el trabajador con un propósito, el de un posterior ingreso o fin de obtener en el futuro la cobertura que el Convenio Especial proporciona”, por lo que no cabe excluir “las cantidades que, destinadas también a ese fin, carecen de ese origen prestacional”, pues las cuotas fueron satisfechas voluntariamente.

Finalmente, se incluyen en el concepto de rentas los ingresos de naturaleza prestacional, salvo las asignaciones de la Seguridad Social por hijos a cargo.

6.2. Los rendimientos de capital

Por su parte, los rendimientos de capital están constituidos por las rentas o frutos que provengan de los bienes muebles (dividendos de acciones, participaciones en beneficios distribuidos por sociedades, intereses de cuentas bancarias, rentas procedentes de operaciones de capitalización y de contratos de seguro, etc.³⁵) y de los bienes inmuebles (arrendamientos, cesiones de derechos o facultades de uso...).

³⁵ La Sala IV se ha pronunciado en varias ocasiones en relación con el problema del cómputo temporal de los ingresos de capital mobiliario. En este sentido, pueden citarse las SSTs 27.1.2005 (recurso 630/2004) y 28.10.2014 (recurso 2577/2013). Esta última señala que aunque normalmente se han de computar los ingresos de capital mobiliario correspondientes al año anterior al de la solicitud, que son los que se conocen a través de la declaración del IRPF, cuando consten los datos correspondientes al año del hecho causante de forma completa se estará a estos, lo que plantea el problema de que en realidad se está revisando un acto de reconocimiento en atención a hechos no conocidos en el momento en que este se adoptó.

En relación con los rendimientos de capital mobiliario han planteado problemas importantes los ingresos procedentes de los fondos y planes de pensiones. Los planes de pensiones son una forma de ahorro y de inversión que tienen como principal objetivo complementar las pensiones públicas. Conforme a lo dispuesto en el art. 1 de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (Real Decreto Legislativo 1/2002) -en adelante, LPFP- los planes de pensiones “definen el derecho de las personas a cuyo favor se constituyen a percibir rentas o capitales por jubilación, supervivencia, viudedad, orfandad o invalidez, las obligaciones de contribución a los mismos y, en la medida permitida por la presente Ley, las reglas de constitución y funcionamiento del patrimonio que al cumplimiento de los derechos que reconoce ha de afectarse”. Sus prestaciones tienen carácter complementario de las previstas en el sistema de la Seguridad Social. Los fondos de pensiones, por su parte, son los patrimonios creados para dar cumplimiento a los planes de pensiones (art. 2 LPFP).

El art. 4 LPFP distingue tres modalidades de planes de pensiones: 1) Sistema de empleo, que corresponde a los planes cuyo promotor sea cualquier entidad, corporación, sociedad o empresa y cuyos partícipes sean los empleados de los mismos. 2) Sistema asociado: constituido por planes cuyo promotor o promotores son asociaciones o sindicatos, siendo los partícipes sus asociados, miembros o afiliados. 3) Sistema individual: que se refiere a planes cuyo promotor son una o varias entidades de carácter financiero y cuyos partícipes son cualesquiera personas físicas.

Las prestaciones de los planes de pensiones pueden, a su vez, adoptar diversas formas. Puede tratarse de una prestación en forma de capital, consistente en una percepción de pago único que se podrá cobrar de forma inmediata a la fecha de la contingencia o de forma diferida a un momento posterior. Puede también consistir en una prestación en forma de renta, en cuyo caso el beneficiario percibirá dos o más pagos sucesivos con periodicidad regular, incluyendo al menos un pago en cada anualidad; las rentas podrán ser vitalicias o temporales, inmediatas a la fecha de la contingencia o diferidas a un momento posterior.

La prestación puede ser también mixta, de manera que combine rentas de cualquier tipo con un pago en forma de capital. Y, finalmente, puede tratarse de prestaciones distintas a las anteriores, en forma de pagos sin periodicidad regular (art. 10 RD 304/2004).

A efectos de determinar las rentas en el marco del subsidio asistencial, en los planes y fondos de pensiones es importante distinguir bien los diferentes elementos: contribuciones, rendimientos y prestaciones. Las contribuciones no deben computar como renta porque no son rendimientos, aunque fiscalmente se consideren rentas de trabajo -normalmente contemplando el caso de contribuciones empresariales por trabajadores en activo-. En el rescate del fondo, por su parte, habría que distinguir entre lo que es rescate en sentido estricto, que no es rendimiento sino recuperación de la cantidad que se fue aportando periódicamente, y el posible incremento que esa cantidad haya podido experimentar como consecuencia de las operaciones de inversión a lo largo de los años.

No obstante, en un principio la Sala IV del Tribunal Supremo entendió que el importe obtenido por el rescate de un plan de pensiones debía computarse en su totalidad como renta a efectos del subsidio de desempleo. El rescate se consideraba íntegramente como “una prestación de Seguridad Social complementaria de carácter privado, o, lo que es igual, financiada con cargo a recursos privados”. Cuando el rescate consistía en una cantidad a tanto alzado (rescate de capital) debía, además, “contabilizarse el total del rescate en el año de su percepción”, dividiéndose por doce³⁶; aunque este último criterio fue después sustituido por la imputación mensual del rescate³⁷.

Esta doctrina se rectifica en la STS 3.2.2016 (recurso 2576/204), dictada por el Pleno de la Sala. La sentencia analiza si el rescate de capital procedente de un plan de pensiones puede considerarse como renta o

ingreso computable en su totalidad, a efectos de determinar la subsistencia del requisito de carencia de rentas para seguir percibiendo el subsidio de desempleo. La Sala reconoce que hasta ahora ha considerado renta la totalidad del rescate, pero entiende que debe rectificar esa doctrina. En este sentido, se distingue entre las aportaciones realizadas y los rendimientos que el fondo haya podido generar. La parte del capital que corresponde a las aportaciones no se puede computar como renta, porque, en realidad, con el rescate de esa parte “la actora no ha ingresado en su patrimonio nada que no tuviera ya”. Por lo tanto, solo puede considerarse renta computable “los rendimientos, plusvalías o beneficios que le haya podido generar el Plan de Pensiones durante el tiempo en el que el mismo subsistió, sin que quepa imputar como renta o ingreso el importe total del rescate del mismo”³⁸. Estos rendimientos se imputarán al mes en que se perciban.

6.3. Los rendimientos de actividades económicas

Los rendimientos de actividades económicas se incluyen, por supuesto, en el concepto de rentas computables a efectos de determinar los requisitos de carencia de rentas y, en su caso, de responsabilidades familiares; así lo dispone expresamente el art. 275.4.1º LGSS.

Siguiendo la normativa fiscal, podemos definir los rendimientos de actividades económicas como aquellos ingresos que, “procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios”. En particular, tienen la consideración de rendimientos de actividades económicas los que procedan de “las actividades extrac-

³⁶ SSTS 16.5.2003 (recurso 2238/2002), 13.10.2003 (recurso 4258/2002), 11.10.2005 (recurso 3399/04), 11.11.2005 (recurso de 3399/2004), 18.4.2007 (recurso 2102/2006), 20.2.2007 (recurso 4025/2005), 2.7.2007 (recurso 5025/2005).

³⁷ STS 4.11.2014 (recurso 2963/2013).

³⁸ Esta doctrina se aplica posteriormente por la STS 9.3.2018 (recurso 1042/2016) a efectos de valorar la subsistencia del requisito de carencia de rentas para seguir percibiendo el complemento a mínimos de la pensión de jubilación.

tivas, de fabricación, comercio o prestación de servicios, incluidas las de artesanía, agrícolas, forestales, ganaderas, pesqueras, de construcción, mineras, y el ejercicio de profesiones liberales, artísticas y deportivas” (art. 27.1 y 2 LIRPF).

El rendimiento que procede de las actividades empresariales, profesionales, agrícolas, ganaderas o artísticas, se computa por la diferencia entre los ingresos y los gastos necesarios para su obtención (art. 275.4.3º LGSS).

6.4. Las ganancias patrimoniales

El art. 275.4.1º LGSS también considera renta “las plusvalías o ganancias patrimoniales”. Por ganancia patrimonial se debe entender el aumento del valor del patrimonio que se ponga de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en su composición. Esta alteración puede deberse a transmisiones onerosas o lucrativas de bienes o derechos (venta de inmuebles, venta de acciones, herencias, legados, donaciones...), a la incorporación al patrimonio de bienes o derechos que no deriven de una transmisión previa -premios, subvenciones...- o a permutas (art. 33 LIRPF).

En relación con los bienes heredados, el Tribunal Supremo ha aclarado que “el bien adquirido por vía hereditaria se computa cuando se otorga la escritura pública de partición de la herencia, momento en que dicho bien se incorpora al patrimonio, y no cuando posteriormente se enajena el mismo” (STS 5.10.2012, recurso 270/2012)³⁹.

En cuanto a las plusvalías por la transmisión de bienes muebles o inmuebles, se determinan por la diferencia entre los valores de transmisión y de adquisición de dichos bienes. El incremento de valor se imputa como renta

al mes en que se produjo la transmisión (STS 3.2.2015, recurso 288/2014)⁴⁰. No obstante, la plusvalía que genera la venta de la vivienda habitual no se incluye como renta.

Los premios obtenidos por participar en concursos tienen la consideración de ganancia patrimonial, por lo que se incluyen en el concepto de renta computable. Sin embargo, la STS 16.7.2014 (recurso 2387/2013) considera que en el caso de los premios no se debe tener en cuenta la totalidad del importe sino tan solo el resultado de aplicar a su valor “el 50 % del tipo de interés legal del dinero vigente”, porcentaje que actualmente habría que entender incrementado al 100 %. Este criterio es cuestionable, porque el premio, cuando se recibe, es una ganancia patrimonial y, como tal, debería valorarse en su totalidad, aunque, después, se le pueda presumir un rendimiento conforme a la regla anterior.

6.5. Imputaciones de rentas

Finalmente, se incluyen también en el concepto de rentas computables a efectos del subsidio de desempleo “los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio, aplicando a su valor el 100 por ciento del tipo de interés legal del dinero vigente, con la excepción de la vivienda habitualmente ocupada por el trabajador y de los bienes cuyas rentas hayan sido computadas” (art. 275.4.1º LGSS).

La elevación del 50 % al 100 % del tipo de interés legal del dinero resulta aplicable a las prestaciones por desempleo nacidas de situaciones producidas a partir del 15 de julio de 2012 (Disposición Final 13ª Real Decreto-Ley 20/2012). Si el derecho nació antes de esa fecha, se aplicará el 50 %.

³⁹ La sentencia señala que “los bienes hereditarios pasaron a formar parte del patrimonio de la actora, cuando se otorgó la escritura pública de partición de la herencia, de conformidad con el art. 1068 del Código Civil que establece que la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados, y a partir de ese momento la recurrente había incorporado a su patrimonio un bien del que podía disponer”.

⁴⁰ Recordemos que, antes de la Ley 45/2002, la jurisprudencia entendía que las plusvalías derivadas de la transmisión de bienes muebles o inmuebles no constituían renta y, por tanto, no debían computar a los efectos de valorar los requisitos de carencia de rentas y de responsabilidades familiares (SSTS 31.5.1999 –recurso 1581/1998–, 17.9.2001 –recurso 2717/2000–, 7.2.2002 –recurso 2245/2001–, 8.11.2004 –recurso 5945/2003–).

7. SUSPENSIÓN, EXTINCIÓN Y SANCIONES. PROBLEMAS DE COORDINACIÓN

Antes de la reforma de 2002, la obtención de rentas superiores al límite legal o el hecho de dejar de reunir, cuando fuera necesario, el requisito de responsabilidades familiares daba lugar, sin matizaciones, a la extinción del derecho al subsidio. La Ley 45/2002 matizó esta regulación, dando nueva redacción al art. 219.2 LGSS/1994, texto que pasa después al art. 279 LGSS vigente.

Bajo la nueva regulación se distinguen dos supuestos. En primer lugar, produce la suspensión del subsidio la obtención, por tiempo inferior a doce meses, de rentas superiores a las establecidas en el artículo 275 y el hecho de dejar de reunir, también por tiempo inferior a doce meses, el requisito de responsabilidades familiares, cuando hubiese sido necesario para el reconocimiento del derecho. Tras dicha suspensión, el trabajador podrá reanudar la percepción del subsidio siempre que acredite el requisito de carencia de rentas y, en su caso, el de responsabilidades familiares, en los términos establecidos en el artículo 275. En segundo lugar, se dispone que si la obtención de rentas superiores al umbral o la inexistencia de responsabilidades familiares cuando fueran necesarias, se mantiene por tiempo igual o superior a doce meses, procederá la extinción del subsidio. Tras dicha extinción, el trabajador solo podrá obtener el reconocimiento de un derecho al subsidio si vuelve a encontrarse, de nuevo, en alguna de las situaciones previstas en el artículo 274 y reúne los requisitos exigidos.

En el epígrafe 5 ya señalamos que este cambio legal llevó a la jurisprudencia a revisar su doctrina en relación con la imputación temporal de las rentas. Para el Tribunal Supremo, “en la nueva regulación el legislador establece a cargo de la entidad gestora un control o seguimiento constante de las situaciones de necesidad que dan lugar a la percepción del subsidio, permitiendo a cambio que los asegurados recuperen inmediatamente el derecho al subsidio cuando se reproduce la situación de necesidad tras la desaparición de la percepción de rentas esporádicas”. Por ello, puede afirmarse que la finalidad de

la reforma legal en este punto es “ajustar o acompasar de la manera más exacta posible la dinámica de la situación de desempleo a la «dinámica del derecho» a prestaciones”. A juicio de la Sala, lo lógico, entonces, “es proceder al cómputo mensual o en unidades temporales reducidas de las rentas”; así, la obtención de rentas o ingresos esporádicos (por tiempo inferior a doce meses) no comportará “la consecuencia inaceptable de pérdida del derecho que llevaba consigo la extinción de la prestación asistencial en la legislación anterior”, sino la suspensión del subsidio por el tiempo en que se perciba el exceso⁴¹.

De esta forma, según la jurisprudencia, la plusvalía generada por la venta de un bien mueble o inmueble se debe imputar al mes en que se produce la transmisión y tan solo provoca la suspensión del subsidio durante dicho mes. Lo mismo sucede con la plusvalía generada en los rescates de capital de los planes de pensiones y, en general, con cualquier ingreso esporádico⁴².

Lo dispuesto en el art. 279 LGSS hay, sin embargo, que ponerlo en relación con los arts. 276 y 272.1.b) de la LGSS y con los arts. 25.3 y 47.1.b) de la LISOS.

El art. 276 LGSS, en su apartado segundo, exige a los beneficiarios que soliciten la prórroga del subsidio la presentación de “la documentación acreditativa del mantenimiento de los requisitos de acceso”. Dicha solicitud debe formularse en el plazo que media entre el día siguiente a la fecha de agotamiento del período de derecho semestral y los quince días siguientes a la fecha del vencimiento del período de pago de la última mensualidad devengada. La duración del subsidio se prorrogará desde el día siguiente a la fecha de agotamiento del período de derecho semestral si se solicita en el plazo establecido; en otro caso, el derecho a la prórroga tendrá efectividad a partir del día

⁴¹ SSTS 8.2.2006 (recurso 51/2005) y SSTS 28.10.2010 (recurso 706/2010).

⁴² Vid SSTS 28.5.2013 (recurso 2752/2012), 4.11.2014 (recurso 2963/2013) y STS 3.2.2015 (recurso 288/2014). La primera sobre la venta de un fondo de inversión, la segunda relativa a un rescate de capital de un plan de pensiones y la tercera sobre una plusvalía generada por venta de un inmueble.

siguiente al de su solicitud. El precepto añade, en su apartado tercero, que “para mantener la percepción del subsidio para trabajadores mayores de cincuenta y cinco años, los beneficiarios deberán presentar ante la entidad gestora una declaración de sus rentas, acompañada de la documentación acreditativa que corresponda”. Esta declaración debe presentarse “cada vez que transcurran doce meses desde la fecha del nacimiento del derecho o desde la fecha de su última reanudación, en el plazo de los quince días siguientes a aquel en el que se cumpla el período señalado”. La falta de aportación de la declaración en el plazo establecido implica “la interrupción del pago del subsidio y de la cotización a la Seguridad Social”. Si la documentación se aporta fuera de plazo, se reanudará el devengo del derecho “con efectos de la fecha en que se aporte dicha declaración”.

Pero, ¿qué sucede si la documentación presentada no incluye datos relevantes que darían lugar a la suspensión o extinción del derecho o no se presenta ninguna documentación pero se acredita que se ha producido un dato relevante a esos efectos?

El art. 272.1.b) LGSS señala, entre otras causas de extinción del derecho al subsidio, la “imposición de sanción en los términos previstos en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social”. El art. 25.3 de la LISOS, por su parte, tipifica como infracción grave “no comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de la suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción cuando por cualquiera de dichas causas se haya percibido indebidamente la prestación”. La sanción se establece en el art. 47.1.b) de este texto legal: como regla general las infracciones graves tipificadas en el art. 25 se sancionan con la pérdida de la prestación durante un período de tres meses, “salvo las de sus números 2 y 3, respectivamente, en las prestaciones por incapacidad temporal y en las prestaciones y subsidios por desempleo, así como en la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos, en las que la sanción será de extinción de la prestación”.

La regulación prevista en el art. 279 LGSS, en relación con la suspensión y la extinción del derecho al subsidio, no es contradictoria con lo dispuesto en los arts. 25.3 y 47 de la LISOS, sino complementaria; de hecho, la propia LGSS, como se ha visto, remite a la LISOS en su art. 272. ¿Cómo se complementan estas regulaciones? Si el beneficiario obtiene unas rentas adicionales que hacen que supere el umbral legal y así lo comunica a la entidad gestora, se producirá la extinción o la suspensión del derecho, en función de si la obtención de esas rentas se mantiene por tiempo igual o superior a doce meses o no llega a esa franja de tiempo. Ahora bien, si el beneficiario no comunica este dato nos desplazamos a la normativa sancionadora: su conducta constituye una infracción grave que, conforme a lo dispuesto en el art. 47 de la LISOS, se sanciona con la extinción del derecho al subsidio.

Así lo ha entendido la Sala IV en la sentencia dictada por el Pleno de 19.2.2016 (recurso 3035/2014). Vale la pena entrar a analizar en detalle el supuesto de hecho que plantea. La demandante era beneficiaria del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, concedido para el período comprendido entre el 28 de marzo de 2009 y el 23 de mayo del 2021. El 26 de abril de 2010, la mujer rescató tres planes de ahorro, de los que obtuvo un rendimiento -al margen del valor del propio rescate- por valor total de 15.433,45 euros, ingreso que no comunicó al Servicio Público de Empleo Estatal cuando, en abril de 2012, renovó la documentación correspondiente a la solicitud necesaria para continuar percibiendo el subsidio. No obstante, en la declaración del IRPF presentada en el año 2011, correspondiente al ejercicio de 2010, la beneficiaria sí declaró aquel ingreso. En mayo de 2012, el SEPE requiere a la beneficiaria para que aporte los datos correspondientes y ésta así lo hizo. Incoado expediente sancionador, se le impone a la beneficiaria la sanción prevista en el art. 47 LISOS, es decir, la pérdida del derecho al subsidio por no comunicar el referido ingreso. En primera instancia la demanda fue desestimada, pero la sentencia de suplicación estimó el recurso declarando que procedía únicamente la suspensión del subsidio por un mes y, por ello, tan solo la devolución de lo percibido indebidamente en ese mes. El SEPE recurre en casación para la unificación de doctrina, en

el que denuncia la infracción de los artículos 215. 1 y 3 y 231.1 e) LGSS/1994 y de los artículos 7.1 c), 25.3 y 47.1 b) de la LISOS.

La sentencia del Tribunal Supremo comienza reconociendo que “las normas de Seguridad Social que regulan la dinámica del derecho al subsidio por desempleo parecen entrecruzarse o interferirse mutuamente a modo de doble regulación -sustantiva y sancionadora- de situaciones semejantes contempladas en la normativa de Seguridad Social y en la de la Ley 5/2000, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social”. Pero entiende que es tan solo una apariencia y, en este sentido, considera importante el hecho de que la propia LGSS señala como una de las causas que puede originar la suspensión o la extinción del derecho la imposición de una sanción en los términos previstos en la LISOS. Para el Tribunal Supremo, esto supone que las causas de suspensión y extinción previstas en el art. 219.2 LGSS/1994 (art. 279 de la LGSS vigente) “han de ser necesariamente diferenciadas de las que, provistas de identidad propia, se contienen en la LISOS como sanciones que llevan aparejada esa suspensión o extinción del subsidio”.

El Tribunal Supremo distingue así dos hipótesis. Si la beneficiaria hubiera cumplido con su obligación de comunicación, procedería la suspensión del derecho durante el mes en el que se hubiera percibido el capital procedente del rescate. Si, por el contrario, no cumple con esta obligación, habrá incurrido en una infracción grave sancionada con la extinción del derecho, conforme a lo dispuesto en los arts. 25.3 y 47 de la LISOS. Sostener lo contrario, dice la sentencia, “equivaldría a justificar que en realidad resultaría lo mismo, no existiría diferencia alguna, entre dos perceptores del subsidio cuando uno de ellos hubiere cumplido con la obligación de declarar aquellos ingresos que le imponen los preceptos citados y otro no lo hubiese hecho, pues en ambos casos únicamente se produciría la suspensión del derecho como resultado final”. Es esta, además, la única interpretación coherente con el sistema de información y prevención del fraude configurado en la ley.

En el caso suscitado, la beneficiaria no comunicó la obtención de un ingreso importante

que provocaba la superación del tope legal de rentas, por lo que la sanción impuesta, a juicio del Tribunal, es correcta: procede la extinción del derecho y la devolución de lo percibido indebidamente entre el 29 de abril de 2010 y el 30 de abril de 2012.

La sentencia de suplicación citaba la STS 25.3.2014 (recurso 1740/2013) en apoyo de su decisión, pero el Tribunal Supremo aclara ahora que “en el supuesto que se resolvió en esa sentencia en ningún momento se denunció la infracción de los preceptos de la LISOS antes citados, manteniéndose el debate en la pura aplicación de las normas de la LGSS”. La sentencia señala que “el Pleno de esta Sala es consciente del alcance interpretativo que en esa resolución se lleva a cabo de los preceptos referidos y ahora, de manera motivada y por las razones ya dichas, se alcanza la conclusión de que la consecuencia jurídica de esas situaciones en las que no hubo comunicación del incremento o del ingreso en el patrimonio del beneficiario, ha de ser la extinción del subsidio, de conformidad con lo previsto en los arts. 25 y 47 LISOS” y “no la suspensión imputable al mes en el que se ha producido el devengo, como podría resultar de la aplicación del párrafo segundo del número 2 del artículo 219 LGSS para aquellos casos en los que sí se hubiese puesto en conocimiento de la Gestora la existencia de tales ingresos”.

La sentencia señala que en el transcurso de las extensas deliberaciones del Pleno se debatió sobre la eventual inconstitucionalidad de las normas sancionadoras citadas, el artículo 47.1 b), en relación con el 25.3 de la LISOS, por ausencia de proporcionalidad que podría incidir en el artículo 25.1 CE en relación con el 14 de la misma, lo que determinaría la necesidad de plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad al amparo de lo previsto en el artículo 163 de la Constitución. Sin embargo, la mayoría de la Sala llega a la conclusión de que esta regulación no incurre en inconstitucionalidad y que, por tanto, no procede plantear la cuestión. La sentencia considera que la regulación de la LISOS es “una opción normativa plenamente constitucional para el mantenimiento de un derecho reconocido, en la que se exige con toda lógica que el administrado facilite los datos patrimoniales o económicos”. Esta

regulación, además, no vulnera el principio de igualdad en relación con otras situaciones, pues este principio debe “proyectarse sobre situaciones objetivamente iguales” y aunque “si bien es cierto que las sanciones en materia de prestaciones contributivas por desempleo contributivo o las de incapacidad temporal que se relacionan con conductas similares «únicamente» alcanzan a la eliminación o supresión del máximo correspondiente (de 720 días en desempleo) lo que realmente sucede es que ante la misma conducta la consecuencia también es la misma, la de extinción del derecho, que en desempleo contributivo tiene esa duración máxima”.

Estos últimos argumentos de la sentencia no son, a mi juicio, convincentes. Sancionar con la extinción del subsidio la falta de comunicación de un ingreso que, conforme a la jurisprudencia, tan solo hubiera provocado la suspensión durante un mes, puede resultar desproporcionado. Hay que tener en cuenta, además, la dificultad de establecer claramente el alcance de la obligación de comunicación en casos como éste y el hecho de que, en este caso concreto, se trata de un subsidio que podría haber alcanzado los diez años de percepción. Este régimen sancionador también puede vulnerar el principio de igualdad, pues no parece justificado que el mismo art. 47.1.b) de la LISOS disponga que cuando el autor de esa misma infracción sea beneficiario de una pensión no contributiva la sanción correspondiente sea la “pérdida de la pensión durante un período de tres meses”.

La sentencia va acompañada de dos votos particulares. El primero se muestra conforme con la interpretación de la ley que da la mayoría; en el plano de la legalidad ordinaria, dice, “el tema debatido no tiene otra solución que la albergada por la sentencia”. Sin embargo, entiende que procedía plantear la cuestión de inconstitucionalidad, porque “el juego de los preceptos de la LISOS mencionados (arts. 25.2 y 41.1.b) comporta la infracción del principio de proporcionalidad de las sanciones de Derecho Público, vulnerando el artículo 25.1 de la Constitución en conexión con el artículo 14”.

El segundo voto particular discrepa con la sentencia en la forma de aplicar e interpretar los preceptos de la LGSS y de la LISOS. Para los firmantes de este voto existe en esta materia una “duplicidad normativa”, de forma que hay que decantarse por una de las dos regulaciones: la sustantiva o la sancionadora. El voto opta por dar preferencia a “la regulación contenida en el bloque prestacional”, pues resulta más respetuosa con la Constitución y concluye que “la conducta infractora ha de ser sancionada con la suspensión de la prestación, no con la extinción”. Esta conclusión, sin embargo, es discutible porque la extinción que prevé la LGSS no constituye una sanción sino tan solo el efecto de dejar de reunir el requisito de insuficiencia de rentas o de responsabilidades familiares por un tiempo que se considera suficientemente prolongado.

RESUMEN

Este artículo examina los problemas derivados de la aplicación de los límites de renta, a efectos de la protección asistencial del desempleo en España. El análisis se ha construido a partir del estudio de la jurisprudencia más reciente de la Sala IV del Tribunal Supremo. El trabajo se aborda desde una perspectiva sistemática y crítica.

Se comienza con una breve introducción, en la que se explica la evolución de la protección del desempleo en España. La moderna protección del desempleo surge en España con la Ley 62/1961, de 22 de julio, que configura un esquema claramente contributivo. Este esquema se mantiene hasta la Ley Básica de Empleo de 1980, que introduce la protección asistencial, aunque en el marco de un esquema mixto. Se crea una prestación complementaria, que consiste en un subsidio para los desempleados con condicionamiento típicamente asistencial: hay que acreditar una situación de necesidad especialmente cualificada por carecer de rentas superiores al salario mínimo y por tener responsabilidades familiares. Pero la nueva protección carece de una proyección universal, pues solo protege a quienes “hayan agotado la prestación”; se trata, pues, de una simple continuación de la protección contributiva sometida a la condición de insuficiencia de recursos. Esta protección complementaria, sin embargo, va tener una financiación no contributiva, pues la Ley Básica de Empleo prevé una participación estatal del 40 % en la financiación. La reforma de la Ley 31/1984 revisó el nivel asistencial, ampliando las entradas y ajustando la duración. Esta línea se mantendrá, en lo esencial, en las reformas posteriores, que, dentro del respeto a este marco, irán imponiendo mejoras o restricciones en función de la distinta coyuntura política y las exigencias financieras. La última crisis, que comienza en 2008, ha actuado en una doble dirección, porque, junto a medidas claramente restrictivas del gasto, como el incremento de la edad y la doble exigencia de renta -personal y familiar- para el subsidio de apoyo a la jubilación, también se ha impulsado el recurso a nuevas ampliaciones asistenciales de la cobertura.

Tras esta breve presentación, el trabajo pasa a analizar el requisito de la insuficiencia de rentas, tal y como actualmente está configurado, examinando los problemas que, en la jurisprudencia, se han planteado. En primer lugar, se explica la evolución que ha experimentado el concepto de “rentas” en la doctrina judicial, pasando de un concepto civil a un concepto más cercano al modelo fiscal tras la Ley 45/2002.

Después, se expone la imputación subjetiva de las rentas, distinguiendo, a estos efectos, entre el requisito de carencia de rentas y el de las “responsabilidades familiares”. El primero es un requisito general, tiene en cuenta únicamente los ingresos del solicitante y opera como requisito previo. Solo cuando se acredite el cumplimiento de este requisito genérico se entrará a valorar, en su caso, la renta de la unidad familiar a efectos de comprobar si se cumple, además, el requisito adicional de la existencia de responsabilidades familiares. Una vez aclarado que se trata de dos requisitos distintos, se pasa a analizar cada uno de ellos. El carácter personal de la renta plantea el problema de la imputación de los ingresos de los cónyuges cuando el régimen económico matrimonial es el de la sociedad de gananciales. Se explica que, en relación con esta cuestión, la jurisprudencia optó desde un principio por el criterio fiscal de la individualiza-

ción de las rentas frente al criterio civil de la acumulación, distinguiendo dos supuestos: a) Cuando las rentas se obtienen exclusivamente por el solicitante del subsidio, deben imputarse a él en su totalidad para determinar si se cumple o no el requisito de carencia de rentas y esto es así aunque el matrimonio se rija por el régimen legal de gananciales. b) Cuando consta probado que las rentas en cuestión se obtienen por ambos cónyuges, deberán dividirse entre ellos según su cuota de obtención. Esta solución judicial se plasma después en la norma reglamentaria. En el trabajo se hace una valoración crítica del criterio de la individualización y se exponen algunos ejemplos con el objetivo de mostrar sus disfunciones.

Respecto al requisito adicional de las responsabilidades familiares, se explica que, en realidad, opera como doble condición: el solicitante del subsidio debe tener al menos un familiar a cargo; si se cumple esta primera exigencia todavía habrá que cumplir una segunda, consistente en que la unidad familiar, considerada en su conjunto, no supere el tope de rentas establecido. En este sentido, se entiende que está a cargo el familiar que carece de rentas superiores al tope legal. Para determinar las rentas de la unidad familiar, por su parte, se deberán sumar los ingresos de todos los integrantes de dicha unidad y dividir el resultado por el número de personas que la incluyen, teniendo en cuenta que la unidad la integran también los familiares que no están a cargo del solicitante.

Posteriormente, se analiza la problemática específica que presenta cada tipo de renta: rendimientos de trabajo, prestaciones de la Seguridad Social, rendimientos de capital -mobiliario e inmobiliario-, rendimientos de actividades económicas, ganancias patrimoniales e imputación de rendimientos presuntos.

El trabajo se cierra examinando los efectos que produce el incumplimiento del requisito de carencia de rentas y/o de responsabilidades familiares en el derecho al subsidio que ya se hubiera reconocido, para lo cual se analiza en detalle la STS 19.2.2016 (recurso 3035/2014). Se trata de una sentencia importante en la que se aclara que la regulación prevista en el art. 279 LGSS, en relación con la suspensión y la extinción del derecho al subsidio, no es contradictoria con lo dispuesto en los arts. 25.3 y 47 de la LISOS, sino complementaria. Si el beneficiario obtiene unas rentas adicionales que hacen que supere el umbral legal y así lo comunica a la entidad gestora, se producirá la extinción o la suspensión del derecho, en función de si la obtención de esas rentas se mantiene por tiempo igual o superior a doce meses o no llega a esa franja de tiempo. Ahora bien, si el beneficiario no comunica este dato nos desplazamos a la normativa sancionadora: su conducta constituye una infracción grave que, conforme a lo dispuesto en el art. 47 de la LISOS, se sanciona con la extinción del derecho al subsidio. Tras valorar críticamente esta sentencia y los dos votos particulares que la acompañan, el trabajo defiende que hubiera sido preferible plantear una cuestión de inconstitucionalidad pues el régimen sancionador, en este punto, podría vulnerar los principios de proporcionalidad e igualdad.

Palabras clave: Desempleo, subsidio asistencial, insuficiencia de rentas, responsabilidades familiares, ingresos netos, ingresos brutos, imputación subjetiva, rendimientos de trabajo, rendimientos de capital, planes de pensiones, rescates, rendimientos de actividades económicas, ganancias patrimoniales, plusvalías, rendimientos presuntos, suspensión, extinción.

ABSTRACT This article examines the problems derived from the application of income limits in relation to the assistance benefit of unemployment in Spain. The analysis has been made from the study of the most recent jurisprudence of the Fourth Chamber of the Supreme Court. This work is approached from a systematic and critical perspective.

It begins with a brief introduction, in which the evolution of unemployment protection in Spain is explained. The modern protection of unemployment arises in Spain with Law 62/1961, of July 22, which configures a clearly contributory scheme. This scheme is maintained until the Basic Employment Law of 1980, which introduces assistance protection, although within the framework of a mixed scheme. A complementary benefit is created, which consists of an allowance for the unemployed under the conditions of a typically defined assistance benefit: it is necessary to prove a situation of specially qualified need for lacking income above the minimum wage and for having family responsibilities. But the new protection lacks a universal scope, since it only protects those who “have used up the benefit”; it is, then, a simple continuation of contributory protection subject to the condition of insufficient resources. However, this complementary benefit is going to have non-contributory financing, since the Basic Employment Law foresees a 40% participation of the State in financing. The reform of Law 31/1984 revised the level of assistance, expanding the entries and adjusting the duration. Basically, this line will be maintained in the subsequent reforms which, within this framework, will impose improvements or restrictions depending on the different political situations and financial demands. The last crisis, which began in 2008, has acted in a double direction, because, together with clearly restrictive measures on expenditure, such as the increase of age and the double requirement of income (personal and family) for the subsidy to support retirement, the use of new benefit extensions has also been promoted.

After this short presentation, the paper analyses the requirement of insufficient income, as it is currently configured, examining the problems that have been raised in jurisprudence. In the first place, the evolution of the concept of “income” in judicial doctrine is explained, going from a civil concept to a concept closer to the fiscal model after Law 45/2002.

Then, the paper deals with the subjective income allocation by making a distinction, in this respect, between the requirement of lack of income and that of “family responsibilities”. The former is a general requirement that only takes the income of the applicant into account and operates as a prerequisite. Only when this generic requirement is fulfilled, it will it be possible to assess, if applicable, the income of the family unit for the purpose of checking whether the additional requirement of family responsibilities is also met. Once it has been clarified that these are two different requirements, each of them is analysed. The personal nature of the income raises the question of the allocation of the spouses’ income when the matrimonial economic regime is that of joint property. In relation to this issue, this paper explains that, from the start, jurisprudence opted for the taxation criterion of individual income instead of the civil criterion of accumulation, by distinguishing two assumptions: a) when income is obtained exclusively by the applicant of the subsidy, it should be charged to him in full to determine whether or not the requirement of lack of income is met and this is true even if the marriage is governed by the legal regime of joint property; b) when it is proven that the income in question is obtained by both spouses, it must be divided among them according to their quota

of obtaining. This judicial solution is then reflected in the regulatory standard. In this article, a critical assessment of the criterion of individualization is made and some examples are presented in order to show its dysfunctions.

Regarding the additional requirement of family responsibilities, it is explained that, in reality, it operates as a double condition: the applicant for the subsidy must have, at least, one family member in charge; if this first requirement is met, a second one must still be met: the family unit, taken as a whole, must not exceed the established income limit. In this sense, it is understood that the relative who is in charge is the one whose income is below the legal limit. In order to determine the income of the family unit on its own, the income of all the members of such unit must be added and the result must be divided by the number of persons that include it, bearing in mind that the unit is also composed of the relatives who are not in charge of the applicant.

Subsequently, the specific problems presented by each type of income are analysed: work income, Social Security benefits, capital returns -movable and real estate-, income from economic activities, capital gains and allocation of presumed income.

This article concludes by examining the effects produced by the non-fulfilment of the requirement of lack of income and / or family responsibilities on the right to the subsidy that has already been recognized, for which STS (Supreme Court Judgement) 19.2.2016 is analysed in detail (resource 3035/2014). It is an important sentence in which it is clearly stated that the regulation provided for in article 279 LGSS (General Law on Social Security), in relation to the suspension and termination of the right to subsidy, is not contradictory with the provisions of articles 25.3 and 47 of the LISOS (Law on Offences and Penalties in the Social Order), but complementary. If the beneficiary obtains additional income that exceeds the legal threshold and the managing entity is informed, the extinction or suspension of the right will take place, depending on whether the obtaining of this income is maintained for a time equal to or greater than twelve months or it does not reach that time frame. However, if the beneficiary does not inform about it, we move to sanctioning regulations: his behaviour means a serious infraction that, in accordance with the provisions of article 47 of LISOS, is penalised with the extinction of the right to subsidy. After critically evaluating this judgement and the two particular votes that accompany it, this paper defends that it would have been preferable to raise a question of unconstitutionality because the sanctioning regime, at this point, could violate the principles of proportionality and equality.

Keywords: Unemployment, assistance benefit, lack of income, family responsibilities, net income, gross income, subjective allocation, work income, capital returns, pension plans, redemption, income from economic activities, capital gains, added value, presumed income, suspension, extinction.

Reglas de compatibilidad entre la prestación por desempleo y el trabajo*

Compatibility rules between unemployment benefit and work

IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO**

1. INTRODUCCIÓN

Como regla general, el reconocimiento y la percepción de una prestación de Seguridad Social no son compatibles con el desempeño de una actividad profesional, de modo que la realización de una de esas actividades incompatibles sin la preceptiva comunicación a la entidad gestora constituye una infracción administrativa, o incluso penal. La razón estriba en la propia finalidad de las prestaciones de Seguridad Social, que en la modalidad contributiva tienen como propósito reemplazar las rentas dejadas de percibir ante la actualización de una contingencia protegida. En tal escenario, la prestación tiene la naturaleza jurídica de renta de sustitución, de modo que si el trabajador dispone de ingresos distintos no se justifica el acceso a recursos públicos pensados para hacer frente a situaciones de necesidad. La incompatibilidad con el trabajo, así pues, está en la esencia de las prestaciones de Seguridad Social.¹

No obstante esta primera aproximación, es claro que las reglas de compatibilidad difieren en atención a la concreta prestación, puesto que las prestaciones incluidas en el catálogo de la acción protectora del sistema de Seguridad Social, aunque presentan paralelismos, responden a propósitos parcialmente distintos, y cuentan con ciertas peculiaridades que conducen a un régimen jurídico no coincidente en algunos aspectos. Nótese, además, que la cuantía de alguna de esas prestaciones no permite configurarlas como rentas de sustitución plenas o perfectas, sino que presupone la conveniencia de complementar la prestación con otros ingresos, con el fin de asegurar la subsistencia (v.gr., pensiones de viudedad o de IP total), de modo que el importe de la prestación está en directa relación con esa compatibilidad, e incluso se contemplan complementos específicos que atienden a la realización o no de una actividad compatible (IP total cualificada).

El legislador ha apostado tradicionalmente, como es natural, por una compatibilidad muy limitada entre las prestaciones y el trabajo, de modo que la percepción simultánea de la prestación y de un salario, o de los rendimientos derivados de cualquier actividad profesional, debe considerarse como una excepción, y exige de ordinario una previsión legal expresa. Sin embargo, la evolución re-

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i que lleva por título "La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia laboral y social: ámbito funcional, trayectoria y aportaciones más significativas", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y dirigido por Joaquín García Murcia (referencia: DER2016-80327-P).

** Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo.

ciente demuestra una apuesta, parece que decidida, por favorecer que el beneficiario de determinadas prestaciones, y en particular de las pensiones, pueda iniciar una actividad profesional sin que ello derive en la suspensión del derecho. En ocasiones esa actividad se declara plenamente compatible con la pensión, que no sufre merma alguna, mientras que en otras se prefiere una compatibilidad limitada, de modo que la realización de un trabajo conlleva la reducción del importe de la pensión, pero no la suspensión o la extinción.

Esa relajación o flexibilización de las reglas de compatibilidad entre las prestaciones y el trabajo es muy evidente, por ejemplo, en la pensión de jubilación, pero no se ha trasladado a otras prestaciones donde esa compatibilidad debe configurarse como una excepción, y de interpretación necesariamente rigurosa. El desempleo es, quizás, el exponente más nítido de ese mayor rigor, porque es intrínseco a esa protección que el beneficiario no reciba otras rentas que repercutan en su voluntad y disponibilidad de encontrar un nuevo empleo. En cualquier caso, la incompatibilidad entre la protección por desempleo y el trabajo no es absoluta, sino que el propio legislador admite excepciones, como el desempeño de trabajos a tiempo parcial. Además, las reglas legales no son en ocasiones completamente precisas, y se generan zonas grises que es menester clarificar.

Desde esta perspectiva, siempre es conveniente detenerse en la delimitación de esas reglas de compatibilidad, que, en sentido amplio, no solo afectan al desempeño de una actividad profesional, sino también a la percepción de otras prestaciones de Seguridad Social. No obstante, el análisis se limitará estrictamente a la incompatibilidad entre la prestación por desempleo y la realización de un trabajo, excluyendo las situaciones de acumulación de prestaciones. Las reglas de compatibilidad son comunes a la prestación y al subsidio, si bien el nivel asistencial no será objeto de atención particularizada, y por ello no se abordarán aspectos o circunstancias conexos, como el límite de rentas en el subsidio por desempleo, que no se vincula estrictamente a la compatibilidad o incompatibilidad, sino más bien al cumplimiento de los requisitos de acceso a la protección, y su

mantenimiento, contexto donde operan dos reglas restrictivas al mismo tiempo, la que se refiere a la actividad misma y la relativa a los ingresos que proporciona. En la misma línea, tampoco serán objeto de análisis las reglas de compatibilidad o incompatibilidad que rigen en otras prestaciones con una finalidad análoga de protección de desempleados, como por ejemplo las ayudas previstas en el Programa de Activación para el Empleo¹, ni los supuestos que materialmente implican la simultaneidad entre la percepción de la prestación y el desempeño de un trabajo cuando la problemática entronca con la delimitación de la situación legal de desempleo (v.gr., reducción o suspensión de jornada por razones económicas, organizativas, técnicas o de producción). El propósito, así pues, se centra en las reglas de incompatibilidad en sentido técnico, las que afectan a un beneficiario de la prestación por desempleo que de forma sobrevenida inicia una actividad, y no en los requisitos o condiciones que debe cumplir el solicitante para acceder a la protección.

2. LA INCOMPATIBILIDAD CON EL TRABAJO COMO REGLA GENERAL

Como bien se sabe, se encuentran en la contingencia de desempleo «quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean suspendido su contrato o reducida su jornada ordinaria de trabajo, en los términos previstos en el artículo 267» (art. 262.1 LGSS). Coherentemente, y sin perjuicio de las particularidades del trabajo a tiempo parcial, la protección por desempleo tiene como presupuesto primario la pérdida de un trabajo, de modo que se activa cuando finaliza una relación laboral, en el bien entendido de que se cumplen los requisitos legales, y se mantiene en tanto el beneficiario no encuentre una colocación adecuada (art. 301 LGSS) o se extinga por expiración del plazo máximo. La protección por desempleo, es claro, no solo tiene como finalidad proporcionar al trabajador unas rentas sustitutivas del salario que se deja de percibir, sino también coadyuvar a un rápido retorno a la vida activa, y a tal fin el sistema colabora en la búsqueda de otra ocu-

¹ Vid. art. 8 Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre.

pación y ofrece al trabajador posibilidades de formación que incrementen sus opciones de encontrar un empleo.

No es sorprendente, así pues, que el art. 282 LGSS declare incompatible el trabajo tanto con la prestación por desempleo como con el subsidio, porque «desempleado» y «trabajador» son términos contrapuestos. A la postre, «desempleado» es quien «se halla en situación de paro forzoso», según el Diccionario de la RAE. Por consiguiente, la incompatibilidad se configura en términos rigurosos, aunque no absolutos. En efecto, el propio art. 282 admite la compatibilidad entre la percepción de la prestación o subsidio por desempleo y el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, «en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado». Desde luego, la incompatibilidad de la protección por desempleo con un trabajo no es una novedad en el sistema de Seguridad Social, ni tampoco se formula en términos mucho más estrictos que en otras prestaciones. Todas las prestaciones contributivas del sistema de Seguridad Social son, como pauta general, incompatibles con las rentas derivadas de un trabajo, precisamente porque se configuran idealmente como rentas de sustitución ante la finalización de una actividad profesional que da lugar a una situación de necesidad. La obtención de nuevas rentas implica teóricamente el fin de esa situación de necesidad, y con ello no se justificaría el recurso a la solidaridad colectiva que está en la base de un sistema de Seguridad Social.

No obstante, las prestaciones del sistema de Seguridad Social se caracterizan en estos últimos años por una mayor amplitud de los supuestos de compatibilidad con el trabajo. En primer término, las generosas reglas de compatibilidad entre el trabajo y las pensiones por muerte y supervivencia se mantienen incólumes desde hace varios años, pese a los reiterados anuncios legales en orden a reconfigurar la pensión de viudedad; el incremento del porcentaje aplicable a la base reguladora (un 60 % en lugar del 52 %) previsto en la DA 44^a Ley 6/2018 y en el RD 900/2018 no es estrictamente una regla de incompatibilidad, por más que uno de los requisitos consista en «no percibir ingresos por la realización de trabajo, ya sea por cuenta propia o ajena». En

segundo lugar, la compatibilidad entre las pensiones de incapacidad permanente y el trabajo ha dado lugar a una abundante doctrina jurisprudencial que, ante la inacción del legislador, ha derivado en un escenario muy confuso. Y en tercer lugar, las reglas legales de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo han sido modificadas en orden a permitir que los beneficiarios de la pensión desarrollen una actividad profesional².

En cambio, esa mayor generosidad no está presente en las reglas que disciplinan prestaciones de más corta duración, como la IT o el desempleo, donde el legislador deja entrever un profundo recelo al ejercicio de actividades profesionales que, por lo general, han de considerarse incompatibles con la percepción de la prestación correspondiente. No obstante, esa incompatibilidad no es absoluta, sino que conoce excepciones, aunque muy habitualmente han sido introducidas por la doctrina judicial, ante el aparente rigor legal. En ese contexto, ni la IT es impedimento pleno para desempeñar una actividad profesional compatible con el subsidio, ni la situación legal de desempleo conlleva una prohibición total de percepción simultánea de la prestación y de una remuneración derivada de la actividad. Debe tenerse en cuenta además que, tanto en IT como en desempleo, la finalidad de la prestación también influye en el régimen de compatibilidad, pues determinadas actividades deben ser incompatibles aun cuando no reúnan la suficiente dosis de profesionalidad, por cuanto, y a modo de ejemplo, podrían perjudicar la recuperación del beneficiario (IT).

En la medida en que la compatibilidad entre el trabajo y el subsidio de IT ya fue abordada en otro lugar³, procede en este momento perfilar adecuadamente el régimen de compatibilidad de la prestación por desempleo con el trabajo, que se configura a partir de parámetros muy estrictos por la propia filosofía de la protección por desempleo. No conviene

² Vid. I.A. RODRÍGUEZ CARDO, *La compatibilidad de las pensiones de Seguridad Social con el trabajo*, RMESS, nº 119, pp. 157-193.

³ Vid. I.A. RODRÍGUEZ CARDO, *La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato de trabajo*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 104 y ss.

olvidar, en esta línea, el denominado «compromiso de actividad» que debe adquirir el beneficiario, mediante el que el legislador trata de poner de manifiesto que el desempleo se concibe como una situación de tránsito cuya duración no debería agotarse, sino que debería culminar en el plazo más breve posible con el inicio de una nueva actividad profesional.

Como es sabido, el compromiso de actividad fue una innovación introducida por el Real Decreto Ley 5/2002, y está definido en el art. 300 LGSS. Se entiende por tal el que adquiera el solicitante o beneficiario de las prestaciones de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad. El compromiso de actividad, en esencia, requiere un comportamiento activo por parte del beneficiario en la búsqueda de una colocación adecuada, pero también, sin duda, una colaboración de los distintos agentes involucrados, no solo el SEPE, sino también, y especialmente, los servicios de empleo, de forma que el beneficiario disponga de un itinerario de formación con el fin de mejorar su ocupabilidad y encontrar un empleo a la mayor brevedad. El beneficiario ha de participar en esas acciones de mejora de la ocupabilidad (salvo en los treinta primeros días, en los que tal participación será voluntaria y la negativa no sancionable⁴), así como en su caso acreditar dicha participación.

Dentro del compromiso de actividad, que a la postre se vincula a la propia definición del desempleo («quienes, pudiendo y queriendo trabajar», según el art. 262.1 LGSS), cabe incluir la obligación de renovar la demanda de empleo, o la de comparecer ante el SEPE o la agencia de colocación correspondiente. Y también deben tenerse en cuenta obligaciones de hacer que incumben al beneficiario, como los trabajos de colaboración social que puede exigir la entidad gestora (art. 272.2 LGSS) y, en particular, la aceptación de una colocación adecuada (art. 301 LGSS), pues la negativa supone, teóricamente, que un beneficiario

«puede» trabajar, pero no «quiere», y con ello no se encontraría en situación legal de desempleo. De ahí que el concepto de «trabajo» incompatible pueda, y deba, configurarse con una mayor extensión que en otras prestaciones, porque no solo debe valorarse si el beneficiario obtiene unas rentas o un rendimiento económico de ese otro trabajo, sino también si esa ocupación paralela o alternativa, aun no profesional en sentido estricto, pone en riesgo la consecución de los objetivos de la protección por desempleo y, en particular, la disponibilidad para buscar y aceptar otro empleo. Es, en esencia, una situación con algunos paralelismos con la IT, donde las actividades incompatibles no se limitan a las profesionales, sino que se toman en consideración otras circunstancias, pues, en el caso de la IT, debe garantizarse que no se perjudica el proceso de recuperación psicofísica y se demora el alta médica, mientras que, en relación con el desempleo, el beneficiario debe respetar las obligaciones que derivan del compromiso de actividad.

3. EL «TRABAJO INCOMPATIBLE»: RASGOS CONFIGURADORES

En una regla que tiene su origen en el art. 18.1 de la Ley 31/1984, de 2 de agosto⁵, el art. 282.1 LGSS dispone que tanto la prestación como el subsidio por desempleo «serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando este se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado». Como se adelantó, esta incompatibilidad es más rigurosa que la que rige en otras prestaciones, pues las pensiones de IP o de jubilación admiten numerosas excepciones. No conviene olvidar, además, que el art. 282.1 LGSS viene complementado por el art. 15 RD 625/1985, de 2 de abril, mucho más prolijo, ni que esa incompatibilidad con el trabajo se extiende a otras modalidades más específicas de protección por desempleo,

⁴ El plazo original era de cien días, pero fue reducido a 30 por el Real Decreto-Ley 20/2012.

⁵ Vid. C. VIQUEIRA PÉREZ, La prestación por desempleo, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pp. 375 y ss.

o de fomento del empleo, como las dirigidas a trabajadores del campo⁶.

a) Trabajo incompatible vs. colocación adecuada

La delimitación precisa de los contornos de la incompatibilidad de la prestación por desempleo con el trabajo requiere, en primer lugar, clarificar cuál es el concepto de «trabajo incompatible». Como premisa de partida, el análisis del marco legal vigente, y de la doctrina judicial que lo ha interpretado, permite obtener una primera conclusión: el «trabajo incompatible» con la prestación por desempleo no puede ser equiparado con la «colocación adecuada» del art. 301 LGSS. En efecto, el «trabajo incompatible» tiene un contenido extenso y algo indeterminado, por contraposición con la «colocación adecuada», donde el legislador ha pretendido ser mucho más preciso. Es cierto que en ambos casos sería deseable apostar por la seguridad jurídica y evitar la judicialización en una dinámica normal de funcionamiento del sistema de Seguridad Social, pero seguramente el legislador ha considerado muy complejo acotar el concepto de «trabajo incompatible», precisamente porque la ya aludida finalidad de la protección por desempleo requiere cierta apertura e indefinición. No en vano, el catálogo de actividades (personales, familiares, formativas, profesionales, etc.) al que podría dedicarse su tiempo el beneficiario es prácticamente ilimitado, y algunas de ellas son -y deben ser- incompatibles con el desempleo aun cuando no den lugar al alta en un régimen de la Seguridad Social.

Además, tampoco debe olvidarse que el «trabajo incompatible» es una actividad voluntariamente decidida por el beneficiario, a diferencia de la «colocación adecuada», que es una exigencia o imposición normativa, y por tanto es necesario ser más riguroso para configurar de manera razonable la protección y no frustrar expectativas. En último término, también es determinante la dinámica de funcionamiento de la protección por desempleo, y de las entidades gestoras, que dedican sus es-

fuerzos a reintegrar al beneficiario en el mercado de trabajo por cuenta ajena, y no valoran otras opciones, como el trabajo por cuenta propia, porque desde una perspectiva técnica o sociológica no es sencillo que el legislador contemple el trabajo por cuenta propia como colocación adecuada, máxime cuando el emprendimiento, de alguna manera, siempre se ha concebido como una actividad voluntaria que requiere de ordinario una idea, una infraestructura y ciertas cualidades personales, como la iniciativa o las habilidades sociales y comerciales. Desde esta perspectiva, el sistema no lo ignora, e incluso lo facilita, por ejemplo a través de la capitalización de la prestación por desempleo, pero no lo configura como una exigencia, a diferencia del trabajo por cuenta ajena. En efecto, la «colocación adecuada» del art. 301 LGSS remite al trabajo asalariado, mientras que el «trabajo incompatible» cuenta con vocación de generalidad, si bien no toda «colocación adecuada» debe considerarse necesariamente como «trabajo incompatible» (v.gr., trabajo a tiempo parcial).

Por consiguiente, el concepto de «trabajo incompatible» es amplio, y en él se incluyen cualesquiera actividades de carácter profesional que comporten una retribución, porque en tal caso desaparece la finalidad que justifica la percepción de la prestación por desempleo. El trabajo asalariado, el trabajo por cuenta propia, la condición de funcionario público e incluso la realización de actividades que han sido objeto de asimilación impiden, por lo general, mantener la percepción de la prestación por desempleo. Todas esas actividades tienen una característica en común, que deriva inequívocamente del art. 282.1 LGSS y del art. 15 RD 625/1985, y es que la actividad en cuestión debe llevar aparejada una contraprestación económica. En este sentido, el art. 282.1 LGSS alude al trabajo por cuenta ajena y al trabajo por cuenta propia, mientras que el art. 15 RD 625/1985 amplía el listado de trabajos incompatibles, pero en todos los casos se cuida de señalar que han de ser «retribuidos». Dicho de otro modo, la incompatibilidad prevista en estos preceptos no es tanto una incompatibilidad con el trabajo como una incompatibilidad con los ingresos que derivan de ese trabajo, incluso en relación con las actividades «de investigación o cooperación», que también han de ser «retribuidas»

⁶ Vid. SSTSJ de Andalucía/Sevilla de 13-5-2010 (recurso 1513/2009) y de Andalucía/Granada de 11-4-2012 (recurso 231/2012).

para considerarse incompatibles (art. 15.1.b.3 del RD 625/1985). En suma, debe acudir al art. 6 bis RD 625/1985, que ofrece una definición de «trabajo» a efectos de las causas de suspensión y extinción, pero que sin duda es asimismo aplicable a las incompatibilidades, que responden a la misma lógica, como el propio precepto expresamente indica. En efecto, «se considerará trabajo toda actividad que genere o pueda generar retribución o ingresos económicos, por cuenta ajena o propia, que sea incompatible con la prestación o con el subsidio por desempleo».

Sin embargo, otro tipo de actividades no retribuidas pueden dar lugar a consecuencias similares a la realización de un trabajo incompatible, y en particular a la suspensión y a la extinción de la prestación, pero no por una vía tan directa. En concreto, actividades de ocio o no profesionales, y por tanto no retribuidas, deben considerarse compatibles con la prestación, en principio, pero la valoración de esas actividades no solo debe tener lugar desde la perspectiva de la incompatibilidad, sino también desde la óptica del cumplimiento del ya mencionado compromiso de actividad. En la medida en que esas actividades no profesionales supongan un incumplimiento de las obligaciones que derivan del compromiso de actividad el interesado incurrirá en infracción administrativa, cuya sanción implicará la pérdida temporal o definitiva de la prestación (epígrafe 6.a). Por consiguiente, las actividades no profesionales pueden dar lugar a una incompatibilidad de segundo grado con la prestación y el subsidio por desempleo, aunque técnicamente no son actividades incompatibles ex art. 282 LGSS, sino causas del incumplimiento del compromiso de actividad (art. 300 LGSS) que pueden generar las consecuencias pertinentes.

b) La compatibilidad del trabajo asalariado a tiempo parcial

El trabajo asalariado a tiempo completo será de ordinario una colocación adecuada, sin perjuicio de los límites vinculados a la distancia entre la residencia y el lugar de trabajo previstos en el art. 301 LGSS, y también un trabajo incompatible, quedando comprendidos en la incompatibilidad, como aclara el art. 15 RD 625/1985, los períodos de vacaciones

y descansos retribuidos. En cambio, esa sintonía no se mantiene en el trabajo a tiempo parcial, que podría ser considerado como una colocación adecuada –o no, dependiendo de las circunstancias⁷-, pero no es un trabajo incompatible, o, más bien, es un trabajo de compatibilidad relativa, en la línea de lo que sucede en la jubilación parcial (art. 215 LGSS y RD 1131/2002) y en la jubilación flexible (art. 213.1 LGSS y RD 1132/2002).

Sobre esas premisas, el art. 282.1 LGSS dispone que ante la realización de un trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial se deducirá del importe de la prestación o subsidio, pero no de la duración (art. 15.5 RD 625/1985)⁸, la «parte proporcional al tiempo trabajado», evitándose de esta forma eventuales dificultades por la distinta configuración que puede adoptar el trabajo a tiempo parcial. En efecto, ya se trate de trabajo a tiempo parcial vertical u horizontal lo determinante es el porcentaje de jornada a realizar. Por cierto, la expresión utilizada «tiempo trabajado» no es exactamente equivalente a porcentaje de jornada, lo que supone, en definitiva, que las horas complementarias también implicarán una reducción en el importe de la prestación o del subsidio, porque sin lugar a dudas constituyen «tiempo trabajado». La compatibilidad de la prestación por desempleo con el trabajo a tiempo parcial, aunque limitada, es una opción más generosa que la adoptada en el marco de la prestación por cese de actividad en el caso de trabajadores autónomos, donde el art. 342.1

⁷ A tenor del art. 301 LGSS, «la colocación se entenderá adecuada cuando se ofrezca en la localidad de residencia habitual del trabajador o en otra localidad situada en un radio inferior a 30 kilómetros desde la localidad de la residencia habitual, salvo que el trabajador acredite que el tiempo mínimo para el desplazamiento, de ida y vuelta, supera el 25 por ciento de la duración de la jornada diaria de trabajo, o que el coste del desplazamiento supone un gasto superior al 20 por ciento del salario mensual, o cuando el trabajador tenga posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar de nuevo empleo. La colocación que se ofrezca al trabajador se entenderá adecuada teniendo en cuenta la duración del trabajo, indefinida o temporal, o de la jornada de trabajo, a tiempo completo o parcial. Además, dicha colocación para entenderse adecuada deberá implicar un salario equivalente al aplicable al puesto de trabajo que se ofrezca, con independencia de la cuantía de la prestación a que tenga derecho el trabajador, o aunque se trate de trabajos de colaboración social».

⁸ Vid. STS de 23-12-1994 (recurso 1507/1994).

LGSS aboga por la incompatibilidad absoluta entre esa prestación y el trabajo por cuenta ajena⁹.

En cualquier caso, la proporcionalidad toma como base el tiempo de trabajo, y no la retribución obtenida en el nuevo empleo, ni el importe de la prestación por desempleo que se viene percibiendo. Esta opción legislativa aporta seguridad jurídica, pero puede dar lugar a distorsiones irrelevantes en la práctica que conduzcan a desincentivar la aceptación de un trabajo a tiempo parcial. Sin perjuicio de la valoración que merezca una eventual negativa del trabajador en relación con el compromiso de actividad y la posible adecuación de la oferta de empleo, la regla debería prever de algún modo que la aceptación del trabajo a tiempo parcial no supondrá una disminución de ingresos económicos globales para el beneficiario (suma de prestación más salario), lo que acontecerá en todos aquellos casos en los que la cuantía de la prestación por desempleo sea superior al salario que percibiría un trabajador a tiempo completo en la actividad compatible. En tal caso, la cuantía de la retribución a tiempo parcial no permitiría compensar la reducción proporcional que sufriría la prestación, amén de que la duración no se amplía en estas situaciones, de modo que es factible que el desempleado que inicie una actividad a tiempo parcial sufra una pérdida económica¹⁰.

Por su parte, el art. 282.1 LGSS indica que la misma reducción proporcional «se efectuará tanto cuando el trabajador esté percibiendo la prestación o el subsidio por desempleo como consecuencia de la pérdida de un trabajo a tiempo completo o parcial y obtenga un nuevo trabajo a tiempo parcial, como cuando tenga dos contratos a tiempo parcial y pierda uno de ellos»¹¹. El art. 15 RD 625/1985, en sus

apartados 2 a 4, desarrolla y completa esas reglas, aunque verdaderamente no se trata de supuestos de incompatibilidad entre la protección por desempleo y el trabajo, sino de una clarificación del concepto de situación legal de desempleo.

El apartado 3 de ese art. 15 dispone que «cuando un trabajador realice un trabajo a tiempo completo y otro a tiempo parcial, si pierde el trabajo a tiempo parcial, no podrá percibir prestación o subsidio por desempleo», precisamente porque no es una situación de desempleo estrictamente, a diferencia de lo que acontecería si se extingue el contrato a tiempo completo, pues ante tal eventualidad «percibirá prestación o subsidio por desempleo, deduciéndose de la cuantía correspondiente la parte proporcional al tiempo trabajado»¹². En la misma línea, y a tenor del apartado 4, «cuando el trabajador realice dos trabajos a tiempo parcial y pierda uno de ellos, tendrá derecho a percibir la prestación o subsidio por desempleo que le corresponda, sin deducción alguna», aunque la «obtención de un nuevo trabajo a tiempo parcial será incompatible con la prestación o subsidio que se le hubiera reconocido», regla que incurre en ultra vires, como se desarrollará posteriormente. En suma, la situación legal de desempleo no exige la inactividad total, sino que cuenta con reglas particulares en situaciones de pluriempleo, o de pluriactividad de trabajos por cuenta ajena. Encaja en ese escenario el trabajador que ha celebrado dos contratos simultáneos con el mismo empleador cuando se extingue uno de ellos, porque se produce una pérdida de empleo, y no una reducción de jornada¹³.

Conviene abundar en la diferencia entre el acceso a la prestación en situaciones de pluriempleo y la compatibilidad entre el desempleo y un posterior trabajo asalariado a tiempo parcial. En el primer caso la problemática se centra en la acreditación de la situación legal de desempleo y, eventualmente, en el

⁹ Vid. Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *El desempleo de los trabajadores autónomos*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 84 y ss.

¹⁰ Vid. D. PÉREZ DEL PRADO, *La compatibilidad del trabajo con la protección por desempleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 36 y ss.

¹¹ A tenor del art. 266.b) LGSS, segundo párrafo, «para el supuesto de que en el momento de la situación legal de desempleo se mantengan uno o varios contratos a tiempo parcial se tendrán en cuenta exclusivamente, a los solos efectos de cumplir el requisito de acceso a la prestación, los periodos de

cotización en los trabajos en los que se haya perdido el empleo o se haya visto suspendido el contrato o reducida la jornada ordinaria de trabajo».

¹² Vid. STS de 19-11-2004 (recurso 355/2004).

¹³ Cfr. STS de 21-3-2005 (recurso 4951/2003).

cálculo de la cuantía, pero lo determinante es valorar si el trabajador se encuentra o no en una situación merecedora de protección. Desde esa perspectiva, el cese involuntario en el trabajo es un requisito sine qua non. En cambio, el desempleado que inicia una actividad por cuenta ajena a tiempo parcial incurre en una causa de compatibilidad limitada, toda vez que su prestación -o subsidio- por desempleo se reducirá proporcionalmente al tiempo trabajado. Por consiguiente, no se cuestiona la situación legal de desempleo, sino únicamente el importe de la prestación o subsidio, que se reduce en tanto persista la incompatibilidad. Una vez finalizada la actividad el beneficiario recuperará el montante total de su prestación, siendo irrelevante a estos efectos que el cese en la actividad incompatible pueda ser catalogado o no como situación legal de desempleo, pues esta no es una situación equiparable a la suspensión o extinción de los arts. 271 y 272 LGSS. Y, por supuesto, las cotizaciones acreditadas por la nueva actividad no provocarán modificación alguna en la base reguladora de la prestación temporalmente reducida, sino que podrán utilizarse para un futuro derecho a prestación o subsidio¹⁴. La reducción proporcional tiene lugar aun cuando el beneficiario desempeñe más de un trabajo a tiempo parcial, con el límite, razonable, de que la suma de jornadas alcance la jornada completa, en cuyo caso procederá la suspensión o eventual extinción de la prestación, conforme a las reglas que se detallarán posteriormente.

La reducción del importe de la prestación, por cierto, se produce por la mera realización de un trabajo a tiempo parcial, y en tal escenario el art. 282 LGSS no es el precepto adecuado para valorar las consecuencias de que el beneficiario, pudiendo acceder a ocupaciones distintas y potencialmente mejores, como un trabajo a tiempo completo, se haya decidido por un trabajo a tiempo parcial, lo que le permitirá compatibilizar la prestación con esa actividad. Esa decisión quizá podría estimarse contraria al espíritu del compromiso de actividad, y de la propia protección por desempleo, pero en modo alguno es una cuestión

que entronque con las reglas de incompatibilidad, de las que se derivan las consecuencias pertinentes en atención a la actividad que efectivamente se desarrolla¹⁵.

Tampoco se aprecia fraude de ley, al menos sin otras circunstancias significativas, por la celebración de un contrato a tiempo parcial inmediatamente tras la finalización de un contrato a tiempo completo, aun cuando el empleador sea el mismo. No es este un supuesto que encaje en el desempleo parcial del art. 262.3 LGSS, pues no se produce una reducción de jornada, sino la extinción de un contrato de trabajo y la celebración de otro. Ahora bien, la jurisprudencia ha considerado que «ese desempleo que se produce dentro de la concurrencia con un empleo parcial será normalmente también un desempleo parcial, tanto en el plano conceptual como en el práctico», debido a que el importe de la prestación se minorará en proporción a la jornada de trabajo resultante¹⁶.

Conviene hacer una última salvedad en relación con el pluriempleo cuando el trabajador preste servicios con dos contratos a tiempo parcial y pierda uno de ellos. La norma es clara reconociendo que en esa circunstancia nace una situación legal de desempleo, pero el art. 15.4 RD 625/1985 dispone que «la obtención de un nuevo trabajo a tiempo parcial será incompatible con la prestación o subsidio que se le hubiera reconocido». Este es un precepto que, como se advirtió, incurre en ultra vires, y no solo en una ocasión. En efecto, al delimitar la situación protegida ese apartado, en el párrafo anterior, reconoce el derecho a la prestación por desempleo ante la pérdida de uno de los dos trabajos a tiempo parcial «sin deducción alguna», frente a la nitidez del art. 282.1 LGSS, que obliga a efectuar la reducción proporcional cuando el trabajador «tenga dos contratos a tiempo parcial y pierda uno de ellos». Asimismo, ese art. 282.1 LGSS no contempla una excepción a la reducción proporcional de la prestación -o del subsidio- por la realización sobrevenida de un trabajo a tiempo parcial, de modo que el endurecimien-

¹⁴ Vid. STSJ de Madrid de 22-11-2012 (recurso 4460/2012).

¹⁵ Vid. STSJ del País Vasco de 3-11-2015 (recurso 1912/2015).

¹⁶ Vid. STS de 5-5-2004 (recurso 2092/2003).

to de las consecuencias previstas en la ley por vía reglamentaria supone una evidente extralimitación. La contundencia legal evita resultados dispares en atención al momento de inicio de la actividad a tiempo parcial, que daban lugar a evidentes incongruencias¹⁷.

c) El trabajo por cuenta propia como actividad incompatible

A tenor del art. 282.1 LGSS, la prestación por desempleo es incompatible con una actividad por cuenta propia «aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social». El art. 15.1.b.2 RD 625/1985 añade que esa incompatibilidad deberá apreciarse «con independencia del número de horas que se dediquen a la actividad y de los resultados económicos obtenidos», previsiones que desde luego alcanzan a estos supuestos de trabajos esporádicos u ocasionales, o a los dedicación incierta pero con ingresos inferiores al SMI¹⁸, pero también a otras actividades de carácter profesional en sentido estricto pero que por razones históricas se encuentran al margen del sistema, como sucede con los profesionales colegiados que han optado por la mutualidad adscrita a su colegio en los términos de la DA 18ª LGSS¹⁹. Pese a que estas actividades no forman parte del radio de acción del sistema de Seguridad Social a efectos de su campo de aplicación, si tienen repercusión como trabajos incompatibles con la protección por desempleo. El art. 6.bis 2 RD 625/1985 matiza que «cuando no sea posible determinar el número de días a los que se extiende la actividad desarrollada por cuenta propia sin obligación de alta y baja en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, se estará a los declarados y acreditados documentalmente por el trabajador, salvo que el número de días no pueda ser acreditado en cuyo caso se estará al que resulte de dividir las percepciones íntegras derivadas de la actividad entre el importe de

la base máxima de cotización al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos».

No obstante, es oportuno extremar las cautelas en la interpretación, como ya ha advertido la jurisprudencia. En este sentido, la incompatibilidad se produce por el ejercicio efectivo de la actividad²⁰, y no por aspectos meramente formales. Dicho de otro modo, no es incompatible con la condición de beneficiario de la prestación por desempleo el alta en el IAE, la colegiación²¹, la titularidad dominical de un bien o la condición de socio²², sino el ejercicio efectivo de una actividad profesional, que se presume iuris tantum en caso de titulares de establecimientos abiertos al público²³. Esos otros datos podrán convertirse en indicios, pero en modo alguno son determinantes por sí mismos. Y la actividad por cuenta propia, aun cuando genere ingresos reducidos, ha de proporcionar algún rendimiento económico, esto es, debe desempeñarse con una mínima nota o propósito de profesionalidad, de modo que no encajan actividades meramente de autoconsumo²⁴, que en muchos casos se limitan a la conservación y administración de un patrimonio de pequeña entidad ofreciendo un rédito económico poco relevante, algo muy habitual en el ámbito agrícola²⁵.

Sería conveniente una modificación legal aclaratoria, en la línea del art. 342.1 LGSS (que trae causa del art. 12.1 de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se esta-

²⁰ Vid. SSTs de 13-3-2000 (recurso 654/1999) y de 12-7-2004 (recurso 1739/2003).

²¹ Vid. STSJ de Asturias de 27-3-2015 (recurso 487/2015).

²² Vid. STS de 18-4-2007 (recurso 355/2006).

²³ Vid. STS de 13-10-1998 (recurso 35/1998).

²⁴ Vid. F. CAVAS MARTÍNEZ, *Compatibilidad entre protección por desempleo y trabajos agrícolas por cuenta propia orientados al autoconsumo familiar*, Revista de Derecho de la Seguridad Social, nº 5, 2015, pp. 119 y ss.; D.T. KAHALE CARRILLO, "Prestación por desempleo", en C. SÁNCHEZ TRIGUEROS (Dir.), *Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 275-279; J. GARCÍA ORTEGA, *Sobre la incompatibilidad entre el trabajo por cuenta propia y las prestaciones por desempleo. Problemática específica en torno al trabajo por cuenta propia ocasional, residual o esporádico*, Trabajo y Derecho, nº 7 y 8, 2015, pp. 85 y ss.

²⁵ Vid. SSTs de 27-4 y 14-5-2015 (recursos 1881/2014 y 1588/2014). En el mismo sentido, en relación con la venta de libros en miniatura en mercados de artesanía, vid. STSJ de 19-11-2014 (recurso 1433/2014).

¹⁷ Vid. J. LÓPEZ GANDÍA, *Flexibilidad del tiempo de trabajo y prestación de desempleo*, AL, Tomo I, 1996, pp. 333 y ss.

¹⁸ Vid. SSTs de 29-1-2003 (recurso 1614/2002) y de 1-2-2005 (recurso 5864/2003).

¹⁹ Vid. I.A. RODRÍGUEZ CARDO, *Ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 105 y ss.

blece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos), en virtud del cual la incompatibilidad con el trabajo por cuenta propia «tendrá como excepción los trabajos agrarios sin finalidad comercial en las superficies dedicadas a huertos familiares para el autoconsumo, así como los dirigidos al mantenimiento en buenas condiciones agrarias y medioambientales previsto en la normativa de la Unión Europea para las tierras agrarias», extendiéndose esta regla a los familiares colaboradores incluidos en RETA que también sean perceptores de la prestación económica por cese de actividad.

La jurisprudencia, con buen criterio, ha pretendido elaborar un criterio más general que conduce a la irrelevancia, en este contexto de las compatibilidades con la protección por desempleo, de las actividades que puedan calificarse como marginales por su rendimiento, incluso aunque la finalidad no sea estrictamente el autoconsumo. Posiblemente el punto de partida de esta doctrina podría situarse en la STS de 3-3-2010²⁶ que, en relación con los requisitos de acceso a la renta activa de inserción, se decantó por «la idea de la irrelevancia del trabajo marginal», afirmando que «no será una verdadera ocupación la de quien perciba un salario mensual de proporciones llamativamente escasas, obtenido por un trabajo que ha de calificarse de marginal, por más que, desde el plano jurídico-laboral responda, ciertamente, al concepto de salario y sea la prestación correspondiente a un verdadero contrato de trabajo». Por consiguiente, la incompatibilidad no deriva de la realización de un «trabajo», sin mayor consideración, sino del ejercicio de una actividad profesional, en un sentido más estricto, y por ello la STS de 5-4-2017²⁷ no aprecia la incompatibilidad de la protección por desempleo con actividades económicas por cuenta propia que reúnan ciertas características: «marginal», «irrelevante», «de nula relevancia» y que tan solo proporcionen «unos mínimos y exiguos ingresos». De ese modo, podrían quedar excluidas cualesquiera actividades, como las gestiones de intermediación comercial en ese caso concreto, siempre que se demuestre «su carácter

absolutamente residual, marginal y de ínfima relevancia económica, hasta el punto que no pueda ni tan siquiera catalogarse como un verdadero trabajo».

En cualquier caso, tanto la jurisprudencia como el legislador deberían procurar que esta doctrina resultara plenamente coherente con el criterio de «habitualidad» legalmente exigido para ser considerado trabajador autónomo (art. 1 Ley 20/2007) y quedar encuadrado en el RETA (art. 2 Decreto 2530/1970). En principio, la habitualidad implica un desempeño regular de una actividad, sin que el rendimiento económico que de ella se pueda obtener resulte determinante. No obstante, las dificultades probatorias, básicamente, motivaron una toma de posición diferente por parte de la jurisprudencia, para evitar que permanezca al margen del sistema de Seguridad Social quien realizando esporádicamente una actividad obtiene de ella los ingresos que posibilitan su subsistencia, incluso acomodada. Se entiende en estos casos que el elevado rendimiento económico es sinónimo de profesionalidad, y con ello se satisface el requisito de habitualidad, aunque el autónomo pueda desarrollar otras actividades incluso más lucrativas.

El TS ha defendido que allí donde no sea posible determinar fehacientemente la habitualidad en perspectiva temporal puede tomarse como referencia el nivel de ingresos, convirtiendo la dimensión económica de la actividad en un criterio determinante. En concreto, se acudió como patrón al SMI, considerando esa cuantía como parámetro indicador de profesionalidad²⁸; los ingresos obtenidos en el ejercicio de la actividad se constituyen en indicio –no excluyente– de habitualidad, más por razones prácticas –facilidad de la prueba–²⁹ que por motivos estrictamente jurídicos³⁰. No obstante, la doctrina del TS «ha sido

²⁸ Vid. STS de 14-5-2002 (recurso 2208/2001), entre muchas otras.

²⁹ Vid. STS de 29-10-1997 (recurso 406/1997).

³⁰ Vid. M.A. CASTRO ARGÜELLES, *La relación de trabajo de los subagentes de seguros: criterios de aplicación y aplicación temporal de los mismos*, AS, nº 20, 2003, pp. 54 y ss.; M.C. LÓPEZ ANIORTE, *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 391 y ss.; F.J. TOROLLO GONZÁLEZ, *Los mediadores de seguros y su afiliación al RETA*,

²⁶ Recurso 1948/2009.

²⁷ Recurso 1066/2016.

mal entendida y peor aplicada»³¹, por lo que el mismo criterio se ha utilizado para otros colectivos³², a pesar de que nació como remedio excepcional «aplicable en exclusiva a los subagentes de seguros»³³. El recurso al rendimiento económico se justifica únicamente ante las dificultades de prueba del carácter regular del trabajo, de modo que deberá incorporarse al sistema de Seguridad Social, y en concreto al RETA, quien desarrolle cotidianamente una actividad por cuenta propia aunque los ingresos que de ella se deriven no alcancen el SMI, o incluso aunque esa actividad genere pérdidas³⁴, pues la mayor o menor productividad es indiferente para el Sistema cuando se aprecia un desempeño continuado –habitual en su más estricto sentido etimológico– de la actividad³⁵. En cambio, quien realice un trabajo por cuenta propia de forma esporádica u ocasional, con independencia del provecho económico que de él obtenga, no debería quedar comprendido ni en el RETA ni en el sistema de Seguridad Social³⁶.

Este criterio de «habitualidad» no parece contar con impacto alguno en las reglas de incompatibilidad entre el trabajo y el desempleo, y ello resulta llamativo, porque la protección por desempleo no debería resultar

compatible con actividades por cuenta propia cuyo rendimiento bruto sea elevado, por más que en conjunto el negocio produzca pérdidas. Dicho de otro modo, la realización de una actividad profesional por cuenta propia en un establecimiento abierto al público reúne la nota de habitualidad y exige el alta en el RETA, con independencia del rendimiento neto obtenido, que podría ser negativo, y en todo caso dicha actividad será incompatible con la protección por desempleo. Cuestión distinta es que se desempeñe una actividad de forma esporádica u ocasional, supuesto en el que la habitualidad puede medirse en relación con los ingresos a efectos de incorporación al RETA. Y esa misma doctrina podría extrapolarse sin mayor dificultad a las reglas sobre compatibilidad con el desempleo.

Este acercamiento entre la interpretación jurisprudencial efectuada respecto de las reglas de encuadramiento en el sistema y las de compatibilidad del trabajo con el desempleo proporcionaría seguridad jurídica, pero se encuentra con obstáculos. El primero de ellos deriva de la propia jurisprudencia, que al abordar la compatibilidad entre el desempleo y el trabajo por cuenta propia atiende al rendimiento neto, y no al bruto, y no siempre el rendimiento económico neto demuestra que el trabajo es marginal. El segundo de ellos es un obstáculo legal, pues el art. 282.1 LGSS declara la incompatibilidad con el trabajo por cuenta propia «aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social», por lo que esa equiparación con el criterio de habitualidad no se ajusta al expreso mandato legal. Con todo, la doctrina jurisprudencial debería quedar limitada a las actividades por cuenta propia que no accedan al sistema de Seguridad Social y sería recomendable que el TS remitiese a un umbral de ingresos para distinguir el trabajo marginal del que no lo es, al menos jurídicamente, pues con ello se proporciona un criterio que reduciría la excesiva judicialización y el casuismo.

Por supuesto, podría estimarse que la regla del art. 282.1 LGSS requiere una reformulación³⁷, pero en tanto el legislador no actúe

RMTAS, nº 34, 2002, pp. 75 y ss.; J.L. TORTUERO PLAZA, "Artículo 7", en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pág. 160; P. BENLLOCH SANZ, *La nota de habitualidad en el trabajo autónomo y el derecho del trabajador por cuenta propia a dejar de prestar su actividad en determinados periodos de tiempo*, AS, nº 11, 2001, pp. 36 y ss.

³¹ Cfr. T. SALA FRANCO y A. BLASCO PELLICER, *La nueva regulación del RETA*, AL, nº 8, 2004, pág. 923.

³² En relación con una modista, vid. STSJ de Navarra de 18-2-2004 (recurso 43/2004); sobre el titular de una explotación de engorde y cría de ganado porcino, vid. STSJ de Castilla y León/Burgos, de 11-11-2003 (recurso 1010/2003); acerca de un columnista de prensa, vid. STSJ de Cataluña de 6-6-2003 (recurso 7180/2002); relativa a una masajista, vid. STSJ del País Vasco de 3-6-2003 (recurso 872/2003); respecto de una psicóloga, vid. STSJ de Castilla y León/Burgos de 17-9-2002 (recurso 750/2002); sobre un asesor contable, vid. STSJ del País Vasco de 11-6-2002 (recurso 836/2002).

³³ Cfr. STS de 9-12-2003 (recurso 895/2002).

³⁴ Vid. SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 17-10-2000 (recurso 1721/1997).

³⁵ Vid. STSJ de Cataluña de 26-2-2002 (recurso 5060/2001).

³⁶ Vid. STS (Cont-Adv.) de 2-5-1995 (recurso 6190/1990).

³⁷ Vid. J.L. MONEREO PÉREZ y P.G. ORTEGA LOZANO, *La compati-*

es conveniente que las interpretaciones del precepto sean coherentes con el conjunto del sistema de Seguridad Social, y desde luego no parece adecuado aplicar un criterio que supone la obligación del alta en el RETA y, a su vez, la compatibilidad de la actividad con la prestación por desempleo. Lo lógico del sistema se opone a una solución de esa índole, que cabe defender como propuesta de *lege ferenda* para la consecución de una mayor justicia social, pero que no ha de introducirse forzadamente por vía interpretativa. Y, en cualquier caso, por elemental simetría y equidad, la compatibilidad con el trabajo por cuenta propia que proporcione rendimientos reducidos debería llevar aparejada -aunque tal efecto parece requerir una reforma legal- una consecuencia análoga a la del trabajo asalariado a tiempo parcial, esto es, la reducción proporcional de la prestación, aunque esa proporcionalidad seguramente debería tomar como referencia los ingresos, y no la jornada, más ardua de medir en el ámbito del trabajo autónomo.

d) La incompatibilidad de los «trabajos asimilados»

El trabajo asalariado y el trabajo autónomo no son las únicas actividades que el sistema de Seguridad Social califica como profesionales, y que por tanto pueden dar lugar al alta en uno de sus regímenes. Por supuesto, el acceso a la función pública debe considerarse también como incompatible con el desempleo, y esa misma respuesta merece el ejercicio de una de esas actividades que se califican expresamente como asimiladas, salvo que una norma prevea expresamente la compatibilidad (art. 15.1.b.1 RD 625/1985). Como se sabe, el sistema de Seguridad Social admite el ingreso no solo de asalariados, autónomos y funcionarios, sino también de otros colectivos que, por sus características, o por la mera voluntad del legislador, merecen la cobertura de

la Seguridad Social, de la que tradicionalmente estaban excluidos por no encajar en una de esas categorías clásicas.

De este modo, serían incompatibles con la protección por desempleo actividades asimiladas como la condición de socio trabajador de cooperativas, la de consejero y administrador de sociedades mercantiles de capital, los cargos públicos o sindicales o los altos cargos de la Administración, retribuidos, con dedicación exclusiva. Nótese que, a diferencia del trabajo por cuenta propia, la incompatibilidad con el trabajo asalariado a tiempo completo, con un vínculo administrativo o con una actividad asimilada se sujeta a que esos trabajos «supongan la inclusión en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social aunque no esté previsto cotizar por la contingencia de desempleo, salvo cuando esté establecida la compatibilidad en algún programa de fomento de empleo». Hay, pues, una distancia evidente entre estas actividades y el trabajo autónomo, en el que la incompatibilidad está formulada en términos más rigurosos, aunque la jurisprudencia los haya dulcificado.

Sea como fuere, algunas actividades asimiladas provocan serias dudas sobre la conveniencia de la opción normativa, como sucede con los religiosos y religiosas de la Iglesia Católica o con las actividades que combinan práctica y formación teórica en el contexto de una beca (RRDD 1493/2011 y RD 1543/2011)³⁸, porque son actividades técnicamente no profesionales, ni lucrativas en sentido estricto, aunque pudiera derivarse alguna contraprestación económica, y cuya incorporación al sistema no responde exactamente a los mismos parámetros que las de otros colectivos asimilados. La jurisprudencia, cierto es, ya hace décadas que viene declarando la incompatibilidad de la prestación por desempleo con becas, pero de ordinario se trata de becas con contraprestación económica de cierta entidad, y por

bilidad o incompatibilidad de la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta propia, Revista de Derecho de la Seguridad Social, nº 13, 2017, pp. 56 y ss.; S. DE LA CASA QUESADA, "La compatibilidad de la prestación por desempleo y el trabajo", en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. FERNÁNDEZ BERNAT y B.M. LÓPEZ INSÚA (Dir.), *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pág. 1044.

³⁸ Vid. C. TATAY PUCHADES, "Salidas al extranjero y realización de trabajos: ¿suspensión, extinción, delito o compatibilidad con la protección por desempleo?", en R. ROQUETA BUJ (Dir.), *Puntos críticos en la protección por desempleo y el cese de actividad*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 95-96.

tanto equiparables a una retribución derivada del trabajo³⁹.

Como se dijo (3.a), la apreciación de incompatibilidad en estas situaciones de actividades asimiladas sin una contraprestación económica equiparable a una retribución debería vincularse al respeto al compromiso de actividad. En la medida en que el beneficiario haya cumplido todas las obligaciones que derivan de ese compromiso resulta difícil imputarle una voluntad rebelde o una resistencia a la reincorporación a la vida activa. El análisis casuístico es imprescindible, desde luego, como se aprecia en relación con los deportistas de alto nivel, figura de contornos muy particulares, pero que, cuando no coincide con la de deportista profesional, podría estar excluida del sistema, a salvo de suscripción de convenio especial⁴⁰. Su retribución depende de la obtención de alguna beca, por lo que es perfectamente factible que esa condición no venga acompañada de contraprestación económica. De este modo, sería compatible con la percepción de la prestación por desempleo ex art. 282 LGSS, pero las exigencias de entrenamiento y competición podrían derivar en un incumplimiento del compromiso de actividad que desembocase en la pérdida temporal o definitiva de la prestación, aún sin suscripción del convenio especial e ingreso en el RETA.

En fin, ese análisis casuístico es exigible para el resto de supuestos de trabajadores asimilados. A modo de ejemplo, la prestación o subsidio por desempleo deberían resultar incompatibles con la condición de miembro de una corporación local con dedicación exclusiva, pero no en caso de dedicación parcial, por más que el art. 136.2.o) LGSS pudiera suponer su ingreso en el sistema de Seguridad Social, sin perjuicio de la reducción proporcional de la prestación o subsidio, en su caso. No obstante, en cualquiera de los casos la incompatibilidad debería estar vinculada a la percepción de una retribución, y no meramente de indemnizaciones resarcitorias o compensaciones en concepto de compensación de gastos⁴¹.

e) Actividades compatibles

El art. 15 RD 625/1985 no es especialmente innovador, ni generoso, en el listado de actividades compatibles, que se limitan, como se dijo, al trabajo asalariado a tiempo parcial –y, por extensión, a la «indemnización resarcitoria por la ilegal actuación administrativa que impidió durante un período temporal determinado la prestación de servicios por el demandante a tiempo completo»⁴²–, al ejercicio por elección o designación de cargos públicos o sindicales retribuidos que supongan dedicación parcial y, evidentemente, a los trabajos de colaboración social, por tratarse de una obligación del beneficiario (art. 272.2 LGSS y RD 1445/1982, de 25 de junio).

En cambio, no se contempla una referencia al trabajo por cuenta propia a tiempo parcial, fórmula que en apariencia será operativa a partir de 1 de enero de 2019 (DF 17.1 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, en relación con la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo). La compatibilidad con esa clase de actividad requerirá previsión normativa expresa, pues el recurso a la analogía presenta dificultades ante la contundencia del art. 282.1 LGSS, que limita la compatibilidad con el trabajo a tiempo parcial a que este se desarrolle «por cuenta ajena», y también del art. 15 RD 625/1985, que declara incompatible la prestación y el subsidio con el trabajo por cuenta propia y expresamente advierte que es irrelevante el «número de horas que se dediquen a la actividad». Cabría forzar el encaje de determinadas actividades comprendidas en un régimen de autónomos al ejercerse técnicamente por cuenta ajena (v.gr., profesionales liberales), pero los criterios exegéticos tradicionales, como el contextual o el teleológico, no avalan una interpretación de esa índole. En nuestro ordenamiento, la referencia a «trabajadores por cuenta ajena» es sinónimo de trabajadores asalariados. Habría que acudir a un concepto más amplio, como el utilizado en Derecho de la UE, para obtener un resultado distinto, pero aun así resulta difícil incluir en el concepto de trabajador por cuenta ajena a tiempo parcial a un profesio-

³⁹ Vid. STS de 28-7-1995 (recurso 174/1995).

⁴⁰ Vid. art. 13 RD 971/2007, de 13 de julio, sobre deportistas de alto nivel y alto rendimiento.

⁴¹ Vid. SSTSJ de Murcia de 10-1-2000 (recurso 1278/1999)

y de Madrid de 19-1-2012 (recurso 4239/2011).

⁴² Cfr. STS de 29-11-2011 (recurso 4642/2010).

nal liberal. No conviene olvidar, como precisó la jurisprudencia, que «la norma es, por tanto, inequívoca y coherente con la finalidad de establecer un régimen de incompatibilidad más restrictivo para el trabajo por cuenta propia, en el que, como es notorio, existen mayores dificultades para establecer un control que delimite los supuestos de trabajo a tiempo completo y a tiempo parcial»⁴³.

Por otra parte, el art. 15.1.b.6 RD 625/1985 declara incompatible la protección por desempleo con la «activación de la reserva retribuida», situación que se refiere a los reservistas voluntarios, aunque han de perfilarse correctamente los contornos de esa incompatibilidad. El art. 2.2.a) RD 383/2011 incluye en esa categoría de reservistas voluntarios a los «españoles que resulten seleccionados en la correspondiente convocatoria, superen los períodos de formación militar básica y específica que se regulan en este reglamento y se vinculen de forma temporal y voluntariamente con las Fuerzas Armadas, por medio de un compromiso de disponibilidad». Estas previsiones deben ponerse en relación con otras normas, como el art. 134.3 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, en cuya virtud, los reservistas que en el momento de su activación «estuvieren percibiendo la prestación o el subsidio por desempleo en el momento de su incorporación para recibir la formación, seguirán percibiendo dicha prestación o subsidio», salvo que «proceda la suspensión del subsidio o de la prestación» por superar el límite de rentas o incumplir el requisito de responsabilidades familiares⁴⁴.

El art. 37 RD 383/2011, de 18 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Reservistas de las Fuerzas Armadas, precisa que «los aspirantes a la obtención de la condición de reservista voluntario, durante su estancia en los centros de formación, o en unidades, centros y organismos del Ministerio de Defensa, para la realización de la formación militar básica y específica, así como los reservistas voluntarios que sean activados para la realización de períodos de instrucción y adies-

tramiento o asistir a cursos de formación y perfeccionamiento, percibirán una indemnización calculada sobre el salario mínimo interprofesional diario». Esa indemnización, obviamente, es una renta computable a efectos del subsidio por desempleo, pero no es una «retribución» incompatible con la percepción de la prestación y el subsidio. Distinta es la situación del personal reservista voluntario durante el período de activación para prestar servicio, y no para recibir formación, ya que en tales casos el interesado percibirá una auténtica retribución equiparable a los militares profesionales, y por tanto esa actividad habrá de declararse incompatible.

El reservista voluntario es una figura distinta del reservista de especial disponibilidad, condición que se otorga a los militares profesionales de tropa y marinería, siempre que tengan cumplidos al menos 18 años de servicios y lo soliciten una vez finalizado el compromiso de larga duración al cumplir la edad de 45 años (art. 17 Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería). El art. 292.2 LGSS precisa que «la prestación o el subsidio por desempleo serán compatibles con la asignación de reservista de especial disponibilidad», sin perjuicio de que la asignación correspondiente compute como renta en el subsidio por desempleo.

Por otro lado, las prestaciones y subsidios por desempleo son compatibles «con las becas y ayudas que se obtengan por asistencia a acciones de formación ocupacional o para realizar prácticas en entidades públicas o privadas que formen parte del plan de estudios y se produzcan en el marco de colaboración entre dichas entidades y el centro docente de que se trate»⁴⁵. En cambio, se declara expresamente la incompatibilidad «con actividades de investigación o cooperación retribuidas, que supongan dedicación exclusiva», aunque pudieran desarrollarse en el marco de una beca. Estas actividades se consideran trabajo incompatible pues se entiende que su realización puede dificultar que la protección por desempleo alcance su fin último, que es la re-

⁴³ Cfr. STS de 4-11-1997 (recurso 212/1997).

⁴⁴ Vid. F.J. TOROLLO GONZÁLEZ, *Incompatibilidades de la prestación de desempleo*, RMTIN, nº 89, 2010, pp. 133-134.

⁴⁵ Vid. art. 25 RD 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral.

inserción laboral. No obstante, el elemento de la retribución es determinante, retribución en sentido estricto, y no compensación por gastos, o una indemnización a tanto alzado. Las diferentes formas de práctica profesional en combinación con la formación teórica requerirán, pues, un análisis apegado a las circunstancias concretas.

El resto de los supuestos de compatibilidad no se vinculan al ejercicio de una actividad, sino a la percepción de determinadas cantidades económicas, como la indemnización por extinción del contrato⁴⁶ o prestaciones de Seguridad Social, y en concreto la jubilación parcial⁴⁷ y las prestaciones por hijos a cargo. Sin embargo, el desempleo es incompatible con la percepción de otras prestaciones, tanto de naturaleza contributiva como no contributiva, inclusive por supuesto las de Clases Pasivas⁴⁸ y las del mutualismo administrativo, «salvo que estas hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación o el subsidio» (art. 282.2 LGSS)⁴⁹, como sucedería con la IP total, por ejemplo⁵⁰. La compatibilidad alcanza a «cualquier otra situación que implique el derecho a percepciones económicas de carácter público como sustitutivas de las retribuciones dejadas de percibir por el cese en la actividad, manteniéndose un vínculo administrativo o laboral» (art. 15.1.b.7 RD 625/1985)⁵¹, así como a «la percepción de cualquier tipo de rentas mínimas, salarios sociales o ayudas análogas de asistencia social concedidas por cualquier Administración Pública, sin perjuicio de su cómputo a efectos del cumplimiento de los requisitos de carencia de rentas o de existencia de responsabilidades familiares de acuerdo con lo establecido en el

artículo 275», tras la modificación operada en el art. 282.2 LGSS por la DF 40ª Ley 6/2018.

4. EL FOMENTO DEL EMPLEO COMO JUSTIFICACIÓN DE COMPATIBILIDAD LIMITADA

La creación de empleo, y el propósito de facilitar la reincorporación al mercado de trabajo de quienes han cesado en su actividad profesional previa, explican la evidente preocupación de las reformas laborales de los últimos años por la formación permanente o continua, pero también mayores exigencias a los desempleados en el contenido y cumplimiento del denominado compromiso de actividad. El propósito de la protección por desempleo no se agota en proporcionar rentas sustitutivas del salario dejado de percibir, sino que uno de sus objetivos prioritarios consiste en facilitar el retorno al mercado de trabajo. En ese marco, el art. 283 LGSS, en sus apartados 3 y 4, contempla diversas fórmulas para compatibilizar la prestación por desempleo con el trabajo, que ya se recogían en la legislación precedente, en concreto en el art. 228 LGSS/1994, y mediante las que el sistema pretende impulsar esa reincorporación a la vida activa.

a) La compatibilidad prestación-trabajo a partir de programas de fomento del empleo

Estas fórmulas legales de simultaneidad entre el trabajo y la prestación por desempleo requieren una previsión expresa en un programa de fomento del empleo, pero no suelen derivar en una compatibilidad total entre el desempleo y el trabajo, sino que se traducen en una peculiar relación triangular entre el beneficiario/trabajador, el empleador y la Seguridad Social. En concreto, lo habitual es que se permita al beneficiario continuar en tal condición, esto es, percibiendo la prestación -o el subsidio- que corresponda, con o sin reducción de la cuantía según los casos, mientras que el empleador que ofrezca la ocupación, y en esto consiste esencialmente la medida de fomento del empleo, disfrutará de una minoración de costes en comparación con una contratación ordinaria, pues en relación con el salario debido solo tendrá que abonar la diferencia entre el importe de la prestación -o el subsidio- y la retribución que correspondería

⁴⁶ Vid. P. RIVAS VALLEJO, *Compatibilidad de indemnizaciones y prestaciones por desempleo: indemnización por indebida adjudicación de plaza en concurso de méritos*, Aranzadi Social, nº 1, 2000 (BIB 2000\1155).

⁴⁷ Vid. STS de 27-3-2013 (recurso 2297/2012).

⁴⁸ Vid. STS de 24-6-2015 (recurso 3228/2014).

⁴⁹ Vid. I.A. RODRÍGUEZ CARDO, *Un supuesto especial de compatibilidad de prestaciones: desempleo y pensión de inutilidad para el personal militar*, Aranzadi Social, nº 20, 2011, pp. 25-30.

⁵⁰ Vid. STS de 7-7-2015 (recurso 2951/2014).

⁵¹ Vid. M.J. ARADILLA MARQUÉS, "La relación de la prestación por desempleo con otras prestaciones", en R. ROQUETA BUJ (Dir.), *Puntos críticos en la protección por desempleo y el cese de actividad*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 103 y ss.

al puesto de trabajo, si bien habrá de asumir íntegramente la cotización.

En este sentido, el art. 282.3 LGSS dispone que «cuando así lo establezca algún programa de fomento al empleo destinado a colectivos con mayor dificultad de inserción en el mercado de trabajo, se podrá compatibilizar la percepción de la prestación por desempleo o del subsidio por desempleo pendientes de percibir con el trabajo por cuenta ajena, en cuyo caso la entidad gestora podrá abonar al trabajador el importe mensual de las prestaciones en la cuantía y duración que se determinen, sin incluir la cotización a la Seguridad Social». No obstante, «el empresario deberá abonar al trabajador la diferencia entre la prestación o subsidio por desempleo y el salario que le corresponda, siendo, asimismo, responsable de cotizar a la Seguridad Social por el total del salario indicado, incluido el importe de la prestación o subsidio».

Ese mismo precepto afirma además que, «con el fin de hacer efectivo el derecho a la formación de trabajadores ocupados así como de incrementar las posibilidades de empleo de los trabajadores desempleados, se determinarán programas que permitan a las empresas sustituir a los trabajadores en formación por otros trabajadores desempleados beneficiarios de prestaciones por desempleo», supuesto en el que se permite asimismo la compatibilidad. Finalmente, el art. 282.4 LGSS establece que «cuando así lo establezca algún programa de fomento al empleo destinado a colectivos con mayor dificultad de inserción en el mercado de trabajo, se podrá compatibilizar la percepción de la prestación por desempleo pendiente de percibir con el trabajo por cuenta propia, en cuyo caso la entidad gestora podrá abonar al trabajador el importe mensual de la prestación en la cuantía y duración que se determinen, sin incluir la cotización a la Seguridad Social».

Con ese marco, la Ley 45/2002 estableció varios programas de esa naturaleza, que permitían compatibilizar la protección económica por desempleo y el trabajo remunerado con el triple propósito de vencer las resistencias de los beneficiarios a reanudar su vida activa, garantizar un adecuado nivel de protección, así como reducir el coste que la contratación

supone al empleador. En concreto, la DT 5ª contiene una fórmula para compatibilizar el trabajo con el subsidio, dirigida a los mayores de 52 años contratados a tiempo completo por tiempo superior a tres meses⁵². En cuanto a la prestación por desempleo, la DT 6ª Ley 45/2002 regula el «Programa de sustitución de trabajadores en formación por trabajadores beneficiarios de prestaciones por desempleo», al que podían acogerse las empresas de hasta 100 empleados que sustituyeran a sus trabajadores con «desempleados beneficiarios de prestaciones por desempleo durante el tiempo en que aquéllos participen en acciones de formación, siempre que tales acciones estén financiadas por cualquiera de las Administraciones Públicas».

El Real Decreto-Ley 3/2012 mantuvo en vigor ese programa, que permitía al desempleado continuar percibiendo el 50 % de la prestación —o del subsidio— que le correspondiera durante la vigencia del contrato, con el límite máximo del doble del período pendiente de percibir, abonando el empleador la diferencia con el salario debido, además de la cotización completa. No obstante, se introdujeron dos modificaciones. Por un lado, la posibilidad de acogerse al mismo no se limita a los empleadores de hasta cien trabajadores, sino que se amplía a todas las empresas, con independencia del tamaño de su plantilla. Por otro, la aplicación del programa a los desempleados ya no es voluntaria, sino que se transforma en obligatoria. Ha de entenderse que la negativa del desempleado produce los mismos efectos que el rechazo de una oferta de colocación adecuada, calificada como infracción grave por el art. 25.4 LISOS, y sancionada con la pérdida de tres meses de prestación para la primera infracción, seis meses si es la segunda infracción, y la extinción cuando se trate de la tercera [art. 47.1.b) LISOS].

Por otra parte, en la línea del art. 282.4 LGSS, la DT 4ª de la Ley 45/2002 establecía un «programa de fomento de empleo en econo-

⁵² Vid. I. ALZAGA RUIZ, *Compatibilidades e incompatibilidades de la prestación y el subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta ajena*, RMESS, nº99, 2012, pp. 104 y ss.; E. ROJO TORRECILLA, *Compatibilidades del trabajo por cuenta ajena y prestaciones por desempleo*, RL, nº4, 2013, pp. 129 y ss.

mía social y empleo autónomo», que fue derogado por la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social. Esta Ley introdujo un nuevo art. 33 en el Estatuto del Trabajo Autónomo (Ley 20/2007, de 11 de julio), cuyo apartado 1 recoge un supuesto de compatibilidad entre el trabajo por cuenta propia y la prestación contributiva por desempleo (no el subsidio) que proviene del Real Decreto-Ley 4/2013 y de la Ley 11/2013. Como características más sobresalientes de este supuesto de compatibilidad pueden destacarse las siguientes. En primer lugar, solo afecta a las actividades por cuenta propia que impliquen el alta en un régimen del sistema, y que supongan por tanto un ingreso para las arcas de la Seguridad Social, pues está a cargo del SEPE la prestación por desempleo, pero no la cotización, que ha de abonar el trabajador autónomo (al RETA o al RETM, según proceda). El trabajo por cuenta propia no comprendido en el sistema de Seguridad Social seguirá siendo incompatible en los mismos términos a los que se aludió en el epígrafe precedente [3.c)]. No obstante, el apartado 5 de ese art. 33 aclara que también es compatible con la prestación por desempleo la condición de socio de sociedades laborales de nueva creación o de socio trabajador de cooperativas de trabajo asociado de nueva creación, siempre que proceda el encuadramiento en el RETA o en el RETM en condición de trabajador por cuenta propia.

En segundo lugar, no es accesible a todos los beneficiarios de la prestación por desempleo, sino que quedan expresamente excluidas «aquellas personas cuyo último empleo haya sido por cuenta propia», supuesto en el que, por cierto, será difícil acreditar una situación legal de desempleo, que parte del presupuesto de que el último empleo fue realizado por cuenta ajena (art. 267 LGSS), aunque cabe pensar en la reanudación de una prestación suspendida por la realización de un trabajo por cuenta propia de duración inferior a 60 meses (art. 271.1.d LGSS). Tampoco pueden acogerse a esta modalidad «quienes hayan hecho uso de este derecho u obtenido el pago único de la prestación por desempleo en los 24 meses inmediatamente anteriores». Con

el objeto de evitar fraudes, también están excluidos «quienes se constituyan como trabajadores autónomos y suscriban un contrato para la realización de su actividad profesional con el empleador para el que hubiese prestado sus servicios por cuenta ajena con carácter inmediatamente anterior al inicio de la situación legal de desempleo o una empresa del mismo grupo empresarial de aquella».

El tercero de los rasgos característicos de esta compatibilidad es que no repercute en la cuantía de la prestación, que no se reduce, sino que se percibirá en el mismo importe. En cambio, y como cuarto rasgo definitorio, la compatibilidad está limitada en el tiempo, pues solo se mantendrá «por un máximo de 270 días o por el tiempo inferior pendiente de percibir», previéndose también como causa de finalización de la compatibilidad la realización de un trabajo por cuenta ajena a tiempo completo o parcial. El quinto aspecto destacable es que esta compatibilidad está sujeta a término, pues únicamente podrá activarse si el beneficiario lo solicita «a la entidad gestora en el plazo de 15 días a contar desde la fecha de inicio de la actividad por cuenta propia, sin perjuicio de que el derecho a la compatibilidad de la prestación surta efecto desde la fecha de inicio de tal actividad». Finalmente, durante la compatibilidad el trabajador está exento de cumplir las obligaciones como demandante de empleo y, en general, el compromiso de actividad, por lo que es un beneficiario de la prestación por desempleo, pero no un desempleado en el sentido técnico de la expresión.

b) El contrato de apoyo a los emprendedores

Otra posibilidad de compatibilizar la protección económica por desempleo con el desempeño de una actividad retribuida se recoge en la regulación del contrato de apoyo a los emprendedores. El art. 4 de la Ley 3/2012 permite que el beneficiario de la prestación por desempleo que haya percibido la prestación durante al menos tres meses pueda simultáneas la prestación con la retribución derivada de un contrato de apoyo a los emprendedores. En concreto, se admite la compatibilidad «voluntaria» -voluntariedad jurídica, pues en la práctica la decisión de compatibilizar resultará muy conveniente, ya que reducirá el coste para el empleador y facilitará por tanto

la contratación-, junto con el salario, del «25 por ciento de la cuantía de la prestación que tuviera reconocida y pendiente de percibir en el momento de su contratación», si bien es menester solicitar la compatibilidad en el plazo de quince días desde el inicio de la relación laboral, fecha en la que comenzarían sus efectos.

La compatibilidad supone asimismo la exención de la obligación de cotizar por la prestación por desempleo tanto para el beneficiario como para la entidad gestora, aunque no, lógicamente, por el salario que se percibe como trabajador, cotización a la que habrán de hacer frente el nuevo empleador y también el beneficiario/trabajador. Transcurrido ese plazo de quince días sin solicitud, el trabajador mantendrá derecho a las prestaciones que le resten por percibir, siendo de aplicación las reglas generales de suspensión y extinción, que se analizarán en el epígrafe siguiente. Esa fórmula se ubica a continuación de los incentivos fiscales diseñados para esa modalidad de contratación, sin que se precise el modo de llevar a cabo la compatibilidad, ni tampoco se remita al art. 282 LGSS. A la finalización del contrato, «el beneficiario podrá optar por solicitar una nueva prestación o bien por reanudar la prestación pendiente de percibir» si la causa de extinción se considera como situación legal de desempleo, computándose como «período consumido únicamente el 25 por ciento del tiempo en que se compatibilizó la prestación con el trabajo».

Como punto de partida, es claro que esta eventual compatibilización solo afecta a la prestación por desempleo, y no al subsidio, pues el art. 4.4 Ley 3/2012 se refiere explícitamente a «prestaciones por desempleo de nivel contributivo». Además, estas reglas se vinculan exclusivamente a la contratación laboral a tiempo completo, pues en el supuesto de contrato de apoyo a los emprendedores celebrado a tiempo parcial se aplica lo establecido en el art. 282 LGSS, esto es, la compatibilidad con reducción proporcional de la prestación⁵³.

La ausencia de pautas más concretas suscita lógicas incertidumbres, que requieren de una interpretación sistemática. En este sentido, el precepto señala que el trabajador contratado podrá compatibilizar la prestación y la actividad profesional «cada mes». Esa referencia temporal se presta a interpretaciones diferentes, e incluso contradictorias. Una exégesis literal conduce a admitir que el trabajador, una vez activada la compatibilidad en los primeros quince días desde la celebración del contrato, podría variar su decisión en cada uno de los meses que dure la relación laboral, de modo que la opción por la compatibilidad no resultaría irrevocable o definitiva, sino que podría modificarse cada mes en tanto la prestación por desempleo no se agote. Si esta es la *voluntas legis*, sería preciso un desarrollo reglamentario que fijase el procedimiento y los plazos a efectos de que el trabajador comunicase su opción a la Entidad Gestora, que habría de efectuar los ajustes oportunos.

Además, si se admite que el trabajador varíe su opción cada mes, convendría haber precisado más la regla legal prevista a continuación en el mismo precepto, en la que se dispone que «en todo caso, cuando el trabajador no compatibilice la prestación con el salario en los términos del párrafo anterior, se mantendrá el derecho del trabajador a las prestaciones por desempleo que le restasen por percibir en el momento de la colocación», siendo de aplicación lo establecido en los artículos 271 y 272 LGSS. No es claro que si el trabajador modificase varias veces su decisión de compatibilizar la prestación debiera interpretarse que conserva siempre las prestaciones que le «restasen por percibir en el momento de la colocación», salvo que se trate de un supuesto especial de «reposición», y no lo parece. Sería más razonable interpretar que la prestación se reanuda tomando como referencia el día en que el disfrute se interrumpió por última vez, aunque no fuera estrictamente el «momento de la colocación», sino cualquiera de los períodos en los que el trabajador no se decantó por la compatibilidad.

No obstante, la referencia a «cada mes» puede ser interpretada en un sentido más aséptico, o sin mayores efectos, lo que seguramente es muy pertinente en el momento ac-

⁵³ Vid. D. PÉREZ DEL PRADO, *La compatibilidad del trabajo con la protección por desempleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 79 y ss.

tual, pasados ya seis años desde la aprobación de la norma sin un desarrollo reglamentario que haya dado contenido a esa expresión. Por consiguiente, «cada mes» implicaría, exclusivamente, que el porcentaje de prestación susceptible de simultanearse con el trabajo no varía durante la vigencia del contrato, y que el trabajador carece de facultades de decisión para reducir o incrementar tal cifra. Desde esa perspectiva, la referencia a «cada mes» se vuelve irrelevante, pues ninguna diferencia cabe apreciar con otras fórmulas de compatibilidad en las que el importe de la prestación —o de una pensión— se reduce en un determinado porcentaje. En la medida en que las prestaciones se abonan mensualmente —aunque algunas se calculen a partir de una base reguladora diaria, como la IT, la maternidad o el desempleo— ese debe ser también el período de referencia de la eventual minoración. Ahora bien, no parece ajustarse al principio de proporcionalidad una interpretación que imponga la minoración de un 25 % mensual de la prestación en caso de que el contrato no haya completado el mes natural correspondiente (el de inicio, o el del final), debiendo descartarse una consecuencia de tal calado, por resultar preferible y más adecuada jurídicamente una aplicación proporcional del 25 % que tome en cuenta el tiempo real de disfrute.

Por otro lado, no se precisa cómo debe procederse a la compatibilidad, ya que no se efectúa una remisión expresa al art. 282 LGSS. En principio, ese precepto más general quizás podría utilizarse como marco de referencia supletorio en el que deben desenvolverse las medidas de esta índole. No conviene olvidar que estas fórmulas de compatibilidad están supeditadas a la aprobación de «algún programa de fomento al empleo destinado a colectivos con mayor dificultad de inserción en el mercado de trabajo» (art. 282.3 LGSS), y el contrato de apoyo a los emprendedores es la primera medida recogida en el Capítulo II del Real Decreto-Ley 3/2012, que lleva por rúbrica «Fomento de la contratación indefinida y otras medidas para favorecer la creación de empleo». Esta modalidad contractual es, pues, una medida de fomento del empleo. Es cierto que los desempleados que pueden celebrar este contrato no son necesariamente «colectivos con mayor dificultad de inserción», pero en un contexto económico con tasas de

desempleo superiores al 15 % la inserción en el mercado de trabajo de cualquier colectivo resulta compleja.

Sin embargo, aun cuando la aplicación supletoria del art. 282.3 LGSS pudiera aportar mayor seguridad jurídica, las dudas subsisten, porque no es claro si este supuesto de compatibilidad está diseñado en beneficio del empleador o en beneficio del trabajador. En este sentido, a partir del art. 282.3 LGSS, si fuera de aplicación supletoria, podría estimarse que la Entidad Gestora de la prestación por desempleo abonaría un cuarto del importe de la prestación, mientras que el empleador habría de satisfacer la diferencia entre esa cantidad y la retribución fijada en contrato o convenio, además de asumir íntegramente la obligación de cotizar, pues la base de cotización toma en cuenta la totalidad del salario que correspondería, y no la parte que realmente se entrega al trabajador. Lógicamente, tras el agotamiento de la prestación por desempleo el empleador habría de hacer frente a la totalidad del salario. Sin embargo, el art. 4.4 de la Ley 3/2012 no remite al art. 282.3 LGSS, y realmente no se encuentra un fundamento normativo que permita defender la reducción del salario que percibirá el trabajador. Dicho de otra forma, el contrato de apoyo a los emprendedores faculta al trabajador para mantener una parte de la prestación por desempleo y percibir íntegramente el salario derivado de la relación laboral, lo que supone, en esencia, un incentivo o ventaja para el trabajador en orden a eliminar sus retenciones, y no tanto un incentivo para el empleador, que ya cuenta con otros de suficiente entidad, como beneficios fiscales y el extenso período de prueba *ex lege*.

c) Capitalización de la prestación por desempleo

Vinculada con el trabajo autónomo, la posibilidad de percibir en un pago único la parte de la prestación por desempleo no consumida con el fin de invertirla en una actividad profesional es un supuesto especial, y sui generis, de compatibilidad. El art. 296.3 LGSS precisa que «cuando así lo establezca algún programa de fomento del empleo, la Entidad Gestora podrá abonar de una sola vez el valor actual del importe, total o par-

cial, de la prestación por desempleo de nivel contributivo a que tenga derecho el trabajador y que esté pendiente por percibir». Las reglas tradicionales sobre capitalización de la prestación por desempleo se encuentran en el RD 1044/1985, de 19 de junio⁵⁴, aunque también se ha arbitrado alguna fórmula peculiar para colectivos específicos, como prueba el Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, dirigida a los trabajadores de Terceros Estados que retornen voluntariamente a sus países de origen. E incluso es una modalidad peculiar de capitalización la prevista en el art. 296.4 LGSS, en cuya virtud, «cuando así lo establezca algún programa de fomento de empleo para facilitar la movilidad geográfica, la entidad gestora podrá abonar el importe de un mes de la duración de las prestaciones por desempleo o de tres meses de la duración del subsidio por desempleo, pendientes por percibir, a los beneficiarios de las mismas para ocupar un empleo que implique cambio de la localidad de residencia»⁵⁵.

No obstante, la norma de referencia actualmente es el art. 34 del Estatuto del Trabajo Autónomo, que declara vigente y aplicable el RD 1044/1985 en lo que «no se ponga» a ese precepto legal. Este art. 34 del Estatuto del Trabajo Autónomo contempla la capitalización de hasta el 100 % de la prestación para los beneficiarios que pretendan constituirse como trabajadores autónomos (salvo que traten de vincularse como TRADE con empresas para las que prestaron servicios con carácter inmediatamente previo a la situación legal de desempleo), o destinar la prestación a realizar una aportación al capital social de una entidad mercantil de nueva o reciente constitución⁵⁶, disfrutando del control efectivo de la misma, y con la que no hayan tenido una vinculación laboral previa (con esas sociedades o con otras del mismo grupo empresarial)⁵⁷. También es posible que esa capitalización de la prestación por desempleo se destine a «subvencionar la cotización del trabajador a la Se-

guridad Social», en los términos del apartado 1.2 de ese art. 34⁵⁸.

En los supuestos litigiosos los tribunales han apostado por una interpretación flexible en la que prima la ausencia de fraude⁵⁹. De este modo, el alta puede ser anterior⁶⁰-e incluso muy anterior- a la solicitud de pago único, que no a la solicitud legal de desempleo, pues no es «razonable exigir a los trabajadores que, conocida ya la decisión empresarial de extinguir sus contratos, permanezcan pasivos mientras se consuma la pérdida de su puesto de trabajo, por lo que hay que entender que no está prohibido que los actos de preparación e incluso la propia actividad se inicie antes de la solicitud del pago único»⁶¹. En este sentido, no es necesario esperar a la respuesta de la Entidad Gestora a la solicitud de pago único, pues el propio art. 34 del Estatuto del Trabajo Autónomo admite la retroacción de efectos económicos cuando «la fecha de inicio de la actividad sea anterior». Asimismo, la jurisprudencia ha aclarado que el inicio de la actividad durante el período de vacaciones devengadas pero no disfrutadas no impide acceder a la capitalización, pese a que la solicitud de desempleo no haya tenido lugar⁶², y que el reconocimiento de la prestación por sentencia -previa denegación administrativa, lógicamente- tampoco impide la estimación de la solicitud respecto de una actividad iniciada durante el transcurso del proceso judicial⁶³.

La admisión de la solicitud no implica necesariamente una capitalización total del montante que resta por percibir, sino que la entidad gestora puede limitar esa cantidad para hacerla coincidir con la que corresponda a la aportación obligatoria para adquirir la condición de socio⁶⁴. En el caso de que el

⁵⁴ Vid. J.R. MERCADER UGUINA y P. GIMENO DÍAZ DE ATAURI, *La capitalización de la prestación por desempleo*, RMTIN, nº 89, 2010, pp. 157 y ss.

⁵⁵ Ese programa se contempla en la DT 7ª Ley 45/2002.

⁵⁶ Vid. STS de 15-10-2009 (recurso 3279/2008).

⁵⁷ Vid. STS de 19-2-2008 (recurso 948/2007).

⁵⁸ Vid. M.J. CABALLERO PÉREZ, "La capitalización del desempleo: su instrumentación como medida de empleo", en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. FERNÁNDEZ BERNAT y B.M. LÓPEZ INSÚA (Dir.), *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 1011 y ss.

⁵⁹ Vid. STS de 25-5-2000 (recurso 2947/1999).

⁶⁰ Vid. STS de 29-9-2011 (recurso 4213/2010).

⁶¹ Vid. STS de 30-5-2000 (recurso 2721/1999).

⁶² Vid. STS de 10-12-2010 (recurso 46/2010).

⁶³ Vid. STS de 27-9-2011 (recurso 4293/2010).

⁶⁴ Vid. STS de 16-1-2008 (recurso 908/2007).

beneficiario no destine la prestación a la finalidad para la que fue concedida⁶⁵ no cabe reanudar el pago periódico procediendo a la compensación correspondiente, sino que resulta imprescindible la devolución previa de la cantidad indebidamente percibida⁶⁶. La doctrina judicial entiende que la actividad en la que se invertirá la prestación capitalizada no ha de dar lugar necesariamente al alta en el RETA, o en alguno de los regímenes del sistema, precisión especialmente importante para los profesionales liberales que puedan optar por la mutualidad alternativa⁶⁷.

5. CONSECUENCIAS DE LA INCOMPATIBILIDAD

La incompatibilidad entre el trabajo y la prestación por desempleo puede dar lugar a diversas consecuencias, algunas naturales y otras más bien patológicas. Desde luego, la incompatibilidad genera como consecuencia natural la imposibilidad de continuar percibiendo la prestación económica, toda vez que la finalidad de esa prestación, sustitución de ingresos obtenidos por el trabajo, ya no se cumple ante el inicio de una nueva actividad que o bien proporciona otros ingresos, o bien no permite respetar las exigencias que derivan del compromiso de actividad. Ese es un resultado, como se ha dicho, natural o propio de la incompatibilidad, que en sí misma no supone necesariamente un incumplimiento o transgresión de la regulación legal. Ese escenario, ya patológico, se producirá cuando la actividad incompatible no haya sido comunicada a la entidad gestora y, por tanto, el beneficiario pretenda evitar la consecuencia natural de la incompatibilidad y continuar percibiendo la prestación al mismo tiempo que los ingresos que proporciona la nueva actividad. Esa conducta derivará en las responsabilidades administrativas y, en su caso penales, que se desarrollarán en el epígrafe siguiente.

a) Suspensión de la prestación

La incompatibilidad de la prestación, y del subsidio, por desempleo con el trabajo puede dar lugar a dos tipos de consecuencias, la suspensión de la prestación o su extinción. La entrada en juego de una u otra institución depende, por un lado, del tipo de actividad y, por otro, de la duración del trabajo incompatible. Desde luego, la pérdida temporal o definitiva de esos beneficios económicos puede derivar de otra serie de factores, como la imposición de una sanción, una condena penal, la percepción de otra prestación de Seguridad Social (pero no de las cantidades que deriven de un plan de pensiones)⁶⁸ o el traslado de la residencia del beneficiario, pero muchos de esas circunstancias o bien no están directamente vinculadas con la realización de un trabajo productivo, o bien entroncan con el art. 282.2 LGSS, que declara la compatibilidad de esas percepciones económicas con las prestaciones que «hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación o el subsidio».

Comenzando por las causas de suspensión, quizá merecen alguna reflexión las que se relacionan con el principio de territorialidad, y más concretamente con las restricciones establecidas para poder continuar en el disfrute de la prestación cuando el beneficiario abandona el territorio nacional. No en vano, el desplazamiento responde en ocasiones a motivos estrictamente laborales. A estos efectos, el art. 271 LGSS (y el art. 6 RD 625/1985) distingue entre traslado de residencia y una mera estancia temporal. En el primer caso, cuando ese traslado de residencia venga motivado por razones laborales -búsqueda de empleo o efectiva realización de una actividad profesional, aunque también se menciona el «perfeccionamiento profesional» y la «cooperación internacional»- la prestación se suspenderá (y no se extinguirá) siempre que el traslado esté previamente comunicado y autorizado por el SEPE y que la duración -prevista, se entienda- sea inferior a doce meses. En supuestos de estancia en el extranjero cabrá una suspensión siempre que la salida esté previamente comunicada y autorizada por el SEPE y que la estancia no supere 90 días naturales como

⁶⁵ En supuestos donde el incumplimiento es parcial, solo se considera pago indebido la parte no destinada a adquirir la condición de socio; vid. STS de 30-4-2001 (recurso 2629/2000).

⁶⁶ Vid. STS de 17-10-2002 (recurso 412/2002).

⁶⁷ Vid. STSJ de Asturias de 27-3-2015 (recurso 487/2015).

⁶⁸ Vid. STSJ de Madrid de 30-11-2010 (recurso 5384/2010).

máximo durante cada año natural. El precepto matiza que «no tendrá consideración de estancia ni de traslado de residencia la salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales por una sola vez cada año».

Conforme a esa regulación, la jurisprudencia distingue tres situaciones: 1- Prestación «mantenida», una especie de «vacaciones» del desempleado, en los supuestos de salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales al año, por una sola vez, siempre que el desplazamiento se haya comunicado a la Administración española en tiempo oportuno. 2- Prestación «extinguida», que se produce cuando el desplazamiento al extranjero da lugar a un traslado de residencia, esto es, cuando se prolonga más de noventa días. 3- Prestación «suspendida» en situaciones de traslado al extranjero de duración inferior a doce meses por «búsqueda o realización de trabajo» o «perfeccionamiento profesional» en el extranjero por tiempo inferior a doce meses, o «en todos los demás supuestos en que se haya producido el desplazamiento al extranjero por tiempo inferior a noventa días, con la consiguiente ausencia del mercado de trabajo español del beneficiario de la prestación de desempleo»⁶⁹. La suspensión se produce desde el primer día, y no desde el decimoquinto a contar desde la salida de España⁷⁰.

Conviene tener en cuenta que esas reglas deben articularse con las normas internacionales, hasta el punto de ceder cuando el régimen jurídico de esos instrumentos supranacionales resulte más ventajoso para el beneficiario. En particular, y en el ámbito de la UE, los arts. 64 y 65 del Reglamento 883/2004 admiten la conservación de las prestaciones por desempleo en supuestos de desplazamiento o residencia en otro Estado miembro. En este sentido, el art. 64 del Reglamento 883/2004 permite conservar la prestación aunque el beneficiario se desplace a otro Estado con el propósito de buscar empleo. Para ello, debería permanecer al menos cuatro semanas en España desde el inicio de la situación legal de desempleo –salvo que

reciba la autorización del SEPE antes de ese plazo-, amén de inscribirse como desempleado y cumplir los pertinentes requisitos para ser considerado demandante de empleo en el país de acogida. El beneficiario podrá conservar la prestación durante tres meses, con posibilidad de prórroga por otros tres. El art. 65 del Reglamento, por su parte, se ocupa de la situación de las «personas desempleadas que residen en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente»⁷¹. Obviamente, esos preceptos solo matizan el requisito de residencia en España, y no la incompatibilidad con el trabajo, pues el inicio de una actividad incompatible en ese Estado miembro generará las pertinentes consecuencias, y entre ellas la suspensión y/o extinción de la prestación.

Asimismo, también se suspende la prestación por desempleo durante las situaciones de maternidad o de paternidad (art. 284.2 LGSS), pero no técnicamente en caso de IT, ya que durante esa contingencia «el período de percepción de la prestación por desempleo no se ampliará» (art. 283.2). Entre las causas de suspensión ya no se menciona la realización del servicio militar o de la prestación social sustitutoria, lo que genera una situación de cierta indefinición en relación con beneficiarios extranjeros, toda vez que las reglas de suspensión por razones de territorialidad no están concebidas para esta particular problemática.

El art. 271 LGSS recoge algunas causas de suspensión de la prestación, y del subsidio (art. 279 LGSS), más directamente conectadas con la incompatibilidad con un trabajo, como sucede en los supuestos de ejecución provisional de la sentencia que declare la improcedencia o nulidad del despido en tanto el interesado continúe prestando servicios, o debiera prestarlos pero no pudiera hacerlo por causas imputables al empresario (art. 297 LRJS), debiendo procederse a la regularización de cantidades tras la resolución definitiva en los términos del art. 268.5 LGSS.

⁶⁹ Cfr. STS de 18-10-2012 (recurso 4325/2011) y de 3-6-2014 (recurso 1518/2013).

⁷⁰ Vid. STS de 25-11-2014 (recurso 1969/2013).

⁷¹ Vid. J. GARCÍA VIÑA, "La coordinación de prestaciones de desempleo en el Reglamento 883/2004", en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social, Laborum*, Murcia, 2010, pp. 255 y ss.

El supuesto más característico de suspensión, y el que aquí interesa en mayor medida, es el que recoge la letra d) del apartado 1, en cuya virtud la prestación por desempleo queda suspendida «mientras el titular del derecho realice un trabajo por cuenta ajena de duración inferior a doce meses, o mientras el titular del derecho realice un trabajo por cuenta propia de duración inferior a sesenta meses en el supuesto de trabajadores por cuenta propia». Desde luego, el art. 271 LGSS está pensando en la realización de una sola actividad incompatible, pero cabría plantearse qué ocurre ante la suspensión de la prestación que tiene lugar por la realización de dos o más actividades en pluriempleo o pluriactividad. Ese es un escenario que se abordará en el subepígrafe siguiente, relativo a la extinción.

El beneficiario que incurra en esta causa de incompatibilidad, o en cualquier otra, deberá comunicarlo a la entidad gestora para que se produzcan los efectos pertinentes, como indica el art. 299 h) LGSS, que establece como obligación de los beneficiarios «solicitar la baja en las prestaciones por desempleo cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos exigidos para su percepción, en el momento de la producción de dichas situaciones». En ocasiones es complejo determinar si se está desarrollando o no una actividad incompatible, como sucede en situaciones de trabajo por cuenta propia sin obligación de alta en el RETA. A tenor del art. 6 bis RD 625/1985 el trabajador cumple con la obligación de solicitar la baja en la prestación cuando la comunicación se produzca en los 15 días siguientes a la percepción de los ingresos obtenidos con la actividad, aunque la pertinente regularización de la prestación tiene lugar desde la fecha de inicio de la actividad, o, si no puede acreditar esa fecha de inicio, desde la fecha de percepción de los ingresos. El precepto indica asimismo que a falta de prueba del número de días a los que se extiende la actividad desarrollada por cuenta propia sin obligación de alta en el RETA (o en el RETM) se atenderá a los declarados y acreditados documentalmente por el trabajador, o, en su defecto, se computarán como días trabajados en esa actividad los que se obtengan como resultado de dividir las percepciones íntegras obtenidas entre el importe de la base máxima de cotización al RETA.

El art. 271 LGSS, como se aprecia, alude a la realización de un «trabajo por cuenta ajena» o de un «trabajo por cuenta propia», lo que suscita dudas razonables sobre las consecuencias del inicio de una actividad que no encaje en esas expresiones, como sucede con los trabajos «asimilados». El legislador, en ocasiones, establece alguna regla de equiparación, como sucede en el art. 33.5 del Estatuto del Trabajo Autónomo, en cuya virtud «lo dispuesto en los apartados anteriores será también de aplicación a aquellos perceptores de la prestación por desempleo que se incorporen como socios de sociedades laborales de nueva creación o socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado de nueva creación que estén encuadrados en el régimen especial de la Seguridad Social que corresponda por razón de su actividad por cuenta propia, cuando cumplan los requisitos de los apartados anteriores de este artículo».

Sin embargo, esa es una regla que carece de alcance general, porque no se contempla en la LGSS, y que desde luego no pueden invocar todos los asimilados. Piénsese, por ejemplo, en el perceptor de prestaciones por desempleo que accede al RETA en condición de deportista de alto nivel tras la suscripción del pertinente convenio especial⁷², o de religioso o religiosa de la Iglesia Católica⁷³. Es claro que el art. 15.1.b.1) RD 625/1985 considera esos trabajos asimilados como actividades incompatibles (3.d), y por analogía puede traerse a colación el añejo criterio jurisprudencial relativo a las reglas sobre suspensión y extinción cuando aludían exclusivamente a «trabajo», sin distinguir entre el asalariado y el autónomo. Con el objeto de proteger, y no castigar, al desempleado que demuestra su voluntad de abandonar rápidamente tal condición, el TS identificó la expresión «trabajo» contenida en los preceptos citados con «actividad», de modo que quedaba amparado también el trabajo autónomo. Por consiguiente, la realización de un trabajo por cuenta propia de duración inferior a doce meses era causa de suspensión de la prestación. Y si tal actividad duraba al menos doce meses era posible reanudar la

⁷² Vid. art. 13 RD 971/2007, de 13 de julio, sobre deportistas de alto nivel y alto rendimiento.

⁷³ Vid. RD 3325/1981, de 29 de diciembre.

prestación anterior, pues se consideraba, en primer lugar, que el término «extinción» era utilizado en un sentido no técnico en las normas referidas; en segundo, que debía realizarse una valoración positiva del trabajo, fuera asalariado o autónomo, pues de lo contrario se estaría perjudicando al «desempleado diligente»; y, por último, que esta interpretación era la «más beneficiosa para la salud financiera de la Seguridad Social»⁷⁴.

Ahora bien, el hecho de que los trabajos asimilados se califiquen como actividad incompatible no resuelve las dificultades en este contexto de la suspensión y extinción, porque el plazo de referencia para determinar la aplicación de una u otra institución depende de la calificación concreta de la actividad incompatible: 12 meses para el trabajo por cuenta ajena y 60 para el trabajo por cuenta propia. Por consiguiente, de una u otra manera debe encajarse entre trabajo por cuenta ajena y trabajo por cuenta propia toda aquella actividad que sea incompatible con la prestación por desempleo, aunque técnicamente no pertenezca a ninguna de esas categorías. En las actividades asimiladas habrá que atender a cuál haya sido el referente para la asimilación, de modo que la asimilación a trabajadores por cuenta ajena o a trabajadores por cuenta propia, y con ello el régimen de encuadramiento, resultará determinante en la aplicación de los arts. 271 y 272 LGSS. Nótese que esa decisión no siempre es tomada por la norma que procede a la asimilación, sino que en algún caso corresponde a los interesados, como sucede con los socios trabajadores de cooperativas (art. 12 LGSS), cuya opción produce efectos en planos muy diferentes (actos de encuadramiento, cotización, acción protectora), y puede ser determinante en el régimen de compatibilidad.

Esa equiparación entre «trabajo» y «actividad incompatible» provoca algún efecto más en la aplicación de las causas de suspensión y de extinción. Es cierto que esos preceptos parecen partir de la premisa de que el trabajo suspensivo o extintivo es una actividad profesional de la que nace la obligación de encuadramiento y cotización en un régimen

del Sistema. Es una actividad, por tanto, que proporciona ingresos y que es susceptible de generar una prestación sustitutiva de esos rendimientos cuando finalice. Sin embargo, las actividades incompatibles en el sentido del art. 282 LGSS no siempre tienen esas características, como el propio apartado 1 de ese precepto indica expresamente en relación con el trabajo por cuenta propia («aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social»), y como acontece también con otros colectivos que pueden voluntariamente decidir si se incorporan o no al sistema; ya han sido mencionados anteriormente, y no son los únicos casos, los profesionales liberales que dispongan de una mutualidad alternativa al sistema y los deportistas de alto nivel. Los profesionales liberales no generan una dificultad especial desde esta perspectiva, pues es un trabajo que o bien se desarrolla por cuenta ajena o bien por cuenta propia, y no es por tanto un supuesto de asimilación. Su eventual exclusión del sistema cuando desarrollen la actividad por cuenta propia y prefieran la mutualidad no afecta a la incompatibilidad, como se dijo (3.c).

En cambio, el art. 15.1.b).1 RD 625/1985 únicamente declara la incompatibilidad de la prestación con las actividades asimiladas «que supongan la inclusión en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social aunque no esté previsto cotizar por la contingencia de desempleo». De ahí que en supuestos como el de los deportistas de alto nivel, o cualquier otro que se articule a través de un convenio especial de suscripción voluntaria, la incompatibilidad ex art. 282 LGSS no se produciría técnicamente por el mero desempeño de la actividad, sino que sería necesaria la inclusión en el Sistema. No obstante, y como se dijo, la dedicación que exigen esas actividades provocará en buena medida el incumplimiento del compromiso de actividad, repercutiendo lógicamente en el mantenimiento de la prestación.

En fin, la suspensión implica la interrupción en el abono de la prestación, pero no una minoración en la duración del derecho, salvo en los supuestos de sanción administrativa o de suspensión derivada del incumplimiento por parte del beneficiario de las obligaciones

⁷⁴ Por todas, cfr. STS de 18-3-1998 (recurso 2381/1997).

formales o de la renovación de la inscripción como demandante de empleo. Una vez finalizada la causa de suspensión se reanudará el percibo de la prestación, aunque esa reanudación solo se producirá de oficio en los supuestos de sanción, siempre que el interesado mantenga la inscripción como demandante de empleo. Por ello, con carácter general la reanudación se supedita a la solicitud del interesado -en el plazo de quince días, en los mismos términos que la solicitud inicial-, que debe acreditar el cumplimiento de los requisitos pertinentes, y en particular la situación legal de desempleo. El compromiso de actividad previo revive como regla general, salvo que el SEPE entienda conveniente exigir la suscripción de uno distinto.

b) El trabajo incompatible como causa de extinción de la prestación por desempleo

Algunas de las causas de extinción de la prestación recogidas en el art. 272 LGSS presentan una evidente analogía con las suspensivas, mientras que otras pueden considerarse como situaciones extintivas naturales u ordinarias. Entre estas últimas, sin conexión directa con la incompatibilidad, cabe citar el agotamiento del plazo de duración de la prestación, el cumplimiento de los requisitos para acceder a la jubilación ordinaria o el reconocimiento de una pensión de jubilación o IP, si bien en este supuesto el legislador permite al beneficiario optar por la prestación más favorable. También cabría considerar como causa de extinción natural u ordinaria de la prestación la renuncia voluntaria, expresamente mencionada en el art. 272.1.g) LGSS, y que en principio ha de entenderse legítima, toda vez que la «irrenunciabilidad de los derechos de Seguridad Social» consagrada en el art. 3 LGSS implica la nulidad de los «pactos» y no de las decisiones unilaterales. Y desde luego la extinción puede tener lugar a partir de una infracción administrativa o por traslado de residencia o estancia en el extranjero cuando esa situación no encaje en las causas de suspensión.

Desde la perspectiva que aquí interesa, el art. 272 LGSS también contempla como causa de extinción la realización de una actividad profesional incompatible con la prestación, siempre que se prolongue por tiempo

superior al establecido para la causa de suspensión. Por consiguiente, la prestación se extingue por la realización de un trabajo por cuenta ajena de duración igual o superior a doce meses, o de un trabajo por cuenta propia por tiempo igual o superior a sesenta meses. Ahora bien, el art. 269.3 LGSS clarifica que la extinción del derecho por realización de un trabajo por cuenta ajena de duración superior a doce meses no supone necesariamente la pérdida de tal prestación. La razón de situar en doce meses el límite temporal entre la suspensión y la extinción se vincula al período mínimo de carencia de la prestación por desempleo. La cotización durante al menos doce meses permite generar una prestación distinta, y por ello el legislador reconoce en estos casos un derecho de opción entre la reanudación del derecho precedente o una nueva prestación por desempleo. En suma, las consecuencias difieren notablemente en función de la actividad incompatible, pues el trabajo asalariado siempre permitirá al interesado continuar percibiendo desempleo tras la finalización del contrato, bien la prestación precedente (lo que implicaría que esas nuevas cotizaciones durante la interrupción no podrían computarse para un futuro derecho a otra prestación por desempleo), bien otra prestación generada por las cotizaciones superiores a doce meses derivadas de un «trabajo incompatible», o varios que en conjunto permitan alcanzar el período mínimo de carencia (lo que exige opción del interesado y consecuente renuncia a continuar la prestación anterior, que se extingue definitivamente).

En cambio, las peculiaridades del trabajo autónomo provocaron que el legislador introdujera reglas especiales a partir de la Ley 45/2002, partiendo de la premisa de que el éxito del emprendimiento no suele ser inmediato, y que doce meses es un período insuficiente para valorar la viabilidad real de un negocio. En un primer momento ese período más amplio se fijó en veinticuatro meses, pero se amplió a los sesenta actuales para menores de 30 años con el Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, y ya en general para todos los trabajadores por cuenta propia tras la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que

se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social. En cualquier caso, esa línea divisoria entre la causa de suspensión y la de extinción provoca consecuencias mucho más gravosas que en el trabajo asalariado, pues si bien la causa de suspensión permite reanudar la prestación por desempleo precedente no consumida, la causa de extinción no genera un derecho de opción equivalente al del trabajo asalariado. Es decir, la superación del plazo de sesenta meses supone que a la finalización de la actividad profesional por cuenta propia el interesado no puede reanudar la prestación que se ha extinguido y no tiene posibilidad de revivir.

Es cierto que el art. 272.1 d) LGSS sigue remitiendo al art. 269.3 LGSS, que reconoce el derecho a optar entre reabrir la prestación anterior no agotada o iniciar una nueva prestación si es que se hubiera generado. La jurisprudencia advirtió que la literalidad de esos preceptos «revela sin lugar a dudas que el término extinción se utiliza en ellos en un sentido impropio que no denota necesariamente agotamiento o terminación definitiva», pues «la prestación extinguida puede ser rehabilitada o reanudada por voluntad del propio asegurado titular del derecho, mediante la opción de reabrir el derecho inicial por el periodo que le restaba, por lo que ha de llegarse a la conclusión de que nos encontramos en realidad ante una extinción impropia o atípica»⁷⁵.

Sin embargo, el art. 272.1.d) LGSS solo admite el derecho de opción en el supuesto de realización de un trabajo por cuenta ajena, ya que la expresión «sin perjuicio de lo establecido en el artículo 269.3» no finaliza el párrafo, sino que ha sido intercalada de tal manera que se excluye la remisión en caso de realización de trabajos por cuenta propia de duración igual o superior a sesenta meses. Por tanto, en estos supuestos se produciría una extinción en sentido estricto, sin posibilidad de reanudar la anterior prestación. Y esta interpretación puede sustentarse también en el propio art. 269.3 LGSS, pues resulta sig-

nificativo que no haya sido modificado para adaptarse a la diferencia entre trabajo por cuenta ajena y trabajo por cuenta propia. De ahí que siga haciendo nacer la posibilidad de optar «cuando el derecho a la prestación se extinga por realizar el titular un trabajo de duración igual o superior a doce meses». La decisión de mantener inalterado ese precepto ha sido tomada de forma consciente por el legislador, para garantizar así su correspondencia con el art. 272.1.d) LGSS únicamente en caso de trabajo asalariado, pero no cuando la actividad se realiza por cuenta propia. Como contrapartida, se ha aumentado el período de suspensión cuando se desarrolla un trabajo autónomo⁷⁶.

La incompatibilidad entre la prestación por desempleo y el trabajo puede derivar del ejercicio de una actividad incompatible, o de varias de ellas simultáneamente. En tal caso, cada actividad es una causa de incompatibilidad independiente, de modo que hasta que no desaparezcan todas ellas no se podrá reanudar la percepción de la prestación. Dicho de otro modo, si un beneficiario inicia un trabajo por cuenta ajena a tiempo completo su prestación se suspenderá, y seguirá suspendida, lógicamente si también comienza una actividad por cuenta propia incompatible. En el caso de que finalice cualquiera de esas dos actividades, pero la otra continúe, no será posible, en ningún caso, reanudar la prestación, pues subsiste otra causa de incompatibilidad. Solo a la finalización de todos esos trabajos incompatibles se activarán las consecuencias previstas en los arts. 271 y 272 LGSS. No obstante, esta incompatibilidad por pluriactividad da lugar a una situación peculiar, pues la distinta duración de los períodos máximos de suspensión/extinción entre trabajo por cuenta ajena y trabajo por cuenta propia puede abocar a situaciones complejas de articular.

⁷⁶ Un sector doctrinal defendió en su momento la conveniencia, como estímulo del autoempleo, de que «el autónomo que finalice su actividad, independientemente del período de tiempo que la haya ejercido, pueda recuperar la prestación por desempleo a la que tuviera derecho y aún no hubiera consumido»; cfr. J.R. MERCADER UGUINA, "Reformas" y "contrarreformas" en el sistema de protección por desempleo. La Ley 45/2002, de 12 de diciembre, como telón de fondo, TL, nº 66/2002, pág. 180.

⁷⁵ Cfr. STS de 18-3-1998 (recurso 2381/1997).

Piénsese en la extinción del trabajo por cuenta ajena a tiempo completo tras veinte meses, pero la continuidad del trabajo por cuenta propia hasta los ochenta meses. En tal contexto el interesado nunca tuvo la posibilidad de ejercitar el derecho de opción previsto en el art. 272 LGSS, pues a los veinte meses estaba desarrollando una actividad incompatible que no permite levantar la suspensión. Si el trabajo por cuenta propia finalizara antes de los 60 meses seguramente deberían aplicarse las consecuencias de la suspensión, aunque el trabajo por cuenta ajena se haya prolongado más de 12 meses. En un supuesto como el planteado la suspensión finaliza cuando no se esté desempeñando ninguna actividad incompatible, pues en el momento en que concluyó el trabajo por cuenta ajena no era jurídicamente viable aplicar las consecuencias del art. 272 LGSS, toda vez que el trabajador no se encontraba en situación legal de desempleo y estaba desarrollando una actividad incompatible con la percepción de la prestación.

Por supuesto, cuando el trabajo por cuenta propia concluye después de transcurridos 60 meses la prestación por desempleo previa se entiende extinguida; no cabe «congelar» el derecho de opción a los veinte meses para ser ejercitado años después, pues desde luego ello no es compatible con la filosofía de la protección por desempleo. En el momento de finalización de ese contrato de trabajo el interesado no se encontraba realmente en una situación susceptible de protección a través del desempleo, al desempeñar un trabajo por cuenta propia, de modo que el derecho de opción del art. 272 LGSS nunca llegó a nacer. La extinción de la prestación en el caso propuesto es una consecuencia natural de la aplicación de la norma, que también cuenta con un efecto positivo para el interesado, pues la cotización por ese trabajo asalariado puede ser utilizada para un futuro derecho a desempleo.

En el supuesto de incompatibilidad múltiple por pluriempleo, esto es, por realización de varias actividades por cuenta ajena (art. 7.4 RD 84/1996), la finalización de alguna de ellas sí podría activar las consecuencias de los arts. 271 y 272 LGSS, en el bien entendido de que el beneficiario no continuara prestando servicios como trabajador a tiempo completo,

o con una jornada equivalente sumando todos los contratos que continuasen vigentes. Las consecuencias, en verdad, vienen previstas en el art. 282 LGSS y en el art. 15, apartados 2 a 4, RD 625/1985, como antes se vio (epígrafe 3.b). Mientras el beneficiario desempeña una jornada equivalente a la de un trabajador a tiempo completo se mantendrá la incompatibilidad. En cambio, si el beneficiario pierde alguno de los empleos pero continúa trabajando a tiempo parcial se producirán las consecuencias pertinentes de la suspensión o extinción, pero la cuantía prestación que se perciba (la reanudada o la que derive del derecho de opción) se reducirá proporcionalmente⁷⁷, amén de que si se ha optado por la nueva prestación generada a partir de esas cotizaciones ingresadas durante la incompatibilidad, tales cotizaciones no podrán ser utilizadas para un futuro derecho a desempleo.

La suspensión y la extinción de la prestación por desempleo plantean también incertidumbres en el caso de los fijos discontinuos. Como se sabe, el RDL 5/2002 excluyó de la protección por desempleo a los fijos discontinuos cuya actividad se repita en fechas ciertas (que son trabajadores a tiempo parcial a tenor del art. 16.1 ET). La Ley 45/2002 rectificó en este punto, reconociendo protección a todos los trabajadores fijos discontinuos, sin distinciones, tal y como se recoge en el art. 267.1.d) LGSS. Sin embargo, no aprovechó para aclarar la situación de este colectivo a efectos de reanudar el derecho a la prestación. El trabajo de los fijos discontinuos, por definición, y salvo supuestos completamente excepcionales, no alcanza los doce meses consecutivos, de forma que siempre provocará la suspensión de la prestación. Podría pensarse que el art. 6.5 RD 625/1985 establece una regla especial para los fijos discontinuos, pues considera que cuando sean llamados para reiniciar su actividad se suspenderá o extinguirá el derecho a la prestación según que la duración del trabajo sea inferior, igual o superior, respectivamente, a 6 meses, y no a 12, amén de precisar que la «falta injustificada de presentación del trabajador cuando sea llamado al reinicio de la actividad será causa de extinción de la prestación por desempleo».

⁷⁷ Vid. STS de 17-5-2004 (recurso 3223/2003).

Sin embargo, ese plazo de 6 meses no puede ser considerado como una regla especial, probablemente *contra legem* en cualquier caso, sino que coincidía con el que en su origen contemplaba el art. 22 de la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo, y que en realidad derivaba del período mínimo de carencia, fijado en seis meses dentro de un período de cuatro años en el art. 5.1.b) de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, por la que se modifica el título II de la Ley 51/1980, de 8 de octubre. La reforma operada por el Real Decreto-ley 1/1992, de 3 de abril, de Medidas Urgentes sobre Fomento del Empleo y Protección por Desempleo, derivó en la derogación táctica de ese art. 6.5 RD 625/1985, por lo que esa referencia a 6 meses debe sustituirse por la de 12, en aplicación de elementales reglas de jerarquía normativa.

No obstante, consciente de las dificultades que ello genera para los trabajadores fijos discontinuos, porque «llevaría a hacer imposible e ilusorio» el ejercicio de los derechos que derivan de los arts. 269.3, 271 y 272 LGSS, el TS ha admitido en estos casos la acumulación de diversos períodos de actividad, individualmente insuficientes para generar derecho a una nueva prestación, pero que en conjunto igualan o superan los 12 meses, y, por tanto, permiten al trabajador decidir si prefiere continuar con la prestación aún no agotada o bien comenzar a percibir la generada por las nuevas cotizaciones. En este sentido, de ninguno de los preceptos legales ya citados «resulta la prohibición de acumular períodos de trabajo cotizados inferiores a doce meses, no tenidos en cuenta al conceder la anterior prestación por desempleo», sino que únicamente se requiere «un determinado período de trabajo inferior o superior a doce meses para que se suspenda o extinga la prestación, y en su caso permita la opción, pero no se prohíbe la acumulación de períodos inferiores a efectos de la concesión de la nueva prestación» si se cumple el período de carencia y esos períodos no se han «tenido en cuenta en otra prestación por desempleo»⁷⁸. Ante el silencio del legislador en este punto, la interpretación del TS ha de considerarse plenamente operativa en el momento actual.

c) Conexión entre la protección por desempleo y la prestación por cese de actividad

Como se sabe, la Ley 32/2010, de 5 de agosto, creó el sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, una medida con claros paralelismos con la protección por desempleo y que hoy se recoge en la LGSS (arts. 327 y ss.) En el contexto de la suspensión y de la extinción por incompatibilidad con el trabajo, los arts. 340 y 341 LGSS establecen unas reglas muy similares a las tradicionales para la protección por desempleo, distinguiendo entre suspensión y extinción en función de que la actividad incompatible, por cuenta ajena o propia, dure o no doce meses, pues son doce meses el período mínimo de carencia (art. 338 LGSS, en relación con el art. 330). En caso de extinción, el art. 341.2 LGSS contempla el derecho de opción entre la reapertura del derecho inicial por el tiempo restante o la nueva prestación generada por las cotizaciones derivadas de la última actividad⁷⁹. Sin embargo, la literalidad de ese precepto ofrece dudas razonables, porque no se refiere explícitamente a la prestación por desempleo, sino que se limita a señalar que «cuando el derecho a la prestación se extinga en los casos de la letra c) del apartado anterior, el trabajador autónomo podrá optar, en el caso de que se le reconozca una nueva prestación, entre reabrir el derecho inicial por el período que le restaba y las bases y tipos que le correspondían, o percibir la prestación generada por las nuevas cotizaciones efectuadas», y añade que «cuando el trabajador autónomo opte por la prestación anterior, las cotizaciones que generaron aquella prestación por la que no hubiera optado no podrán computarse para el reconocimiento de un derecho posterior».

Como se aprecia, el art. 341.2 LGSS alude reiteradamente al «trabajador autónomo», expresión que podría conducir a una interpretación restrictiva en la que el derecho de opción naciese entre dos prestaciones por cese de actividad, pero no con la prestación por desempleo que pudiera haberse generado debido a la realización de un trabajo por cuenta ajena

⁷⁸ Vid. STS de 30-3-2000 (recurso 2105/1999).

⁷⁹ Vid. Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *El desempleo de los trabajadores autónomos*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 90 y ss.

de duración superior a doce meses que provoque la extinción de la prestación por cese de actividad que se interrumpió antes de ser consumida. Piénsese, por ejemplo, en la situación de una persona que percibe prestación por cese de actividad tras un período de cotización de doce meses, prestación que se interrumpe por la realización de un trabajo por cuenta ajena que se prolonga durante cinco años. A la finalización de esa actividad el interesado debería poder ejercitar el derecho de opción previsto en el art. 341.2 LGSS, pero difícilmente podría ser considerado como un «trabajador autónomo». En este sentido, conviene apostar por una interpretación integradora que ponga el acento en la coherencia sistemática, más que en la literalidad, de modo que se entienda que las expresiones «reconozca una nueva prestación» y «percibir la prestación generada por las nuevas cotizaciones efectuadas» se consideren omnicomprendivas, e incluyan tanto la prestación por cese de actividad como la prestación por desempleo. De este modo, la referencia a «trabajador autónomo» en el art. 341.2 LGSS debería ser sustituida por la de «beneficiario de la prestación por cese de actividad», mucho más pertinente en ese contexto.

Una interpretación integradora como la propuesta es además coherente con la regulación de la prestación por desempleo. Parece razonable conectar de forma natural y ordinaria estas prestaciones, y más en un contexto de evidente fomento del autoempleo, de modo que las reglas de compatibilidad, en su conexión con la suspensión y la extinción, de la prestación por cese de actividad sean razonablemente simétricas con las reglas que para el mismo fin se contemplan en la prestación por desempleo. Como se sabe, el art. 271.4 LGSS dispone que «si tras el cese en el trabajo por cuenta propia el trabajador tuviera derecho a la protección por cese de actividad, podrá optar entre percibir esta o reabrir el derecho a la protección por desempleo suspendida», matizando, de forma plenamente consistente con lo que sucede ante el ejercicio de una actividad por cuenta ajena, que «cuando el trabajador opte por la prestación anterior, las cotizaciones que generaron aquella prestación por la que no hubiera optado no podrán computarse para el reconocimiento de un de-

recho posterior»⁸⁰. Claro está, la extinción de la prestación por desempleo por realización de un trabajo por cuenta propia de duración superior a 60 meses no genera una consecuencia similar, por cuanto ningún derecho de opción puede nacer ante la imposibilidad jurídica de reanudar la primera prestación, ya extinguida y no susceptible de revivir.

Como se aprecia, las reglas previstas para el beneficiario de la prestación por desempleo que compatibiliza esa situación con un trabajo por cuenta propia son más claras que las reglas de la prestación por cese de actividad cuando el beneficiario realiza un trabajo por cuenta ajena. En aras de la coherencia del ordenamiento es conveniente, como se dijo, propugnar una interpretación integradora, que el art. 341.2 LGSS desde luego no impide, por más que de su tenor literal pudieran obtenerse conclusiones distintas, e incluso opuestas.

Finalmente, conviene mencionar el art. 33 del Estatuto del Trabajo Autónomo, que también conecta expresamente la protección por desempleo con la prestación por cese de actividad. El nexo entre prestaciones a partir de ese precepto opera bajo unos presupuestos muy limitados, porque aparentemente se construye al supuesto de compatibilidad regulada en ese art. 33, en virtud del cual «los titulares del derecho a la prestación por desempleo de nivel contributivo, por haber cesado con carácter total y definitivo su actividad laboral, que causen alta como trabajadores por cuenta propia en alguno de los regímenes de Seguridad Social, podrán compatibilizar la percepción mensual de la prestación que les corresponda con el trabajo autónomo, por un máximo de 270 días o por el tiempo inferior pendiente de

⁸⁰ El precepto añade que «el derecho a la reanudación nacerá a partir del término de la causa de suspensión siempre que se solicite en el plazo de los quince días siguientes, y la solicitud requerirá la inscripción como demandante de empleo si la misma no se hubiere efectuado previamente. Asimismo, en la fecha de la solicitud se considerará reactivado el compromiso de actividad a que se refiere el artículo 300, salvo en aquellos casos en los que la entidad gestora exija la suscripción de un nuevo compromiso. Si se presenta la solicitud transcurrido el plazo citado, se producirán los efectos previstos en los artículos 268.2 y 276.1. En el caso de que el período que corresponde a las vacaciones anuales retribuidas no haya sido disfrutado, será de aplicación lo establecido en el artículo 268.3».

percibir, siempre que se solicite a la entidad gestora en el plazo de 15 días a contar desde la fecha de inicio de la actividad por cuenta propia, sin perjuicio de que el derecho a la compatibilidad de la prestación surta efecto desde la fecha de inicio de tal actividad». El art. 33.4 del Estatuto del Trabajo Autónomo precisa que «si tras el cese en el trabajo por cuenta propia el trabajador tuviera derecho a la protección por cese de actividad, podrá optar entre percibir esta o reabrir el derecho a la protección por desempleo suspendida. Cuando el trabajador opte por la prestación anterior, las cotizaciones que generaron aquella prestación por la que no hubiera optado no podrán computarse para el reconocimiento de un derecho posterior».

Es, en verdad, la misma regla que contempla el art. 271.4 LGSS con carácter general, por lo que en puridad parece superflua tal previsión en el art. 33.4 del Estatuto del Trabajo Autónomo. Es cierto que los arts. 271 y 272 LGSS regulan situaciones de suspensión y extinción de la prestación por desempleo, a diferencia del art. 33.4 del Estatuto del Trabajo Autónomo, que atiende a un supuesto de compatibilidad entre la prestación por desempleo y el trabajo por cuenta propia al amparo del art. 282.4 LGSS. Sin embargo, el art. 33.4 Estatuto del Trabajo Autónomo no parece estrictamente necesario, por más que a partir de ese artículo la prestación por desempleo no se suspende, sino que el beneficiario puede seguir percibiendo dicha prestación al mismo tiempo que realiza la actividad por cuenta propia. Aunque ese es el escenario diseñado por el precepto legal, es claro que la prestación sí ha de suspenderse, o extinguirse, transcurrido el plazo máximo de 270 días de compatibilidad.

De este modo, y en primer lugar, la finalización de la actividad por cuenta propia con anterioridad a esos 270 días no provocará consecuencias especialmente destacables, pues el beneficiario continuará percibiendo la prestación que nunca se interrumpió, aunque a partir de ese momento se reactivan las obligaciones propias de los demandantes de empleo y las derivadas del compromiso de actividad, de las que el interesado estaba exento durante la compatibilidad. En segundo lugar, si la actividad se mantiene más allá de 270 días ya

no existirá compatibilidad, y el período de 60 meses de referencia para la suspensión o extinción del derecho a la percepción de la prestación por desempleo comenzará a computarse desde la fecha en la que el beneficiario causó alta «como trabajador por cuenta propia en el correspondiente régimen especial de la Seguridad Social», previsión, por cierto, que no genera dificultades especiales, pues las actividades por cuenta propia que no impliquen alta en un régimen del sistema no permiten activar el supuesto de compatibilidad de este art. 33. En tercer lugar, si la prestación se encuentra suspendida y finaliza el trabajo por cuenta propia antes de que se genere la prestación por cese de actividad (recuérdese que el art. 338, en relación con el 330 LGSS, contempla un período de cotización de doce meses continuados e inmediatamente anteriores a la situación de cese de actividad), el trabajador podrá reanudar la prestación por desempleo suspendida (art. 271.1.d LGSS). En cuarto lugar, si a la finalización de la actividad por cuenta propia el trabajador tuviera derecho a la prestación por cese de actividad las consecuencias serían las generales en ese tipo de situaciones. Es decir, si no ha concluido el período de suspensión (60 meses), el art. 271.4 LGSS y el art. 33.4 del Estatuto del Trabajo Autónomo contemplan el derecho de opción ya visto. En cambio, transcurridos 60 meses la prestación por desempleo quedaría extinguida, y el interesado debería solicitar la prestación por cese de actividad, sin posibilidad de opción.

6. RESPONSABILIDADES DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO

El inicio de una actividad incompatible con la prestación -o el subsidio- por desempleo no implica per se el nacimiento de responsabilidades, porque la incompatibilidad no presupone incumplimiento. El beneficiario, claro está, deberá comunicar a la entidad gestora que ha iniciado una actividad incompatible, pues la ausencia de esa comunicación puede derivar en la percepción cumulativa de la prestación económica y de la retribución derivada del trabajo incompatible, situación que sí sería contraria a la norma y que provocaría como primera consecuencia la suspensión de la prestación y la devolución de las prestacio-

nes indebidamente percibidas, devolución que se configura como obligación del beneficiario según el art. 299.i) LGSS, y como competencia de la Entidad Gestora (art. 295.1 LGSS). Además, el interesado podría incurrir en responsabilidades administrativas o penales.

a) *Infracciones y sanciones administrativas*

La devolución de las prestaciones indebidamente percibidas no es una sanción, como tampoco lo es técnicamente la decisión del SEPE de «suspender el abono de las prestaciones por desempleo cuando se aprecien indicios suficientes de fraude en el curso de las investigaciones realizadas por los órganos competentes en materia de lucha contra el fraude» (art. 297.3 LGSS). Por consiguiente, las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones del beneficiario, y en concreto las aparejadas a la realización de actividades incompatibles, exceden de las responsabilidades administrativas y penales, aunque en este escenario, es claro, la responsabilidad administrativa ocupa una posición nuclear.

Las infracciones y sanciones en materia de desempleo vienen recogidas, como es lógico, en la LISOS, aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. *Prima facie*, el trabajador será el sujeto infractor más habitual en estas situaciones de incompatibilidad entre la percepción de la prestación y el trabajo, pero también el empleador puede incurrir en responsabilidad. En este sentido, el art. 23.1.a) LISOS considera que empresario comete una infracción muy grave cuando da ocupación a beneficiarios de prestaciones que sean incompatibles con el trabajo y no procede al alta de dichos trabajadores.

A tenor del art. 40 las infracciones graves se sancionan con multa, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros. Y las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros. No obstante, la falta de ingreso de las cotizaciones correspondientes tiene fijada una multa especial: en su grado mínimo, del 100,01 al 115 % del importe de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos

de recaudación conjunta no ingresados, incluyendo recargos, intereses y costas; en su grado medio, del 115,01 al 130 %; y en su grado máximo, del 130,01 al 150 %. Además, el art. 46 LISOS contempla una serie de sanciones accesorias, como la pérdida y/o exclusión del acceso a las ayudas y bonificaciones ligadas a los programas de empleo.

Por supuesto, los trabajadores también podrán incurrir en las pertinentes responsabilidades. A tal efecto, el art. 24.3.c) LISOS considera infracción leve «no cumplir las exigencias del compromiso de actividad, salvo causa justificada, siempre que la conducta no esté tipificada como otra infracción leve o grave en los artículos 24 ó 25». Por su parte, el art. 25.1 LISOS tipifica como infracción grave «efectuar trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción de prestaciones, cuando exista incompatibilidad legal o reglamentariamente establecida». Sin embargo, ese precepto excepciona expresamente lo dispuesto en el art. 26.2 del mismo texto legal, que se refiere específicamente a desempleo. En concreto, se tipifica como infracción muy grave, y no meramente grave, «compatibilizar la solicitud o el percibo de prestaciones o subsidio por desempleo, así como la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos con el trabajo por cuenta propia o ajena, salvo en el caso del trabajo a tiempo parcial en los términos previstos en la normativa correspondiente». Parece claro que, con carácter general, la infracción muy grave del art. 26.2 LISOS no es compatible con la infracción grave del art. 25.3, que tipifica como conducta punible no comunicar, «salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de la suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción cuando por cualquiera de dichas causas se haya percibido indebidamente la prestación». Aparentemente, la conducta del art. 25.3 ya se subsume en el supuesto de hecho del art. 26.2 LISOS.

Como se sabe, la sanción de las infracciones leves depende de la reiteración, pues la primera infracción recibe una sanción consistente en la pérdida de un mes de prestaciones; la segunda, la pérdida de tres meses de prestaciones; la tercera implica seis meses de

pérdida de prestaciones; y la cuarta la extinción (art. 47 LISOS). En el caso de infracciones graves la sanción consiste en la extinción de la prestación -previa audiencia al interesado, también en casos de suspensión (art. 6.4 RD 625/1985)-, inclusive en el supuesto de mero incumplimiento formal de comunicar la baja -salvo causa justificada-, con independencia de la duración del contrato⁸¹, o de que la actividad incompatible se desarrolle a tiempo parcial⁸². Sin embargo, cuando la no comunicación de una salida al extranjero implique la suspensión conforme a la LGSS, en los términos ya vistos, la incoherencia entre la normativa prestacional y la sancionadora se resuelve a favor de la primera, de modo que no procede la extinción, y sí la mera suspensión⁸³.

En cuanto a las infracciones muy graves, y en particular la ya aludida de compatibilización de la prestación por desempleo con el trabajo, la sanción consiste en la extinción de la prestación, y también, si procede, la exclusión del «derecho a percibir cualquier prestación económica y, en su caso, ayuda de fomento de empleo durante un año, así como del derecho a participar durante ese período en formación profesional para el empleo» (art. 47 LISOS)⁸⁴. Por supuesto, la imposición de estas sanciones no es obstáculo para que los interesados deban reintegrar las cantidades indebidamente percibidas.

b) Responsabilidad penal

El art. 307 ter.1 del Código Penal contempla la responsabilidad criminal de «quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos

de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública», conducta castigada «con la pena de seis meses a tres años de prisión», o con pena de multa del tanto al séxtuplo «cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad». Además «se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años». Las penas se agravan cuando el valor de las prestaciones defraudadas supere los 50.000 euros⁸⁵. Este es un precepto introducido por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, que permite perseguir hechos que previamente no eran punibles, por no alcanzar el importe mínimo que a tal efecto se establecía (120.000 euros). Obviamente, la aplicación de este nuevo tipo penal no puede tener lugar con carácter retroactivo⁸⁶.

La ocultación de la actividad incompatible, por parte del empleador, del trabajador, o de ambos, podría encajar en el tipo, aunque la respuesta penal debería reservarse para los supuestos más graves. No obstante, el precepto tipifica como delito la conducta indicada con independencia de la cantidad defraudada, sin perjuicio del necesario respeto al principio non bis ídem. En cualquier caso, las consecuencias no parecen tan gravosas si se atiende a que la responsabilidad criminal decae por el reintegro de una «cantidad equivalente al valor de la prestación recibida incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones de inspección y control en relación con las mismas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Es-

⁸¹ Vid. SSTs de 7-12-2006 (recurso 3344/2005), de 13-5-2015 (recurso 2785/2014) y de 29-7-2015 (recurso 2788/2014).

⁸² Vid. SSTs de 15-11-2017 (recurso 663/2016).

⁸³ Vid. SSTs de 21-4 y 29-6-2015 (recursos 3266/2013 y 2896/2014).

⁸⁴ El art. 47 LISOS admite la suspensión cautelar de la prestación en el supuesto de que la trasgresión de las obligaciones afecte al cumplimiento y conservación de los requisitos que dan derecho a su percepción.

⁸⁵ Vid. F.J. TORROLLO GONZÁLEZ, *La Ley 13/2012 y la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social: antecedentes y contexto normativo*, REDT, nº 58/2013 (BIB 2013\830); J.M. PAREDES RODRÍGUEZ, *La reforma del delito contra la Seguridad Social operada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre*, AS, nº 3, 2013 (BIB 2013\1516).

⁸⁶ Vid. STS (Penal) de 28-1-2015 (recurso 886/2014).

tado, el Letrado de la Seguridad Social, o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga que-rella o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias». Por supuesto, el procedimiento penal no es obstáculo para que las entidades gestoras soliciten el reintegro de las prestaciones indebidamente obtenidas, ni paraliza las acciones de cobro correspondientes, salvo decisión en contrario del juez penal.

7. CONSIDERACIONES FINALES

Las reglas de compatibilidad entre la prestación por desempleo y el desempeño de un trabajo cuentan con cierta tradición, y, una vez que la doctrina judicial procedió a su ajuste, no generan ya especial litigiosidad, excepción hecha de las actividades por cuenta propia esporádicas y que proporcionen un rendimiento poco significativo, donde el excesivo rigor legal ha sido dulcificado por la jurisprudencia. No obstante, por más que esas reglas sean claras, sorprende que no siempre respondan a una lógica similar a las establecidas con la misma finalidad en otras prestaciones.

Como se sabe, el sistema de Seguridad Social se ha ido construyendo de forma aluvional, de modo que tanto su campo de aplicación personal como su ámbito objetivo han ido expandiéndose a medida que se detectaban nuevas necesidades y las disponibilidades económicas permitían su cobertura. Ese proceso de formación y crecimiento no siempre ha venido precedido de un análisis global o panorámico de los pilares y estructuras sobre los que se asienta ese engranaje, y por ello no sorprende que el entramado legal sea complejo y pueda generar distorsiones, o que entre las reglas que disciplinan las distintas prestaciones puedan encontrarse, sino incoherencias, sí instituciones o conceptos con fisonomía distinta en función de la prestación. En este sentido, es sabido que la legislación de Seguridad Social no siempre define de igual modo «hijo», «cargas familiares» o «rentas computables», y el contenido concreto de esos conceptos depende de cada prestación. Parece recomendable

cierta homogeneidad en la delimitación de esas figuras que pueden ser clave para el acceso o el mantenimiento de las prestaciones, y desde luego ello contribuiría a una mayor seguridad jurídica.

Esa problemática alcanza también a las reglas de compatibilidad entre las prestaciones y el «trabajo», pues el legislador de Seguridad Social no utiliza un concepto unívoco de «trabajo» y con ello despierta lógicas incertidumbres sobre el alcance de esa expresión. Es claro que en este escenario la completa simetría u homogeneidad es compleja, y posiblemente indeseable, porque el régimen jurídico de la compatibilidad entre las prestaciones y el trabajo depende de los objetivos que el legislador persiga en cada momento y de las características específicas de cada prestación. La viabilidad del sistema público, la dinamización del mercado de trabajo o la suficiencia de las prestaciones son algunos de los elementos que deben tomarse en consideración para valorar la pertinencia de una determinada regulación, la necesidad de una reforma y el modo de acometerla. Precisamente por ello, las reglas de compatibilidad pueden diferir en función de la concreta prestación, o entre modalidades de una misma prestación, cuando el legislador trata de conseguir diferentes objetivos, sin que ello ponga en riesgo necesariamente la justicia social, ni tampoco violente los principios de igualdad y no discriminación.

Además, esas reglas de compatibilidad pueden venir acompañadas de mayor o menor rigor en atención a otras circunstancias, que explican las peculiaridades en algunas prestaciones. La incapacidad temporal y el desempleo, por ejemplo, comparten la preocupación del legislador por el fraude, y esa es la razón principal de la introducción de numerosas trabas legales a la compatibilidad. En cambio, el legislador se muestra mucho más generoso en la pensión de jubilación, donde no aprecia una incidencia notable del fraude, y donde incluso fomenta la compatibilidad como vía para reducir las cargas financieras del sistema de Seguridad Social. Ahora bien, ello no explica completamente por qué en algunas prestaciones «trabajo» se identifica exclusivamente con una actividad profesional que permita el acceso al sistema, mientras que en otras se han llegado a considerar como trabajo algunas

actividades con una dosis de profesionalidad muy reducida. Así ha sucedido en la protección por desempleo con el trabajo esporádico por cuenta propia hasta la flexibilización jurisprudencial reciente.

En verdad, las reglas de compatibilidad entre las prestaciones y el trabajo son cada vez más complejas, lo que aboca a la casuística, y por tanto a respuestas que podrían diferir entre prestaciones más o menos próximas dependiendo del tenor literal de cada precepto legal y de la interpretación judicial imperante en cada momento. Pese a que puedan existir notables diferencias en la fisonomía de algunas prestaciones, y que desde luego deban introducirse las particularidades que resulten necesarias por los rasgos característicos de cada prestación o modalidad (la IP total no puede tener las mismas reglas de compatibilidad que el desempleo), parece razonable caminar hacia un horizonte en el que las reglas de compatibilidad entre las prestaciones y el trabajo se acerquen en lo posible, y que se caractericen por su sencillez y previsibilidad con el fin de proporcionar seguridad jurídica.

En esa línea, seguramente debería prescindirse de que cuál sea la concreta actividad profesional que se desempeñe (por cuenta ajena, por cuenta propia o como asimilado), que dicha actividad exija alta en un régimen del sistema de Seguridad Social o que se desarrolle a tiempo completo o parcial. Con carácter general esas circunstancias deberían perder protagonismo, o incluso convertirse en irrelevantes, a favor del rendimiento económico obtenido, de forma análoga a lo que sucede en las pensiones no contributivas. De ese modo, las prestaciones de Seguridad Social no deberían ser incompatibles per se con el desempeño de un trabajo, sin perjuicio de las consecuencias que puedan derivarse cuando la realización de la actividad demuestre, por ejemplo, que no se reúnen ya las condiciones para seguir disfrutando de la prestación, como podría ocurrir en situaciones de IT o IP.

Pero más allá de esos supuestos, la compatibilidad o incompatibilidad no debería derivar del tipo de actividad desempeñada, ni de la realización misma de una actividad, sino de los ingresos que proporcione, pues, a la postre, ese es el motivo de la incompatibilidad.

El trabajo no es incompatible en sí mismo con la mayor parte de las prestaciones, excepción hecha de la IT, y con muchos matices, sino que la incompatibilidad es provocada por la obtención de ingresos que conduce a que la prestación ya no cumpla su finalidad primaria, la sustitución de rentas ante la cesación temporal o definitiva de una actividad profesional.

Por supuesto, esa compatibilidad no significaría que el interesado pudiera simultáneamente sin restricciones la prestación y los ingresos generados por la actividad, porque ello sería contrario a las bases sobre las que se asienta la Seguridad Social. El propósito consistiría en poner el acento en las cuantías de la prestación y de la retribución o remuneración, y no en la actividad misma. Como propuesta de *lege ferenda*, la compatibilidad podría articularse a partir de la fijación de un umbral máximo de rentas, de modo que la suma de la prestación y de los ingresos derivados de la actividad -incompatible- no alcance tal límite⁸⁷. En caso contrario, la cuantía de la prestación debería reducirse, bien en el total del exceso, bien en un porcentaje sobre el mismo. Ese límite máximo podría venir configurado por el importe de la pensión máxima que anualmente se fije, pero desde luego caben otras opciones, como el tope máximo de cotización, por analogía con la regla establecida para supuestos de retraso de la edad de jubilación (art. 163.2 LGSS).

Podría aducirse que un criterio de compatibilidad de esta índole facilita el fraude, especialmente en caso de trabajo por cuenta propia, por la dificultad que supone el control de los ingresos que se obtienen. Pero no es una problemática extraña, y de hecho es común a todas las prestaciones asistenciales o no contributivas, en las que se computan cualesquiera rentas o ingresos. A estos efectos, y si se opta por prescindir de los ingresos declarados por el solicitante en materia tributaria, podría tomarse como referencia la base de cotización en la nueva actividad, ya que si bien ese importe podría ser ficticio desde la

⁸⁷ Vid. A.V. SEMPERE NAVARRO, *El debate sobre incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo*, Aranzadi Social Doctrinal, Enero 2013, pp. 25 y ss.

perspectiva de la compatibilidad, el potencial perjuicio para el sistema de Seguridad Social (prestación más elevada por menores ingresos declarados) quedaría compensado por el potencial beneficio en futuras prestaciones (a menor base de cotización, menor cuantía de la prestación).

Las incompatibilidades en la prestación y el subsidio por desempleo ya operan con una lógica similar en relación con el trabajo a tiempo parcial, que se declara compatible con esa actividad, pero con reducción proporcional de la prestación o del subsidio. Sin embargo, conviene advertir que la proporcionalidad a partir del tiempo de trabajo es inadecuada, pues no toma en consideración el salario obtenido. Es perfectamente posible que el trabajo a tiempo parcial proporcione ingresos superiores al trabajo a tiempo completo, y ello no afectaría en modo alguno a la aplicación de las reglas de compatibilidad. Además, la compatibilidad con el trabajo a tiempo parcial no repercute en la duración de la protección por desempleo, que no se ve incrementada proporcionalmente al importe de la prestación que se deja de percibir.

Parece más adecuado que las prestaciones se configuren como una garantía de sustitu-

ción de rentas y que se articulen fórmulas de compatibilidad más modernas que, a la postre, no solo benefician al trabajador, sino que también pueden contribuir a la salud financiera del sistema. En este sentido, los obstáculos a la compatibilidad pueden provocar lógicas resistencias al inicio de una actividad en los beneficiarios de prestaciones, pues el rendimiento económico de esa actividad puede no alcanzar la cuantía de la prestación que están percibiendo. Desde esa perspectiva, la excesiva rigidez en las reglas de compatibilidad puede dar lugar a un incremento en la duración efectiva de las prestaciones, y con ello a mayores costes para el sistema, porque no se incentiva la búsqueda y/o aceptación de un empleo. Tampoco conviene olvidar que la admisión de la compatibilidad limitada proporcionaría al sistema ingresos por las cotizaciones que deben realizarse por la nueva actividad, ingresos que, en cierta forma, compensan el mantenimiento parcial de la prestación, lo que, unido a ese mayor incentivo en la búsqueda de empleo que supone la compatibilidad, podría llegar a resultar incluso favorable para la viabilidad financiera de la Seguridad Social. Y, a la postre, la búsqueda de un trabajo es plenamente compatible con la filosofía y finalidad del «compromiso de actividad».

RESUMEN

Las reglas de compatibilidad entre las distintas prestaciones de Seguridad Social y el desempeño de un trabajo dan lugar a litigios frecuentes, porque la ley no siempre delimita con precisión el concepto de «trabajo incompatible». Cada prestación de Seguridad Social cuenta con sus propias reglas de incompatibilidad, distintas entre sí. En el caso de la prestación por desempleo la incompatibilidad es muy rígida, y solo se admite como excepción general el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, con reducción proporcional del importe de la prestación.

El presente estudio analiza exhaustivamente las reglas legales y la jurisprudencia en este campo, comenzando por delimitar nítidamente los contornos de las actividades incompatibles. En este sentido, se advierte inicialmente que “trabajo compatible” no es un concepto que pueda ser confundido con “colocación adecuada”, pues ambos actúan desde premisas distintas y con condicionantes también diferentes. El trabajo compatible es una actividad de la que puede derivar un desincentivo a la búsqueda de otro empleo, y por tanto tiene un contenido más amplio que el de colocación adecuada, limitado por definición al trabajo asalariado. El “trabajo compatible”, sin duda, puede ser un trabajo asalariado, pero también una actividad por cuenta propia, e incluso una de las actividades “asimiladas”, siempre que conlleven una contraprestación y den lugar al alta en alguno de los regímenes del sistema de Seguridad Social.

Debe tenerse en cuenta asimismo que algunas actividades no son *per se* incompatibles con la prestación por desempleo, precisamente por carecer de compensación económica y/o no propiciar la incorporación al sistema. Sin embargo, esas actividades pueden provocar un efecto análogo al de la incompatibilidad cuando su realización derive en un incumplimiento del llamado compromiso de actividad, esto es, cuando interfieran en el normal cumplimiento de las obligaciones del beneficiario, y cuando, en definitiva, retrasen o impidan la búsqueda de empleo y no permitan apreciar una voluntad de rápido retorno a la vida activa.

En este contexto, el legislador ha contemplado expresamente la compatibilidad con la prestación por desempleo de un trabajo asalariado a tiempo parcial, aunque no es una compatibilidad plena o perfecta, sino que repercute en el importe de la prestación minorando proporcionalmente la cuantía. Además, debe tenerse presente que las elevadas tasas de desempleo han hecho asimismo aconsejable relajar las reglas de incompatibilidad articulando fórmulas que permiten a un beneficiario continuar percibiendo la prestación mientras realiza un trabajo asalariado. Evidentemente, el legislador establece unos condicionantes y requisitos para poder acogerse a estas modalidades, que, en muchos casos, adoptan una fisonomía muy particular que supone, en primer lugar, que el beneficiario percibirá íntegramente el importe de la prestación por desempleo y, en segundo lugar, que el empleador no abonará el salario íntegro, sino la diferencia entre la cuantía de la prestación y el salario que correspondería abonar, aunque desde luego la cuota a ingresar derivada de las obligaciones de cotización se calculará atendiendo a la suma de las dos importes, al salario que teóricamente debería abonar el empleador si debiera hacer frente al mismo en su totalidad, de modo que el empleador disfruta de una reducción del importe del salario que debe abonar al beneficiario-trabajador, pero no de una minoración de la cuota a ingresar por cotización, que habrá de ser asumida por el empleador en su integridad.

Por otra parte, el ordenamiento contempla asimismo otras fórmulas, más o menos sistemáticas, de compatibilizar la prestación por desempleo con un trabajo. Destacan, sin duda, el contrato de apoyo a los emprendedores y la eventual capitalización de la prestación por desempleo, esto es, su percepción en un único pago. Ambas situaciones pueden dar lugar a la percepción simultánea de la prestación por desempleo y de una retribución o compensación económica por la realización de un trabajo.

La declaración de incompatibilidad entre la prestación por desempleo y el desempeño de un trabajo compatible derivará en la suspensión o en la extinción de la prestación. La diferencia entre la suspensión y la extinción viene dada por dos elementos: el tipo de actividad incompatible, por un lado, y la duración en el tiempo de la incompatibilidad, por otro. En el supuesto de duración menor o poco prolongada el sistema apuesta por la suspensión de la prestación, de modo que a su finalización se reanuda la prestación por desempleo en el mismo punto en el que se interrumpió. En cambio, cuando la actividad se extiende en el tiempo más allá de unos determinados límites la regulación legal considera que la prestación debe extinguirse, aunque en supuestos donde la actividad incompatible es un trabajo asalariado se concede al beneficiario un derecho de opción entre reanudar la prestación suspendida y comenzar una diferente gracias a las nuevas cotizaciones acreditadas.

En este marco de la suspensión y extinción no solo debe abordarse la regulación propia de la prestación por desempleo, sino también la de la prestación por cese de actividad, toda vez que el trabajo incompatible con la prestación por desempleo puede ser un trabajo por cuenta propia. Las eventuales cotizaciones al RETA y, en particular, a la protección por cese de actividad podrían dar lugar a esta prestación, cuyas reglas de compatibilidad e incompatibilidad deben articularse con las de la prestación por desempleo, pues podrían llegar a colisionar.

En fin, el trabajo incompatible puede ser desarrollado en condiciones de regularidad, esto es, comunicado a la Entidad Gestora y cumpliendo todos los requisitos legales, o bien ignorando esas exigencias de la ley y percibiendo íntegramente la prestación por desempleo, sin reducción o paralización temporal o definitiva. En estos casos el ordenamiento contempla las pertinentes infracciones, que dan lugar a sanciones no solo administrativas, sino también penales, aunque lógicamente estas deben reservarse para los supuestos más graves.

La complejidad de esta regulación, y la abundante casuística, aconsejan un análisis en profundidad, que concluye con una propuesta de modificación legal en el sentido de dar más prioridad a los ingresos que derivan de la actividad y no tanto a la naturaleza de la actividad en sí. No en vano, a efectos de incompatibilidad el rendimiento económico que se obtiene de la actividad es más relevante que el tipo de actividad que se desarrolla.

Palabras clave: Desempleo, prestaciones, Seguridad Social, compatibilidad, trabajo por cuenta propia.

ABSTRACT The rules of compatibility between different Social Security benefits and the performance of a job give rise to frequent litigation, because the law does not always accurately define the concept of “incompatible work”. Each Social Security benefit has its own incompatibility rules, different from each other. In the case of unemployment benefit, incompatibility is very rigid, and only part-time work for paid employees is admitted as a general exception, with a proportional reduction in the amount of the benefit.

The present study comprehensively analyses the legal rules and jurisprudence in this field, beginning by clearly defining the limits of incompatible activities. In this sense, it is initially noticed that “compatible work” is not a concept that can be mistaken for “suitable post”, since both act from different premises and with different conditioning factors. Compatible work is an activity which can lead to a disincentive to the search for another job, and therefore, it has a wider content than that of “suitable post”, limited by definition to paid work. Undoubtedly, “compatible work” can mean a paid job, but also a self-employment job, and even one of the “assimilated” activities, as long as they entail remuneration and are registered with one of the Social Security regimes.

It should also be borne in mind that some activities are not incompatible per se with unemployment benefits, precisely because they lack financial compensation and / or do not encourage the registration into the system. However, these activities may have a similar effect to that of incompatibility when they result in a breach of the so-called commitment of activity, that is, when they interfere in the normal fulfilment of the obligations of the beneficiary, and when, ultimately, delay or prevent the search for employment and do not allow to verify his willingness to quickly return to his labour activities.

In this context, the legislator has expressly considered the compatibility with the unemployment benefit of a part-time paid job, although it is not a full or perfect compatibility, but it has an impact on the amount of the benefit by proportionally reducing the amount. In addition, it must be borne in mind that the high unemployment rates have also made it advisable to relax the incompatibility rules by drawing up formulas that allow the beneficiary to continue receiving the benefit while performing a paid job. Obviously, the legislator establishes some conditions and requirements for the beneficiary to be able to benefit from these categories, which, in many cases, adopt peculiar aspects that mean, in the first place, that the beneficiary will receive the full amount of the unemployment benefit and, in the second place, that the employer will not pay the full salary, but the difference between the amount of the benefit and the salary that should be paid, although, of course, the fee to be paid derived from the contribution obligations will be calculated according to the sum of the two amounts, to the salary that should theoretically be paid by the employer if it should face the same in its entirety, so that the employer benefits from a reduction of the amount of salary that must be paid to the beneficiary-worker, but not from a reduction of the fee to be paid per contribution, which must be assumed entirely by the employer.

On the other hand, the law also considers other formulas, more or less systematic, to make the unemployment benefit compatible with a job. Undoubtedly, we highlight the contract of support for entrepreneurs and the possible capitalization of the unemployment benefit, that is, receiving it as a single payment. Both situations can lead to the simultaneous payment of the unemployment benefit and the salary or economic compensation in relation to the execution of a job.

The declaration of incompatibility between the unemployment benefit and a compatible job will lead to the suspension or termination of the benefit. The difference between the suspension and the termination is given by two elements: the incompatible type of activity, on the one hand, and the duration of the incompatibility, on the other. In the case of shorter or not very long periods of time, the system prefers the suspension of the benefit, so that upon termination, the unemployment benefit will resume at the same point where it was interrupted. Nevertheless, when the activity lasts beyond certain limits, the legal regulation considers that the benefit must be extinguished, although in cases where the incompatible activity is a paid job, the beneficiary is granted the right of choice between resuming the benefit suspended and starting a different one thanks to the new credited contribution.

In this framework of suspension and extinction not only the own regulation of the unemployment benefit must be approached, but also the one of the benefits by cessation of activity, whenever the job incompatible with the unemployment benefit could be a self-employment job. The possible contributions to the Special Regime for Self-Employed Workers (RETA) and, in particular, to the protection for cessation of activity could lead to this benefit, whose compatibility and incompatibility rules should be drawn up with those of the unemployment benefit, as they could collide.

Anyway, incompatible jobs can be developed under conditions of regularity, that is, having informed the Managing Body and fulfilled all the legal requirements, or ignoring those requirements of the law and receiving the unemployment benefit in full, without reduction or temporary or definitive interruption. In these cases, the law takes the appropriate infractions into account, which give rise to penalties that are not only administrative, but also criminal, although these must obviously be reserved for the most serious cases.

The complexity of this regulation and the abundant casuistry suggest an in-depth analysis, which concludes with a proposal of legal modification in the sense of giving more priority to the income that derives from the activity and not so much to the nature of the activity in itself. In fact, for purposes of incompatibility, the economic return obtained from the activity is more relevant than the type of activity that is carried out.

Keywords: Unemployment, benefits, Social Security, compatibility, self-employment.

Idoneidad de las pruebas acreditativas del fraude en la protección por desempleo

Suitability of the evidence accrediting fraud in unemployment protection

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO*

1. EL SENTIDO DE LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO

La protección por desempleo, junto con la pensión de jubilación, constituyen dos de las instituciones de mayor importancia -tanto en número de beneficiarios, como en el importe económico-, que otorga el sistema de Seguridad Social cuyos destinatarios son los trabajadores cuando cesan en su actividad. En el caso de la protección por desempleo, la ayuda debería llegar cuando el trabajador no encuentra empleo pese a haberlo buscado. Para ello, es fundamental la intervención de eficaces políticas activas de empleo, y mientras se busca trabajo, es la citada protección la que debe atender al trabajador. El objetivo de estas medidas radica en que el trabajador retorne lo antes posible al mercado laboral, a diferencia de la pensión de jubilación, que en principio, no prevé la vuelta al trabajo de los beneficiarios que disfrutan de la misma. Si bien, ello no impide más bien lo contrario, que se incentive el alargamiento o el retorno a su actividad, ofreciéndole una mejora de su futura pensión o la posibilidad de compatibilizar su actividad con la mitad de la cuantía de la pensión de jubilación, si cumple con las condiciones exigidas, en el marco del envejecimiento activo. Medidas que se acom-

pañan para el empresario con sustanciales rebajas e incluso exenciones en la cotización, en caso de la contratación o mantenimiento del trabajador en la actividad laboral.

Es obvio que con la protección por desempleo no se trata de pagar a los trabajadores para que no trabajen, sino todo lo contrario: como han perdido su empleo, se les otorga una prestación económica sustitutiva del salario, en el caso de la prestación por desempleo (contributiva), o bien, se compensa su situación de insuficiencia de recursos con el subsidio por desempleo (nivel asistencial) pero siempre con la obligación de buscar trabajo. En ese sentido, el esquema de ayuda para quienes pierden su trabajo mediante prestaciones por desempleo, se inicia con el cese en el trabajo cuya característica esencial es que debe producirse por una causa independiente a la voluntad del propio trabajador. De manera, que no constituyen las prestaciones por desempleo una especie de seguro, según el cual, el trabajador por el mero hecho de haber cotizado el tiempo mínimo exigido, puede rescatarlo cuando decida finalizar su actividad laboral, como si de un depósito bancario se tratara.

Pudiera pensarse que debería funcionar de esa manera, porque, al fin y al cabo, si se ha cotizado lo suficiente, debería abrirse el derecho a lucrar las cotizaciones acumuladas durante la relación laboral cuando se dé por terminada, porque se piensa que “le pertenecen” al trabajador. Es cierto, que si eso fuera así se evitarían numerosos procesos en mate-

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Miguel Hernández. Subinspector Laboral (exc.).

ria de reconocimiento o de reintegro de prestaciones indebidas por desempleo cuyo eje principal es precisamente, la prueba de que la causa del cese del trabajador en la empresa, prácticamente ha sido cualquiera, menos su propia voluntad. Con ello, además, algunas modalidades de fraude que en la actualidad se basan precisamente en la simulación de cese involuntario en la empresa, dejarían de existir, porque se prescindiría de un elemento esencial: la pérdida del empleo por una causa distinta a la voluntad del trabajador. En este caso, la tramitación de prestaciones sería mucho más simple y se eliminarían problemas en ocasiones complejos de resolver. Pero quisiera detenerme en lo que sucedería, si esta posibilidad se llegara a contemplar en la normativa. Es decir, qué ocurriría si fuera posible la obtención de la prestación por desempleo al extinguirse la relación laboral, cuya causa fuera la sola voluntad del trabajador.

Creo que si se permitiera obtener la prestación, por el mero hecho del cese con o sin voluntad del trabajador, probablemente este actuaría en muchos casos, estando más pendiente de lucrar la prestación que de buscar trabajo (aún más que hoy en día). De manera que según las circunstancias, y si en un momento determinado prefiriera cambiar de trabajo aun sin tenerlo a la vista, podría sin miedo extinguir la relación laboral sabiendo que va a percibir la prestación económica. Desde luego eso permitiría una mayor flexibilidad, en el sentido de que el trabajador podría dejar el trabajo sin el temor a no encontrar otro que satisficiera sus expectativas, pues cuenta con la red de seguridad de la protección por desempleo. Pero con ello se facilitaría, aun de forma inconsciente, la salida del trabajador de la empresa. Lo que entorpecería e iría en contra de cualquier política de fomento de empleo, sin que tampoco evitara otras formas de fraude, porque esa enorme flexibilidad, permitiría maquinar una especie de ingeniería prestacional que desviaría al trabajador de su objetivo primordial de búsqueda de trabajo.

No parece que sea esa la filosofía en que se mueve nuestro sistema de protección por desempleo. De hecho, ya en los primeros compases de la norma fundamental en la materia,

la Ley General de la Seguridad Social¹, señala a quienes afecta la protección por desempleo, especificando el artículo 262 que va dirigida a «quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean suspendido su contrato o reducida su jornada ordinaria de trabajo». Remitiéndose, a continuación, al artículo que más tiene que ver con la voluntariedad en el cese de la relación laboral y que constituye uno de los requisitos inexcusables para hacerse acreedor de la prestación. Me refiero a la descripción de los supuestos en que el trabajador se encuentra en situación legal de desempleo. Se trata del extenso artículo 267 LGSS, que, sin ofrecer un concepto sobre el significado de tal situación, sin embargo, puede inferirse a la vista de los diversos supuestos que se incluyen en tal situación, englobados en la extinción o en la suspensión de la relación laboral. Es una regulación minuciosa la que ofrece este artículo, que se podría calificar de casuística, al describir todos los supuestos en que el trabajador se encuentra en situación legal de desempleo, e incluso aquellos otros en los que no se encuentra en tal situación.

Ciertamente, si se mantiene la exigencia de la involuntariedad del trabajador en el cese de la actividad laboral, como condición, parecen adecuados los supuestos que se describen en la regulación vigente. Pues, es obvio, que no basta con preguntarle, sino que es necesario que los hechos demuestren esa falta de voluntad en el cese de la actividad. Lo que muy acertadamente señala al inicio de su regulación el artículo 262 LGSS, al establecer que el objeto de la protección, va dirigida a quienes «pierdan su empleo», pues nadie considera perdido algo que aprecia, en este caso, la posibilidad de continuar en el trabajo que venía desempeñando. Lo mismo que la expresión: «...vean...», en el sentido de que vean suspendido (en tercera persona) su contrato o reducida su jornada. Término que refleja la falta de complicidad del trabajador en tales supuestos que merman en cierto sentido su trabajo ordinario.

¹ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS).

Sin embargo, también, con la normativa en vigor, la realidad nos muestra de forma sobrada que existen numerosos de acuerdos en los que se simula la extinción de la relación laboral a través de despidos (en realidad ceses acordados), con el fin de que el trabajador acceda a las prestaciones. El problema, es que estas situaciones irregulares pero tan comunes, que se ventilan como si de algo legal y correcto se tratara, en realidad constituyen una modalidad de fraude, al simular el despido, como si se tratara de prescindir del trabajador por la voluntad unilateral del empresario, lo cual no responde a la realidad. El efecto inmediato de este tipo de conducta, es que el trabajador va a percibir una prestación por desempleo que no le corresponde, porque en mayor o menor grado interviene su voluntad en la decisión del despido. Esto se intuye, cuando incautamente, se oye decir al trabajador que la empresa... me está “arreglando los papeles para cobrar el paro”. Aunque justamente es decirlo, no tiene por que ser esa gestión, fraudulenta siempre, porque la empresa debe preparar la documentación para entregarla al trabajador.

En fin, son inabarcables las diversas formas de fraude que pueden intervenir en la percepción de prestaciones por desempleo, a las que trataré de dedicar un espacio a cada una de ellas. De ahí, que las páginas que siguen a continuación tienen como objetivo esencial desvelar cuáles son las modalidades más frecuentes de fraude en la obtención de prestaciones por desempleo. Ciertamente, como se suele decir, la realidad supera en ingenio a la ficción. Y hay que ver lo que se llega a hacer por obtener prestaciones por desempleo de forma indebida en soledad o con la colaboración del empresario, paradójicamente, por no trabajar. No obstante, si se quedara solo en esto, daría la impresión de confeccionar una especie de guía sobre “como defraudar a la Seguridad Social en materia de prestaciones por desempleo”. Por eso, el estudio debería completarse con el análisis acerca de si las actuales medidas, en especial legislativas, son suficientes para su detección y posterior demostración de la conducta irregular. Y sobre todo, si deberían incluirse otras iniciativas normativas en una próxima reforma para atajar en lo posible el fraude en las prestaciones por desempleo en sus diversas versiones.

Y ello, respetando el derecho de los trabajadores que de buena fe, cumplen con sus obligaciones. Algo que no resulta sencillo, porque la tendencia es a ir ajustando las condiciones exigidas para percibir la prestación o endureciendo las cuantías, tratando de impedir que a través de la letra de la ley se acojan las diferentes conductas fraudulentas. Esta labor, nada sencilla, la acometeré en una próxima oportunidad, a la vista de las iniciativas que vaya proponiendo el Gobierno. Mientras tanto, parece oportuno finalizar este estudio con los medios actuales a nuestro alcance, no por ello menos sencillos, para detectar y comprobar de forma efectiva (no meras presunciones) la existencia del fraude, mediante la reunión de una serie de factores que aseguren sin temor a error la existencia de fraude a los que vengo llamando, elementos del fraude y que constituyen los presupuestos que deberían cumplirse para una eficaz detección del mismo. En suma se trata como anuncia el título de este estudio, en emplear los medios de prueba idóneos que demuestren las conductas fraudulentas en la protección por desempleo.

Comenzaré considerando el significado del fraude en términos generales, porque se trata de un concepto etéreo que no es fácil de delimitar, necesitando la mayoría de veces el concurso de numerosas pruebas indiciarias para su demostración, como se desprende de las numerosas actuaciones tanto del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), como de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS). En ocasiones, tales actuaciones se prolongan hasta el ámbito jurisdiccional, cuyos Magistrados del orden Social o de lo Contencioso, ponen fin a la comprobación de si las conductas investigadas serán finalmente calificadas como fraude o por el contrario, adolecen de irregularidad en ese sentido.

2. SIGNIFICADO COMÚN DE LA NOCIÓN DE FRAUDE

El fraude es de esos conceptos fáciles de entender, pero que resulta complicado de determinar y sobre todo, de comprobar y de demostrar. Y la conducta fraudulenta en la prestación por desempleo no es una excepción en este sentido. Un aspecto que puede influir en la mejora de la resolución de tales proble-

mas reside en la forma de legislar. Se trata de una espada de dos filos, pues si por un lado se ampliaran los márgenes de presunción de fraude, que aliviarían la actividad investigadora de tales conductas, por otro lado, podría suponer una restricción en los derechos de aquellos trabajadores de buena fe que se someten al cumplimiento de los requisitos exigidos. Y creo que aquí está la clave: se trata de encontrar una legislación equitativa que permita una comprobación de las conductas fraudulentas con mayores garantías, y evite al mismo tiempo cualquier tipo de merma en el derecho de los trabajadores. El acierto será encontrar ese equilibrio.

2.1. La conducta fraudulenta en sentido genérico

Previo al contenido de las conductas fraudulentas en el ámbito de las prestaciones por desempleo, parece oportuno conocer en qué consiste con carácter general el fraude en sí mismo considerado. Porque en esta materia lo esencial radica no tanto en describir o tipificar cada una de aquellas formas o conductas concretas, es preciso fijarse más bien en un determinado comportamiento que contenga un conjunto de indicios caracterizadores que denotan la presencia del fraude.

El fraude, se ha conceptualizado por la RAE como el «acto tendente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o de terceros»². Es un concepto inacabado porque solo contempla un efecto de ese acto, el que afecta al sujeto perjudicado, al aludir expresamente, en lo que nos interesa, al Estado. Resulta más completo, el concepto que describe el “fraude”, como el «engaño hecho con malicia, con el cual alguien perjudica a otro y se beneficia a sí mismo»³. En esta acepción, sin nombrar específicamente al Estado como sujeto perjudicado, es obvio que completa de forma, si se quiere más genérica, la anterior descripción de las notas que integran el fraude, porque

no es imprescindible que en el fraude resulte afectado el Estado.

Y si buscamos el término “engaño”, este supone «hacer creer a alguien con palabras o de cualquier manera una cosa que no es verdad»⁴. En definitiva, se trata de una «falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre»⁵, porque se intenta hacer creer (en nuestro caso) al otorgante de las prestaciones (Estado) que se sigue el camino previsto cuando en realidad no ha sido así, pese a su apariencia porque no se corresponde con el itinerario establecido por la norma en lo que hace referencia a las condiciones del sujeto. Con esta conducta se perjudica al Estado, y por derivación, a los potenciales beneficiarios que sí cumplen correctamente el itinerario previsto por el legislador para acceder al derecho a las prestaciones, y además, se favorece injustamente al autor del engaño con una prestación obtenida o mejorada sin seguir las reglas establecidas para ello.

2.2. El fraude en la legislación común

Siendo el fraude una conducta irregular en lo que se refiere al cumplimiento fiel de la normativa jurídica, en cualquiera de sus órdenes, y sabiendo que en la mayoría de los casos la norma no describe la conducta que debe entenderse como fraudulenta, porque aparentemente se han seguido las pautas de la disposición concreta de aplicación, no queda otra alternativa que acudir a las normas subsidiarias regidas por el Derecho Civil, porque son ellas las que constituyen el punto de referencia del resto del ordenamiento jurídico. Concretamente, acudimos a la doctrina del fraude de ley que describe con claridad el Código Civil (CC), en el artículo 6.4, según el cual: «los actos realizados al amparo del texto de una norma que persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de

² *Diccionario de la Real Academia Española*. Entrada: «fraude». Vigésima segunda edición. Espasa. 2001, pág. 1087.

³ *Diccionario del uso del español. Edición abreviada*. María Moliner. Entrada: «fraude». Editorial Gredos. Madrid. 2008, pág. 182.

⁴ *Ibidem*. Entrada «engañar», pág. 48.

⁵ *Diccionario de la Real Academia Española*. Entrada: «engaño», cit., pág. 913.

eludir»⁶. A este respecto, si bien la figura del fraude de ley es patrimonio del derecho privado, no por ello deja de ser acervo común del Ordenamiento jurídico en su totalidad. En ese sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en STC 37/1987 al declarar que el artículo 6.4 CC no es una norma exclusiva de la legislación civil y que es aplicable a todo el ordenamiento⁷. El Tribunal Supremo explica el contenido del artículo 6.4 CC⁸, al señalar que el fraude de ley «supone un acto humano por el que se trata de obtener la tutela de una norma jurídica que está dada para un concreto fin y que el causante del fraude pone en juego los medios suficientes para otra distinta y contrapuesta finalidad, o como recogieron -con evidente maestría- los precedentes de 6 de febrero de 1957 (RJ 1957, 387) y 1 de abril de 1965 (RJ 1965, 2111), exige una serie de actos que pese a su apariencia de legalidad, violan el contenido ético del precepto legal en que se amparan» (f. d. segundo.2).

Con todo, en la naturaleza del fraude de ley se encuentra la creación de una apariencia de realidad, con el propósito de obtener de ella unas consecuencias que la auténtica realidad no aparente, sino deliberadamente encubierta no permitiría. Un ejemplo de ello no consideraría al trabajador en situación legal de desempleo, cuando actúa fraudulentamente para acceder a las prestaciones por desempleo, porque no cabe identificar aceptación de las consecuencias del despido y de la indemnización ofrecida, con cese voluntario en el trabajo, pues en el primer supuesto se está ante un cese decidido por el empleador, en tanto

que en el segundo la extinción tiene lugar por la voluntad del trabajador⁹.

3. TIPOS DE FRAUDE EN LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO

Considerado el fraude en términos generales, procede adentrarnos a continuación en su significado concreto cuando su objetivo se centra en las prestaciones por desempleo. En ese sentido, si por conducta fraudulenta puede entenderse en materia de protección por desempleo, aquella que tiene por objeto el disfrute indebido de las prestaciones, esa conducta puede manifestarse de tres formas: el fraude en sus variadas formas de maquinación, como puede ser la simulación; subiéndolo un escalón más, la connivencia con el empresario para su percepción, que supone el acuerdo de al menos dos personas con el mismo fin fraudulento, y finalmente la compatibilización indebida de la prestación con el trabajo, que suele llevar aparejada, asimismo, la complicidad del empresario.

Las conductas fraudulentas que pueden llevarse a cabo en conexión con las prestaciones por desempleo son numerosas. Según el objetivo que se pretenda, el solicitante intentará colocarse en una situación en la que aparentemente reúne los requisitos exigidos para obtener la prestación a la que no tendría derecho, si no hubiera existido esa conducta artificiosa con el único objetivo de acceder a la prestación. Asimismo es fraudulenta la conducta -en un segundo nivel-, según la cual, aún teniendo derecho a la prestación, lo que se pretende es alargar su duración más tiempo del que le correspondería o, quizá, el objetivo del solicitante sea obtener un incremento de la prestación a través de elevaciones indebidas de las bases de cotizaciones previas al momento en que se produce el hecho causante.

Básicamente, ésas son las conductas fraudulentas más frecuentes en la protección por desempleo, aunque no siempre se producen de forma aislada, ya que en muchos casos,

⁶ Este artículo tiene su origen en la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del título preliminar del Código Civil.

⁷ «El fraude de ley, en cuanto institución jurídica que asegura la eficacia de las normas frente a los actos que persiguen fines prohibidos por el Ordenamiento o contrarios al mismo, es una categoría jurídica que despliega idénticos efectos invalidantes en todos los sectores del Ordenamiento jurídico. En rigor ni siquiera podría sostenerse hoy que el artículo 6.4 del Código Civil, que contempla con carácter general el fraude de ley, es una norma exclusiva de la legislación civil. El citado precepto, como la mayor parte de los que integran el Título Preliminar, es aplicable a todo el ordenamiento y solo por tradición histórica, sin duda respetable, conserva en el Código Civil su encaje normativo» (STC 37/1987).

⁸ STS (Sala de lo Civil) 8 octubre 2003 (RJ 2003 7224).

⁹ STSJ Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social) 11 julio 2005 (JUR 2005 180159).

se intenta “aprovechar el viaje” o por decirlo de forma más castiza se procura “no dar una puntada sin hilo”, en el sentido de que si la prestación no le correspondiera, se intenta obtener el mayor partido posible, mediante la “preparación” de los requisitos, al objeto de que, tanto la duración de la prestación en el tiempo, como su cuantía, sean lo más elevadas posibles¹⁰.

3.1. Obtención indebida de prestaciones mediante fraude

La conducta que consiste en la obtención indebida de prestaciones mediante fraude se utiliza con el propósito de alcanzar la percepción de una prestación a la que en realidad no tiene derecho el solicitante. Conducta que se haya descrita en los artículos. 26.1 y 23.1.c) Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), según se refiera, respectivamente al trabajador o al empresario que colabora en la obtención indebida de la prestación por parte del trabajador. Las conductas que se describen en esa norma no son sencillas de comprobar porque si en un principio parece clara la aplicación del precepto, en ocasiones intervienen factores que pueden hacer dudar acerca de si la prestación le es o no debida al solicitante. Es lo que sucede, cuando, por ejemplo, se plantea si es necesario para que se considere fraude, que se culmine la conducta mediante la obtención efectiva de la prestación, o bastaría su mera preparación o maquinación. La conducta fraudulenta resulta más difícil de demostrar cuando la prestación de servicios ha existido real y efectivamente, ya que si se

demonstrara que se ha simulado una relación laboral inexistente, el fraude es evidente, aunque paradójicamente esto último resulta más difícil de demostrar. En el primer caso, me refiero a situaciones fronterizas en las que no resulta claro hasta qué punto ha existido fraude, básicamente porque se ha seguido el cumplimiento estricto de las normas y es entonces, al entrar en la valoración de la intencionalidad de las conductas, cuando se presenta la dificultad en determinar si hay fraude.

En las conductas que pretenden obtener la protección por desempleo sin tener derecho, por mediar una conducta fraudulenta -las más frecuentes-, abundan aquellas en las que se simula el desempeño de una relación laboral (por cuenta ajena) con objeto de acceder al derecho a la prestación.

3.1.1. Simulación de la relación laboral

El ingenio en la simulación como mecanismo de fraude se manifiesta de diversas formas, he aquí algunas de ellas:

a) Simulación en la acreditación de la involuntariedad en el cese de la relación laboral del trabajador. En este caso, el despido es un acto meramente formal, efectuado exclusivamente para acreditar la situación legal de desempleo, con la finalidad de acceder a las prestaciones y posterior capitalización para integrarse como trabajador autónomo, en la SLL de la que procede, siendo por tanto una actuación fraudulenta¹¹. Esta quizá sea la manifestación de fraude más frecuente, hasta el punto que se considera en muchos casos, como algo normal.

b) Despido inexistente en realidad, para percibir de forma fraudulenta la capitalización de las prestaciones por desempleo¹².

c) Cese voluntario del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomo

¹⁰ Se trata de conductas descritas en el artículo 26.1 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, dirigidas a los trabajadores o asimilados, beneficiarios y solicitantes de prestaciones, cuando establece como infracción muy grave: «Actuar fraudulentamente con el fin de obtener prestaciones indebidas o superiores a las que correspondan, o prolongar indebidamente su disfrute mediante la aportación de datos o documentos falsos; la simulación de la relación laboral; y la omisión de declaraciones legalmente obligatorias u otros incumplimientos que puedan ocasionar percepciones fraudulentas».

¹¹ STSJ Valladolid (Sala de lo Social) 19 octubre 2005 (AS 2005, 2843).

¹² STSJ Valladolid (Sala de lo Social) 18 julio 2005 (AS 2005, 202747).

mos y suscripción de contrato temporal de tan solo dos días de duración y a tiempo parcial¹³.

d) Excedencia voluntaria que no solicita el reingreso a su puesto de trabajo, tras posterior contratación temporal en otra empresa en condiciones profesionales, económicas y temporales más precarias¹⁴.

Son algunos ejemplos en que los Tribunales han apreciado fraude en la obtención de prestaciones de desempleo. Comprobación del fraude que requiere de una elaborada labor argumental basada en pruebas indirectas o indiciarias¹⁵ que acrediten sin el menor género de duda la existencia de fraude por parte del solicitante de las prestaciones. Así, por ejemplo en el supuesto que se relata telegráficamente a continuación se demuestra que la empresa simuló la contratación laboral para que el trabajador accediera a la percepción de las prestaciones por desempleo, sin que el trabajador llegara a desempeñar la actividad laboral en la empresa de su padre¹⁶. Y para

demostrar algo tan difícil como es que el trabajador no ha prestado servicios, cuando formalmente figura dado de alta en la Seguridad Social, con contrato de trabajo documental, es necesario realizar muchas comprobaciones, si se quiere “menores”, pero que unidas y relacionadas entre ellas constituyen pruebas indiciarias, así:

- Carecía de mesa propia de trabajo, “compartiendo” la mesa en ocasiones con otra trabajadora.
- No se precisaban en la empresa las tareas laborales que realizaba el trabajador.
- No existía listado de entradas y salidas, ni permanencia del trabajador en el centro de trabajo.
- El sueldo se pagaba en efectivo, por lo que no hay comprobación bancaria de transferencia por salario.
- El trabajador tampoco realizaba el ingreso del sueldo en cuenta bancaria.
- No ha realizado declaración a Hacienda del IRPF, por lo que no se pueden demostrar los sueldos percibidos.
- El empresario en la declaración del IRPF correspondiente al ejercicio correspondiente al de la contratación del trabajador, en el epígrafe 410, referido a “Sueldos y Salarios y otros gastos de personal”, la deducción realizada corresponde a una cantidad inferior a la que supuestamente percibió el trabajador de la empresa.
- En la declaración del IRPF del ejercicio correspondiente no hay ningún tipo de deducción por salarios de personal, aunque aparentemente el hijo del titular estuvo en la empresa en ese ejercicio, a la vista de las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes.
- La carta de despido y efectos de baja en el Régimen General en la misma fecha indica que la causa está motivada

¹³ STSJ Burgos (Sala de lo Social) 3 octubre 2005 (AS 2005, 241923).

¹⁴ En este sentido, especifica la sentencia, que después de haber prestado servicios en una empresa durante varios años con contrato indefinido, se le concede a la trabajadora una excedencia voluntaria durante un año. Sin embargo, la trabajadora, en lugar de reincorporarse a su antigua empresa, «tiene lugar la contratación durante un mes y 20 días, en población distinta y distante de aquella en que tenía establecido su domicilio, con categoría y salario inferiores a los ostentados en la primera, es decir, en condiciones temporales, profesionales y económicas más precarias que las disfrutadas en virtud de la contratación de carácter indefinido que la precedió. En tales circunstancias la precariedad del empleo temporal consecutivo, donde no lucra carencia mínima, no permite enervar la inexistencia de situación legal de desempleo de la actora por no haber solicitado en tiempo y forma el reingreso en aquella otra empresa, “ex” art. 208.4 LPL, y, dada la falta de lógica aparente del proceder de la actora, puede muy bien valorarse el fraude de Ley, art. 6.4 CC, pues como única finalidad del contrato temporal, a la vista de lo dicho, no cabe considerar sino la búsqueda de un mecanismo que permita formalmente la apreciación de una situación de cese involuntario en el trabajo para acceder a la prestación discutida, a la que en otro caso no tendría derecho» [STSJ Valladolid (Sala de lo Social) 31 marzo 2005 (AS 2005, 641) f. d. cuarto].

¹⁵ Pruebas indirectas o indiciarias, que serán objeto de estudio minucioso al analizar los elementos del fraude, como medios de prueba fundamentales, para comprobar el fraude en las prestaciones de Seguridad Social.

¹⁶ Este supuesto es abordado en la STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 7 mayo (JUR 2007, 200886).

“por la reiterada falta de puntualidad al trabajo durante los días 10, 11, 14, 15 y 16 de Octubre del presente año”, comprobándose que el trabajador no realizó ningún tipo de acción jurisdiccional contra dicho despido.

- La plantilla que tenía el empresario era de un solo trabajador (correspondiente a su hijo). Desde la fecha del cese laboral no se ha cubierto la vacante por otro trabajador. A continuación, el hijo y trabajador del empresario, solicita prestaciones por desempleo.

El Tribunal en esta sentencia, recuerda que «en nuestro ordenamiento jurídico, junto a los medios de prueba que puedan ser calificados como de apreciación directa, se regula y reconoce con toda efectividad la vía probatoria de las presunciones» (f. d. tercero). En efecto partiendo de los hechos antes descritos y enlazándolos mediante una argumentación lógica le permite afirmar que «cada uno de tales hechos, considerados de forma individual no pueden constituir base de convicción suficiente, pero relacionados entre si y valorados de forma conjunta sí constituyen un consistente soporte fáctico de que deducir, según las reglas del criterio humano que la empresa recurrente ha simulado la contratación laboral con (el trabajador), para que éste accediera a la percepción de las prestaciones por desempleo» (f. d. tercero).

En cualquier caso debe reconocerse que resulta complicado demostrar que no se ha trabajado, cuando de la documentación tramitada (alta en la Seguridad Social y correlativas cotizaciones, formalización del contrato de trabajo, etc.) se desprende que el trabajador ha prestado servicios. Es fácil comprobar que trabaja si sigue en la empresa dado de alta en el momento en que se llevan a cabo las investigaciones procedentes. Sin embargo, resulta difícil comprobar al que ya ha sido formalmente dado de baja en la Seguridad Social, que no estuvo trabajando en el periodo en que figuraba dado de alta. Eso podría acreditarse mediante una serie de entrevistas a diversos compañeros del trabajador, clientes, proveedores, o a través de algún medio que permita demostrar que el trabajo solo lo pudo desempeñar la persona investigada.

Por el contrario, si el trabajador ha prestado servicios en la realidad y como consecuencia de ello ha lucrado la prestación por desempleo, salvo que el fraude venga dado por algún falseamiento en la duración o en la cuantía, si el trabajador verdaderamente reúne los requisitos, para causar derecho, en este caso, no parece que tenga relevancia la motivación por la que el trabajador llevó a cabo su actividad. Si trabajó de forma efectiva y reúne los requisitos, aunque ese trabajo tuviera como motivación el futuro cobro de la prestación por desempleo, no parece que pueda apreciarse conducta fraudulenta alguna. En este mismo sentido, parte de la doctrina judicial entiende que «el ejercicio de un derecho de rango constitucional, como es el del acceso al trabajo (artículo 35), y a la Seguridad Social (artículo 41), a través de la suscripción de un contrato de trabajo que sea real, aunque la motivación principal del trabajador sea, no ya tanto la salarial, como la de conseguir así en su momento las condiciones que permitan el acceso a las prestaciones, y aunque la consecución del contrato tenga una base de favor o amistad directa o indirecta, si resulta real la prestación del trabajo, pues no existe prohibición legal al respecto»¹⁷.

Se trata de un criterio que no considera fraudulenta la búsqueda de su incorporación al trabajo no ya tanto por la propia relación laboral en sí misma considerada, con el correspondiente intercambio de la prestación de servicios y salario, sino por las consecuencias que esa relación comporta, en este caso, la obtención del derecho a una prestación de la Seguridad Social.

¹⁷ STSJ Extremadura (Sala de lo Social) de 2 febrero 2010 (JUR 2010, 112738) f. j. 3º. La Sentencia de la Sala, abunda en la misma idea cuando señala que «ese acceso a prestaciones no es sino un derecho derivado, que tiene todo trabajador, y que en principio, pretende todo trabajador, en ejercicio regular de sus derechos constitucionales y ordinarios. Por lo tanto, es lógico y normal que se busque por parte de un trabajador cualquier tipo de vinculación laboral, que lo aparte de una situación de desempleo, y que además le permita, junto a la percepción de la retribución, esa otra posibilidad prestacional, que solamente le estará vedada si resultara falsa la vinculación contractual, no si la misma resulta, en apariencia, no muy explicable en términos de rentabilidad o de ortodoxia empresarial, o de opinión judicial, pues esa es una cuestión que es ajena a la contratación realizada, y por ende, a sus consecuencias, y a su enjuiciamiento» (f. d. tercero).

Por el contrario, otra corriente de la doctrina judicial no comparte la anterior postura, pues entiende que, si el contrato se celebró solamente con la intención de obtener la prestación, con independencia de que se reunieran los requisitos de laboralidad, estaríamos ante un fraude, precisamente porque en ese caso ya no cumpliría todos los requisitos, pues con seguridad le faltaría alguno de ellos. Y así, en un supuesto de subsidio por maternidad¹⁸, se considera conivencia, la formalización de un contrato de trabajo a sabiendas de la concurrencia de una causa determinante de la imposibilidad de su total cumplimiento, con independencia de que la trabajadora hubiese efectivamente desarrollado las funciones propias del contrato de trabajo. En este caso, al encontrarse próxima la fecha en que tendrá lugar el nacimiento y concertarse un contrato de poca duración en el tiempo, el desempeño efectivo en la actividad de la trabajadora será mínimo o incluso nulo. En consecuencia, según esta posición, se admite la posibilidad del fraude aún mediando relación laboral real y efectiva, con base en que no podría cumplir la prestación de servicios en su totalidad.

3.1.2. Simulación de la involuntariedad en el cese del trabajo

Otro tipo de conducta fraudulenta, también relacionada con la simulación, si se quiere menos grotesca, es aquella en la que habiendo existido esta vez actividad laboral real, sin embargo, lo que se intenta, es hacer creer que se cumple ese requisito tan característico que se exige en la prestación por desempleo como es el de encontrarse en situación legal de desempleo. Son muy variadas esas situaciones, pero casi todas ellas tienen en común la ausencia de voluntad del trabajador en finalizar su contrato de trabajo. De manera que la conducta considerada como fraudulenta consiste en simular que no ha concurrido la voluntad del trabajador en la extinción de la relación laboral. La cuestión es que pese a su gravedad es frecuente este tipo de conductas de “arreglar los papeles” para cobrar la prestación por desempleo.

3.1.3. Conexión entre el cese en la actividad durante el período de prueba de un contrato temporal y el anterior contrato indefinido rescindido voluntariamente por el trabajador

Una de las situaciones legales de desempleo ubicada en el artículo 267.1.7º LGSS, consiste en «la resolución de la relación laboral, durante el período de prueba, a instancia del empresario, siempre que la extinción de la relación laboral anterior se hubiera debido a alguno de los supuestos contemplados en este apartado, o haya transcurrido un plazo de tres meses desde dicha extinción». Esto quiere decir, que para encontrarse en situación legal de desempleo es necesario, una vez extinguida la anterior relación laboral por el trabajador, que el cese en el nuevo trabajo únicamente se produzca por una de estas dos formas:

a) Durante el período de prueba del último trabajo pero a condición de que la anterior relación laboral se haya extinguido como consecuencia de encontrarse en situación legal de desempleo.

b) Que hayan transcurrido, al menos, tres meses desde la extinción del anterior contrato indefinido, con independencia de que la extinción se hubiera producido por voluntad del trabajador. Y es en este segundo supuesto, donde se ubican las posibilidades del fraude, pues si no es posible encontrarse en situación legal de desempleo dentro de los tres meses posteriores al cese voluntario del contrato indefinido, la trampa consiste en esperar unos días más para colocarse en tal situación. Se trata por tanto de dilucidar si esos pocos días o semanas que superan los tres meses, desde la extinción del contrato indefinido pueden considerarse como una conducta fraudulenta, en el caso naturalmente de que la nueva relación laboral sea de corta duración. En un principio, la doctrina judicial, se mostró favorable a considerar como fraudulentas tales conductas, porque «cesar voluntariamente en un trabajo de carácter indefinido, en momentos como el presente en que conseguir un trabajo fijo es muy difícil, y poco después concertar un contrato de trabajo que su duración efectiva fue de 11 días, es un indicio claro que esta última contratación tuvo por objeto conseguir la cobertura legal precisa para obtener

¹⁸ Es el supuesto que se contempla en la STSJ Asturias (Sala de lo Contencioso-administrativo) 31 enero 2002 (JUR 2002, 75393).

la prestación de desempleo» (f. d. segundo) y concluye señalando que por el simple juego de una elemental prueba de presunciones obtenida, se estima la existencia de fraude de ley¹⁹.

En un período intermedio, el Tribunal Supremo inició una postura partidaria de restringir las presunciones de fraude en estas situaciones si no eran claramente demostradas. En este sentido dos sentencias del Tribunal Supremo constituyen el modelo al que debe mirarse a la hora de pronunciarse cualquier órgano jurisdiccional.

En la primera de ellas²⁰, el trabajador había prestado servicios para una empresa con contrato por tiempo indefinido, jornada completa, categoría de auxiliar gráfico, desde marzo de 1993, siendo su salario de 135.000 ptas. mensuales. El 10-9-1999, causó baja voluntaria en la empresa. El 12 del mismo mes y año concertó la prestación de sus servicios con otra empresa, a media jornada, salario de 78.000 ptas. mensuales, por circunstancias de la producción por un mes, prorrogándose hasta 12-11-1999, en cuya fecha cesó por expiración del plazo concertado²¹. Solicitadas las prestaciones de desempleo le fueron denegadas por el SPEE, por entender fraudulenta la contratación temporal. La sentencia de instancia estimó la demanda y concedió la prestación al demandante. Sin embargo, la STSJ de Cataluña revocó la Sentencia de instancia, con la argumentación siguiente: «del hecho cierto del cese voluntario y consiguiente imposibilidad de acceso a las prestaciones de desempleo, no es ilógico deducir que la posterior

contratación temporal, no perseguía sino revitalizar las cotizaciones anteriores que habían quedado vacías de contenido en razón a aquel cese» (f. d. primero). La STS pese a reconocer que el fraude de ley no se presume, al hilo de otras sentencias anteriores, en el sentido de que tampoco excluye en absoluto la posibilidad de que el carácter fraudulento de una contratación pueda establecerse por la vía de las presunciones, cuando entre los hechos demostrados (...) y el que se trata de deducir (...) hay un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Y se basa según argumenta el Tribunal, en «unos hechos ciertamente anómalos, carentes de una explicación razonable» (f. d. tercero).

Sin embargo, la Sentencia del Supremo²² que contiene el criterio más equitativo y consolidado hasta la fecha, considera que el cese voluntario en contrato indefinido con suscripción posterior de contrato temporal, no implica de forma automática la existencia de fraude de ley, sin que exista obligación por parte del trabajador de justificar su cese²³.

²² STS (Sala de lo Social) 6 febrero 2003 (RJ 2003, 3086).

²³ El Tribunal Supremo en esta sentencia, realiza una extensa argumentación que sin duda constituye un modelo de referencia al que deberá acudirse, y sobre todo, explica las razones por las que la conducta descrita por sí sola no es fraudulenta, al señalar: «El legislador, con el pensamiento puesto en actitudes fraudulentas, creyó conveniente limitarse a retener como relevantes las extinciones de un segundo contrato, en período de prueba y a iniciativa del empresario, las cuales actuaban como impedimento para el acceso a la protección contributiva de desempleo; prevención de la que el trabajador solamente podía escapar, o bien porque se demostraba que la extinción del primero y anterior contrato es de aquellas que, según la enumeración normativa, constituye una auténtica situación de desempleo, o bien porque han transcurrido tres meses desde tal extinción (o desde la sentencia que declaró procedente el despido). O lo que es lo mismo: el legislador pensó que ahuyentaba el peligro del fraude, y hasta la existencia del mismo, con exigirse al operario que, cuando la extinción, durante el período de prueba, del segundo contrato, hubieren transcurrido ya tres meses desde la extinción del primer contrato; de ser así, ya no cabía hablar de fraude». Y añade, «por consiguiente, si el legislador hubiera pensado entonces o lo pensara en la actualidad, que la mera sucesión de dos contratos de trabajo, el primero de carácter indefinido y con cierta antigüedad en el interesado, y el segundo de carácter temporal y con duración relativamente breve, constituía un claro supuesto de fraude de Ley, lo habría incluido en alguna de las reformas llevadas a cabo en la legislación sobre desempleo. Pero no lo ha hecho» (f. d. sexto. 2). Y finaliza, sentenciado:

¹⁹ STSJ Castilla y León (Sala de lo Social) 31 marzo 1993 (AS 1993, 1199); en el mismo sentido STSJ Galicia (Sala de lo Social) 12 mayo 1994 (AS 1994, 2255), en contra de ese criterio, la propia STSJ Galicia (Sala de lo Social) 22 noviembre 2011 (JUR 2011, 429729) aplica la última jurisprudencia del TS.

²⁰ STS 24 febrero 2003 (RJ 2003, 3018).

²¹ Como se puede observar, no ha traspasado el período de los tres meses desde la extinción voluntaria del contrato indefinido. Pero a la vista del supuesto concreto se desprende que la denegación no se debió al mero incumplimiento del plazo sino a algo de mayor gravedad como es la existencia de conducta fraudulenta para obtener la prestación. Las consecuencias en uno y otro caso son muy distintas: en el primero simplemente se deniega la prestación sin perjuicio de que pueda solicitarla más adelante. En el segundo caso, se extingue.

La conclusión a la que llega el Tribunal Supremo es la de que la formulación de una doctrina unificada es posible, en el sentido de declarar doblemente:

1º) Que no existe precepto alguno que someta al trabajador, en los pleitos por desempleo, a justificar las razones por las que abandonó voluntariamente la anterior empresa; desde luego, ello no sería una consecuencia del viejo artículo 1214 del Código Civil, ni del nuevo artículo 217 de la LECiv.

2º) Que no cabe presumir, por la mera sucesión de contratos como los descritos, y sin ninguna circunstancia adicional relevante, la existencia de fraude. Ello sin perjuicio de que en casos en que concurren circunstancias especiales o significativas, sí quepa llevar a cabo tal presunción.

La sentencia justifica que la conducta del trabajador podría tener su origen en circunstancias que han conducido a tomar decisiones alejadas de una intencionalidad fraudulenta, al señalar que «nada excluye, al menos razonablemente, que en una concreta relación laboral indefinida, aparezcan momentos de crisis o desasosiego, que lleven al trabajador a abandonar voluntariamente su puesto de trabajo; y después, a aceptar el que se le ofrezca, aunque sea de índole temporal, acuciado por las necesidades propias y de los suyos. Declarar que este trabajador, con ese simple comportamiento, se convierte en un *fraudator* y que soporta procesalmente la carga de probar esa crisis personal, cuya justificación será muchas veces dificultosa; o construir una presunción de fraude que solamente se apoya en la simple sucesión contractual de mérito; ambas cosas, se insiste, serían algo carente del más mínimo apoyo en nuestro ordenamiento jurídico vigente» (f. d. sexto. 5).

Comparando ambas sentencias, el razonamiento del que parte la primera de las Sentencias (STS de 24 de febrero de 2003) parece construir una presunción de fraude por el

hecho de no considerar habitual o lógico que un trabajador extinga un contrato indefinido y suscriba posteriormente un contrato temporal, pues la única razón que alega para considerar que existe fraude de ley es que estamos ante unos hechos anómalos, carentes de una explicación razonable. Esta argumentación implica que toda sucesión de contratos de trabajo en el que el primero sea de carácter indefinido, tenga cierta duración y termine por voluntad del trabajador, y el segundo sea de duración más corta e incluso temporal, es algo que implica fraude de ley tan solo porque no parece razonable. En cambio, la STS de 6 de febrero de 2003, incide en que al trabajador no se le puede exigir que justifique las razones por las que abandonó voluntariamente la anterior empresa. En consecuencia, lo que debe probarse para apreciar el fraude es que el segundo contrato es fraudulento y, por tanto, que está en el ánimo de las partes crear una apariencia de relación laboral de la cual deducir prestaciones de desempleo que de otro modo no corresponderían. Sin embargo, no cabe la inversión de la prueba y por tanto, no debe ser el trabajador el que pruebe que no existe ánimo defraudatorio en el segundo contrato sino que de las aportaciones que haga el SPEE o de las propias circunstancias del caso el juez debe deducir bien la apariencia formal del segundo contrato o bien que a través del mismo no ha existido una efectiva prestación de servicios. El mero hecho de extinguirse un contrato por tiempo indefinido y suscribirse a continuación un contrato temporal no implica el fraude, sino que será necesario algún elemento probatorio o algún indicio indiscutible apreciado por el juez del que pueda deducirse el carácter fraudulento del segundo contrato.

Se trata, por tanto, de dos sentencias del Tribunal Supremo en unificación de doctrina que mantienen una doctrina diferente²⁴, en cuestiones tan similares en pocos días de diferencia. En consecuencia, la exigencia de que el fraude realizado con la intención de obtener prestaciones por desempleo, a través de sucesión de contratos debe demostrarse a través de diversas pruebas o indicios que conduzcan

«La abstención del legislador en este punto permite pensar que una sucesión de contratos, como la aquí contemplada, no es, por sí sola, fraudulenta» (f. d. sexto. 2).

²⁴ AGUILERA IZQUIERDO, R.: «El fraude de ley en el acceso a las prestaciones por desempleo: la sucesión de contratos». *Aranzadi Social*, BIB 2005\1253, pág. 4.

a la inequívoca conducta fraudulenta del trabajador. No basta pues, la mera presunción porque el legislador ya tuvo en cuenta esa posibilidad al limitar el período en el que no es posible encontrarse en situación legal de desempleo.

3.1.4. *Percepción de prestaciones por desempleo en supuestos de reiterada contratación temporal abusiva o fraudulenta*

Según el artículo 147.1 LRJS, «cuando la Entidad Gestora u Organismo Gestor de las prestaciones por desempleo constate que, en los cuatro años inmediatamente anteriores a una solicitud de prestaciones, el trabajador hubiera percibido prestaciones por finalización de varios contratos temporales con una misma empresa, podrá dirigirse de oficio a la autoridad judicial demandando que el empresario sea declarado responsable del abono de las mismas, salvo de la prestación correspondiente al último contrato temporal, si la reiterada contratación temporal fuera abusiva o fraudulenta, así como la condena al empresario a la devolución a la Entidad Gestora de aquellas prestaciones junto con las cotizaciones correspondientes». En estos casos, es preciso que se demuestre la conducta fraudulenta en la reiteración de la contratación sucesiva de contratos temporales. De manera que el fraude de ley constituye una apreciación jurídica a la que se llega mediante una deducción que une indiscutiblemente la realización de negocios jurídicos formalmente lícitos, con el hecho de obtener al cobijo de una norma, un resultado prohibido por el ordenamiento debiendo el SPEE establecer los factores fácticos de los que obtiene de esa conclusión²⁵. La Entidad Gestora no se dirige administrativamente contra el beneficiario (trabajador) de las prestaciones por desempleo sino que considera objeto de una peculiar pretensión procesal la reiteración fraudulenta de contratos y se dirige entonces (demanda) contra el empresario responsable de tal con-

ducta reiterativa, manteniendo incólume la posición jurídica del trabajador beneficiario²⁶.

En estos supuestos, las causas de fraude más frecuentes son aquellas en las que el contrato se sujeta en su duración a un tiempo desconociendo la regla de que, salvo las causas previstas legalmente, si el trabajo obedece a las necesidades permanentes de la empresa, es decir a su actividad normal y continuada, ha de proveerse con personal fijo, e igual solución para los supuestos de sucesión encadenada respecto del mismo trabajador y sin solución de continuidad de contratos de duración determinada sin justificación en la naturaleza temporal de la actividad o del servicio en los que consista la prestación²⁷.

Otra cosa es que se trate de una simple sucesión contractual, de todo punto insuficiente para construir una situación de fraude, ya que este no se presume. Y ello, sin perjuicio de que el carácter fraudulento de una contratación pueda establecerse por la vía de la prueba de las presunciones, en los supuestos de la existencia de unos hechos ciertamente anómalos, carentes de una explicación razonada, cuestiones que vienen a dificultar la apreciación de la causa fraudulenta²⁸. En este sentido, la utilización de una contratación irregular en la forma, como sucede cuando se debía haber formalizado un contrato de fijo discontinuo, en lugar de diversos contratos temporales encadenados no entraña una conducta fraudulenta. Se trata de una situación bastante frecuente, y no se estima la existencia de fraude al equipararse la sucesiva contratación temporal a la de los trabajadores fijos discontinuos, que a la terminación de sus trabajos causan derecho a la prestación o subsidio por desempleo y

²⁵ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «La modalidad procesal de reiteración fraudulenta de contratos temporales», Justicia laboral, núm. 20. 2004 (lexnovaonline), pág. 4.

²⁷ SEMPERE NAVARRO, A. V. y CARDENAL CARRO, M.: «Los contratos temporales ordinarios en el ordenamiento laboral». La Ley-Actualidad, 1996; CASAS BAAMONDE, M. E., VALDÉS DAL-RÉ, F., «Diversidad y precariedad en la contratación laboral en España». *Relaciones Laborales*. Tomo I. 1989.

²⁸ PERÁN QUESADA, S.: «El reintegro de las prestaciones asistenciales por desempleo causadas por el abuso o fraude en la reiterada contratación temporal en la Ley 45/2002». *Aranzadi Social*. Paraf. 52 (Presentación), 2005. BIB 2005\2241, Pág. 6.

²⁵ PURCALLA BONILLA, M.: «Prestaciones por desempleo vinculadas a contratación temporal fraudulenta o abusiva: reclamación judicial de oficio por parte del INEM». *Diario La ley*, núm. 5708, 30 enero 2003, pág. 5.

cuya obtención no constituye en principio salvo prueba en contrario conducta fraudulenta alguna. La Jurisprudencia²⁹, parte por cuestionarse, por un lado, cuál hubiera sido la forma correcta en la contratación laboral, que en este caso era la que corresponde a los contratos fijos discontinuos en lugar de meros contratos temporales, y en el caso de que el trabajador hubiera percibido igualmente las prestaciones con la utilización del contrato adecuado, es evidente que no existe fraude, sino tan solo la formalización de un contrato incorrecto, objeto en su caso de irregularidad administrativa de menor gravedad cuyo control corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

De manera, que la conducta fraudulenta está condicionada, «no tanto a la demostración de las posibles irregularidades de los contratos, sino a que éstas generaron una indebida percepción de prestaciones de desempleo. De modo que si queda de manifiesto que las trabajadoras también habrían tenido derecho a desempleo si en lugar de suscribir el contrato concertado, supuestamente abusivo o fraudulento hubieran celebrado el que legalmente correspondía según la norma eludida, es evidente que las posibles irregularidades de los contratos serían irrelevantes a los efectos discutidos, puesto que ningún perjuicio habrían causado a la Entidad Gestora al estar también obligada a abonar las prestaciones correspondientes al contrato que legalmente correspondía» (f. d. tercero)³⁰.

En consecuencia cabe concluir que, con independencia de la figura contractual que se haya utilizado, si el trabajador hubiera formalizado la modalidad contractual correcta (en este caso, la relación laboral de fijos discontinuos) también tendría derecho a la prestación. Ello no significa que no tenga consecuencias, pues si afecta a obligaciones meramente formales, como es la suscripción de un contrato de trabajo inadecuado, será calificado como una infracción leve, según el

artículo 6.6 LISOS. En cambio, si esa contratación se demostrara que ha sido utilizada en fraude de ley (artículo 7.1 LISOS), se convertiría una infracción calificada como grave. Es imprescindible, en consecuencia, que se demuestre la conducta fraudulenta en la sucesión de contratos temporales a través de la prueba indiciaria a la que me referiré más adelante, para que proceda el reintegro de las prestaciones por desempleo, sin que sea suficiente la formalización de una modalidad contractual incorrecta, si habiendo utilizado la adecuada (la que corresponde a trabajos fijos discontinuos) hubiera obtenido el derecho.

3.2. Connivencia empresa-trabajador con la finalidad de obtener prestaciones por desempleo

La connivencia entre la empresa y el trabajador para que este último pueda obtener la prestación por desempleo es una de las clases de fraude más habituales y sin embargo, es la que mayores dificultades encuentra para ser demostrada. Esta clase de connivencia para obtener una prestación de forma irregular, es un tipo de fraude cualificado, caracterizado porque para la obtención de aquella intervienen al menos la empresa y el trabajador, que se ponen de acuerdo para realizar la conducta que haga posible la obtención de la prestación, ordinariamente a favor del trabajador.

No debe olvidarse, pese a todo, que la presunción de inocencia, base de nuestro ordenamiento jurídico, exige especialmente a las Administraciones Públicas, que en el desempeño de sus actuaciones sancionadoras contra quienes presuntamente han infringido la norma, demuestren fehacientemente la realidad de las imputaciones vertidas. En el caso de la connivencia, resulta más delicado, pues nos adentramos en el resbaladizo terreno de intencionalidades de más de un presunto infractor. Es por eso, que en estos casos, especialmente se hace necesario que se investigue el asunto de manera minuciosa observando los elementos del fraude a los que me referiré al final del presente estudio.

Existen numerosas modalidades de connivencias, como el que se produce entre familiares. Sería el caso de un trabajador dado de

²⁹ STS (Sala de lo Social) 18 Mayo 2009 (RJ 2009, 3882).

³⁰ STS (Sala de lo Social) 18 Mayo 2009 (RJ 2009, 3882). Esta misma doctrina se mantiene en la STS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 4557); SSTSJ Galicia (Sala de lo Social) 16 febrero 2011 (AS 2011, 1433) y 22 enero 2010 (AS 2010, 314).

alta en el RETA como titular de una empresa de autónomo de la construcción, y en tal condición la inmensa mayoría de sus ingresos provenían de la empresa de su propio hermano a la que facturaba prácticamente en exclusiva; tras haberse informado en las oficinas del SPEE de los requisitos para acceder a las prestaciones de desempleo, se da de baja como trabajador autónomo el jueves 30 de junio de 2011 y es contratado al lunes siguiente 4 de julio de 2011 como trabajador por cuenta ajena en la empresa de su hermano, mediante un contrato temporal por circunstancias de la producción de tan solo 5 días de duración, siendo dado de alta y cotizando a la Seguridad Social por ese período; la empresa de su hermano fue requerida por la Inspección de Trabajo para que aportara la documentación de esa contratación, sin presentarse ni aportar documentación alguna. «Siendo estas las circunstancias del caso no cabe la menor duda -afirma la Sala³¹-, de la existencia de una clara, evidente e indiscutible connivencia entre el demandante y su propio hermano para la indebida obtención de las prestaciones de desempleo, utilizando el subterfugio de formalizar un contrato de trabajo de tan solo 5 días de duración para que el actor pudiese aparecer formalmente como trabajador por cuenta ajena y solicitar tales prestaciones al SPEE. No cabe otra posible explicación que atentaría contra las más elementales reglas del sentido común, teniendo en cuenta que anteriormente el actor ya facturaba la totalidad de su actividad como autónomo a la empresa de su hermano, por lo que no hay ninguna posible justificación de una modificación tan relevante de la naturaleza de la relación jurídica mantenida hasta esa fecha entre ambos empresarios autónomos, en la medida en que el hermano del demandante podía seguir utilizando perfectamente los servicios del actor en las mismas condiciones anteriores, si es que efectivamente los necesitaba en cualquiera de sus obras. Si a esto añade que esa modificación tiene lugar a los pocos días de haberse personado el actor en las oficinas del SPEE para informarse de los requisitos necesarios para acceder a las prestaciones de desempleo; que el contrato de trabajo en cues-

tion tan solo tiene una duración de 5 días y que la empresa de su hermano ha hecho caso omiso al requerimiento de la Inspección de Trabajo negándose a facilitar cualquier tipo de documentación, la conclusión no puede ser otra que la de entender que estamos ante una mera y simple simulación de la relación laboral que tiene como objeto la comisión de un fraude de ley para permitir el acceso del actor a las prestaciones de desempleo a las que no tendría derecho en su condición de trabajador autónomo. Y no es óbice para ello el hecho de que la empresa del hermano del actor le hubiere dado de alta en Seguridad Social y abonado las cotizaciones de esos 5 días, porque esta actuación no legitima en modo alguno la supuesta contratación laboral y no desaparece con ello la evidente y flagrante connivencia entre la empresa y el trabajador, que tiene como único objetivo la mera y simple simulación de un contrato de trabajo por cuenta ajena para conseguir el acceso a las prestaciones de desempleo. Estamos de esta forma ante la falta prevista en el art. 26.3º de la LISOS y es por lo tanto ajustada a derecho la sanción de pérdida de la prestación de desempleo que le ha sido impuesta al actor conforme al art. 47.1º b) de esa misma norma legal».

Es un ejemplo, que permite darse cuenta de la necesidad de investigar todos los indicios que puestos en relación, permiten albergar de forma unívoca la convicción de que la única intención de la empresa y del trabajador era que este obtuviera la prestación por desempleo.

En otro supuesto, se comprobó como fraudulenta la percepción del subsidio de mayores de 52 años, de un trabajador³², «que se dio de baja en el RETA voluntariamente en fecha 30.06.2009 y se da de alta como demandante de empleo a continuación, suscribe un contrato como oficial de construcción, profesión para la que no se hallaba inscrito en su demanda de empleo, en la que no ha podido acreditar el abono de salarios, ni la prestación realizada. A ello se añade que la empresa que lo contrata carecía de actividad y no ingresaba cantidad alguna por cuotas

³¹ STSJ Cataluña (Sala de lo Social) 14 febrero 2014 (JUR 2014, 88301).

³² En la STSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) 5 marzo 2014 (JUR 2014\122951).

de Seguridad Social desde el año 2006, careciendo asimismo de cualquier información fiscal o contable acreditativa de una actividad, como facturas, cuenta en entidad bancaria, contratos de ejecución de obras, etc. Del mismo modo carece también de los elementos indispensables para una actividad como la de construcción, aunque sea a un nivel muy elemental, pues carece de vehículo propio con el que trasladar el material, ni ha solicitado permisos de obra o declaraciones de IVA. El hecho de que la empresa tampoco tenga sede o domicilio social que avale la realización de alguna actividad profesional, conlleva que se tenga por correctamente denegada la prestación objeto de la demanda». La sala entiende que, «es cierto que el fraude en la contratación no se presume y debe acreditarse, pero de los propios datos cronológicos enumerados por el SPEE, que constituyen claros indicios de una simulación contractual dirigida a obtener indebidamente prestaciones, se infiere que dicha prestación de servicios no se produjo, pues la empresa no estaba en condiciones de ofrecer al trabajador actividad alguna en el campo de su actividad. Ni empresa ni trabajador han sido capaces de aportar el más mínimo dato de que se realizase alguna prestación de servicios o se cobrase por ello cantidad alguna. Por ello, el elemento subjetivo intencional cobra toda su entidad defraudatoria, pues es una conclusión elemental, atendiendo a las reglas de la lógica, que el contrato eventual por circunstancias de la producción se celebró, carente de causa y con el único objeto de acceder a las prestaciones de desempleo». También en este caso, aparecen con claridad, los elementos que integran el fraude en la prestación por desempleo. El elemento intencional queda probado, no existió actividad laboral, y no se encontró otra causa razonable que explicara su conducta si no era para percibir el subsidio de mayores de 52 años.

Son inimaginables las conductas de fraude en connivencia entre empresario y trabajadores para la obtención de prestaciones indebidas por desempleo. Se cumple en este caso el dicho de que la realidad supera la ficción, y por no dar ideas, creo que con los anteriores casos es posible hacerse una composición de lugar.

La modalidad de pago único, como instrumento para obtener indebidamente la prestación por desempleo

Otra forma de obtener prestaciones por desempleo de forma indebida se puede llevar a cabo, a través de la prestación por desempleo en la modalidad de pago único³³. Es otra forma de fraude realizado en connivencia, pues para su realización deben ponerse de acuerdo el empresario y el trabajador. En efecto, el artículo 296.3 de la LGSS prevé que cuando así lo establezca algún programa de fomento de empleo, la entidad gestora puede abonar de una sola vez el valor del importe de la prestación del nivel contributivo que le correspondería al trabajador durante el período de prestación que le reste. Se trata de una medida de fomento de empleo que consiste en la percepción en un solo pago del importe total o parcial del valor de la prestación por desempleo a que tenga derecho el trabajador y que esté pendiente de recibir, con el fin de destinar su cuantía a la realización de una actividad profesional. En los primeros años de aplicación, desde 1985 hasta 1992, se vio incrementada al menos formalmente la actividad por cuenta propia de trabajadores que procedían de anteriores relaciones laborales a través de esta nueva figura que permitió en muchos casos un auténtico fomento del empleo al conseguir que trabajadores, que hubieran estado percibiendo periódicamente las prestaciones por desempleo sin más, gracias a su iniciativa, sus conocimientos profesionales, y sobre todo al empujón económico que significaba la capitalización de la prestación por desempleo, se aventuraron a comenzar

³³ Se regula tal modalidad en el Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio (BOE de 2 de julio), que establece el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único. El preámbulo de este decreto explica que su creación tiene como «finalidad propiciar la iniciativa de autoempleo de los trabajadores desempleados, facilitando la realización de un trabajo por cuenta propia o la incorporación como socios a Cooperativas de trabajo asociado o a Sociedades Laborales a aquellas personas que hubieran perdido su trabajo anterior». La figura se contempla en el apartado 3 del artículo 296 de la LGSS, cuyas reglas se desarrollan a través del artículo 34 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo. Esta modalidad se encuentra desarrollada en la Orden Ministerial de fecha 13 de abril de 1994 (BOE del 4 de mayo).

una nueva actividad, con el matiz diferencial de que tal actividad la dirigían ellos mismos por su cuenta, en lugar de desempeñar su trabajo dentro del ámbito de organización y dirección de un empleador. El inconveniente lo constituyó la conducta de no pocos trabajadores que aparentando la intención de iniciar un negocio por cuenta propia, sin embargo, no destinaron “el pago único” para esa finalidad, sino que una vez percibían la prestación capitalizada desaparecían sin llevar a cabo el proyecto que presentaban ante las Oficinas del INEM³⁴. Este tipo de conductas condujeron a la modificación de la norma, que restringió el derecho mediante la supresión a las referencias de trabajadores autónomos y la promoción del trabajador autónomo, dejando vigente la capitalización de la prestación en los casos de cooperativas o sociedades laborales³⁵. Cambios que muestran la poca efectividad que han ido teniendo las medidas adoptadas, las lagunas en su regulación pero, sobre todo, la idea de que su percepción viene trufada de un halo de fraude que desvirtúa la finalidad para la que fue instaurada. No es de extrañar por tanto que esas sucesivas modificaciones hayan tenido como razón ir “tapando” las fisuras que la jurisprudencia ha ido abriendo en una normativa compleja y confusa desde sus orígenes³⁶. Pese ello, tal medida se atemperó, primero incluyendo a los trabajadores con discapacidad que se conviertan en trabajadores autónomos³⁷, más tarde, se vuelve a la posibi-

lidad de volver a capitalizar la prestación del trabajador que pretende iniciar por su cuenta una actividad, si bien con la limitación máxima del 40 % del importe de la prestación por desempleo pendiente de recibir en donde se incluye el importe de las cargas tributarias para el inicio de la actividad, además del abono de la cotización que corresponde al trabajador a la Seguridad Social. En el contexto de la crisis económica, se incrementó ese porcentaje de prestación susceptible de ser capitalizado, pasando desde el 40 % al 60 % de la cuantía total pendiente de percibir y se amplió el límite máximo hasta el 100 por 100 cuando los beneficiarios sean hombres jóvenes hasta 30 años de edad o mujeres jóvenes de hasta 35 años, ambos inclusive, considerándose la edad en la fecha de la solicitud.

En la actualidad se vuelve a abonar el 100 % de la prestación a los beneficiarios de la prestación por desempleo cuando pretendan constituirse como trabajadores autónomos, en las condiciones que figuran en el artículo 34 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo³⁸.

Cuando apareció la modalidad de pago único de la prestación por desempleo, las modalidades de fraude solían consistir en la aportación de proyectos de inversión inexistentes en la realidad, con el único propósito de percibir la prestación de una sola vez pero sin invertirla en nuevas actividades. Más cerca en el tiempo se observan conductas más complejas y sofisticadas, en las que se simula el inicio de una nueva actividad, cuando en realidad se trata de la misma anterior cambiando el ropaje jurídico de los trabajadores (quien era trabajador por cuenta ajena pasa a ser autónomo) con la intención de ahorrarse la empresa los gastos sociales a costa de la prestación. El *modus operandi* en la indebida utilización de la modalidad de pago único, es el de empresa con varios trabajadores, que

³⁴ Conductas que fueron comprobadas por numerosas actuaciones de los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, quienes al visitar los domicilios, con objeto de comprobar que efectivamente se había iniciado la actividad en el plazo de un mes desde que percibió la prestación, se detectaba que el importe de la prestación no se había invertido en el proyecto que presentaba el trabajador, e incluso se daban casos de domicilios inexistentes en donde tan solo había un solar. Como es lógico inmediatamente el trabajador era requerido por la entidad gestora para que procediera a la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas.

³⁵ A este respecto, véase la disposición adicional segunda de la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes de fomento del empleo y protección por desempleo (BOE de 4 de agosto).

³⁶ TÉLLEZ VALLE, V.: «Prestación por desempleo en su modalidad de pago único y fraude de ley», *Aranzadi Social*, núm. 11, 2012, BIB 2012|286, pág. 2.

³⁷ Como establece el artículo 31 sobre capitalización de las prestaciones por desempleo como medida de fomento de autoempleo de las personas con discapacidad, de la Ley

50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

³⁸ En este supuesto, el abono de la prestación se realizará de una sola vez por el importe que corresponda a la inversión necesaria para el desarrollo de la actividad por cuenta propia, incluido el importe de las cargas tributarias para el inicio de la actividad.

para ahorrarse los gastos que les ocasiona (salario, Seguridad Social y demás conceptos no salariales) propone a algunos de sus trabajadores el despido, para a continuación celebrar un contrato de arrendamiento de una parte de la oficina o local, o incluso arrendamiento de actividad. De ese modo, los trabajadores afectados, le alquilan el local y una vez han percibido el pago único, pueden ir pagando las mensualidades. Con ello, la empresa en lugar de pagar al trabajador por todos los conceptos exigibles, se convierte en arrendador de su antiguo trabajador percibiendo un alquiler. La diferencia es sustancial: cobra en lugar de tener que pagar. El ahorro es palpable. Otra cuestión es si el trabajador es realmente autónomo o si bajo este camuflaje sigue a las órdenes de su empresario, aspecto más difícil de probar.

Coincidiendo con la crisis, ha proliferado este tipo de fraude. En particular en actividades, como estudios de arquitectos, o el de trabajadoras esteticistas que prestan servicios en peluquerías, y que al ser despedidas y obtener el pago único se dan de alta como autónomas y se constituyen como arrendatarias de la peluquera por la parte del local en donde desempeñaban su labor por cuenta ajena con aquella. Es comprensible que se agudice el ingenio para que las empresas salgan adelante mediante la obtención de ayudas, subvenciones o bonificaciones, pero en ningún caso debe utilizarse el pago único con esta finalidad, pues en tal caso nos encontramos ante un supuesto de fraude en la obtención indebida de prestaciones de Seguridad Social³⁹.

³⁹ Un ejemplo entre muchos es el de la STS 27 mayo 2015 (RJ 2015, 1997), según la cual el trabajador pasó a prestar servicios para la misma sociedad en la que llevaba haciéndolo durante 22 años, sustituyendo la relación laboral, por una relación de carácter mercantil. Así las cosas, el actor esperó a resolver la relación laboral, impugnando el despido y llegando a un acuerdo indemnizatorio; y tan solo unos días después comienza su actividad, como agente de seguros de la misma compañía en la que acababa de extinguirse su relación laboral. Como señala la sentencia, «no puede entenderse pues, que haya existido fomento de empleo, que es la premisa necesaria para el percibo de la prestación en pago único, ya que existe una clara continuidad en la actividad por parte del actor; y tampoco cabe atender la pretensión esgrimida por el recurrente, en el sentido de percibir la prestación ordinaria en el período comprendido entre el 23-07-12 y el 6-09-12, habida

Se podría aducir que si la normativa permite esta forma de proceder no debería ser imputable la conducta descrita, sin embargo, debo insistir que tales conductas no responden a la finalidad del pago único, que no es otra que la de incentivar a los emprendedores en la creación de nuevas actividades, de fomento de empleo en definitiva, pero en modo alguno se puede admitir que se utilice este mecanismo de forma torticera y que se aproveche para obtener un beneficio contrario a su finalidad, pese a que se instrumentalice la normativa para ello.

En consecuencia, deberían establecerse con mayor precisión los requisitos de acceso a las prestaciones, para fijar claramente la línea divisoria entre la creación de una empresa y la financiación de otra descapitalizada y en funcionamiento, dejando menos campo abierto a la siempre difícil apreciación de juicios de intencionalidad, de circunstancias subjetivas como el fraude, evitando dentro de lo posible, y en beneficio de la seguridad jurídica, dar soluciones diferentes a supuestos similares⁴⁰. Esta propuesta de excluir del pago único al trabajador, cuando trabaje directa o indirectamente con la empresa de la que procede, solo ha sido plasmada en el caso de que los trabajadores de la empresa se constituyan como trabajadores económicamente dependientes⁴¹. Y lo que propongo, con objeto de evitar este tipo de conducta irregular, es que tal restricción se amplíe también en el caso de trabajadores por cuenta propia ordinarios.

cuenta que la sociedad estaba ya constituida en junio, días antes del despido; comienza a funcionar el día 1-08-12, antes de su solicitud de desempleo, estableciendo a partir de tal fecha un vínculo mercantil con la compañía AXA, al hacerse cargo de la cartera del Sr. Salvador, agente de dicha mercantil, pasando a trabajar incluso en el mismo domicilio de la empresa».

⁴⁰ TÉLLEZ VALLE, V., «Prestación por desempleo en su modalidad de pago único y fraude de ley», cit. pág. 6.

⁴¹ En efecto, en el vigente párrafo segundo a) 1ª del apartado 1 del artículo 34 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, establece, que «no se incluirán en este supuesto quienes se constituyan como trabajadores autónomos económicamente dependientes suscribiendo un contrato con una empresa con la que hubieran mantenido un vínculo contractual previo inmediatamente anterior a la situación legal de desempleo, o perteneciente al mismo grupo empresarial de aquella».

Para finalizar en el análisis de esta figura, no me resisto a relatar un supuesto real en el que tuve ocasión de intervenir y que representa una situación ciertamente grotesca.

Básicamente, se trataba de una trabajadora, que el día 1-10-2008, inició la actividad en un negocio dedicado a la actividad de comercio al por menor de alimentación y venta de pan. A continuación, contrató a su madre, en fecha, 14-10-2008 y así continuó la actividad hasta el día 31-1-2009, en que la trabajadora se dio de baja en el negocio, dándose de baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Pocos días antes en fecha, 28-1-2009, había dado de baja a su madre en el Régimen General como trabajadora por cuenta ajena. Su madre, solicitó las prestaciones por desempleo, con fecha, 29-1-2009, presentando ante el SPEE, solicitud en fecha 30-1-2009 de pago único de la prestación contributiva por desempleo, adjuntando una memoria de proyecto de inversión señalando entre otras cuestiones, el local en donde se desarrollará la “actividad”, cuya dirección es la misma que el negocio en donde prestaba servicios para su hija, apenas dos días antes de la solicitud, y un día antes del cese de actividad de su hija (todavía ejerciendo como titular del negocio). En esa misma memoria, se incluyen unas cuantías para justificar los gastos de traspaso del local de 6.000 euros, precisamente a la todavía actual titular del negocio que es su propia hija. Pero ahí no acaba la cosa, porque la nueva titular del mismo negocio (la madre) contrata a su hija (anterior titular del negocio), con un contrato de duración indefinida en fecha, 23-2-2009.

A la vista de las anteriores indagaciones, se comprobó connivencia de la hija, titular de la empresa, con su madre como trabajadora, en relación con la utilización de la modalidad de pago único de la prestación por desempleo, para realizar la misma actividad y en el mismo lugar que en donde prestaba servicios como trabajadora por cuenta ajena de su hija. Y para confirmar la citada connivencia, su hija pasó a convertirse en trabajadora de su madre (actual titular de la empresa).

En este pintoresco caso, existe una clara connivencia de madre e hija para aprovecharse del percibo de la prestación por desempleo,

utilizando la prestación no como medio de inversión y de creación de actividad nueva, sino como instrumento que ayuda al ahorro de los gastos de la misma actividad que venían desempeñando ambas trabajadoras.

En suma, se comprobó la connivencia ya que ambas (madre e hija) cambiaron sus papeles de titular de empresa y trabajadora, con el objeto de beneficiarse de la modalidad de pago único de la prestación por desempleo.

En esto, como en otras cosas, hay elementos que pueden descartar el fraude. Como sucede, en el caso en que un trabajador que presta servicios por cuenta ajena, y como consecuencia de un despido objetivo (real y no simulado), percibe una indemnización y percibe la prestaciones por desempleo que le corresponden, y a continuación decide emprender el mismo negocio en el mismo lugar por cuenta propia. En este caso, si se comprueba que el despido responde a una situación real de dificultades de la empresa, y se realiza la actividad realmente, en definitiva, que no existe fraude, debe entenderse correcto la solicitud y percepción de la prestación por desempleo capitalizada en un pago único⁴².

Tampoco cabría apreciar fraude en principio, en el caso de que se constituya una sociedad mercantil, de responsabilidad limitada, pues no es incompatible con la cualidad de trabajador autónomo cuando la posición jurídica del beneficiario en la sociedad determina su obligada afiliación al RETA, por lo que en principio no debería cuestionarse el efectivo desempeño de la actividad por cuenta propia en los términos legales⁴³.

3.3. La compatibilidad indebida de las prestaciones por desempleo con el trabajo

Aunque la compatibilidad indebida de las prestaciones por desempleo con el trabajo no se suele considerar técnicamente como con-

⁴² En este sentido, véase la STS 5 abril 2017 (RJ 2017, 2536), que recoge los criterios de la STS 25 mayo 2000 (RJ 200, 480).

⁴³ Es el criterio de la STS 21 junio 2016 (RJ 2016, 4063).

ducta fraudulenta, de hecho en la LISOS aparecen tipificados en dos artículos diferentes, no deja de ser una conducta irregular asimismo contemplada como muy grave. Debe recordarse que con la prestación se busca compensar o sustituir la falta de ingresos por la falta de una actividad profesional. Es razonable, por tanto, que quien presta servicios por cuenta propia o ajena no pueda percibir una prestación que cubre el riesgo por desempleo inexistente⁴⁴. Piénsese, que quien compatibiliza la prestación con el trabajo, no solo percibe ingresos por doble partida: el correspondiente al salario no declarado, y la prestación, sino que además la entidad gestora, sigue cotizando a la Seguridad Social por contingencias comunes y generando prestaciones de origen común como si estuviera dado de alta. De manera que la compatibilización del trabajo no es solo con la prestación, también con la cotización. En tales casos, es obvio que se produce un abuso de los caudales públicos sin que se aporte nada al Sistema por realizarse la actividad en “negro”, encontrándose en presencia de un fraude propiciado en buena medida por la rigidez de la normativa⁴⁵.

Es comprensible, en algunos casos, especialmente en tiempos de crisis, que el beneficiario intente completar su menguada ayuda con la prestación por desempleo. Esa podría ser la razón, de que en los últimos años se hayan creado figuras que permiten esa compatibilidad, pero es necesario aplicar las reglas que las regulan⁴⁶. Lo contrario, es decir, cuando sin encomendarse a nadie, el trabajador decide cobrar la prestación por desempleo y

además realizar simultáneamente un trabajo, se produce la compatibilidad indebida.

En el último informe anual de la ITSS⁴⁷, se destaca, que el número de perceptores por desempleo que incurrieron en la compatibilización indebida, infracción muy grave, disminuyó en un 25,71 % en 2016. Dicha disminución se produjo como consecuencia de dos factores fundamentales: por un lado, el aumento del empleo con la consiguiente disminución de perceptores de este tipo de prestaciones y, por otro lado, la reducción de las empresas ficticias tras el trabajo de la ITSS de combatir este tipo de prácticas, que permitía acceder a prestaciones de desempleo de forma indebida.

3.3.1. Plazo para comunicar el inicio de la actividad

Por otro lado, el trabajador que se encuentra percibiendo prestaciones por desempleo tiene la obligación de comunicar al SPEE el inicio de un trabajo. En caso contrario incurre en una infracción grave⁴⁸, consistente en «no comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción cuando por cualquiera de dichas causas se haya percibido indebidamente la prestación». Con respecto al plazo para la comunicación del nuevo trabajo al SPEE, el apartado 2 del artículo 28 del Real Decreto 625/1985, especifica que cuando la causa de suspensión correspondiese a la realización de trabajos incompatibles con el derecho a la prestación o al subsidio por desempleo, «tal circunstancia deberá comunicarse con carácter previo al inicio de la prestación de servicios». En consecuencia, con independencia de que al dar de alta a los trabajadores en la Seguridad Social, tal circunstancia figure en las bases de datos que tienen a su disposición los Funcionarios del SPEE, y por tanto, automá-

⁴⁴ ALZAGA RUIZ, I.: «Compatibilidades e incompatibilidades de la prestación y el subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta ajena». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 99, Seguridad Social, 2012, pág. 92.

⁴⁵ DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M.: «La incompatibilidad entre prestación por desempleo y trabajo como desencadenante del fraude». *La protección por desempleo en España* (VV.AA.). Ediciones Laborum, Murcia, 2015, pág. 684.

⁴⁶ Existen diversas figuras que en mayor o menor medida permiten una forma de compartir el trabajo con la prestación por desempleo, como el desempleo parcial, los programas de fomento de empleo, programas de activación para el empleo. Sobre ello puede profundizarse en: FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «Concurrencia de la prestación económica con otras prestaciones». *La Protección por desempleo en España* (VAA) Ediciones Laborum. Murcia, 2015, págs. 325-337.

⁴⁷ http://www.empleo.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_2016.pdf, en pág. 75 (consultado el 29-8-2018).

⁴⁸ Artículo 25.3 LISOS.

ticamente se les dé de baja en las prestaciones, el trabajador tiene la obligación de comunicar esta circunstancia, estableciéndose por la jurisprudencia, un margen máximo de final de mes para dicha comunicación. Procede por tanto la extinción de la prestación o subsidio, ya sea por retraso en la comunicación de la ocupación por parte del trabajador al SPEE⁴⁹, o, por dejar de reunir alguno de los requisitos exigidos en el subsidio por desempleo, como es el de la variación de las circunstancias económicas⁵⁰. Además, debe tenerse en cuenta que por el hecho de que la Administración tenga conocimiento del alta del trabajador en la empresa a través de la Tesorería General de la Seguridad Social, no le exime de la obligación de comunicación de la baja en la prestación por causas que produzcan la suspensión o extinción del derecho⁵¹.

Una aplicación equitativa de la omisión de la obligación de la comunicación de la baja por el trabajador, se dio en un supuesto en el que la empresa dio de alta a un trabajador con carácter previo, pero éste no comunicó su ocupación por la empresa, y en el que tan solo había prestado servicios durante dos horas, se aplicó la doctrina constitucional de la proporcionalidad de la sanción, «por cuanto la obligada individualización de la conducta, y especiales circunstancias concurrentes, especialmente la breve duración de la prestación de servicios (por tiempo de dos horas), nos conduce a concluir sobre la desproporcionalidad de la sanción impuesta por medio de resolución ajena a consideración alguna en relación a aquel extremo»⁵², concluyendo, que «si bien, partiendo de la naturaleza asistencial del subsidio, estimamos que la conducta del trabajador ha de concordarse con la incompatibilidad regulada legalmente, lo que comporta que resulte más proporcional la imposición de la sanción de pérdida de lo percibido durante la fecha en que prestó servicios por cuenta ajena, re-

sultando el actor obligado al reintegro de lo percibido durante el referido período en concepto de prestación indebidamente percibida» (f. j 2º).

3.3.2. Consideración del momento en que se inicia la incompatibilidad con el trabajo

Según el vigente apartado 2 del artículo 26 LISOS, la prohibición de compatibilidad de las prestaciones por desempleo con el trabajo se inicia desde el momento de la solicitud de la prestación ante el SPEE. Con esto, se zanja una cuestión que dificultaba el control de estas situaciones, pues en la redacción anterior no se especificaba el momento en que se iniciaba la compatibilidad indebida, teniéndose en cuenta solo a partir del momento en que se producía la situación legal de desempleo, siempre que se solicitara dentro del plazo de los 15 días siguientes, operando tal prohibición desde la notificación de la concesión de la prestación⁵³. Estas situaciones presentaban dificultad para las actuaciones inspectoras, pues se producían supuestos en los que se detectaba que el trabajador, habiendo solicitado las prestaciones, sin embargo no había sido notificado de su concesión, por lo que solo desde entonces conocía su condición de perceptor de la prestación, con lo que según la normativa anterior, no era posible atribuir la compatibilidad indebida al trabajador, incluso tiempo después de la solicitud de la prestación.

3.3.3. Trabajo por cuenta propia

Según el artículo 282.1 LGSS⁵⁴, «la prestación o el subsidio por desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de

⁴⁹ STSJ Asturias (Sala de lo Social) 18 diciembre 2009 (AS 2010, 535).

⁵⁰ STSJ Madrid (Sala de lo Social) 21 marzo 2007 (AS 2007, 214323).

⁵¹ STSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) 1 febrero 2011 (AS 2011, 162132).

⁵² El supuesto se contiene en la STSJ Cataluña, 21 febrero 2014 (AS 2014, 544).

⁵³ Según criterio de la STS 5 septiembre 1995 (RJ 1995, 6709).

⁵⁴ El artículo 15.1.b) 2º del RD 625/1985, detalla un poco más cuando señala que la prestación y el subsidio es incompatible «con el trabajo por cuenta propia, con independencia del número de horas que se dediquen a la actividad y de los resultados económicos obtenidos, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de Seguridad Social».

la Seguridad Social», y con independencia del número de horas que se dediquen a la actividad y de los resultados económicos obtenidos. Este último matiz se diferencia de la incompatibilidad que se aplica a las pensiones, que lo son en la medida que el trabajo dé lugar a su inclusión en algún Régimen de la Seguridad Social. De manera que en la prestación por desempleo la incompatibilidad con el trabajo por cuenta propia es más amplia, con todo trabajo aunque no dé lugar a su encuadramiento en alguno de los Regímenes del Sistema.

Por otro lado, se ha cuestionado⁵⁵ la existencia de la incompatibilidad absoluta entre prestaciones por desempleo y el trabajo por cuenta propia a diferencia del trabajo por cuenta ajena, que como se verá a continuación, permite la compatibilidad si este es a tiempo parcial, sin que sirva como pretexto la dificultad en el control del tiempo trabajado.

A. Algunas excepciones

Como suele suceder, siempre existe alguna excepción que confirma la regla y así, viene al caso, comentar la STS 27 abril 2015 (RJ 2015, 1715)⁵⁶, en el caso de una persona que percibía el subsidio por desempleo para mayores de 52 años. Al mismo tiempo, fruto de su actividad agraria en un huerto familiar destinado fundamentalmente para autoconsumo, obtuvo 906,75 euros en 2011. Después de cuatro años el SPEE considera indebida la percepción de la prestación con la citada actividad, y extingue la prestación con la obligación de re-

integro de la misma. Por el contrario, el criterio del Supremo, es que «la incompatibilidad de que trata el art. 221.1 LGSS (versión de 1994), presupone -entendemos- no solamente una apariencia de la referida profesionalidad, sino la existencia de una explotación agraria -cualquiera que sea su entidad y grado de organización- orientada a la producción de bienes con básicos fines de mercado, por lo que ha de excluirse tal incompatibilidad cuando la labor agraria se concreta -como en autos- a un reducido cultivo para consumo familiar, en términos tan limitados que excluyan palmariamente la posibilidad de fraude; sostener lo contrario comporta desconocer una realidad sociológica y lleva -como en el caso ahora debatido- a consecuencias desproporcionadas y poco acordes a la equidad». Ciertamente, este criterio de la equidad, es la baza que tienen los tribunales para suavizar en excepcionales circunstancias, la aplicación de las normas. Potestad de la que carecen los órganos administrativos encargados de aplicar la ley y por ello, se da esa dicotomía que en ocasiones produce cierta perplejidad en el administrado. Es por ello⁵⁷, que deberían tenerse en cuenta las circunstancias económicas y sociales del perceptor de prestaciones por desempleo, en lugar de regirse por reglas generales rígidas e inamovibles que operan de forma automática en el ámbito de los órganos administrativos.

Sin embargo, este es un criterio que, como recuerda la doctrina⁵⁸ ya se había incorporado en el artículo 12 de la normativa que regula la prestación por cese de actividad⁵⁹, de manera que, de esta forma, se equipara el subsidio por

⁵⁵ DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M.: «La incompatibilidad entre prestación por desempleo y trabajo como desencadenante del fraude». *La protección por desempleo en España* (VV.AA.). Ediciones Laborum, Murcia, 2015, pág. 684.

⁵⁶ En igual sentido STSJ Castilla y León (Valladolid) 19 noviembre (JUR 2015, 32038), en el caso de compatibilidad de la prestación por desempleo con la venta de libros en miniatura en mercados de artesanía que se producen en fechas puntuales, con poca demanda y con obtención de escasos recursos dada la especialidad del producto. Otro supuesto, es el de la STSJ Galicia 31 julio 2014 (AS 2014, 2425) en el que el perceptor del subsidio de desempleo para mayores de 52 años, lo ve suspendido, al efectuar una venta esporádica de un becerro al obtener una ganancia patrimonial con obligación de reintegro de lo percibido en el mes en que se percibe esa renta, sin que proceda la extinción, pudiendo reanudarse en el momento que se acredite de nuevo la carencia.

⁵⁷ Como sugiere, DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M.: «La incompatibilidad entre prestación por desempleo y trabajo como desencadenante del fraude». *La protección por desempleo en España* (VV.AA.). Ediciones Laborum, Murcia, 2015, pág. 684.

⁵⁸ DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M.: «La incompatibilidad entre prestación por desempleo y trabajo como desencadenante del fraude», cit., pág. 677.

⁵⁹ Según el artículo 12 Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, «la incompatibilidad con el trabajo por cuenta propia establecida en el párrafo anterior tendrá como excepción los trabajos agrarios sin finalidad comercial en las superficies dedicadas a huertos familiares para el autoconsumo, así como los dirigidos al mantenimiento en buenas condiciones agrarias y medioambientales previsto en la normativa de la Unión Europea para las tierras agrarias».

desempleo con la prestación por cese de actividad, en el caso de su compatibilidad con la actividad agraria destinada al autoconsumo.

B. Compatibilidad prestación por desempleo y rentas no procedentes del trabajo por cuenta propia

Por lo demás, no es lo mismo compatibilizar la prestación o subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta propia, que se compatibilicen con las rentas derivadas de un arrendamiento rústico, que no constituye trabajo por cuenta propia del beneficiario, y por ello compatible⁶⁰.

3.3.4. Trabajo por cuenta ajena

Asimismo es incompatible la prestación o el subsidio «con el trabajo por cuenta ajena»⁶¹ excepto cuando éste se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte propor-

cional al tiempo trabajado»⁶² (artículo 282.1 LGSS). En este sentido, señala la jurisprudencia, que «el legislador ha incluido en dicho precepto una incompatibilidad absoluta entre prestación o subsidio por desempleo y trabajo por cuenta propia, mientras que esa prohibición es relativa cuando se trata de las mismas prestaciones y el trabajo por cuenta ajena»⁶³. En ese sentido, «la norma es, por tanto, inequívoca y coherente con la finalidad de establecer un régimen de incompatibilidad más restrictivo para el trabajo por cuenta propia, en el que, como es notorio, existen mayores dificultades para establecer un control que delimite los supuestos de trabajo a tiempo completo y a tiempo parcial»⁶⁴. Para que se dé la compatibilidad entre la prestación o subsidio por desempleo y el trabajo a tiempo parcial, se exige que se comunique a la Oficina de Empleo, con objeto de que la entidad gestora reconozca proporcionalmente la reducción del importe de la prestación o subsidio⁶⁵. Si no se efectúa esa comunicación, aunque el trabajador reduzca su jornada a tiempo parcial, seguirá percibiendo el subsidio completo, y de la normativa se desprende que no se permite la compatibilidad entre el trabajo a tiempo parcial y la totalidad de la prestación⁶⁶.

A la incompatibilidad con el trabajo por cuenta ajena, se refiere tanto al trabajo efectivo como a los períodos de vacaciones y de descanso retribuido [art. 15.1.g) RD 625/1985, de 2 de abril].

La prestación o el subsidio por desempleo es incompatible [art. 15.1.b) RD 625/1985]:

⁶⁰ La STS 13 marzo 2000 (RJ 2000, 3420), argumenta, en este sentido, que «los medios de sustento del actor, según notician los hechos probados, están fundamentalmente constituidos por los servicios que ha prestado, durante varios años, a quien fuera su empleador hasta el momento del despido. A esto hay que agregar un reducido ingreso derivado de ciertas propiedades rústicas, adquiridas por herencia, cuya administración asume una hermana. Ni esto es equiparable a trabajo por cuenta propia, en un sentido preciso, como presupone la sentencia recurrida; ni es exigible al accionante, en cuanto trabajador asegurado frente a la contingencia de desempleo, renunciar a la herencia de sus padres, para no verse envuelto en una supuesta causa de incompatibilidad, excluyente de una protección que la ley, en cumplimiento del mandato expreso contenido en el art. 41 de la Constitución, arbitra para esa situación de necesidad, la cual, con toda obviedad, no queda atendida con los relacionados ingresos agrarios, los cuales, ni sustituyen la actividad profesional habitual, ni poseen una crecida importancia, pues como pone de relieve el recurrente son claramente inferiores a lo que en los años 1995 y 1996 (que son los tenidos en cuenta) importaba el salario mínimo interprofesional».

⁶¹ El artículo 15.1.b) 1º del RD 625/1985, especifica que la prestación y el subsidio es incompatible «con el trabajo retribuido por cuenta ajena a tiempo completo, en régimen laboral o administrativo, o con situaciones asimiladas, que supongan la inclusión en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social aunque no esté previsto cotizar por la contingencia de desempleo, salvo cuando esté establecida la compatibilidad en algún programa de fomento de empleo».

⁶² En este sentido pueden consultarse, en el artículo 15, del RD 625/1985, las posibilidades de compatibilidad entre el desempleo parcial y el trabajo o trabajos a tiempo parcial.

⁶³ STS 29 enero 2003 (RJ 2003, 3043). En igual sentido, STS 30 abril 2001 (RJ 2001, 5128).

⁶⁴ STS 4 noviembre 1997 (RJ 1997, 8026).

⁶⁵ STSJ Murcia 5 febrero 1999 (JUR 1999, 88553); STSJ La Rioja 1 diciembre 2009 (JUR 2010, 35272); STSJ Madrid 29 marzo 2010 (JUR 2010, 205340); STSJ Canarias 18 noviembre 2014 (JUR 2015, 91267).

⁶⁶ COS EGEA, M.: «La compatibilización de la prestación de desempleo y trabajo como infracción administrativa: análisis de la conducta infractora». *La protección por desempleo en España* (VV.AA.). Ediciones Laborum, Murcia, 2015, pág. 690.

- Con actividades de investigación o cooperación retribuidas, que supongan dedicación exclusiva.
- Con el ejercicio por elección o designación de cargos públicos o sindicales o altos cargos de la Administración, retribuidos, que supongan dedicación exclusiva.
- Con la activación de la reserva retribuida, a la que se refiere el Real Decreto 1691/2003, de 12 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de acceso y régimen de los reservistas voluntarios.

Con cualquier otra situación que implique el derecho a percepciones económicas de carácter público como sustitutivas de las retribuciones dejadas de percibir por el cese en la actividad, manteniéndose un vínculo administrativo o laboral.

3.3.5. La necesidad de establecer un margen legal de compatibilidad

En este asunto de la incompatibilidad de la protección por desempleo con el trabajo, no solo la normativa empieza a dar signos de cierta laxitud, con motivo de la puesta en marcha de políticas de fomento de empleo. También la doctrina judicial y la jurisprudencia apuestan por una interpretación humanitaria frente a la absoluta incompatibilidad. Y ello, porque en esto, deberían tenerse en cuenta las circunstancias de cada persona. En efecto, no es igual, un joven soltero, que eventualmente pierde su empleo pero que cuenta con medios más que suficientes para desenvolverse, que el de un padre de familia en paro, al igual que su mujer con varios hijos a cargo. O las actividades marginales, a las que me refería anteriormente, sobre autoconsumo de productos agrícolas, etc. En ese sentido, debería establecerse una mayor seguridad jurídica entre unas y otras circunstancias, sin que tengan que ser los tribunales los que establezcan esos límites. Como se ha propuesto⁶⁷, una solución podría

⁶⁷ DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M.: «La incompatibilidad entre prestación por desempleo y trabajo como desencadenante del fraude», cit., pág. 685.

consistir en fijar un mínimo ideal de ingresos como parámetro de referencia a la hora de compatibilizar la realización de trabajos, ponderando si tales actividades podrían suponer la reducción de la prestación o subsidio y en qué medida. Es decir, se trataría de establecer un mecanismo de proporcionalidad, que tuviera en cuenta las circunstancias personales de las personas que siendo perceptores de la prestación o del subsidio por desempleo pudieran compatibilizarlas con el trabajo, atendiendo no solo a la entidad o parcialidad del trabajo, sino también a las circunstancias personales de cada trabajador, especialmente a sus ingresos. De manera que no se suspendiera la prestación en su totalidad, sino que tan solo se viera reducida, según las circunstancias del beneficiario trabajador.

3.4. El fenómeno de las empresas ficticias

De un tiempo a esta parte, prolifera una forma de fraude que consiste en la creación de empresas, pero no con el objetivo de producir bienes y servicios, sino de aprovecharse de su aparente constitución para beneficiarse de las ventajas que otorga. Esas ventajas suelen traducirse en la obtención de ayudas, prestaciones de Seguridad Social o incluso de autorizaciones de residencia y trabajo en el caso de extranjeros. Técnicamente, «podemos definir a las “Empresas ficticias” como aquellas que están revestidas de apariencia formal de empresas, pero que real y materialmente no lo son, pues su creación no responde a la organización de la actividad productiva u otros fines legítimos, sino a una simulación de actividad con el propósito de servir a fines fraudulentos»⁶⁸. El problema, como apunta la doctrina⁶⁹, reside en cómo identificar, controlar y depurar el fraude, porque suele venir rodeado

⁶⁸ Informe anual de la ITSS 2016, disponible en: http://www.empleo.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_2016.pdf, pág.76 (consultado el 29-8-2018).

⁶⁹ RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Constitución de empresas ficticias como medio de acceso a la protección por desempleo. Indicios para su identificación». *La protección por desempleo en España* (VV.AA.). Ediciones Laborum, Murcia, 2015, pág. 702.

de conductas elusivas o engañosas con apariencia de legalidad. En ese sentido, la Administración encuentra importantes limitaciones. Para combatir estas situaciones, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social viene actuando contra empresas ficticias, investigando su documentación, contratos y altas en la Seguridad Social, fraudulentos que no responden a la realidad, y que se formalizan con la intención de obtener beneficios, ordinariamente prestaciones o legalizaciones de trabajadores extranjeros. Desde 2011 se vienen realizando campañas y se dictan instrucciones de control⁷⁰, con objeto de evitar la continuidad del fraude si se prueba la simulación de la relación laboral y en consecuencia la indebida alta de los trabajadores en la Seguridad Social. A este respecto, con carácter general tanto la Inspección de Trabajo como la Tesorería General de la Seguridad Social «darán prioridad a la lucha contra el fraude en materia de Régimen Económico de la Seguridad Social», como se establece en la cláusula tercera del Convenio firmado en julio de 2018 entre la TGSS y el Organismo Autónomo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por el que se fija el marco de relaciones para intensificar y hacer más eficaz la colaboración recíproca⁷¹.

Una vez detectadas tales empresas ficticias, la Inspección de Trabajo debe emitir informe a la Tesorería General de la Seguridad Social en el que deberá detallar los trabajadores afectados al objeto de que se proceda a

⁷⁰ Instrucción núm. 1/2011, sobre plan de acción para el control de las empresas ficticias, contrataciones y altas fraudulentas en la Seguridad Social de 14 de febrero de 2011; más recientemente la Instrucción 1/2012, de 29 de febrero, que modifica la anterior, así como dentro del marco del Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, aprobado por el Consejo de Ministros de 27 de abril de 2012, la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, firmaron una Instrucción Conjunta para la lucha contra esta conducta fraudulenta.

⁷¹ Resolución de 26 de julio de 2018 de la Secretaría General Técnica (BOE del 31). En la cláusula segunda se prevé la elaboración conjunta de un Plan de objetivos para la lucha contra el fraude en materia de Seguridad Social con duración desde agosto a diciembre de 2018.

la revisión de oficio⁷² y a la anulación de tales altas, en su caso, según el procedimiento previsto en los artículos 54 a 56 del RD 84/1996, sin perjuicio del inicio del correspondiente expediente sancionador. Además, habrá que estar a lo que disponen los artículos 59 y 60 del citado real decreto, que se refiere a los efectos de las afiliaciones y altas indebidas.

Desde la normativa también se han puesto trabas a la proliferación de este tipo de empresas ficticias, estableciéndose no solo la posibilidad de inscribir de oficio en la Seguridad Social a la empresa que no haya comunicado el inicio de actividad, en el caso de que la TGSS tuviera conocimiento de su incumplimiento, o al contrario, de proceder de oficio a tomar razón en el Registro de empresarios de la extinción de la empresa en los casos de extinción de la empresa⁷³. También se incorporó el apartado 4 al artículo 20 del RD 84/1996⁷⁴, que ofrece más facilidades a la TGSS, para agilizar las anulaciones de las inscripciones cursadas por las empresas ficticias. Consiste, en que «cuando la Tesorería General tuviese conocimiento de la inscripción de empresas carentes de actividad y sin reunir los requisitos para estar inscritas en el correspondiente régimen de Seguridad Social procederá de oficio a dejar sin efecto la inscripción efectuada»⁷⁵.

⁷² Con respecto a la revisión de oficio, conviene recordar el artículo 146 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, según el cual, «las Entidades, órganos u Organismos gestores, o el FOGASA no podrán revisar por sí mismos sus actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios, debiendo, en su caso, solicitar la revisión ante el Juzgado de lo Social competente, mediante la oportuna demanda que se dirigirá contra el beneficiario del derecho reconocido».

⁷³ Según art. 20 apartados 1 y 2 del RD 84/1996.

⁷⁴ Incorporado por la disposición final tercera de la Ley 13/2012.

⁷⁵ En cuanto a los resultados obtenidos por la ITSS, en 2016 se realizaron 10.128 inspecciones, frente a las 14.882 del año anterior. El número de infracciones detectadas descendió a 1.236, frente a las 1.758 del mismo período de 2015, y el número de altas ficticias anuladas, contratos de trabajo falsos para acceder a prestaciones, fue de 5.335 frente a las 7.337 detectadas en el período enero-diciembre de 2015. Por tanto, el número de infracciones comprobadas ha disminuido en un 29,69 % y el número de contratos simulados detectados ha disminuido en un 27,28 %, en: Informe anual de la ITSS 2016, disponible en: http://www.empleo.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Des-

A ello debe añadirse dos cuestiones:

1º. Que el conocimiento de tales inscripciones carentes de actividad, debe provenir de los mismos procedimientos y cauces previstos en los apartados primero y segundo del citado artículo 20 RD 84/1996⁷⁶.

2º. Que la actuación de oficio de la Tesorería tiene efectos *ex tunc*, al dejar sin efectos la inscripción, que no producirá ningún tipo de consecuencias jurídicas para el sistema de la Seguridad Social⁷⁷.

Lo anterior debe entenderse, finaliza el apartado 4, «sin perjuicio de las actuaciones procedentes en orden al inicio de las actuaciones sancionadoras o penales si fueran procedentes». En ese sentido, como medida derivada del Plan de lucha contra el empleo irregular, la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, que modifica el Código Penal, introdujo un nuevo artículo 307 ter. El nuevo tipo delictivo, que penaliza el disfrute indebido de prestaciones de la Seguridad Social, considera delito el desarrollo de la actividad de estas empresas ficticias cuando genera un perjuicio económico a la Seguridad Social. También establece la posibilidad de que los asesores que hagan posible esta conducta sean responsables de delito⁷⁸.

En suma, la figura de la empresa ficticia, no deja de ser una manifestación del fraude, quizá el más sangrante, pues lo que se intenta es hacer visible como relación laboral, una situación en la que no existe actividad,

con el fin de obtener unos beneficios que ordinariamente derivan de la relación laboral. Para estos supuestos, deberán aplicarse todas las medidas que sean necesarias para que se pruebe la existencia de fraude.

4. ELEMENTOS DEL FRAUDE

Analizadas la diversas formas de conductas fraudulentas, cuyo objetivo no es otro que el de lucrarse a costa de las prestaciones que otorga la protección por desempleo, quedan por analizar los medios idóneos de prueba que deben utilizarse para comprobar y demostrar fehacientemente que se ha producido alguna de aquellas conductas. Algo que no es sencillo, sino muy complicado y laborioso, porque requiere una investigación profunda por parte de quienes tienen encomendada la misión de perseguir a quienes llevan a cabo tales conductas fraudulentas, especialmente si logran su objetivo.

Si hay una característica común de este tipo conductas, es que no se pueden determinar mediante un criterio único, precisamente por esa apariencia de legalidad que esconde la conducta defraudadora contraria a la propia legalidad. No puede decirse que existan dos fraudes idénticos pues cada caso presenta circunstancias diferentes, y en lo único en que coinciden es en la intencionalidad defraudadora para conseguir el fin perseguido. Por eso, es imprescindible elaborar una teoría, a la que llamo de los cuatro elementos, con un protocolo de actuación, que facilite la detección y comprobación de la existencia de conductas fraudulentas en materia de Seguridad Social. Se trata de seguir un procedimiento en cuatro pasos⁷⁹, que permita demostrar de forma idónea la comisión de conductas fraudulentas. Para la elaboración de esta teoría de los cuatro elementos he acudido preferentemente a los pronunciamientos de la jurisprudencia, doctrina judicial, doctrina científica y por supuesto me apoyo en la experiencia de mi anterior etapa como Subinspector de Empleo y Seguridad Social, que observada desde fuera del

cargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_2016.pdf, pág. 76 (consultado el 29-8-2018).

⁷⁶ Se refiere a los datos obrantes en la TGSS, por los existentes en las entidades gestoras o como consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o, incluso por cualquier otro procedimiento.

⁷⁷ AMAYA PILARES, M. S.: «La modificación del Reglamento sobre inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas». *Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social. Análisis de las reformas legislativa* VV.AA. (CAMINO FRIAS, J. J., coordinador) Lex Nova Thomson Reuters. Valladolid. 2013, pág. 314.

⁷⁸ Informe anual de la ITSS 2016, disponible en: http://www.empleo.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_2016.pdf, pág. 76 (consultado el 29-8-2018).

⁷⁹ Los cuatro pasos para demostrar el fraude son: a) el fraude no se presume debe probarse; b) detectar la existencia de pruebas indiciarias como medio de prueba; c) la existencia de intencionalidad d) la exigencia del resultado fraudulento.

Sistema de Inspección, constituye un aspecto de gran importancia, porque quienes mejor conocen los recovecos del fraude además de los propios autores son quienes los persiguen y por supuesto los encargados de juzgarlos.

4.1. El fraude no se presume debe probarse

Por amplia que sea la experiencia en las investigaciones sobre posibles conductas fraudulentas, no basta con meras presunciones basadas en la comprobación de otras conductas similares o, incluso de que con tal conducta ha resultado beneficiado el presunto infractor, o incluso el pensar que “todo concuerda” con las sospechas de fraude. Es necesario que existan pruebas fehacientes que se fundamenten en hechos probados e incontrovertibles que demuestren la existencia de esas conductas presuntamente fraudulentas⁸⁰.

De modo que el principio básico en la doctrina sobre la comprobación de conductas fraudulentas, consiste en que el fraude de ley no se presume sino que debe acreditarse por el que lo invoca⁸¹, «pues su existencia -como la del abuso de derecho- solo podrá declararse si existen indicios suficientes de ello, que necesariamente habrán de extraerse de hechos que aparezcan como probados»⁸². De manera que se puede acreditar la existencia de fraude mediante pruebas directas o indirectas, admitiéndose entre estas últimas a las presunciones del artículo 1.253 CC⁸³, que al haber

sido derogado, su contenido puede entenderse trasladado al artículo 386.1 LEC, al establecer en materia de presunciones judiciales, que «a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción». De manera que no se «excluye en absoluto la posibilidad de que el carácter fraudulento de una contratación pueda establecerse por la vía de la prueba de presunciones (la “*praesumptio hominis*” del art. 1253 CC cuando entre los hechos demostrados y el que se trata de deducir hay un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano»⁸⁴. Es lo que se ha dado en denominar como prueba indirecta o indiciaria o, prueba de las presunciones, que representa el siguiente escalón de mi teoría. Porque ese enlace solo será posible, si parte de pruebas que sin ser directas, es decir, de pruebas incontrovertibles, sin embargo, el conjunto de un número suficiente de ellas se convierte en una demostración convincente de la existencia de la conducta fraudulenta. Se trata de un camino más largo, pero en ocasiones, el único posible y que aparece cronológicamente en el siguiente elemento.

4.2. La prueba indirecta o indiciaria o prueba de las presunciones

Como el fraude de ley no se presume, y es necesaria su demostración, el problema se centra en cómo debe acreditarse su existencia. Y es que, «como no es normal que haya prueba directa del fraude (a menos que la propia parte reconozca su conducta fraudulenta, lo que es inhabitual), la acreditación del mismo se lleva a cabo frecuentemente mediante prueba indirecta o indiciaria»⁸⁵, al ser infrecuente que se demuestre el fraude mediante pruebas directas porque, entre otras

⁸⁰ En este sentido, «el hecho fraudulento ha de ser probado, patente y flagrante en la intención decidida de burlar la norma bajo ficticia apariencia de cumplimiento; no basta así meras hipótesis, suposiciones o conjeturas, aunque las mismas procedan de funcionarios tan cualificados como lo son quienes integran la Inspección de Trabajo, de las cuales deducirlo, si no existe un soporte sólido y palmario de que el acto persigue un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, ex-art. 6.4 del Código Civil» (STSJ Madrid Sala de lo Social, 13 julio 2001 [AS 2001, 15345] f. d. único).

⁸¹ En este sentido, véanse entre otras muchas STS (Sala de lo Social) 14 mayo 2008 (RJ 2008, 3292) reiterada por la STS 12 mayo 2009 (RJ 2009, 3252); SSTS (Sala de lo Social) 16 febrero 1993 (RJ 1993, 1174) 18 julio 1994 (RJ 1994, 7055) 21 junio 2004 (RJ 2004, 7466) y 14 marzo 2005 (RJ 2005, 3195).

⁸² STS (Sala de lo Social) 25 mayo 2000 (RJ 2000, 4800).

⁸³ Derogado por Disposición Derogatoria Única 2.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Sobre el particular, SSTS 4 febrero 1999 (RJ 1999, 1587) 24 febrero

2003 (RJ 2003, 3018) y 21 junio 2004 (RJ 2004, 7466).

⁸⁴ STS (Sala de lo Social) 14 mayo 2008 (RJ 2008, 3292) que alude a la STS 29 marzo 1993 (RJ 1993, 2218).

⁸⁵ STSJ Aragón (Sala de lo Social) 5 junio 2008 (AS 2008, 2412) f. d. segundo.

razones, se indaga sobre conductas pretéritas en las que es difícil demostrar que existió fraude, y «exigir palmariamente la prueba directa del fraude requeriría, para acreditarlo, que el autor de la conducta fraudulenta la reconociera expresamente, lo que, en la práctica, conduciría a la impunidad de esta clase de conductas»⁸⁶. Esta es la razón de «la dificultad de la prueba del fraude, dado que quienes lo intentan se cuidan de procurarse un ropaje jurídico adecuado (Sent. Tribunal Superior de Justicia Comunidad Valenciana 9-6-92 y 14-7-92), siendo necesario acudir a indicios y deducciones lógicas que pongan de manifiesto el elemento intencional característico de elusión en la aplicación de una norma para que se aplique otra que conlleve el fin perseguido»⁸⁷.

En consecuencia, «la acreditación mediante indicios de la existencia de una conducta fraudulenta en modo alguno supone que se presuma la misma, únicamente implica que, aun cuando no se haya reconocido la existencia del fraude, el mismo se ha inferido lógicamente a partir de diferentes indicios debidamente probados»⁸⁸.

Sobre esta cuestión, el Tribunal Constitucional⁸⁹, ha establecido unos criterios básicos que debe reunir la prueba indiciaria a falta de prueba directa:

a) Que parta de hechos plenamente probados.

b) Que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las

reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria».

Como es razonable, en la medida que se obtengan mayores indicios que avalen la conducta impulsada por el fraude, será más fácil demostrar la existencia del fraude. Pero -debe insistirse-, no se trata de presumir de antemano que ha existido fraude, sino, partiendo de una serie de hechos que se conectan mediante un razonamiento lógico y coherente entre los mismos y la conducta, es posible su acreditación.

Además de señalar las reglas del funcionamiento de la prueba indiciaria, el Tribunal Constitucional, también profundiza en su significado, al señalar que «la exigencia de razonabilidad del engarce entre lo acreditado y lo que se presume cobra una especial trascendencia pues, en estos casos, es imprescindible acreditar no solo que el hecho base o indicio ha resultado probado, sino que el razonamiento es coherente, lógico y racional. En suma, ha de estar asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de experiencia común. Esta es, hemos dicho, la única manera de distinguir la verdadera prueba de indicios de las meras sospechas o conjeturas»⁹⁰. De manera que para apreciar la prueba indiciaria, «como medio de prueba se precisa, no solo la rotunda acreditación de los hechos base, sino la conexión entre todos ellos y la consecuencia que se trate de extraer, esto es, el “enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”»⁹¹. Esto significa que en sí mismo considerados los hechos aislados no constituyen ninguna prueba. La clave para que se considere la prueba indiciaria es que entre los hechos probados exista una relación incontrovertible, una conexión que nos lleve a la convicción de la existencia de la conducta fraudulenta.

⁸⁶ STSJ Aragón (Sala de lo Social) 5 junio 2008 (AS 2008, 2412) f. d. segundo. Pese a ello, en algún caso, el trabajador reconoció que no tenía derecho a la prestación por desempleo pese a haberla buscado y percibido, como sucede en el supuesto de la STS 20 marzo 2018 (JUR 2018, 98086).

⁸⁷ SSTSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) 2 Mayo 2006 (JUR 2006, 261435) y 3 mayo 2005 (JUR 2005, 163970).

⁸⁸ STSJ Aragón, (Sala de lo Social) 5 junio 2008 (AS 2008, 2412) f. d. segundo.

⁸⁹ En SSTC 189/1998, 28 de septiembre, f. d. tercero; 220/1998, 16 de noviembre, f. d. cuarto; 135/2003, 30 junio, f. d. segundo; 170/2005, 20 junio, f. d. cuarto; 74/2006, 13 marzo, f. d. cuarto; 43/2007, 26 febrero, f. d. séptimo.

⁹⁰ Por todas, SSTC 189/1998, 29 septiembre, f. d. segundo; 220/1998, 17 diciembre, f. d. tercero, y 124/2001, de 4 de junio, f. d. noveno. En diversos procesos se anularon las actas de infracción por inconsistencia en los elementos de prueba, al basarse tan solo en la presencia de un perceptor de prestaciones por desempleo en las oficinas de la empresa, sin mayores apreciaciones SSTSJ (Sala de lo Contencioso Admvo. Madrid 28 febrero de 2007 (JUR 2007, 350704) y 13 octubre 2005 (JUR 2005, 268894).

⁹¹ STSJ Cantabria (Sala de lo Contencioso) 24 febrero 2003 (AS 2003, 122991) f. d. quinto.

En ese sentido, se trata de pruebas, en donde la deducción cobra un alto protagonismo, ya que en estos supuestos específicos de fraudes y connivencias, «se puede establecer que de la prueba de unos hechos se debe deducir la prueba de otros hechos; los primeros sí deberán ser probados de forma material, pero los segundos no»⁹².

Por tales razones, en la actualidad, el fraude puede acreditarse sobre la base de los indicios.

Y «la prueba indiciaria obliga a acudir a las presunciones judiciales, previstas en el art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero ello no supone que el fraude se presuma sino que a partir de unos indicios acreditados el órgano judicial infiere lógicamente (la LEC habla de «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano») la existencia del fraude»⁹³. Bien entendido, que «esta presunción no constituye un medio de prueba, sino un criterio de valoración de la prueba existente. Las presunciones procesales consisten, pues, en otorgar un resultado cierto sobre la base de hechos que, aún estando suficientemente acreditados como tales, por sí mismos no llegan a otorgar resultados claros»⁹⁴.

De lo expuesto se colige que, para que se pueda presumir, es necesario una afirmación base que será fáctica y que sirva de apoyo para efectuar la afirmación del resultado o presunción. Es, en suma, un mecanismo intelectual, porque sirve para conocer el resultado que está encubierto en uno o más hechos que, al ser introducidos en el proceso sin la suficiente fuerza probatoria, requieren una presunción para probar lo que se busca»⁹⁵.

⁹² DIAZ RODRÍGUEZ, J. M., *Actas, informes y requerimientos de la Inspección de Trabajo*. Editorial Lexnova, Valladolid, 2004, pág. 240.

⁹³ STSJ Aragón, (Sala de lo Social) 5 junio 2008 (AS 2008, 2412) f. d. segundo.

⁹⁴ En la doctrina procesalista, esta idea se expresa diciendo, que la presunción entraña «dos hechos y una relación o nexo entre ambos; el hecho base o indicio debe ser fijado por cualquiera de los procedimientos legales, ya que si quedara incierto la presunción es imposible» (FENECH, M. Y CARRERAS, J., *Estudios de Derecho Procesal*. Ed. Librería Bosch, Barcelona. 1962, pág. 343).

⁹⁵ STSJ Castilla y León Burgos (Sala de lo Social) 4 diciem-

Este segundo elemento, a mi parecer es el más complejo, porque supone hilar una serie de hechos que conducen, todos ellos relacionados, a la demostración de la conducta fraudulenta. De ahí la importancia de la constancia y paciencia en el seguimiento de las investigaciones que presentan sospechas de conductas regidas por intereses fraudulentos, porque no basta con probar los hechos, es necesario relacionarlos con una argumentación basada en las reglas del criterio humano.

4.3. El fraude como única motivación de la conducta del sujeto

En el transcurso de las investigaciones así como de los procedimientos (administrativos o judiciales), debe tenerse siempre presente que el «principio constitucional de presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución), punto de referencia inexcusable en todas las manifestaciones de la potestad punitiva de los poderes públicos, exige un rigor absoluto y las máximas cautelas para evitar que, por la coincidencia de determinados indicios o circunstancias, se tengan por probados hechos que no gocen de una acreditación directa»⁹⁶. Sería lamentable, que sin tener atados todos los cabos del seguimiento de las investigaciones, se presumieran conductas irregulares que no respondieran a la realidad. Me refiero a supuestos en los que efectivamente, existen indicios que conducen a la demostración de conductas fraudulentas, pero al mismo tiempo, aparecen otras circunstancias que podrían eximir (aunque fuera una sola) de responsabilidad en tales conductas. En esos casos, habrá que actuar aceptando que «no es lo que parece», porque estamos ante una materia tan brumosa que no se distinguen con claridad los contornos de responsabilidad en los sujetos sospechosos, por lo que deberá aplicarse el principio, de que en la duda debe presumirse la inocencia del administrado.

Por eso, es importante que las comprobaciones sobre presuntas conductas fraudulentas no encuentren otra interpretación diversa

bre 2008 (JUR 2009, 103090) f. d. segundo.

⁹⁶ STSJ Cantabria, (Sala de lo Contencioso) 24 febrero 2003 (AS 2003, 122991) f. d. séptimo.

a esa conducta, pues en el caso de que exista una sola explicación que descartara el fraude, quedaría desvirtuada la prueba indirecta o de indicios, pues «conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo la prueba de presunciones debe utilizarse solo cuando la deducción obtenida a partir de los hechos probados de forma directa es unívoca, de forma que a partir de los hechos base no puedan desprenderse razonablemente interpretaciones diversas (STS, Sala 1ª 27-2-68, entre muchas), como “enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano” (art. 1253 Código Civil) entre los hechos directamente probados y los deducidos de ellos. Así la jurisprudencia ha recordado el uso rigorista que debe hacerse de tal medio de prueba (STS, sala 4ª 23-11-89)»⁹⁷, no pudiendo acreditarse la existencia de una conducta fraudulenta, si, partiendo «desde los hechos base acreditados no es posible pensar en una sola alternativa, y que ésta sea el fraude», pues en el caso de que existan alternativas diversas, -una de las cuales no excluye aquél- no se cumplen los requisitos exigidos legal y jurisprudencialmente para entender acreditado el fraude⁹⁸.

En suma, la prueba indiciaria por sí sola no demuestra la existencia de fraude en la conducta del sujeto. Es imprescindible completar aquellas pruebas, acreditando que la única explicación posible de su conducta solo tiene como motivo el fraude.

Sobre la relevancia de la intencionalidad

Se plantea si es necesario que se produzca la intención de defraudar (concepción subjetiva) o es suficiente que se compruebe que todos los indicios conducen a comprobar que existe el fraude (concepción objetiva). Es decir, se trata de responder a la cuestión de si se re-

quiere intención de defraudar para que exista fraude de ley.

Sobre este aspecto referente a la concepción objetiva o subjetiva del fraude, la jurisprudencia social ha oscilado entre una y otra teoría, por un lado, la tesis objetiva que atiende al resultado prohibido, y la subjetiva, que contempla la intención defraudadora.

La doctrina mayoritaria de la Jurisprudencia Social se inclina por la concepción subjetivista. En ese sentido, lo explica de forma completa integrando jurisprudencia anterior, al afirmar que «en materia de fraude de ley, el elemento fundamental consiste en la intención maliciosa de violar la norma (así, las SSTs/IV 11-octubre-1991 -recurso 195/1991 y 5-diciembre-1991 -recurso 626/1991), pues en la concepción de nuestro Derecho, el fraude es algo integrado por un elemento subjetivo o de intención, de manera que para que pueda hablarse de fraude es necesario que la utilización de determinada norma del ordenamiento jurídico, persiga, pretenda, o muestre el propósito, de eludir otra norma del propio ordenamiento (STS/IV 6-febrero-2003 -recurso 1207/2002)»⁹⁹.

Ciertamente eso supone, para quienes deben investigar conductas presuntamente fraudulentas, hilar muy fino, pues ello significa adentrarse en la interioridad de la persona que presuntamente ha incurrido en fraude. Qué difícil resulta juzgar la intencionalidad de las personas, tan solo por sus manifestaciones externas. Dicho con palabras más profundas: «nosotros no podemos entender del todo a las demás personas porque ello implica descender a simas más profundas de lo que la razón nos permite verificar»¹⁰⁰. Y sin embargo, según la Jurisprudencia, es necesario hacerlo, pero, ¿cómo?

A ello, cabría responder que el itinerario a seguir será el previsto conforme a los apartados que se acaban de analizar, es decir, el

⁹⁷ STSJ Cataluña (Sala de lo Social), 4 Enero 2008 (JUR 2008\108055) f. d. tercero.

⁹⁸ STSJ Cataluña (Sala de lo Social), 4 Enero 2008 (JUR 2008\108055) f. d. tercero. Así por ejemplo, se considera fraudulenta la conducta, si «el acontecer de los hechos revela que la única finalidad del contrato de duración determinada fue la de conseguir el acceso indebido e irregular a la prestación por maternidad concurriendo el acuerdo de voluntades de la trabajadora y el empresario con tal designio» (STSJ Comunidad Valenciana [Sala de lo Social] 2 Mayo 2006 [JUR 2006, 261435]).

⁹⁹ STS (Sala de lo Social) 12 Mayo 2009 (RJ 2009, 3252), f. d. segundo.4.

¹⁰⁰ RAZINGER, J., *Dios y el mundo. Una conversación con Peter Seewald*. Círculo de lectores, S.A. Barcelona, 2005, pág. 41.

empleo de las pruebas indirectas o indiciarias, la inexistencia de otras alternativas (aunque solo sea una) que puedan descartar el fraude y con base en estos dos elementos presumir la existencia de la intención en la comisión del fraude. En realidad, se trata de probar la intencionalidad defraudadora, basada en descartar otra razón que no sea la conducta fraudulenta, porque esa otra razón no se ha podido apreciar en las investigaciones y, desde luego, si existe y puede ser acreditada, buena prisa se dará el investigado en darla a conocer.

Esta necesidad de la existencia de la intencionalidad como elemento del fraude, lo confirma la jurisprudencia, distinguiéndola con el mero incumplimiento de una norma, al especificar, que «el fraude de ley que define el art. 6.4 CC es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma, o con una posible elección errónea del tipo contractual que corresponde a un determinado propósito negocial»¹⁰¹.

Por tanto, se trata de obtener indicios que conduzcan al convencimiento de la conducta fraudulenta (conexión entre los hechos comprobados y el resultado obtenido) y que no exista sombra de duda acerca de la intención en ese sentido, pues como sigue diciendo la jurisprudencia, «en la entraña y en la propia naturaleza del fraude de ley está la creación de una apariencia de realidad con el propósito torticero de obtener de ella unas consecuencias que la auténtica realidad, no aparente, sino deliberadamente encubierta, no permitirían (STS 5-diciembre-1991 -recurso 626/1991-).»¹⁰².

4.4. ¿Es necesario que se produzca el resultado fraudulento?

En esta cuestión acerca de si debe exigirse un resultado fraudulento, interviene el ele-

mento de la intencionalidad de manera prevalente. De forma, que si se alcanza el objetivo propuesto de obtener unas prestaciones por desempleo, es obvio que interviene la motivación interna del trabajador, como lo demuestra el hecho de que se haya producido el resultado. La cuestión es si se produce el resultado sin intencionalidad o, si efectivamente interviene la intención del sujeto de obtención indebida pero se frustra el resultado.

El primer caso (si basta con el resultado de fraude), se responde en el anterior apartado, que exige intencionalidad para que se produzca el fraude. En cambio, resulta más complejo, que se demuestre la intencionalidad del sujeto, sin que se haya producido el resultado defraudatorio. En este caso, impera la intencionalidad sobre la falta de resultados. Así por ejemplo, en aquellos supuestos en los que no ha existido actividad laboral o profesional (simulación de relación laboral o profesional), y, sin embargo se han ingresado cotizaciones a la Seguridad Social, es obvio, que el único objeto de tal conducta es la obtención futura de una prestación o su mejora. Es verdad que todavía no se ha producido el hecho causante, porque no se ha solicitado la correspondiente prestación, pero si nadie lo impide, en algún momento se harán valer las cotizaciones fraudulentas en todo o en parte para lucrar la pensión o la prestación, en su caso. Es la actividad de las conocidas como “empresas ficticias” que vimos anteriormente, cuyo objeto es precisamente ése, el de organizar todo un tinglado con apariencia de actividad, inexistente en la realidad, cuyo único objeto es la obtención futura de prestaciones generadas a partir de las cotizaciones.

No obstante, eso no es siempre así, pues existen otras conductas que se consideran fraudulentas, pero al no haberse solicitado las prestaciones, pese a la anterior apariencia (inclusive con intencionalidad) de conducta fraudulenta basada en las maquinaciones efectuadas, sin embargo, no tienen relevancia a efectos de una prestación actual o futura. Es el caso de un despido improcedente fingido con el único objeto de acreditar el requisito de encontrarse en situación legal de desempleo, para percibir las prestaciones por desempleo, con independencia del ilícito administrativo en el ámbito laboral. Lo cierto es que si, final-

¹⁰¹ STS (Sala de lo Social) 12 Mayo 2009 (RJ 2009, 3252) f. d. segundo.4.

¹⁰² STS (Sala de lo Social) 12 Mayo 2009 (RJ 2009, 3252) f. d. segundo.4.

mente, el trabajador no solicita la prestación (quizá por haber encontrado otro empleo), no se consumaría el fraude, precisamente porque se trata de un fraude restringido exclusivamente al momento de la solicitud, precedida de un concreto despido fingido, salvo que el trabajador reactivara el fraude, en el caso de que cesara en la nueva empresa después de un escaso período de trabajo.

En consecuencia, no todo movimiento defraudatorio puede ser considerado como fraude a efectos de prestaciones de desempleo, ni siempre debe exigirse la consumación del

fraude, en el sentido de obtener e incluso solicitar la prestación; dependerá de las circunstancias en que se produzca, pues se trata de una materia en la que cada detalle puede ser importante en aras de acreditar o desvirtuar presuntas conductas fraudulentas.

En fin, creo que siguiendo estas cuatro pautas, que denomino como elementos del fraude, es posible alcanzar un procedimiento idóneo que demostrará el fraude en la protección social, en particular, la que afecta al desempleo.

RESUMEN

La prestación contributiva por desempleo tiene como objetivo principal, sustituir el salario que percibe el trabajador cuando de forma involuntaria cesa en su actividad por cuenta ajena, por una cuantía económica proporcional a los ingresos que percibía, o bien, percibir unas rentas de mantenimiento en el caso del subsidio por desempleo. Pues bien, cuando en lugar de buscar un trabajo, lo que se persigue es la percepción de la prestación por desempleo en sí misma considerada, a través de conductas fraudulentas, como la simulación en el trabajo o en la involuntariedad del cese en la actividad por cuenta ajena, o en la creación de empresas ficticias para la obtención indebida de prestaciones por desempleo, o, en fin otras muchas que aparecen en este trabajo, es imprescindible conocer cuáles deben ser los criterios idóneos y fiables para calificar tales conductas de fraudulentas. Pues en este campo del fraude nos deslizamos entre arenas movedizas, al no estar fijadas en cada caso todas las conductas fraudulentas posibles. Y además, es necesario valorar un factor esencial, que es el de la intencionalidad del sujeto.

Sobre las diversas formas en que se presenta el fraude en la protección por desempleo, en especial, acerca de los medios de prueba idóneos y adecuados para desenmascarlo, trata este trabajo de investigación, que basándose en la jurisprudencia doctrina científica, así como en la amplia experiencia a pie de calle del autor como Subinspector de Empleo y Seguridad Social (exc.) durante más de dos décadas, consigue despejar dudas en esta complicada misión, que podrían plantearse, tanto los Magistrados de lo Social y del Contencioso, como los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en la comprobación de las múltiples conductas fraudulentas cuya finalidad es la de obtener indebidamente la prestación o el subsidio por desempleo.

La metodología empleada, ha partido describir lo que es el fraude con carácter general como elemento que distorsiona la finalidad de la prestación por desempleo para, una vez analizado cada tipo de fraude en materia de prestaciones, buscar un procedimiento que pueda acreditar que realmente existió fraude.

Y el procedimiento no figura en ningún manual ni monografía al uso, porque el fraude es una figura cuyo contenido puede variar de unos a otros supuestos pudiendo entremezclarse, pero que tienen en común el intento de servirse de la normativa para una finalidad diferente a la que prevé el espíritu de la ley, casi siempre en beneficio de su autor y en perjuicio de los demás beneficiarios y del Estado. Y es precisamente esa intencionalidad acompañada o no de los hechos que lo constatan, lo que se busca desenmascarar. Por eso la presente colaboración tiene la utilidad de abrir vías que permitan la demostración del fraude en las prestaciones, en particular de desempleo, aunque, bien mirado, podría aplicarse, en muchos casos, en otras prestaciones de Seguridad Social.

Básicamente, lo fundamental de este novedoso procedimiento que se pone a disposición del lector, parte de tener claro que el fraude debe probarse, no siendo suficiente su alegación basada en meros indicios o conjeturas. Y quien tiene que acreditar su existencia es la Administración. Para ello, en segundo lugar, no es habitual que aparezcan pruebas directas, como podría ser el reconocimiento del fraude por el sujeto infractor, pues el fraude suele habitar escondido parapetándose en la legislación. De ahí que sea necesario buscar pruebas indirectas o

indiciarias, para que entre todas ellas pueda acreditarse la intencionalidad del mismo. Pero es que esto, siendo mucho, no sería suficiente, pues para que tales pruebas tengan consistencia, deben revelar que no existe otra posibilidad en la conducta del sujeto infractor, que permita deducir una intencionalidad distinta a la fraudulenta. Finalmente, es frecuente que tales conductas se sancionen cuando se ha logrado alcanzar el objetivo, es decir, una vez obtenido el resultado. Habitualmente una prestación económica. Sin embargo esto no siempre es así pues sería posible sancionar cuando, sin haberse producido el resultado, se pone de manifiesto de manera inequívoca que todas las actuaciones del sujeto van encaminadas al resultado indebido.

En suma, con el presente trabajo se da cumplida confirmación a su título, pues es posible encontrar la idoneidad de las pruebas que demuestran el fraude en la obtención de la prestación por desempleo.

Palabras clave: Fraude, desempleo, prestación, Inspección de Trabajo, sanción, pruebas.

ABSTRACT

The main objective of the contributory unemployment benefit is to substitute the salary received by the worker when he involuntarily ceases his activity as an employee, for an economic amount proportional to the income he received, or to receive maintenance rents in the case of the unemployment subsidy. Well, when instead of looking for a job, what is pursued is the perception of unemployment benefit in itself considered, through fraudulent behavior, such as simulation at work or the involuntariness of the cessation of activity by account, or in the creation of fictitious companies for the improper obtaining of unemployment benefits, or, in other many that appear in this work, it is essential to know what should be the ideal and reliable criteria to qualify such fraudulent behavior. Well in this field of fraud we slip between quicksand, not being fixed in each case all possible fraudulent behavior. And in addition, it is necessary to value an essential factor, which is that of the intentionality of the subject.

Regarding the various ways in which fraud in unemployment protection is presented, in particular, about the appropriate and adequate means of proof to unmask it, this research work deals with, based on the scientific doctrine jurisprudence, as well as on the broad street experience of the author as Subinspector of Employment and Social Security (exc.) for more than two decades, gets rid of doubts in this complicated mission, which could arise, both the Judges of the Social and Contentious, as well as the officials of the Inspection of Work and Social Security, in the verification of the multiple fraudulent conducts whose purpose is to obtain unduly the benefit or the subsidy for unemployment.

The methodology used, has started to describe what is fraud with a general character as an element that distorts the purpose of unemployment benefit for, once analyzed each type of fraud in terms of benefits, look for a procedure that can prove that fraud really existed .

And the procedure does not appear in any manual or monograph to use, because fraud is a figure whose content can vary from one to another assumptions can intermingle, but they have in common the attempt to use the rules for a purpose other than the one provides the spirit of the law, almost always for the benefit of its author and to the detriment of other beneficiaries and the State. And it is precisely that intentionality accompanied or not of the facts that confirm it, what is sought to unmask. That is why the present collaboration has the utility of opening up ways that allow the demonstration of fraud in benefits, in particular of unemployment, although, well considered, it could be applied, in many cases, in other Social Security benefits.

Basically, the fundamental of this novel procedure that is made available to the reader, part of being clear that the fraud must be proven, not being sufficient based on mere allegations or conjecture. And who has to prove its existence is the Administration. For this, in the second place, it is not usual for direct evidence to appear, such as the recognition of fraud by the offending party, since fraud usually inhabits hiding in the legislation. That is why it is necessary to look for indirect or circumstantial evidence, so that among all of them the intentionality of the same can be accredited. But it is that this, being much, would not be enough, because for such tests to have consistency, they must reveal that there is no other possibility in the conduct of the offending subject, which allows to deduce an intentionality other than fraudulent. Finally, it is common for such behaviors to be sanctioned when the objective has been achieved, that is, once the result has been obtained. Usually an economic benefit. However, this is not always the case, as it would be possible to sanction when,

without having produced the result, it is unequivocally shown that all the actions of the subject are aimed at the improper result.

In short, with this work is given confirmation of its title, it is possible to find the suitability of evidence that shows fraud in obtaining unemployment benefit.

Keywords: Fraud, unemployment, benefit, Labor Inspection, sanction, tests.

La suspensión de la prestación por desempleo de los trabajadores por cuenta ajena

Suspension of unemployment benefits to employed workers

MANUEL FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA*

1. INTRODUCCION

El art 271 del Real Decreto Legislativo 8/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS) regula la suspensión de la prestación por desempleo nivel contributivo. Regulando el art 279 del TRLGSS la suspensión por desempleo nivel asistencial¹.

De una lectura del art. 271 se infiere que, en realidad, se están regulando dos supuestos distintos: la suspensión de la prestación y el cumplimiento de las sanciones. estas últimas suponen, no la suspensión, sino la pérdida de la prestación. En este sentido, resulta esclarecedor que el art.47 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS), utilice el término “pérdida” de la prestación.

La regulación de la pérdida de la prestación junto a los supuestos de suspensión tiene su razón de ser en que, si la sanción de pérdida de la prestación es menor a la reconocida, cumplida la sanción, se reanuda la prestación.

Ahora bien, pese a que puede existir reanudación de la prestación, tanto en supuestos de suspensión como en supuestos de sanción, la diferencia entre uno y otro supuesto puede verse con nitidez a lo largo de la regulación.

Así, al regular los efectos de la “suspensión”, se indica en el art. 271.2 del TRLGSS que “la suspensión de la prestación supondrá la interrupción del abono de la misma y no afectará el período de su percepción”. Es decir, mientras concorra la causa de suspensión no se percibe la prestación y cuando cesa la causa se reanuda aquella, sin pérdida alguna y por el período que restaba cuando concurrió la causa de suspensión.

Por el contrario, cuando se impone una sanción, al igual que en el caso anterior, se interrumpe el abono de la prestación, pero la norma añade que “el período de percepción de la prestación se reducirá por el tiempo igual a la suspensión producida”, es decir, la prestación se pierde como consecuencia de la ejecución de la sanción.

El tratamiento para la reanudación de la prestación suspendida también es diferente. Así, la prestación o el subsidio por desempleo, se reanuda “previa solicitud del interesado....siempre que se acredite que ha finalizado la causa de suspensión...” -art 271.4.b) TRLGSS-. Mientras que en el caso de pérdida

* Doctor en Derecho. Magistrado de la Audiencia Nacional.

¹ El art 279.1 TRLGSS remite al art. 271, si bien añade una causa de suspensión en el art 219.2 TRLGSS.

por sanción, la entidad gestora “de oficio” procederá a la reanudación “siempre que el período de derecho no se encuentre agotado y el trabajador figure inscrito como demandante de empleo” -art 271.4.a)-. Añadiendo la norma que, de no concurrir éste último requisito, podrá, pese a ello, producirse la reanudación siempre que el beneficiario comparezca ante la entidad gestora “acreditando dicha inscripción” -art 271.1.a TRLGSS-.

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la jurisprudencia en los supuestos de suspensión en sentido estricto de la prestación correspondiente a los trabajadores por cuenta ajena. No se analizarán, por lo tanto, los supuestos de pérdida “por imposición de sanción por infracciones leves y graves en los términos establecidos en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social” -art 271.1.a) TRLGSS-, ni los supuestos de suspensión correspondiente a los trabajadores por cuenta propia.

2. LOS SUPUESTOS DE SUSPENSIÓN

Como hemos indicado, los supuestos de suspensión se regulan en el art 271.1 del TRLGSS, apartados b) c), d), e), f) y g) y 279.1 de la misma norma. Los supuestos descritos en el art 271.1 son aplicables tanto a las prestaciones por desempleo de nivel contributivo como a las de nivel asistencial -art 279.1 TRLGSS-; para las de nivel asistencial se contempla, además, el supuesto específico regulado en el art. 279.2 del TRLGSS.

2.1. La suspensión de la prestación durante la situación de maternidad o paternidad

Establece el art. 271.1.b) del TRLGSS que la prestación se “suspenderá por la entidad gestora durante la situación de maternidad o de paternidad, en los términos previstos en el art. 284”.

El art 284 diferencia claramente dos supuestos:

a.- En primer lugar es posible que el trabajador que esté percibiendo la prestación por

maternidad o paternidad pase a situación de desempleo². En este caso “seguirá percibiendo la prestación por maternidad o paternidad hasta que se extingan dichas situaciones, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación”. En tal caso, “no se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo de nivel contributivo el tiempo que hubiera permanecido en situación de maternidad o paternidad”.

b.- En segundo lugar, es posible que el trabajador que esté percibiendo la prestación por “desempleo total” pase a la situación que le permite obtener la prestación por maternidad o paternidad. En tal caso, el criterio del legislador es que pase a cobrar esta prestación.

La consecuencia es la suspensión de “la prestación por desempleo y la cotización a la Seguridad Social prevista en el art. 265.1.a). 2”, pasando a percibir “la prestación por maternidad o paternidad, gestionada directamente por la entidad gestora”. Y, una vez extinguidas estas prestaciones, se reanudará la “prestación por desempleo en los términos recogidos en el art 271.4), por la duración que restaba por percibir y la cuantía que correspondía en el momento de la suspensión”.

Solo en el segundo supuesto puede hablarse, en sentido estricto, de suspensión de la prestación por desempleo, pues en el primer caso no existe ni suspensión ni pérdida de la prestación, ya que se continúa percibiendo la prestación por maternidad o paternidad y, consumida esta, se pasa a percibir la prestación por desempleo, sin descuento alguno³.

La idea que preside la regulación es que resulta incompatible la percepción simultánea

² Los supuestos de situación legal de desempleo se describen en el art. 267 del TRLGSS.

³ El apartado 6 de la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, dispone: “Si el trabajador es beneficiario de la prestación por desempleo nivel contributivo y la compatibiliza con el trabajo a tiempo parcial, cuando pase a las situaciones de maternidad o paternidad, tanto si se disfrutan en régimen de jornada completa como de jornada parcial, se suspenderá la prestación por desempleo en los términos establecidos en.....la LGSS”.

nea de las prestaciones por maternidad o paternidad con la prestación por desempleo -art 282.2 TRLGSS-⁴. Y siendo más beneficiosas aquellas se opta por que su percepción sea preferente sobre la prestación por desempleo -la cuantía de las prestaciones por maternidad y paternidad es superior, de aquí que el legislador no conceda opción alguna al beneficiario y entienda que necesariamente debe optar por la más beneficiosa-; la prestación de desempleo queda suspendida y se reanuda cuando concluyen aquellas, por lo tanto, no se pierde y finalizada la causa de suspensión, que no es otra que la incompatibilidad entre prestaciones, la prestación por desempleo se reanuda⁵.

Interpretando estas normas, la STSJ de Andalucía (Málaga) de 11 de octubre de 2012⁶, afirma que es “clara la existencia de incompatibilidad entre las prestaciones de desempleo y maternidad o paternidad...suspendiéndose la prestación por desempleo”. Precisamente por ello es “incuestionable” que durante el tiempo en que se percibió la prestación por paternidad no se “tenía derecho a percibir la prestación por desempleo, por lo que debe reintegrar a la entidad demanda las cantidades percibidas por desempleo durante dicho período”⁷.

Conforme se infiere del art. 271.4 del TRLGSS, la reanudación en el cobro de la prestación por desempleo exige “la previa solicitud del interesado”. La STSJ de Cataluña de 6 de septiembre de 2012⁸, analiza un supuesto en el que, agotada la prestación por paternidad, se tardó más de quince días en solicitar la reanudación de la prestación⁹, lo que su-

puso “la pérdida de 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 efectivamente se hubiese formulado la solicitud”.

La sentencia añade que no cabe hablar de “error excusable o de que no le hubiera informado de que debía pedir la reanudación de la prestación por desempleo una vez agotada la de paternidad”. Pero es que, en todo caso, se trata de “un requisito legal para reanudar la prestación”, sin que suponga “restricción o privación injustificada de los derechos que se garantizan el hacer depender su reconocimiento de una previa solicitud de parte con observancia de determinados requisitos formales, del mismo modo que tanto la prestación por desempleo como la de paternidad se le habían reconocido al actor previa petición del mismo”¹⁰.

La STSJ de Extremadura de 22 de febrero de 2012¹¹ examina un caso en el que la beneficiaria de una prestación por maternidad solicitó la renovación de la demanda de empleo, pero no solicitó la reanudación de la prestación por desempleo. La sentencia indica que la Administración, antes de la finalización de la prestación por maternidad, se había dirigido a la beneficiaria y le había recordado su obligación de solicitar la reanudación de la prestación, lo que no hizo. De hecho, una vez que solicitó la reanudación, la prestación fue inmediatamente concedida, “fue su falta de diligencia la que produjo las consecuencias de consumir 160 días de la prestación a la que tenía derecho”.

Siendo, por lo tanto, necesario presentar la solicitud de reanudación dentro de los quince días siguientes al fin de la prestación de maternidad o paternidad, la jurisprudencia, sin embargo, matiza las consecuencias de la regla en determinados supuestos.

Así, la STSJ de Madrid de 16 de abril de

⁴ La norma dispone que “La prestación y el subsidio por desempleo serán, asimismo, incompatibles con la obtención de prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social, salvo que estas hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación o el subsidio”.

⁵ M.A. BALLESTER PASTOR, *La prestación por maternidad*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2013, p. 163 y 164.

⁶ Rec. 612/2012.

⁷ En el mismo sentido la STSJ de Cataluña de 6 de septiembre de 2012 (Rec. 3417/2011).

⁸ Rec. 3417/2011.

⁹ Establece el art. 271.4 del TRLGSS que “el derecho a la reanudación nacerá a partir del término de la causa de suspensión siempre que se solicite en el plazo de los quince días

hábiles siguientes”.

¹⁰ En el mismo sentido la STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de marzo de 2011 (Rec. 2732/2010).

¹¹ Rec. 606/2011.

2013, analiza el caso de un trabajador que, reconocida la prestación por desempleo hasta el 6 de mayo de 2013, solicitó la prestación por paternidad por el período 11 a 23 de agosto de 2011, que le fue reconocida el 19 de octubre de 2011 con efectos retroactivos. Durante este período de tiempo no dejó de percibir la prestación por desempleo. Una vez que se le notificó dicha resolución, solicitó la reanudación el 11 de noviembre de 2011 (dentro de los quince días siguientes a la notificación de la Resolución de 19 de octubre). Pues bien, la tesis de la entidad gestora es contar los quince días, no desde la notificación, sino desde el 23 de agosto de 2011, fecha en la que se extinguió la prestación por paternidad. Lo que el TSJ de Madrid, con razón, no admite, pues el beneficiario de la prestación solo pudo reclamar la reanudación de la prestación desde el momento en que tuvo conocimiento de su concesión. Otra cuestión será, dice la sentencia, la incompatibilidad y obligación de reintegro por el período 11 a 23 de agosto de 2011, pues no es posible percibir las dos prestaciones¹².

2.2. La suspensión mientras el titular del derecho esté cumpliendo condena que implique la privación de libertad¹³

La prestación se suspenderá por la entidad gestora cuando “el titular del derecho está cumpliendo condena que implique privación de libertad” –art 271.1.c) TRLGSS¹⁴. En principio, quien se encuentra en prisión, tiene sus necesidades cubiertas a cargo del Estado, por lo que procede suspender la prestación¹⁵.

¹² Una solución distinta es sostenida por la STSJ de Andalucía (Málaga) de 11 de octubre de 2012 (Rec. 612/2012).

¹³ R. ESTEBAN LEGARRETA, “Propuestas de mejora en la protección de desempleo durante la permanencia en prisión y tras la excarcelación. Un análisis conjunto”, Rev. Española de Derecho del Trabajo 167/2014.

¹⁴ No procede conceder el subsidio en un caso en el que, con carácter previo al ingreso en prisión, se había instado la baja voluntaria en la empresa –STSJ de Aragón de 20 de noviembre de 2017 (Rec. 606/2017).

¹⁵ R. ESTEBAN LEGARRETA, “Propuestas de mejora...opus cit: “La lógica de la ley parece basarse en la idea de que el penado no va a necesitar la prestación porque ya es asistido en sus necesidades por la administración penitenciaria, al tiempo que la persona privada de libertad podría trabajar si accede a

La razón de la suspensión no se encuentra en la pérdida de la capacidad de trabajo, pues es posible prestar trabajo en prisión¹⁶. Repárese en que la norma utiliza la expresión “cumpliendo condena”, lo que implica que durante la situación de prisión provisional se continúa teniendo derecho al abono de la prestación. Concluida la condena, previa solicitud, se reanuda el derecho a la prestación por desempleo suspendida¹⁷, sin perjuicio de que agotada esta, pueda solicitarse el derecho al subsidio asistencial de excarcelación regulado en el art. 274.2 del TRLGSS¹⁸.

No obstante, el privado de libertad puede tener responsabilidades familiares. Por esta razón la norma matiza que “no se suspenderá el derecho si el titular tuviese responsabilidades familiares¹⁹ y no disfrutara de renta familiar alguna cuya cuantía exceda del salario mínimo interprofesional” –qué deba entenderse por tal se regula en el art. 275.3 del TRLGSS²⁰. Por lo demás, las dos STS de 29 de septiembre de 2010²¹ se han inclinado por entender que los gastos de manutención de la persona privada de libertad efectuados por la Administración deben ser tenidos en

un puesto de trabajo en un taller penitenciario.”

¹⁶ STS de 19 de julio de 2011 (Rec. 2868/2010) y 10 de diciembre de 2012 (Rec. 4389/2011). También la STSJ de Galicia de 1 de julio de 2011 (Rec. 4637/2007).

¹⁷ La STSJ de Cataluña de 22 de enero de 2018 (Rec. 6448/2017), entiende que procede reanudar la prestación cuando se concede al solicitante la clasificación en “tercer grado de tratamiento penitenciario”. La STSJ de Andalucía (Sevilla) considera que el nacimiento del derecho al subsidio se produce desde la situación de libertad condicional, no desde la libertad definitiva.

¹⁸ STSJ de Galicia de 5 de abril de 2004 (Rec. 188/2004).

¹⁹ Se ha considerado que no existen cargas familiares en el supuesto de parejas de hecho, pues la norma habla expresamente de cónyuge –STSJ de Canarias (Las Palmas) de 19 de marzo de 2015 (Rec. 1110/2014).

²⁰ «...se entenderán por responsabilidades familiares tener a cargo al cónyuge, hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados, o menores acogidos, cuando la renta del conjunto de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75 por ciento del salario mínimo interprofesional excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias. No se considerará a cargo el cónyuge, hijos menores acogidos, con rentas de cualquier naturaleza superiores el 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de las dos pagas extraordinarias».

²¹ Rec. 2479/2009 y 3386/2009.

cuenta a la hora de determinar el cálculo de la renta.

Como razona la STS de 10 de diciembre de 2012²², la finalidad buscada por la norma, que justifica, por excepción, la no suspensión de la prestación es la de “*proteger elementales necesidades económicas de la familia que está a cargo del beneficiario*”²³.

En todo caso y para concluir, conviene precisar que el ingreso en prisión que, como hemos visto implica la suspensión de la prestación, no justifica, en principio y salvo circunstancias excepcionales, que no se comunique a la entidad gestora la concurrencia de causa de suspensión, procediendo el reintegro de la prestación indebidamente percibida -STSJ de Cataluña de 9 de mayo de 2012²⁴-.

2.3. La realización de trabajo²⁵

La prestación será suspendida por la entidad gestora “mientras el titular del derecho realice un trabajo por cuenta ajena de duración inferior a doce meses...”²⁶.

En este caso, la razón de la suspensión se encuentra en la incompatibilidad entre el trabajo y la prestación por desempleo. El legislador considera que cuando la prestación de trabajo no supera los períodos indicados, procede la suspensión de la prestación²⁷ y, por el contrario, cuando se superan, procede declarar la extinción -art. 272.c) TRLGSS-.

²² Rec. 4389/2011.

²³ Esta sentencia concede el subsidio asistencial por desempleo a quien ya se encuentra ingresado en prisión, pues considera que lo esencial es la defensa de la familia que se encuentra en situación de necesidad. En la misma línea la STSJ de Madrid de 10 de julio de 2001 (Rec. 512/2001); STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de noviembre de 2005 (Rec. 900/2005).

²⁴ Rec. 1773/2011.

²⁵ La realización de trabajos durante la prestación por desempleo, puede dar lugar a la imposición de sanciones -STS de 13 de mayo de 2015 (Rec. 2785/2014); 19 de julio de 2015 (Rec. 2768/2014) y 14 de junio de 2016 (Rec. 2349/2015).

²⁶ Sobre la aplicación a supuestos de trabajo por cuenta ajena puede verse la STSJ de Cataluña de 27 de octubre de 2011 (Rec. 3497/2010). También la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 23 de marzo de 2015 (Rec. 651/2014).

²⁷ STSJ de Andalucía (Málaga) de 16 de junio de 2011 (Rec. 148/2011).

Sin perjuicio de la obligación del beneficiario de la prestación de comunicar la existencia de la causa de suspensión a la entidad gestora²⁸, la misma se produce *ope legis*²⁹. Se trata de una obligación personal del trabajador³⁰ que “ha de efectuarse, conforme a la finalidad a la que sirve, a la propia entidad gestora, y no sirve para la misma la mera gestión administrativa del registro de los contratos y el alta en la Seguridad Social ante la TGSS, pues tales actuaciones se realizan ante otros entes, con competencias y fines diferentes, sin que por ello se haya cumplido la finalidad de la comunicación, que es la de paralizar la percepción de la prestación en el mismo instante en que se inicia el trabajo, en evitación del fraude de la percepción de desempleo mientras se trabaja” -STSJ de Cataluña de 15 de julio de 2005³¹-.

En suma, procederá la suspensión siempre que se realice un trabajo por cuenta ajena que no supere los doce meses³². Cesada la cau-

²⁸ STSJ de Andalucía (Sevilla) de 8 de enero de 2004 (Rec. 3384/2003). La STSJ de Cataluña de 12 de abril de 2005 (Rec. 8495/2003) que considera que no exime al beneficiario de la prestación de la obligación de comunicar la realización del trabajo el hecho de que la empresa que le contrata se haya comprometido a tramitar la baja en el INEM, se sostiene que es una obligación personal del trabajador que no puede eludir.

²⁹ Señala la STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de noviembre de 2010 (Rec. 1173/2010) que, en estos casos, solo procede que la entidad gestora suspenda la prestación por los días en los que se ha trabajado y, en su caso, reclame el correspondiente reintegro. Lo cual no impide, si procede, la imposición de sanción.

³⁰ La STSJ de Cataluña de 12 de abril de 2005 (Rec. 8495/2003) que considera que no exime al beneficiario de la prestación de la obligación de comunicar la realización del trabajo el hecho de que la empresa que le contrata se haya comprometido a tramitar la baja en el INEM, se sostiene que es una obligación personal del trabajador que no puede eludir.

³¹ Rec. 625/2003. También la TSJ de Andalucía (Málaga) de 26 de enero de 2012 (Rec. 1431/2011).

³² STSJ de Aragón de 19 de enero de 2012 (Rec. 911/2011). La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 9 de diciembre de 2004 (Rec. 1610/2004), entendió que procedía la suspensión en un supuesto de impartición de dos clases de dos días, en total, cuatro días. Si la concurrencia es con un trabajo a tiempo parcial, procede la reducción proporcional de la prestación -STSJ de Madrid de 24 de noviembre de 2010 (Rec. 5095/2010)-. Sobre la cuantía de la prestación en casos de trabajo a tiempo parcial con suspensión de la prestación por realización de un trabajo a tiempo completo puede verse la STSJ del País Vasco de 20 de marzo de 2012 (Rec. 660/2012).

sa de suspensión³³ debe solicitarse la reanudación³⁴.

En todo caso, para que pueda hablarse de suspensión y reanudación es preciso que se realice un nuevo trabajo y que el mismo se extinga por causa no imputable al trabajador, es decir, que la situación de desempleo sea involuntaria. Por ello, la STSJ de Andalucía (Sevilla) 1 de julio de 2010³⁵ confirma la no reanudación de la prestación, pues si bien es cierto que la trabajadora en situación de desempleo suscribió un nuevo contrato; no lo es menos que “no llegó a incorporarse a su nuevo trabajo ni formuló reclamación alguna por incumplimiento de contrato o despido, lo que unido a la falta de justificación de su presentación en la empresa para el inicio de la actividad, como la negativa de aquella a darle ocupación...impiden apreciar la situación legal de desempleo”.

En esta línea resulta de especial relevancia la reciente STS de 15 de febrero de 2017³⁶. En dicha sentencia se analiza el caso de un beneficiario del subsidio por desempleo que prestó servicios como empleado de hogar, suspendiéndose su prestación. Posteriormente desistió voluntariamente del trabajo e instó la reanudación del subsidio que le fue denegada. El Ato Tribunal razona que “se reanuda la percepción mientras las circunstancias de su concesión sean las mismas, pero que si varían falta el fundamento para mantener el subsidio”. Se afirma que es “el interesado” quien “debe acreditar que ha finalizado la causa de suspensión y que esa causa constituye situación legal de desempleo. La dimisión del trabajador no aparece contemplada como situación legal de desempleo, ni siquiera cuando ocurre durante el período de prueba”.

³³ STSJ de Andalucía (Sevilla) de 8 de abril de 2010 (Rec. 1419/2009).

³⁴ STSJ (dos) de Asturias de 19 de septiembre de 2008 (Rec. 276 y 498/2008). Se trata de una reanudación, no de una nueva prestación -STSJ de Madrid de 14 de febrero de 2013 (Rec. 5393/2012) y 17 de junio de 2013 (Rec. 1222/2013)-. También la STSJ de Cataluña de 17 de junio de 2013 (Rec. 1222/2013), razón por la que no procede alterar la base reguladora de la prestación en sí día fijada.

³⁵ Rec. 1191/2010.

³⁶ Rec. 1810/2015. La sentencia contiene un voto particular.

2.4. La suspensión en los supuestos de recursos contra sentencias

También procederá la suspensión en los supuestos establecidos en el art 297 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), “mientras el trabajador continúe prestando servicios o no los preste por voluntad del empresario en los términos regulados en dicho artículo durante la tramitación del recurso.....”- art. 272.c) TRLGSS-.

La razón de la suspensión radica en que, en los casos previstos en el art 297 de LRJS durante la tramitación del recurso, el trabajador percibe los salarios por lo que carece de sentido la percepción de la prestación. En este caso, la incompatibilidad no lo es con la realización del trabajo. De hecho, como veremos, el empresario puede optar porque el trabajador no preste servicios pese a percibir el salario -STS de 26 de marzo de 2007³⁷-.

En efecto, cuando en los procesos en los que se ejerciten “acciones derivadas de despido o de decisión extintiva de la relación de trabajo”, la sentencia que declare su improcedencia, siempre que el empresario hubiese optado por la readmisión y el mismo recurra la sentencia, “vendrá obligado, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al recurrido [trabajador] la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad a producirse aquellos hechos y continuará el trabajador prestando servicios, a menos que el empresario prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna”. Regla que también se aplicará cuando el recurrente sea el trabajador y siempre que el empresario hubiese optado por la readmisión -art 297.1 LRJS-; también en los casos en los que se declare la nulidad, si bien en estos casos no será necesaria la opción del empresario por la readmisión ya que la misma se producirá en todo caso -art 297.2 LRJS- y también en los casos en los que la opción, por excepción, correspondiese al trabajador y éste hubiese optado por la readmisión -art 297.3 LRJS-.

³⁷ Rec. 1646/2006. También la STSJ de 1 de octubre de 2010 (Rec. 375/2010) indica que la regulación se inspira en la “incompatibilidad entre la prestación por desempleo y el abono de los salarios de tramitación”.

La jurisprudencia entiende que, al ser la ejecución provisional a instancia de parte -art 298 LRJS-, para que opere la suspensión, es necesario que el trabajador inste la ejecución, pues de no hacerlo, debe entenderse que aquel continúa percibiendo y agotando la prestación reconocida con el despido o extinción empresarial³⁸.

Siendo obligación o carga del trabajador “poner en conocimiento de la entidad gestora la existencia del...título en virtud del cual se declara el derecho al cobro de los salarios de trámite”. Ahora bien, la consecuencia de esta omisión no es la devolución de la totalidad de la prestación percibida desde el despido o extinción, sino únicamente la devolución de prestaciones correspondientes al período en que existía dicha incompatibilidad, pues se razona que no se ha producido “una percepción indebida de la prestación, sino el incumplimiento de la referida obligación legal de comunicar esa situación; y, por otra parte “cumplida la finalidad de la norma de impedir la compatibilidad de las dos percepciones, parece desajustada con la propia regulación legal la devolución íntegra de la totalidad de la prestación cuando, como se ha dicho, durante el percibo de la prestación en la que no incide esa incompatibilidad existía realmente la inicial situación de desempleo protegida de la que derivó aquella única prestación” -STS de 1 de febrero de 2011³⁹-. En todo caso, como se encarga de reiterar la STS de 23 de enero de 2013⁴⁰, la incompatibilidad requiere el efectivo percibo de los salarios de tramitación, debiendo producirse “el doble y coincidente abono”⁴¹.

La reanudación del subsidio exige la correspondiente solicitud⁴².

2.5. El traslado de residencia al extranjero y la estancia en el extranjero

Se suspenderá la prestación por desempleo en los supuestos de “residencia en el extranjero” y siempre que el beneficiario declare que la finalidad de la residencia es “la búsqueda o realización del trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional” y que la estancia sea por “un período continuado inferior a doce meses”⁴³. Además, es preciso que la “salida al extranjero esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto sobre la exportación de las prestaciones en las normas de la Unión Europea” -art. 271.1.f) TRLGSS-. En todo caso, “no tendrá la consideración de... traslado de residencia la salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales por una sola vez cada año, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el art 299” -art 271.1 *in fine*-.

Asimismo, se suspenderá la prestación en los supuestos de “estancia en el extranjero, por un período continuado o no, de hasta noventa días naturales como máximo durante el año natural, siempre que la salida al extranjero esté previamente comunicada y autorizada a la entidad gestora” -art 271.1.g) TRLGSS-.

La razón de la suspensión radica en que “esa estancia en el extranjero impide controlar la subsistencia de los requisitos que justifican la protección de desempleo (falta de empleo, voluntad de trabajo, búsqueda activa de empleo)” -STS de 17 de enero de 2012⁴⁴-. La STS de 18 de octubre de 2012⁴⁵ insiste en que la finalidad de la disposición exige la comunicación por anticipado o comunicación inmediata, pues en ausencia de la misma “no hay modo de controlar el cumplimiento de los requisitos del derecho a la prestación, entre ellos, la

³⁸ STSJ de Baleares de 1 de octubre de 2010 (Rec. 375/2010).

³⁹ Rec. 4120/2009. La sentencia contiene un voto particular.

⁴⁰ Rec. 1446/2012.

⁴¹ Reitera la doctrina la STS de 5 de febrero de 2013 (Rec. 1450/2012); 27 de marzo de 2013 (Rec. 1837/2012); 13 de mayo de 2013 (Rec. 2098/2012); 18 de septiembre de 2013 (Rec. 65/2013); 4 de diciembre de 2013 (Rec. 62/2013) y 14 de abril de 2015 (Rec. 1706/2014).

⁴² STSJ de 15 de septiembre de 2011 (Rec. 471/2011).

⁴³ STSJ de Cataluña de 30 de mayo de 2016 (Rec. 1258/2016).

⁴⁴ 2446/2011. También la STS de 20 de noviembre de 2011 (Rec. 4065/2010).

⁴⁵ Rec. 4325/2011. Un comentario a la sentencia puede verse en M. FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, “El traslado temporal al extranjero como causa de suspensión o extinción de la prestación o del subsidio por desempleo (Comentario a la STS de 18 de octubre de 2012)”, Rev. Del poder Judicial 95/2003.

voluntad de aceptar una oferta adecuada de trabajo o de formación en el territorio español, que en principio es el que delimita y al que se extiende la actuación de los servicios de empleo.....las circunstancias sobrevenidas de cualquier clase (personales, familiares, de incidencias en los medios de transporte, etc.) que puedan determinar o justificar una prolongación de la estancia en el extranjero más allá de lo inicialmente previsto deben también ser comunicadas de manera inmediata a la entidad gestora. Este deber de comunicación inmediata (y posterior documentación) de estancias más prolongadas en el extranjero por circunstancias sobrevenidas tiene su razón de ser en que las mismas afectan, al igual que ocurre con la salida o desplazamiento al extranjero, a la disponibilidad para actividades formativas o de trabajo en España”. Obligación que, por lo demás, se extiende “tanto a los beneficiarios de nacionalidad extranjera como a los beneficiarios españoles”.

Matizando la Sala que, para evaluar el cumplimiento de la obligación de comunicación, deberán tenerse en cuenta “las circunstancias personales o familiares del beneficiario de la prestación de desempleo...así como los casos de fuerza mayor o equivalentes”.

La STS de 18 de octubre de 2012⁴⁶, realiza, además, un esfuerzo de delimitación conceptual. Sostiene la sentencia que “la residencia implica un asentamiento físico en un mismo lugar y por un tiempo mínimo, superior en cualquier caso a los quince días”. Añade que “la residencia temporal se distingue de la estancia, empezando a partir de los noventa días”. Por lo tanto, existirá traslado de residencia cuando la estancia en el extranjero supere los 90 días, y estancia, cuando no los supere. Por último, sostiene que “la estancia de quince días al año como máximo en el extranjero, siempre que haya sido puntualmente informada o comunicada a la Administración española”, no puede ser calificada ni como traslado de residencia, ni estancia y, por lo tanto, “no supone....ni la suspensión ni la extinción de la prestación por desempleo”.

⁴⁶ Rec. 4325/2011.

Aunque la indicada sentencia es anterior a la reforma operada por el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, continúa siendo posible aplicar la diferenciación por el Alto tribunal entre prestación mantenida -cuando se produce un desplazamiento anual al extranjero por un período inferior a quince días; suspendida cuando concurren los requisitos exigidos en el art. 271.1. f) y g) y extinguida cuando se materializa un traslado o estancia en el extranjero sin que concurren los requisitos “recogidos en las letras f) y g) del art 271.1” -art 272.1.f TRLGSS-⁴⁷.

La Exposición de motivos del Real Decreto-Ley 11/2013⁴⁸, recoge los criterios contenidos en las sentencias citadas e indica claramente que en la nueva normativa⁴⁹ “en los supuestos de salida ocasional al extranjero por un período máximo de quince días naturales dentro del año natural, se mantiene la condición de beneficiario y se sigue percibiendo la prestación o el subsidio por desempleo”. Estableciéndose, además, que “se incorporan de forma expresa como supuestos de suspensión de la prestación por desempleo la estancia en el extranjero hasta un período de noventa días, o el traslado de residencia al extranjero por un período inferior a doce meses para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional”.

Ahora bien, la nueva regulación establece, además, que debe comunicarse “previamente la salida a la entidad gestora⁵⁰, que deberá autorizarla, extinguiéndose en caso contrario⁵¹. Tal comunicación es esencial, ya que el traslado o estancia en el extranjero sin cum-

⁴⁷ STS de 28 de octubre de 2012 (Rec. 4325/2011). Reitera la doctrina la STS de 22 de octubre de 2013 (Rec. 3200/2012).

⁴⁸ La reforma tuvo en cuenta la doctrina del Alto Tribunal -STSJ de Cataluña de 3 de octubre de 2013 (Rec. 1124/2013)-.

⁴⁹ En este punto sí es necesario matizar la doctrina del TS, como ya indicé, entre otras, la STSJ de Madrid de 18 de diciembre de 2014 (Rec. 632/2014) en la que se indica que la doctrina anterior no puede mantenerse en sus propios términos tras la reforma.

⁵⁰ Sobre el carácter previo de la comunicación puede verse la STSJ de Castilla-La Mancha de 29 de mayo de 2015 (Rec. 11/2013).

⁵¹ En la exposición también se hace referencia a las paralelas modificaciones llevadas a cabo en la LISOS.

plir los requisitos descritos en el actual art. 271.1.f) y g) implica la extinción de la prestación⁵². Dicho de otro modo, el traslado o salida del territorio español sin comunicárselo a la entidad gestora es causa de extinción, no de suspensión de la prestación.

Esta es la línea interpretativa que está manteniendo la jurisprudencia cuando aplica la nueva redacción dada a la norma por el indicado Real Decreto-Ley 11/2013⁵³. Así, la STS de 4 de octubre de 2017⁵⁴ y la STSJ de Cataluña de 4 de julio de 2017⁵⁵, donde se sostiene que a partir de la entrada en vigor de la nueva norma procede “la extinción de la prestación, si no se han cumplido las condiciones que la norma establece de comunicación a la Gestora y de autorización por parte de ella”. Comunicación que es necesaria, recordemos, cuando se supera el plazo de quince días dentro del año natural.

2.6. La suspensión por percepción de rentas o cese en las responsabilidades familiares

Al regular la suspensión de la prestación por desempleo de nivel asistencial, el art. 279.1 del TRLGSS remite a los supuestos del art. 271.1. No obstante, el art. 279.2 añade una causa adicional de suspensión que solo opera en éste nivel de protección.

Así, “el subsidio se suspenderá por la obtención, por tiempo inferior a doce meses, de rentas superiores a las establecidas en el art. 275 y por dejar de reunir por tiempo inferior a doce meses el requisito de responsabilidades familiares cuando hubiese sido necesario para el reconocimiento del derecho”. Añadiendo la norma que, tras la suspensión, “el trabajador podrá reanudar la percepción del subsidio

siempre que acredite el requisito de carencia de rentas y, en su caso, el de responsabilidades familiares, en los términos establecidos en el artículo 275”. En consonancia con lo establecido en la norma, el art. 279.3 dispone que “se producirá la extinción del subsidio en el caso de que la obtención de rentas superiores a las establecidas o la inexistencia de las responsabilidades familiares se mantenga por tiempo igual o superior a doce meses”. Lo que no impedirá el reconocimiento posterior del subsidio si el beneficiario “vuelve a encontrarse de nuevo en alguna de las situaciones previstas en el artículo 274 y reúne los requisitos exigidos”.

Se entiende, por lo tanto, que como razona la STS de 8 de febrero de 2006⁵⁶, siendo necesario para conceder el subsidio la carencia de rentas o la tenencia de responsabilidades familiares, se acuerde la suspensión cuando el “incremento esporádico de la renta...[lo sea] por un período de corta duración”, sin que proceda por ello la “pérdida completa [o extinción] del derecho al subsidio”. Estableciéndose que el incremento de rentas o la carencia de responsabilidades familiares no es “esporádica” cuando se superan los doce meses continuados en dicha situación.

Lo cual resulta relevante, pues como se sostiene en dicha sentencia, “la suspensión supondrá la interrupción de la misma y no afectará período de su percepción, mientras que la extinción del derecho significa...la pérdida total del mismo, con las consiguientes mayores dificultades futuras de recuperación de la protección por desempleo en virtud del derecho que ha de nacer y reconocerse de nuevo”.

Pues bien, continúa el Tribunal, en la actual regulación se “establece a cargo de la entidad gestora un control o seguimiento constante de las situaciones de necesidad que dan lugar a la percepción del subsidio, permitiendo a cambio que los asegurados recuperen inmediatamente el derecho al subsidio cuando se reproduce la situación de necesidad tras la percepción de

⁵² Es decir, en caso de cumplimiento del requisito de comunicación al SPEE y cumpliéndose los demás requisitos establecidos en la norma procederá la suspensión. En caso de incumplimiento de los mismos o ausencia de comunicación procederá la extinción –art. 272.2 TRLGSS y 25.3 y 47.1.b) LISOS–.

⁵³ La norma entró en vigor el 4 de agosto de 2013. STS de 16 de marzo de 2018 (Rec. 398/2016).

⁵⁴ Rec. 3995/2016.

⁵⁵ Rec. 2880/2017. También la STSJ de Baleares de 26 de febrero de 2018 (Rec. 567/2017).

⁵⁶ Rec. 51/2015. Se reitera en la STS de 28 de mayo de 2013 (Rec. 2752/2012); 25 de marzo de 2014 (Rec. 1740/2013); 4 de noviembre de 2014 (Rec. 2963/2013).

rentas esporádicas. Puede afirmarse así que la finalidad de la reforma...es ajustar o acompañar de la manera más exacta posible la dinámica de la situación de desempleo a la dinámica del derecho a prestaciones. Siendo ello así, lo lógico es proceder al cómputo mensual o en unidades temporales reducidas de las rentas familiares, en lugar del cómputo anual. Tal cómputo mensual o en unidades temporales reducidas es por razones evidentes más adecuado para alcanzar dicho propósito de ajuste entre situación de necesidad y acción protectora, no comportando ya, para los supuestos de obtención de rentas o ingresos esporádicos (por tiempo inferior a doce meses), la consecuencia inaceptable de pérdida del derecho que llevaba consigo la extinción de la prestación asistencial en la legislación anterior⁵⁷.

La STS de 28 de octubre de 2010⁵⁸ reitera la doctrina anterior e indica que “la distinción entre el efecto extintivo y el suspensivo, no atiende a las cuantías sino a la reiteración en el tiempo de la superación de rentas”⁵⁹.

De proceder la suspensión, al margen de la sanción que pudiese proceder, la entidad gestora podría reclamar el reintegro de lo indebidamente percibido⁶⁰.

3. LOS EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN

Como hemos indicado con anterioridad, consecuencia de la suspensión es “la interrupción del abono” de la prestación, sin que quede afectado “el período de su percepción”. No se trata, por lo tanto, de un supuesto de pérdida de la prestación, simplemente la percepción queda suspendida hasta que cesa la causa de suspensión, procediendo la reanudación siempre que se cumplan los requisitos exigidos por el art. 271.4 del TRLGSS.

⁵⁷ Se refiere la sentencia a la situación anterior a la reforma operada por la Ley 45/2002.

⁵⁸ Rec. 706/2010.

⁵⁹ Se analiza el caso de un beneficiario que percibió 7.518,50 € como consecuencia de la venta de un fondo de inversión. En el mismo sentido la STSJ de Galicia de 26 de abril de 2018 (Rec. 5183/2017).

⁶⁰ STS de 30 de abril de 2014 (Rec. 2135/2013) y 3 de febrero de 2015 (Rec. 288/2014). También la STSJ de Cataluña de 12 de febrero de 2018 (Rec. 7194/2017).

Ahora bien, las situaciones de suspensión se producen *ope legis* y tienen su razón de ser en que el legislador considera incompatible la percepción de la prestación por desempleo con base a diferentes causas. Por ello, la suspensión no depende de la voluntad del beneficiario, es decir, de que ponga o no en conocimiento de la Administración la concurrencia de causa de suspensión, sino que la prestación, concurriendo causa legal, “se suspenderá por la entidad gestora” -art 271.1 TRLGSS-, lo que implícitamente supone que la entidad gestora tiene acción para reclamar el reintegro de lo indebidamente percibido por el beneficiario durante la suspensión⁶¹. Pues es principio general del sistema la obligación de la Administración de reclamar lo indebidamente percibido.

Ahora bien, el problema que puede plantearse en la práctica es que los mismos hechos pueden ser causa de suspensión y de sanción -vgr. la no comunicación de los hechos que justifican la suspensión a la entidad gestora-. En el primer caso, la Administración se limitará a analizar si se dan los presupuestos de hecho que justifican la suspensión, suspenderá la prestación y reclamará lo indebidamente percibido. En el segundo caso, el juicio es más complejo, pues se trata de una sanción y, por lo tanto, deberá analizar que concurren los presupuestos de hecho descritos en el tipo sancionador y, además, valorar la existencia de culpabilidad, aplicando todas las garantías del proceso sancionador. En todo caso, se trata de dos juicios distintos. Puede llegarse a la conclusión de que existe suspensión e indebida percepción de la prestación durante el tiempo en que concurrió causa de suspensión; y puede estimarse que no existió culpa en la conducta del beneficiario, no procediendo la sanción.

Es el tema de fondo que subyace en la STS de 19 de febrero de 2016⁶². En el caso enjuiciado por esta sentencia concurría causa de suspensión -se había continuado percibiendo la prestación por desempleo pese a superar-

⁶¹ STS de 10 de octubre de 2017 (Rec. 4076/2016).

⁶² Rec. 3035/2014. Cuya doctrina se reitera en las STS de 22 de febrero de 2016 (Rec.994/2014) y 9 de marzo de 2017 (Rec. 3503/2015). La sentencia contiene votos particulares.

se las rentas-, lo que no se comunicó a la Administración por el beneficiario. Conforme al art. 25.3 de la LISOS es falta grave, “no comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento es que se produzcan situaciones determinantes de la suspensión...”. Las faltas graves se sancionan con pérdidas de la prestación durante tres meses, si bien la del art. 25.3 “en las prestaciones y subsidios por desempleo” se sancionan con la “extinción de la prestación”. Pues bien, el SPEE procedió a la apertura del correspondiente expediente sancionador e impuso la sanción de extinción de la prestación.

Lo que se pretendía por el beneficiario al impugnar la sanción es que se declarase que, en efecto, procedía la suspensión durante un mes por haberse percibido rentas superiores a las permitidas y, en consecuencia, que se le condenase al reintegro de la prestación correspondiente a dicho mes, anulando la sanción de extinción.

El Tribunal Supremo razona que la suspensión y la sanción se encuentran reguladas en normas distintas -TRLGSS y LISOS- y son institutos diferenciados. Ahora bien, partiendo de dicha idea y de que, en efecto, el beneficiario incumplió claramente su deber de comunicación, lo que se plantea es la coordinación entre las dos normativas. Termina por concluir que debe aplicarse el derecho sancionador y extinguir el subsidio.

Solución que, sin duda, resulta correcta, pues la norma punitiva es prevalente. Ahora bien, sostiene el Tribunal Supremo que el instituto de la suspensión solo podrá ser aplicado “en aquellos casos en los que sí se hubiese puesto en conocimiento de la entidad gestora la existencia de tales ingresos”, afirmación que, en mi opinión, debe matizarse.

En efecto, en los supuestos de ausencia de comunicación de la causa de suspensión, la concurrencia de ambos institutos debe traducirse en la prevalencia de la norma sancionadora. La consecuencia es que, impuesta la sanción, existirá pérdida, no suspensión de la prestación -por ello no será posible la reanudación- y procederá, además, reclamar el reintegro de lo indebidamente percibido. Pero es posible que, no habiéndose efectuado la co-

municación, no se imponga sanción, por ejemplo, por estimar la Administración que en el caso concreto no existe culpa. En tales casos, estaríamos ante un supuesto de suspensión, siendo aplicable el régimen jurídico de este instituto en toda su extensión.

4. LA REANUDACIÓN DE LA PRESTACIÓN

De conformidad con el art. 721.4 del TRLGSS, la reanudación del abono de la prestación exige siempre la “previa solicitud” del interesado y, además, “que se acredite que ha finalizado la causa de suspensión”, que “esa causa constituye situación legal de desempleo o inscripción como demandante de empleo en el caso de trabajadores por cuenta propia o que, en su caso, se mantiene el requisito de carencia de rentas o existencia de responsabilidades familiares”.

En todo caso, “el derecho a la reanudación nacerá a partir del término de la causa de suspensión siempre que se solicite en el plazo de los quince días siguientes, y la solicitud requerirá la inscripción como demandante de empleo si la misma no se hubiere efectuado previamente”⁶³. Si bien, “en el caso de que el período que corresponde a las vacaciones anuales retribuidas no haya sido disfrutado, será de aplicación lo establecido en el artículo 268. 3”. Es decir, que en este caso, el derecho a la reanudación nace finalizadas las vacaciones, computándose los quince días desde dicha finalización.

La consecuencia de la presentación tardía -transcurridos los quince días- es la pérdida de la prestación por el período comprendidos entre la fecha de nacimiento del derecho y la presentación de la solicitud -art 721.4 del TRLGSS en relación con los arts. 268.2 y 276.1-.

La jurisprudencia exige que se cumpla el requisito de la solicitud en el plazo de quince días, indicando que “el incumplimiento de tal

⁶³ Sobre la necesidad de solicitar el alta como demandante de empleo la STSJ de Canarias de 20 de junio de 2017 (Rec. 478/2016).

requisito comporta...la pérdida de tantos días de prestación como median entre la fecha en que hubiera tenido lugar el nacimiento del derecho de haberse solicitado en tiempo y forma aquella en que efectivamente se hubiese formulado la solicitud”⁶⁴.

5. LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DE LA PRESTACIÓN

El art. 271.3 del TRLGSS permite a la entidad gestora adoptar la medida cautelar de suspensión de la prestación. Lo que en concreto puede hacer:

a. Cuando los beneficiarios de las prestaciones por desempleo incumplan “la obligación de presentar, en los plazos establecidos, los documentos que les sean requeridos, siempre que los mismos puedan afectar a la conservación del derecho a las prestaciones”. En este caso, la medida solo puede mantenerse hasta que “dichos beneficiarios comparezcan ante aquella acreditando que cumplen los requisitos legales establecidos para el mantenimiento del derecho, que se reanuda a partir de la fecha de la comparecencia”.

b. Cuando los beneficiarios de la prestación “no figuren como inscritos como demandantes de empleo en el servicio público de empleo”. Reanudándose la prestación a partir de la fecha de la “nueva inscripción, previa comparecencia ante la entidad gestora acreditando dicha inscripción, salvo que proceda el mantenimiento de la suspensión de la prestación o su extinción por alguna de las causas previstas en esta u otra norma.

Es decir, el legislador presume que el incumplimiento de la obligación de presentar los documentos precisos para el nacimiento del derecho o la ausencia de inscripción como demandante de empleo, supone una ausencia de *fumus boni iuris* en la solicitud de la prestación, que justifica su suspensión cautelar.

6. CONCLUSIONES

1.- Debe diferenciarse entre los supuestos de suspensión de la prestación por desempleo y pérdida de dicha prestación por imposición de sanción. Teniendo cada uno de ellos un régimen claramente diferenciado.

2.- Los supuestos de suspensión pueden obedecer a diferentes razones.

Así, en el caso de concurrencia con la prestación de maternidad y paternidad, la idea que preside la regulación no es solo regular un supuesto de incompatibilidad de prestaciones, sino regularlo de tal forma que fomente la maternidad y la paternidad.

En los supuestos de cumplimiento de una condena de privación de libertad, la suspensión se basa en la convicción de que la situación de necesidad del preso está cubierta por el sistema penitenciario, de ahí que por excepción no se suspenda la prestación cuando el preso acredite la existencia de necesidades familiares.

En los casos de prestación de trabajo la suspensión se basa en la incompatibilidad entre la realización de un trabajo y la percepción de la prestación.

En los supuestos de suspensión durante los recursos contra las sentencias se considera que no procede la percepción de la prestación por estar percibiéndose salarios.

Cuando se trata de supuestos de traslado o estancia al extranjero, la razón de la suspensión radica en la imposibilidad de controlar el cumplimiento de los requisitos exigidos para percibir la prestación.

En los casos de subsidio por desempleo la suspensión de la prestación por la percepción de rentas o cese de responsabilidades familiares, la razón de la misma estriba en la falta de concurrencia de los presupuestos que justifican al abono de la prestación, suspendiéndose, no extinguiéndose, porque dicha falta concurre en un período breve de tiempo.

Por último, en los casos de suspensión cautelar, la razón de la suspensión radica en

⁶⁴ STSJ de Cataluña de 6 de septiembre de 2012 (Rec. 3417/2011); STSJ de Canarias de 20 de junio de 2017 (Rec. 478/2016) y 27 de julio de 2017 (Rec. 940/2016).

la ausencia de *fumus boni iuris* en la solicitud de la prestación.

3.- Durante la situación de suspensión de la prestación no cabe su percepción, su cobro es indebido y, en consecuencia, la entidad gestora puede reclamar el reintegro.

4.- Cuando además del hecho causante de la suspensión, el beneficiario de la prestación haya incumplido con sus obligaciones, siempre que la conducta este tipificada como tal, procederá la imposición de la correspondiente sanción. La sanción debe cumplirse lo que implicará la pérdida, no la suspensión, de la

prestación y quedando siempre a salvo el derecho de la entidad gestora a reclamar el reintegro de la prestación.

5.- La reanudación de la prestación exige que permanezca la situación de desempleo y que misma se reclame dentro de los quince días siguientes al nacimiento de aquella. No procediendo la reanudación en el caso de no cumplirse con los requisitos que configuran la situación de desempleo o perdiéndose la prestación por los días que median entre el nacimiento de la reanudación y la solicitud, en caso de que ésta se formule tardíamente con superación del plazo de quince días.

RESUMEN

Los distintos supuestos de hecho que describe el art. 271 del Real Decreto Legislativo 8/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), pueden ser clasificados en dos grandes grupos: por una parte, aquellos en los que se suspende la prestación por desempleo, de forma que cesada la causa de suspensión y siempre que se cumplan los requisitos legales la prestación se reanuda; y, por otra, el supuesto de sanción con pérdida de la prestación. Este último supuesto, aunque se encuentre regulado en el indicado artículo 271, realmente, no es un caso de suspensión, sino de pérdida de la prestación. En efecto, en estos casos, se pierde definitivamente la prestación como consecuencia de la sanción y la reanudación solo se produce en el caso de que la prestación reconocida tenga una extensión temporal superior a la pérdida. Lo típico de la suspensión es la interrupción de la prestación -el cobro de la prestación concurriendo causa de suspensión constituye un cobro indebido-, para reanudar su cobro una vez que cesa la causa de suspensión. Lo típico de la sanción es la pérdida de la prestación y la reanudación solo respecto de la prestación restante.

El presente trabajo se centra, exclusivamente en los supuestos de suspensión en sentido estricto. Se analizan las causas de suspensión desde una perspectiva esencialmente jurisprudencial.

El legislador regula distintos supuestos de suspensión, todos ellos tienen la nota común de que mientras concurre la causa, la prestación se suspende, cesando el derecho a su percepción. Cesada la causa se reanuda el derecho al abono de la prestación. Pero, más allá de esta nota común, lo cierto es que los supuestos típicos de suspensión obedecen a distintas razones y todos ellos plantean problemas específicos y diversos.

Así, en el caso de concurrencia de la prestación por desempleo con la prestación de maternidad y paternidad, la idea que preside la legislación es la incompatibilidad en el percibo de las dos prestaciones, pero al ser más favorable para el trabajador esta última, se suspende aquella -hay una presunción *iuris et de iure* de que aquellas prestaciones son más favorables.

En los casos de cumplimiento de una condena de privación de libertad, la idea que preside la regulación es que la prestación no hace falta, pues la Administración tiene la carga de mantener al preso con lo que el cobro de la prestación deviene innecesario; ahora bien, como el preso puede tener cargas familiares, de existir éstas, no se suspende el abono de la prestación. Destacándose que la jurisprudencia, en estos casos, no exime, salvo causas de fuerza mayor, al privado de libertad de comunicar a la entidad gestora la existencia de causa de suspensión.

En los casos de prestación de trabajo la incompatibilidad es clara y el problema es, únicamente, determinar cuándo se puede afirmar que se tiene un trabajo de duración suficiente para justificar la suspensión. Entendiendo la jurisprudencia que para que proceda la reanudación es preciso que el cese en el segundo trabajo no sea debido a la voluntad del trabajador, pues para que proceda la reanudación, en puridad debe estarse en situación legal de desempleo, la cual, por definición, implica que el trabajador, pese a querer trabajar, no puede hacerlo.

El supuesto de suspensión durante los recursos contra sentencias tiene su razón de ser en que, en los supuestos regulados, el trabajador está percibiendo “salarios”, careciendo de sentido que continúe percibiendo la prestación. Es importante destacar que la jurisprudencia exige que se inste la ejecución provisional de la sentencia recurrida para que proceda la suspensión.

En los casos de traslado o estancia en el extranjero, la suspensión tiene su razón de ser en que el trabajador queda fuera del control necesario para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones en materia de desempleo, siendo preciso determinar cuando estamos ante un supuesto de suspensión y cuando ante un supuesto de extinción. Se trata de una cuestión que ha sido muy debatida en la jurisprudencia y objeto de reciente regulación. La tendencia que se aprecia en la actual jurisprudencia es la de entender que la falta de comunicación de la salida al extranjero implica la extinción de la prestación; la suspensión exige la comunicación de la salida.

En los casos de percepción de subsidio por desempleo la percepción de rentas o el cese de las responsabilidades familiares que justificaban el abono del subsidio, lógicamente, implican el cese en su abono y el problema se encuentra en determinar cuándo procede la suspensión -la situación de necesidad se reanudará en un plazo breve- y cuando la extinción. Indicando la jurisprudencia que, en estos casos, lo esencial es la reiteración en el tiempo de la superación de rentas.

Por último, en los casos de suspensión cautelar, el problema es diferente, se trata de suspender el abono de la prestación al concurrir una clara ausencia de *fumus boni iuris*.

La suspensión de la prestación ha planteado problemas cuando concurre con una sanción, lo que analizamos al analizar los efectos jurídicos de la suspensión. En efecto, la no comunicación de la causa de suspensión a la Entidad Gestora puede dar lugar a la imposición de una sanción, lo que plantea el problema de la concurrencia de una causa de suspensión y una sanción. Ha existido sobre este punto una importante disputa jurisprudencial que, en nuestra opinión, actualmente está cerrada, al considerar el Tribunal Supremo que la sanción impuesta, que puede implicar la extinción de la prestación, es prevalente, como regla especial que es, sobre el régimen general de suspensión.

Por último, no basta el cese de la causa de suspensión para que proceda la reanudación en la percepción de la prestación sino que, además, es preciso que se solicite el abono dentro de los plazos y con las condiciones establecidas en la ley. Perdiéndose la prestación en caso de retraso en la petición de reanudación. No obstante, en el trabajo se citan supuestos en los que, en atención a las circunstancias concurrentes, la jurisprudencia atempera la rigidez derivada de una interpretación literal del texto.

Palabras clave: Desempleo, efectos de la suspensión, estancia en el extranjero, maternidad, medida cautelar, paternidad, percepción de rentas, privación de libertad, reanudación, recursos, responsabilidades familiares, sanción, suspensión, trabajo, traslado al extranjero.

ABSTRACT The different factual assumptions described in article 271 of Royal Legislative Decree 8/2015, which approves the Consolidated Text of the General Social Security Law (TRLGSS), can be classified into two large groups: on the one hand, those in which the unemployment benefit is suspended, so that once the cause of suspension has ceased and as long as the legal requirements are met, the benefit is resumed; and, on the other, in case of sanction with loss of the benefit. Regarding this last assumption, although it is regulated in the aforementioned article 271, it is not really a case of suspension, but of loss of the benefit. Indeed, in these cases, the benefit is definitively lost as a consequence of the sanction and the resumption only takes place in the event that the recognized benefit has a temporary extension greater than the lost one.

Usually, the suspension is due to suspension of the benefit and its payment is resumed once the cause of suspension ceases; if there is a cause of suspension and the benefit is paid, it represents an improper payment. Sanctions are usually related to the loss of the benefit and the resumption only applies to the remaining benefit.

The present paper focuses exclusively on the cases of suspension in the strict sense. The causes of suspension are analysed from a mere jurisprudential perspective.

The legislator regulates different assumptions of suspension; all of them share the idea that while there is a cause, the benefit is suspended, ceasing the right to its payment. Once the cause has ceased, the right to the payment of the benefit is resumed. But, beyond this common situation, the truth is that the typical scenarios of suspension are due to different reasons and all of them pose specific and diverse problems.

Thus, in the case of concurrence of the unemployment benefit with the maternity and paternity benefit, what prevails in terms of legislation is the incompatibility in the payment of both benefits, but being the latter more favourable for the worker, the former is suspended; there is an irrebuttable presumption that unemployment benefits are more favourable.

In cases of compliance with a judgement of deprivation of freedom, the prevailing idea on regulation is that the benefit is not necessary, since the Administration has the burden of keeping the prisoner, so the payment of the benefit becomes unnecessary. However, as the prisoner may have family responsibilities, if this is the case, the payment of the benefit is not suspended. It should be noted that, in these cases, jurisprudence does not exempt the prisoner from informing the managing entity about any causes of suspension, except for reasons of force majeure.

When there are labour activities, the incompatibility is clear and the problem is only to determine when it can be stated that the job has the sufficient duration to justify the suspension. According to jurisprudence, resumption can proceed if cessation in the second job is not due to the will of the worker, because to do so and strictly speaking, he must be legally unemployed, which, by definition, implies that the worker cannot work although he wants to.

The case of suspension during the appeals against judgements has a reason to exist because, in regulated cases, the worker is receiving a "salary" and it makes no sense that he continues receiving the benefit. It is important to hi-

highlight that the case law urges the provisional execution of the appealed judgement in order to proceed with the suspension.

In cases of transfer or stay abroad, there is a reason for the suspension because workers are out of the necessary control to guarantee compliance with their obligations in the matter of unemployment, being necessary to determine when we are facing a case of suspension or a case of extinction. This is a question that has been much debated in the jurisprudence and the object of recent regulation. The current jurisprudence tends to understand that the lack of communication when moving abroad implies the extinction of the benefit; the suspension requires the communication of this moving abroad.

In the cases of receiving unemployment benefits, the payment of income or the cessation of family responsibilities that justified the payment of the benefit, the payment is logically terminated and the problem is to determine when the suspension or the extinction are due; in case of the former, it is understood that the situation of need will be resumed in a short time. The jurisprudence indicates that, in these cases, the essential thing is the reiteration in time of exceeding the income.

Finally, in cases of precautionary suspension, the problem is different; it is about suspending the payment of the benefit when there is a clear absence of *fumus boni iuris*.

The suspension of the benefit has raised some problems when it comes with a penalty, which we analyse when studying the legal effects of suspension. Indeed, the failure to inform the Managing Body about the cause of suspension may result in a penalty, which raises the problem of the concurrence of a cause for suspension and a penalty. In relation to this point, there has been an important jurisprudential discussion that, in our opinion, is currently closed, as the Supreme Court considers that the sanction imposed, which may imply the extinction of the benefit, prevails over the general regime of suspension, as the special rule it is.

Finally, the cessation of the cause of suspension is not enough for the resumption of the benefit to proceed, but, in addition, payment must be requested within the time limits and with the conditions established by the law. The benefit is lost when the request for the resumption is delayed. Nonetheless, this paper mentions some cases in which, in response to the concurrent circumstances, jurisprudence tempers the rigidity derived from a literal interpretation of the text.

Keywords: Unemployment, effects of suspension, staying abroad, maternity, precautionary measure, paternity, income payment, deprivation of freedom, resuming, resources, family responsibilities, sanction, suspension, work, moving abroad.

El sistema de protección del desempleo en España, reflexiones y propuestas de mejora. ¿Es oportuno plantear la instauración de una prestación indefinida?

Unemployment benefits in Spain, reflections and proposals for improvement. Is it appropriate to propose the introduction of an indefinite benefit?

XAVIER CARAVACA DOMÍNGUEZ*

1. INTRODUCCIÓN

Desde a la mejora en los datos sobre desempleo que se vienen produciendo en los últimos meses (sea los procedentes de la Encuesta de Población Activa -EPA-, como los de paro registrado del SEPE) subsiste aún una importante cantidad de desocupados en nuestro país, tanto a nivel agregado como en las diferentes comunidades autónomas (con diferencias significativas entre ellas, no obstante).

El problema trasciende el mero número de parados, porque para calibrar la gravedad de la situación deberíamos acudir a las cifras del desempleo de larga y muy larga duración y la posibilidad de que algunos componentes de este colectivo de desempleados puedan conseguir un trabajo en un breve plazo y tengan capacidad para ello (lo que se suele denominar empleabilidad). No entraremos aquí en otras consideraciones, que merecerían ser incluidas

en el análisis, como la calidad del empleo, entendida ésta en función de aspectos como las retribuciones del mismo, la temporalidad contractual, la parcialidad forzosa en aquellas personas que desean trabajar a tiempo completo, el subempleo por sobrecualificación, etc. Incluso en la importancia del desempleo encubierto (las personas desanimadas que dejan de buscar empleo activamente considerando las escasas posibilidades de obtenerlo o que causan baja como demandantes de empleo y que por ello dejan de aparecer como desempleados en las principales fuentes estadísticas de que disponemos).

Las heridas que ha ocasionado en la ocupación la terrible crisis económica iniciada en 2007 no han cicatrizado aún del todo y, más que una posibilidad resulta un hecho, algunos grupos de personas es prácticamente imposible que vuelvan a encontrar un trabajo.

Nuestro país dispone de un sistema de protección al desempleo que se articula en un conjunto de políticas, que suelen clasificarse en activas y pasivas. Si las primeras tienen como objetivo que el desempleado pueda volver a colocarse (actuaciones de formación y reciclaje; regulación del mercado de trabajo a través del derecho laboral; políticas vinculadas a las cotizaciones sociales como forma

* El autor es doctor en economía por la Universidad de Barcelona y miembro del cuerpo de gestión de la AGE. Presta sus servicios en el SEPE y es profesor asociado de la UNIR. Reside en Murcia. Las opiniones que se exponen en este trabajo son exclusivamente de su autor.

de abaratar o facilitar la contratación; políticas de refuerzo de los servicios públicos de empleo para que puedan realizar más eficazmente sus funciones, etc.), las pasivas, por contra, pretenden garantizar unos ingresos a aquellas personas que están en situación de desempleo. Sin duda estas políticas también tienen un componente activo en la medida en que facilitan que los parados puedan buscar empleo, pero su objetivo es fundamentalmente compensatorio en términos de rentas.

En el terreno competencial, las políticas pasivas pertenecen al estado (si bien existen algunos salarios sociales para personas en situación muy delicada que son ofrecidos por las CC. AA., pero que quedan fuera del espectro de las políticas laborales), mientras que las activas están asignadas, según su naturaleza, bien al estado, bien a las comunidades autónomas, quedando en algunas ocasiones como competencias compartidas entre ambos niveles administrativos. Así, la legislación sobre derecho laboral y de la Seguridad Social recae sobre el estado, pero buena parte de la formación ocupacional y continua es competencia autonómica, aunque el estado dispone de potestad normativa y ejecuta actuaciones en dicho ámbito, por ejemplo en forma de bonificaciones en las cuotas sociales patronales.

Este trabajo pretende realizar unas reflexiones sobre el sistema de prestaciones por desempleo y plantear algunas ideas sobre la conveniencia de su reorientación y transformación en vista de los problemas singulares que plantea nuestro mercado de trabajo y el remanente de personas cuya posibilidad de que puedan obtener empleo es prácticamente nula. De ahí derivarán unas conclusiones normativas que se exponen hacia el final del artículo, especialmente acerca de la espinosa cuestión de las prestaciones de duración indefinida. No se entrará aquí en una discusión sobre políticas activas vs. pasivas y su recomendabilidad relativa con el fin de reducir el desempleo. Como se sabe, desde hace años las primeras han sido potenciadas en la agenda de las políticas comunitarias. Sin negar que un enfoque activista en la lucha contra la desocupación resulta esencial, no por ello debe dejar de reconocerse que son las políticas pasivas, en su función de suministradoras de ingresos a las personas desempleadas, uno de

los elementos que contienen el malestar ciudadano y permiten mantener los cimientos de una paz social que puede verse comprometida en momentos de grave dificultad económica. Los contenidos de este artículo hacen abstracción de las directrices de política laboral que emanan de las instituciones de la Unión Europea porque solo pretende centrarse en algunas características de nuestro marco de políticas pasivas de empleo.

2. UNOS DATOS ESTADÍSTICOS BÁSICOS

Doy a continuación un conjunto de tablas, todas ellas elaboradas a partir de datos extraídos de la Encuesta de Población Activa (EPA), que informan de ciertos aspectos de nuestro mercado de trabajo. Para no hacer innecesariamente largo este apartado, que solo tiene un valor ilustrativo, ofrezco los valores para el conjunto de España y para población de ambos sexos. Por la misma razón no he querido añadir tablas adicionales de paro registrado y coberturas (porcentajes de desempleados que perciben algún tipo de prestación) a partir de datos SISPE¹. Como para percibir cualquier tipo de prestación es necesario estar inscrito como demandante de empleo, estas inscripciones me parece que están en muchos casos más subordinadas al cumplimiento de los requisitos para poder cobrar que no a la participación real en el mercado de trabajo. La EPA es una fuente mucho más adecuada para indagar en la realidad del empleo y nos informa de muchas más variables aparte del paro.

Tampoco calculo tasas de variación y solo ofrezco porcentajes en casos muy específicos. Después de las tablas añado unos comentarios generales a modo de simples apuntes. Los epígrafes que siguen aportan reflexiones en materia de política prestacional aplicables a un país como el nuestro, cuyo mercado de trabajo presenta unas características distintivas que condicionan la orientación que cabe imprimir a dichas políticas.

¹ Sobre esta metodología y sus propiedades puede consultarse la página web del SEPE (www.sepe.es).

Los datos se refieren siempre al cuarto trimestre, desde 2010 hasta 2017, y para 2018 se toma el segundo, el último publicado a fecha de redacción de estas páginas (septiembre de 2018). Téngase presente la comparabilidad de los valores en dos trimestres distintos al utilizar las cifras de 2018. Destaquemos, pues, ciertos hechos que se dependen de estas tablas en lo tocante a los aspectos que nos interesan, los que pueden tener incidencia en la cuestión prestacional:

i. Desde 2011 se produce una caída en la población activa en el período recogido en las tablas (vid. la 2), salvo en los dos últimos años, en los que repunta tímidamente. Desde 2010 a 2016 se ha reducido en más de 630 mil personas, un 2,7 % respecto al primer valor. Está por ver si el incremento que se experimenta en 2017 y 2018 (trátense siempre con cautela los datos del año en curso a la hora de establecer comparaciones, porque son de un trimestre diferente) se consolidará. Por grupos de edad, las variaciones se deben tanto a cambios en la propia actividad, como a que los

Tabla 1. Población de 16 y más años por grupos de edad (en miles de personas)

	2010T4	2011T4	2012T4	2013T4	2014T4	2015T4	2016T4	2017T4	2018T2
Total	38.801,8	38.881,9	38.783,1	38.543,2	38.523,4	38.489,6	38.584,9	38.716,6	38.835,4
De 16 a 24 años	4.370,8	4.273,6	4.175,9	4.075,4	4.025,5	3.998,0	3.998,9	4.032,4	4.068,4
De 25 a 44 años	15.037,6	14.828,4	14.488,7	14.052,2	13.731,0	13.396,9	13.087,4	12.857,4	12.772,6
De 45 y más años	19.393,4	19.779,8	20.118,6	20.415,5	20.766,9	21.094,6	21.498,5	21.826,8	21.994,4

Nota: las sumas de los tres grupos de edad pueden presentar leves discrepancias con las totales debido a los redondeos.

Fuente: Encuesta de Población Activa (Instituto Nacional de Estadística) y elaboración propia.

Tabla 2. Población activa por grupos de edad (en miles de personas)

	2010T4	2011T4	2012T4	2013T4	2014T4	2015T4	2016T4	2017T4	2018T2
Total	23.377,1	23.440,3	23.360,4	23.070,9	23.026,8	22.873,7	22.745,9	22.765,0	22.834,2
De 16 a 24 años	1.981,6	1.843,7	1.724,5	1.652,6	1.570,8	1.486,8	1.430,5	1.489,8	1.507,0
De 25 a 44 años	13.262,1	13.139,9	12.933,8	12.584,4	12.321,0	11.944,6	11.666,1	11.399,1	11.300,8
De 45 y más años	8.133,3	8.456,8	8.702,2	8.833,9	9.135,3	9.442,3	9.649,4	9.876,0	10.026,3

Nota: las sumas de los tres grupos de edad pueden presentar leves discrepancias con las totales debido a los redondeos.

Fuente: Encuesta de Población Activa (Instituto Nacional de Estadística) y elaboración propia.

Tabla 3. Población parada por grupos de edad (en miles de personas)

	2010T4	2011T4	2012T4	2013T4	2014T4	2015T4	2016T4	2017T4	2018T2
Total	4.702,2	5.287,3	6.021,0	5.935,6	5.457,7	4.779,5	4.237,8	3.766,7	3.490,1
De 16 a 24 años	846,8	887,6	945,6	907,1	813,7	687,6	613,9	558,2	522,7
De 25 a 44 años	2.624,2	2.933,5	3.331,0	3.157,8	2.826,4	2.387,0	2.065,1	1.790,3	1.609,8
De 45 y más años	1.231,2	1.466,2	1.744,4	1.870,7	1.817,7	1.705,0	1.558,6	1.418,2	1.357,6

Nota: las sumas de los tres grupos de edad pueden presentar leves discrepancias con las totales debido a los redondeos.

Fuente: Encuesta de Población Activa (Instituto Nacional de Estadística) y elaboración propia.

Tabla 4. Tasas de actividad, ocupación y paro por grupos de edad (datos en porcentajes)

	2010T4	2011T4	2012T4	2013T4	2014T4	2015T4	2016T4	2017T4	2018T2
Actividad									
Total	60,25	60,29	60,23	59,86	59,77	59,43	58,95	58,80	58,80
De 16 a 24 años	45,34	43,14	41,30	40,55	39,02	37,19	35,77	36,95	37,04
De 25 a 44 años	88,19	88,61	89,27	89,55	89,73	89,16	89,14	88,66	88,48
De 45 y más años	41,94	42,75	43,25	43,27	43,99	44,76	44,88	45,25	45,59
Ocupación									
Total	48,13	46,69	44,71	44,46	45,61	47,01	47,97	49,07	49,81
De 16 a 24 años	25,96	22,37	18,65	18,29	18,81	19,99	20,42	23,10	24,19
De 25 a 44 años	70,74	68,83	66,28	67,08	69,15	71,34	73,36	74,73	75,87
De 45 y más años	35,59	35,34	34,58	34,11	35,24	36,68	37,63	38,75	39,41
Paro									
Total	20,11	22,56	25,77	25,73	23,70	20,90	18,63	16,55	15,28
De 16 a 24 años	42,73	48,14	54,83	54,89	51,80	46,25	42,92	37,47	34,68
De 25 a 44 años	19,79	22,33	25,75	25,09	22,94	19,98	17,70	15,71	14,25
De 45 y más años	15,14	17,34	20,05	21,18	19,90	18,06	16,15	14,36	13,54

Fuente: elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa (Instituto Nacional de Estadística).

individuos saltan de tramo. Caen los activos de los dos primeros grupos (aunque en 2017 y 2018 también se incrementa la población activa del grupo de las personas de 16 a 24 años), mientras crece la del grupo de más edad a lo largo del período analizado.

ii. Hay un pico en el desempleo² en 2012 que va reduciéndose de forma paulatina, aunque el máximo en el grupo de personas de más de 45 años se da en 2013 (tabla 3). A pesar de todo siguen existiendo más de tres millones y tres cuartos de parados en 2017, y cerca de tres millones y medio a mediados de 2018. El tramo de edad donde más desempleados se concentran en valor absoluto es el

tramo intermedio. Pero estos valores deben considerarse conjuntamente con el tamaño de la población en cada grupo. En 2017 tenemos casi un millón ochocientos mil parados en la cohorte de 25 a 44 años sobre cerca de 13 millones de personas en total en ese tramo de edades y sobre casi once y medio de participantes en el mercado de trabajo, esto es, de activos. Este es el grupo con más activos y más parados, pero no con más población, que es el de personas de 45 y más años, ya que engloba a los inactivos por razones de edad (vid. tabla 1). En el segundo trimestre de 2018 el desempleo desciende en todos los grupos de edad y, obviamente, en el total, pese a la evolución diferente al alza y a la baja según las edades de la población activa.

Conviene recordar que los parados se suelen diferenciar entre aquellos que no han trabajado previamente y los que sí lo han hecho. Es en el estrato de 16 a 24 años donde más abundan relativamente los del primer tipo. Como el sistema prestacional está vinculado básicamente al haber trabajado y cotizado previamente (más abajo se vuelve sobre el tema) este grupo de edad es el que queda

² Como ya se indicó en la introducción, considerar solo el desempleo es subestimar los problemas que pueden tener las personas en el mercado de trabajo y los indicadores de su eficiencia. Los individuos con contratación temporal, a tiempo parcial que desean un empleo a jornada completa, los que desempeñan trabajos que requieren habilidades muy por debajo de su cualificación, etc. aparecen como ocupados, pero constituyen otras tantas fuentes de subempleo, o empleo de baja calidad, y resultan fuentes de poca satisfacción en el trabajo, con las implicaciones que de ahí se derivan.

Tabla 5. Parados por tiempo de búsqueda de empleo y grupo de edad (datos en miles de personas)

	2010T4	2011T4	2012T4	2013T4	2014T4	2015T4	2016T4	2017T4	2018T2
Todos los grupos de edad									
Total desempleados	4.702,2	5.287,3	6.021,0	5.935,6	5.457,7	4.779,5	4.237,8	3.766,7	3.490,1
Parados que llevan 1 año o más así	2.162,5	2.643,2	3.302,4	3.604,7	3.352,9	2.845,3	2.392,0	1.899,6	1.780,1
% sobre el total de desempleados	45,99	49,99	54,85	60,73	61,43	59,53	56,44	50,43	51,00
16-24 años									
Total desempleados	846,8	887,6	945,6	907,1	813,7	687,6	613,9	558,2	522,7
Parados que llevan 1 año o más así	314,3	372,9	435,0	443,9	387,0	283,8	231,2	191,5	156,7
% sobre el total de desempleados de ese grupo de edad	37,12	42,01	46,00	48,94	47,56	41,27	37,66	34,31	29,98
25-44 años									
Total desempleados	2.624,2	2.933,5	3.331,0	3.157,8	2.826,4	2.387,0	2.065,1	1.790,3	1.609,8
Parados que llevan 1 año o más así	1.142,4	1.397,0	1.754,4	1.865,9	1.651,4	1.335,0	1.094,6	816,5	772,7
% sobre el total de desempleados de ese grupo de edad	43,53	47,62	52,67	59,09	58,43	55,93	53,00	45,61	48,00
45 y más años									
Total desempleados	1.231,2	1.466,2	1.744,4	1.870,7	1.817,7	1.705,0	1.558,6	1.418,2	1.357,6
Parados que llevan 1 año o más así	705,9	873,5	1.112,9	1.295,0	1.314,5	1.226,1	1.066,1	891,4	850,8
% sobre el total de desempleados de ese grupo de edad	57,33	59,58	63,80	69,23	72,32	71,91	68,40	62,85	62,67

Nota: las sumas de los tres grupos de edad pueden presentar leves discrepancias con las totales debido a los redondeos.

Fuente: elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa (Instituto Nacional de Estadística).

menos cubierto por las políticas pasivas de desempleo.

iii. Como siempre, las tasas nos permiten comprender mejor la situación que los datos absolutos. En la tabla 4 aparece esta información. Tenemos una tasa de actividad³ baja en

todo el período considerado en el conjunto de la población, si bien hay importantes diferencias

porción de la población de 16 y más años o los activos de un tramo de edad sobre la población de ese tramo. En la de ocupación el numerador lo forman los ocupados, con el denominador igual que en la de actividad. La tasa de paro se define como parados entre activos. Por grupos de edad serían los parados de cada tramo entre los activos del mismo.

³ La tasa de actividad la forman los activos como pro-

**Tabla 6. Viviendas familiares (hogares) sin ocupados ni perceptores de ingresos
(datos en miles de viviendas)**

	2010T4	2011T4	2012T4	2013T4	2014T4	2015T4	2016T4	2017T4	2018T2
Total hogares	17.746,5	17.995,8	18.154,1	18.245,1	18.362,0	18.395,1	18.486,4	18.529,7	18.562,2
De ellos, total hogares sin ocupados	5.875,2	6.237,6	6.675,8	6.813,6	6.687,6	6.560,4	6.476,0	6.381,7	6.302,3
De ellos, hogares sin ningún perceptor de ingresos	525,5	630,1	720,1	773,2	731,0	712,3	629,7	585,0	616,2
Personas afectadas en hogares sin perceptores de ingresos	982,6	1.246,9	1.449,2	1.556,0	1.485,7	1.436,7	1.242,2	1.101,6	1.175,8

Notas:

Se consideran perceptores de ingresos quienes hayan declarado tener trabajo, recibir una pensión de jubilación o de otro tipo o percibir subsidio de desempleo (estén inscritos o no como demandantes de empleo).

Nótese que en esta tabla, en las tres primeras filas, los hogares se consideran con independencia de su número de miembros. La cuarta fila incluye esa información para los hogares sin perceptores (y por ende sin ocupados).

Para calcular las personas afectadas se ha multiplicado el número de hogares por las personas que habitan en ellos, ya que la EPA ofrece el número de hogares que hay según el número de personas que los habiten. No obstante el último grupo lo forman hogares donde habitan diez o más personas. En ese caso se ha considerado que eran hogares de diez personas. Esto subestima el resultado global. No obstante, dado que el número de hogares en esta categoría es tan reducido, el sesgo resulta irrelevante.

Fuente: Encuesta de Población Activa (Instituto Nacional de Estadística) y elaboración propia.

por tramos de edad. La de los jóvenes es baja, y es normal que así sea si se considera que ese grupo de edad cuenta con muchos estudiantes que son laboralmente inactivos. Pero siendo baja, ha ido bajando más (pese al repunte de 2017 y 2018). Esto seguramente refleja el hecho de que muchos jóvenes prolongan sus estudios y dejan de trabajar y de buscar trabajo. La actividad de las edades intermedias de la vida es en cambio muy alta y muy estable. También resulta baja la del último tramo analizado, lo cual tiene que ver con el hecho de que ahí se incluyen las personas jubiladas, que hacen que el denominador de la tasa de actividad (y la de ocupación) sea estructuralmente mucho más alto que el numerador.

La tasa de paro también viene reduciéndose desde 2012-2013. Ahora bien, sigue siendo extremadamente elevada. El colectivo proporcionalmente más castigado es el más joven, donde además encontraríamos importantes elementos de precariedad laboral (que se omi-

ten en este análisis). Si el paro juvenil se va reduciendo a medida que los jóvenes van haciéndose mayores el problema pierde gravedad. Pero socialmente, una juventud que carece de expectativas resulta un fenómeno que tiene consecuencias disolventes a la hora de mantener la legitimidad de un sistema político.

Para evitar multiplicar los datos, no se ha entrado en el análisis territorial de todas estas variables y su dispersión, pero si se introdujera el factor espacial encontraríamos valores todavía más extremados en determinadas CC. AA. y provincias.

A todo lo señalado, y para todos los colectivos de edad, debe tenerse presente que las cifras presentadas pueden estar subestimadas, puesto que ocultan a los desanimados: parados que dejan de buscar empleo activamente y salen por consiguiente de las estadísticas. Este paro encubierto no es socialmente menos desempleo ni es menos percibido como tal por sus

sufridores que el que aparece en las fuentes. Cuando los activos decaen, para una población global estable, eso suele indicar incremento del desánimo, fenómeno vinculado entre otros factores con el nivel de actividad. Por eso se dice que la tasa de actividad es procíclica.

iv. Distingamos entre desempleados según el tiempo que llevan en tal situación: los parados cuyo desempleo se prolonga un año o más son los parados de larga duración. Esta situación es especialmente problemática porque dificulta la obtención de nuevos empleos, por desvinculación del mercado, pérdida y obsolescencia de cualificaciones, etc. En la tabla 5 se presenta la proporción de parados de larga duración para el conjunto de los desocupados y por tramos de edad. En todos los grupos y en el agregado se reduce este peso en los últimos años, aunque repunta en el segundo trimestre de 2018 en el de todas las edades y en el del colectivo de 25-44 años.

Obsérvese cómo es el grupo de más edad el que concentra el mayor peso relativo. En el cuarto trimestre de 2017 (y segundo de 2018), de cada 100 parados de 45 y más años, casi 63 están así desde hace un año como mínimo. En el caso de los jóvenes la cifra no llega a 35 (ni a 30 en 2018T2). En el grupo de edad intermedia nos situamos en algo menos de la mitad. En otras palabras: si bien la tasa de paro es mayor en el grupo más joven, la tasa de paro de larga duración es mucho mayor en el caso de los trabajadores mayores de 45 años. Esto pasa en cada año analizado, aun cuando varían los valores.

Este indicador refleja claramente que es al colectivo de mayor edad al que más le cuesta salir del desempleo y al que más convienen las reflexiones que van a exponerse en este artículo. Como además, cuanto mayor sea el tiempo de estancia en paro mayor es la probabilidad de que se produzca el desánimo y el abandono de la búsqueda de empleo y del mercado de trabajo y el paro se convierta en encubierto, todo lo dicho reforzaría la situación particularmente vulnerable de este colectivo de edad.

v. La EPA, además de datos de personas, nos brinda información sobre hogares. Esto resulta de especial interés. En la tabla 6 pode-

mos ver el número de hogares que entran en la población estudiada por la EPA y, de ellos, aquellos en los que no hay ocupados. Adicionalmente se muestra en cuántos hogares de este último grupo no hay ningún perceptor de ingresos. La diferencia entre esos dos subgrupos la constituyen aquellas viviendas sin ocupados donde hay al menos algún pensionista, perceptor de prestaciones o subsidios, etc.⁴ Las viviendas son heterogéneas en cuanto a su número de integrantes, pero la EPA también clasifica los hogares sin ocupados ni perceptores de ingresos según el número de sus moradores. Eso nos permite determinar cuántas personas habitan en hogares donde no hay ocupados ni perceptores de otro tipo de ingresos y es un indicador de la magnitud de la emergencia social.

Nótese que aunque la cantidad de este tipo de personas se ha ido reduciendo desde 2013 (el incremento del segundo trimestre de 2018 respecto al cuarto de 2017 puede deberse a factores estacionales), tenemos en el último trimestre de 2017 (o segundo de 2018) más de un millón cien mil hombres y mujeres que viven en esta situación límite. Desde luego sabemos que esto se mitiga por la economía sumergida o por las ayudas que estas personas puedan recibir de familiares, etc. No obstante, cifras semejantes no pueden dejar de contemplarse con genuino escándalo.

3. UN BREVE REPASO DEL SISTEMA PRESTACIONAL DE PROTECCIÓN AL DESEMPLEO EN NUESTRO PAÍS

Como es conocido, en España existe un sistema prestacional que descansa en tres grandes patas:

a) la prestación contributiva por desempleo, a la que podría agregarse la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos que coticen por esa contingencia;

⁴ Estos hogares sin ocupados, con o sin perceptores de ingresos, pueden estar formados por personas que no están en edad de trabajar. No obstante, dada la existencia de pensiones, contributivas o no, cabe suponer que la mayoría de los hogares sin ingresos serán aquellos donde sus moradores no tienen aún la edad de poder solicitar y conseguir una pensión.

b) la prestación asistencial por desempleo, el llamado subsidio de desempleo, que propiamente dicho es una familia de subsidios, entre los que se cuentan el subsidio por agotamiento, el de cotizaciones insuficientes, el de mayores de 55 años, el de liberados de prisión, el de fijos discontinuos, etc., muchos de los cuales presentan diversas modalidades en función de las características de sus beneficiarios⁵;

c) Hasta finales de abril de 2018 se añadían los tres programas que podríamos denominar, aprovechando el símil bancario, de último recurso, también de tipo asistencial: RAI, PREPARA y PAE, cada uno de los cuales presenta un perfil propio y unos requisitos específicos para poder acogerse a ellos⁶. A fecha de hoy (septiembre de 2018), solo sigue en vigor el primero de los tres, si bien uno de ellos ha sido sustituido por una figura nueva que aun siendo conceptualmente diferente, en la práctica presenta notables semejanzas con el programa suprimido. Veamos esto con un poco más de detalle.

La Renta Activa de Inserción (RAI) se establece por el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo. La habilitación legal para la aprobación de dicho RD se encuentra en una disposición final de la Ley General de Seguridad Social. Esta renta tiene una duración de 11 meses y sus beneficiarios perciben el 80 % del IPREM (como el subsidio). Se puede disfrutar de un máximo de tres RAI y según su modalidad de acceso hay que cumplir o no un determinado plazo de espera entre una y otra.

⁵ La prestación contributiva y el subsidio quedan regulados en el título III del *Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS)* y su normativa de desarrollo.

⁶ En el presente trabajo se suele utilizar de una forma genérica el término prestación para designar el conjunto de instrumentos mencionado, sin que el hecho de emplear esta palabra pretenda diluir los rasgos jurídicos peculiares de cada una de ellas.

El Programa de Recualificación Profesional (PREPARA) se instaura con el Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas, siendo prorrogado en numerosas ocasiones (de forma automática durante bastante tiempo en función de la evolución de la tasa de paro), la más reciente en octubre de 2017, y ahora de forma excepcional, tras una sentencia del Tribunal Constitucional (TC) que ha cuestionado algunos de sus elementos y la competencia del estado para su gestión (vid. sentencia 100/2017 de 20 de julio de 2017 al recurso de inconstitucionalidad 6199-2013, publicada en el BOE de 11 de agosto de 2017). Por otra parte, el PREPARA tenía naturaleza de subvención y no de prestación en sentido estricto, se podía disfrutar una sola vez y su retribución era el 75 o el 85 % del IPREM según el número de miembros de la unidad familiar y las correspondientes responsabilidades familiares. A fines de abril de 2018 expira la vigencia del programa y dejan de producirse nuevas concesiones del mismo, si bien hasta junio del mismo año pueden producirse algunos nuevos reconocimientos si se cumplen determinados requisitos que tienen que ver con su procedimiento de concesión.

La razón de la supresión del PREPARA tiene que ver con la naturaleza de política activa de trabajo que se confería a dicho programa. Dado que aquéllas son competencia de las CC. AA., el TC interpretaba que el estado estaba invadiendo competencias autonómicas con el mismo. Si bien se llegó a un acuerdo excepcional para prorrogar una vez más el PREPARA, al concluir dicho período, dicho programa se ha extinguido.

Por último, el régimen del Programa de Activación para el Empleo (PAE) se recoge en el Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo, también fue modificado y prorrogado posteriormente a esa fecha, pero ha desaparecido también a finales de abril de 2018. El programa exigía para su disfrute que el beneficiario tuviera responsabilidades familiares y su cuantía mensual era la misma que el subsidio y la RAI.

De igual manera que con respecto al PREPARA y por idénticas razones, el TC volvió a fallar contra el Estado en la Sentencia 153/2017, de 21 de diciembre de 2017, por la que se resolvía el recurso de inconstitucionalidad 1571-2015, interpuesto por el Gobierno vasco respecto de diversos preceptos del Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el programa de activación para el empleo (BOE de 17 de enero de 2018). Eso ha supuesto asimismo su extinción al finalizar su última prórroga (véase a propósito El País de 10 de enero de 2018).

La Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (BOE del 4 de julio, y entrada en vigor al día siguiente de su publicación) modificó, mediante su disposición final cuadragésima, el TRLGSS. El punto cinco de esta larga disposición añadía una disposición adicional vigésima séptima al Texto Refundido, por el cual se creaba una nueva figura, el subsidio extraordinario por desempleo (SED) y se establecían los fundamentos de su régimen jurídico. Asimismo, el punto siete de la disposición final establecía una disposición transitoria trigésima del TRLGSS que señalaba un acceso extraordinario al SED en algunos casos relacionados con las fechas en que se habían acabado las prestaciones previas que dan acceso al mismo.

Si bien la naturaleza jurídica del SED es diferente de la del PAE, ya que el primero es un subsidio⁷ y el segundo, al menos conceptualmente, una herramienta de política activa, cuyo propósito era promover el empleo (de ahí los nombres de ambas figuras), comparten muchos requisitos para su acceso, ambos pueden disfrutarse solo una vez, resultan incompatibles (no pueden acceder al SED las personas que hayan percibido el PAE), su cuantía y duración es idéntica, etc. En la práctica, desde el punto de vista de los perceptores de estos dos tipos de transferen-

cias, uno puede considerarse una continuación del otro.

Como complemento a todo lo anterior se configuran la renta agraria para los trabajadores de Andalucía y Extremadura y el subsidio por desempleo de los trabajadores eventuales agrarios en Andalucía y Extremadura. No deben confundirse estas dos figuras con la prestación contributiva para los trabajadores agrarios eventuales, cuyo ámbito de aplicación territorial es todo el país⁸.

4. MATICES Y PROBLEMAS A TOMAR EN CONSIDERACIÓN

Como puede verse, el sistema prestacional español presenta algunas características que lo definen y que marcan las líneas maestras de su arquitectura. Entresaco algunos puntos que me parecen significativos, a veces de una manera meramente descriptiva, añadiendo algunas valoraciones personales en otras ocasiones. El lector podrá distinguir fácilmente entre ambas aproximaciones⁹:

a) Una distinción inicial entre prestaciones contributivas y asistenciales. Las primeras no dependen de la renta de los beneficiarios y cotizan a determinadas contingencias de la Seguridad Social (SS) aunque, como es natural, no al desempleo. En las segundas suelen priorizarse las responsabilidades familiares y las rentas del perceptor y de su unidad familiar (aunque no siempre se requiera tener dichas responsabilidades). El subsidio para mayores de 55 años (y algunas modalidades del subsidio de fijos discontinuos) es la única de estas prestaciones asistenciales que cotiza a la SS para la jubilación de su perceptor.

Esta primera característica no supone propiamente problema alguno. La prestación contributiva, con una duración máxima de

⁷ Precisamente este carácter prestacional es el que justifica su aparición y lo que confiere al Estado la competencia para su instauración y gestión, toda vez que las políticas activas recaen en el ámbito autonómico. Es la atribución competencial lo que motivó las ya aludidas sentencias del Tribunal Constitucional sobre el PREPARA y el PAE.

⁸ Para el lector interesado, en la página web del Servicio Público de Empleo Estatal, ya indicada, puede consultarse abundante información actualizada de todo este abanico.

⁹ Las ideas que se exponen se limitan a la situación de las prestaciones a fecha de hoy, sin valorar las modificaciones que se han llevado a cabo en las mismas en los últimos años.

dos años y con mantenimiento de la cotización a la SS por jubilación en el mismo nivel de los 180 últimos días trabajados durante todo el período de percibo de la prestación, aparece como una forma de mitigar las consecuencias de las pérdidas no voluntarias (y voluntarias en alguna situación justificada de acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores) de la ocupación sin que ello suponga una discontinuidad en la vida laboral del cotizante. La reducción del porcentaje de cobertura sobre la base reguladora (del 70 al 50 % a partir del día 181), así como la sujeción a unos máximos y mínimos establecidos en unidades monetarias que a su vez varían en función del número de hijos dependientes del beneficiario, aparecen como una forma de reducir los desincentivos a la búsqueda de empleo cuando se cuenta con una prestación contributiva de larga duración.

b) El sistema prestacional, incluso en su modalidad asistencial, pende del hecho de haber trabajado y cotizado (con alguna excepción, como las RAI por violencia de género, etc.). Esto es lo que lo distingue esencialmente de las transferencias sociales que se establecen para personas en situación de exclusión social y que suelen aprobar, financiar y gestionar las CC. AA. con la colaboración de los ayuntamientos.

c) Existe un excesivo número de prestaciones. Si bien se han definido cinco grandes tipos (aunque ahora solo subsistan cuatro), también ha quedado señalado que algunas de las mismas son más bien “familias de prestaciones”. Antes se mencionó el subsidio, pero la RAI, por ejemplo, admite cinco tipos de beneficiarios, al PREPARA se accedía por dos vías distintas, etc. Además, cada una de las prestaciones presenta sus propias particularidades de gestión y de procedimiento, en ocasiones contradictorias con otras, que complican innecesariamente la vida tanto a los ciudadanos a la hora de conocer sus derechos como al personal del SEPE que ha de tramitar y reconocer dichas prestaciones. Por otra parte, algunas de estas prestaciones -más allá de la inscripción previa como demandantes de empleo de los solicitantes, tarea que se realiza en los servicios autonómicos, y esto para cualquier tipo de prestación- requerían en ciertas fases de su procedimiento de actuaciones complementarias ante los servicios autonómicos

(era el caso del PREPARA y el PAE, y ahora del SED) que solo servían para dilatar sus tramitaciones y suscitar posibles denegaciones de las mismas, que a veces se solventaban con una nueva presentación de solicitud, pero que en otras situaciones podían llevar hasta a hacer perder el derecho en el caso de ayudas en las que los plazos resultaban decisivos, como sucedía en el PREPARA o actualmente en el SED.

d) En relación con lo anterior, parece que en lo tocante a algunas prestaciones el sistema se ha ido diseñando por “acumulación”. Dado que algunos programas solo pueden (o podían, en el caso de las prestaciones desaparecidas) disfrutarse un número máximo de veces (una vez el PREPARA y el PAE, y ahora el SED; tres la RAI), al desatarse la última gran depresión da la sensación de que se han creado prestaciones ad-hoc porque había que aliviar una necesidad social y ya no se podía recurrir a un segundo PREPARA o una cuarta RAI (aunque cabría haber modificado sus normas de creación para acoger esta posibilidad). El PAE fue el ejemplo más palmario al respecto, pero lo mismo podría decirse de otras prestaciones cuando en su momento aparecen (sobre todo las que antes llamé de último recurso¹⁰). El mismo PAE fue renovado otra vez en abril de 2017 suavizándose los requisitos para su otorgamiento, con lo que se crean agravios comparativos con solicitantes que pudieron ver desestimadas las suyas en un momento anterior debido solo a la menor laxitud de la normativa. El SED, en tanto que sustituto del PAE, viene a continuar este proceso.

Esta suma de prestaciones, incluso tras la desaparición de una de ellas y la metamorfosis de otra, produce en ocasiones la sensación de que se ha ido amontonando prestación tras prestación sin una reflexión global sobre el sistema que dé organicidad y sistematicidad al mismo. Soluciones parciales que pueden paliar problemas que van manifestando su crudeza en una situación de crisis ferocísima pero que complican innecesariamente la ges-

¹⁰ No en causal que estos programas se rijan por disposiciones que no son leyes ordinarias y solo subsidiariamente por el TRLGSS. En el caso del SED, la norma que lo ha creado es la de Presupuestos Generales del Estado.

tión de un sistema prestacional un tanto de aluvión.

Con la ya mencionada supresión del PREPARA y el PAE el sistema se simplifica, pero no tanto como resultado de una apuesta por la racionalización del mismo, sino por la vía de la simple eliminación de prestaciones, sin que se haya concretado otra alternativa que el SED. De esta manera lo único que se ha conseguido es que los posibles beneficiarios de estas ayudas -que son personas que están en una situación muy complicada- dispongan de un abanico aún menor de posibilidades a su disposición. Ciertamente es que la mejora de la situación del mercado laboral aparentemente puede justificar esto, pero, como se viene subrayando en este trabajo, la bolsa de personas difícilmente recuperables para el mercado es importante y una mejora de la coyuntura económica no va a permitir una (fácil) reinserción de las mismas en el sistema productivo.

Debido en parte a las sentencias del TC ya mencionadas, que establecían la supresión de PREPARA y PAE, y a los compromisos del pacto de investidura al inicio de la legislatura (vid., entre otros, Expansión de 28 de agosto de 2016, donde se alude a un documento que habla de un “PAE plus”), se había especulado con la aparición de una nueva prestación, llamada Renta Complementaria por Desempleo (RED), que hubiera refundido el subsidio con la RAI, el PREPARA y el PAE, extinguiendo todos ellos (a modo de ejemplo pueden citarse La Vanguardia de 12 de abril de 2018 o El Mundo de 16 de abril de 2018). Así, estas cuatro figuras quedaban subsumidas en una nueva, cuya duración se incrementaba sensiblemente (hasta 72 meses), y vinculándola a la participación en el mercado de trabajo, derivando las variedades de las ayudas menos vinculadas con el mismo (RAI por violencia, subsidio de excarcelados, etc.) a las CC. AA. en sus diversos programas de asistencia social, pero que quedaban transitoriamente en manos del estado hasta que todas las CC. AA. pudieran ofrecer estas transferencias, sin que se produjeran agravios comparativos entre españoles de diversas regiones.

No obstante, esta posibilidad ha quedado difuminada como resultado del cambio de go-

bierno que ha tenido lugar en junio de 2018 consecuencia del triunfo de la moción de censura al gobierno existente y su sustitución por otro. La ley de Presupuestos Generales del Estado, ya con el nuevo ejecutivo, instaura el SED. El nuevo gabinete, además del legislativo, deberá plantear los cambios que considere pertinentes en la política prestacional.

e) Unas prestaciones que quedan circunscritas a unos territorios concretos y que a juicio de quien esto escribe parece una transgresión del principio de igualdad entre todos los españoles. Si bien es cierto que determinados territorios pueden tener necesidades específicas y agravadas, no parece que esos territorios tengan el monopolio de unas determinadas problemáticas.

5. ALGUNAS LÍNEAS DE REFORMA DEL SISTEMA DE PRESTACIONES ESPAÑOL

Una vez señalado todo lo anterior, me gustaría proponer algunas actuaciones que creo introducirían una mayor simplificación del sistema y por consiguiente una mayor claridad y transparencia del mismo. Este propósito para nada debe verse como una forma encubierta de reducir la protección a las personas desempleadas. Como ya he indicado desde el principio, la evolución del mercado de trabajo y de nuestra economía dejan claro que hay colectivos de difícil recuperación para el sistema productivo. Pero esas personas no pueden quedar abandonadas a su suerte. Eso es un imperativo ético en una sociedad que se desea desarrollada y civilizada. El debate debe situarse en la forma de integrarlas para resolver esos problemas sociales de la forma más eficiente y menos onerosa para el conjunto del país, pero no en desconsiderar tal necesidad.

Por descontado, estas ideas que ahora se apuntan no pasan de bosquejos que podrían a su vez ser muy discutidos, matizados y corregidos y no aspiran a otra cosa que a reflexiones de índole normativa. Algunas de ellas implican incrementos en el gasto público, y concretamente en políticas pasivas, lo cual puede entrar en conflicto con las directrices de las políticas comunitarias, que priorizan las activas. En cualquier caso, los gobiernos

nacionales siguen detentando la soberanía a la hora de establecer sus propias políticas de gasto público. Las actuaciones aquí contempladas para nada menoscaban la preeminencia asignada a las políticas activas de empleo.

a) Las prestaciones contributivas pueden parecer excesivamente prolongadas en el tiempo. Un máximo de dos años (si se ha trabajado de forma ininterrumpida en los seis previos a la situación legal de desempleo) puede ser visto como un período demasiado largo. Desde luego, en un mercado laboral flexible con altas tasas de salida del desempleo se podría defender un acortamiento de la duración de estas prestaciones. Con todo, nuestro sistema limita las cantidades máximas (y establece unas mínimas) a percibir y deja la prestación al 50 % de la base reguladora a partir de los seis meses como forma de desincentivar el alargamiento más o menos voluntario en el tiempo de la percepción de la prestación (si bien en bases reguladoras altas esta reducción porcentual puede no suponerla de cuantía si incluso el 50 % de la base reguladora queda por encima del máximo de la prestación).

De todas maneras convendría estudiar con más detalle si acortar los períodos máximos de duración de la prestación contributiva podría suponer un incentivo para una mayor intensidad en la búsqueda de empleo por parte de los parados con prestaciones largas y altas.

b) Debería simplificarse la cantidad y variedad de los subsidios. Entre tipos y modalidades del mismo existen al menos veinte codificaciones distintas del subsidio por desempleo. Algunas de las mismas tienen una sustantividad propia -el subsidio de excarcelados, el de mayores de 55 años, el de emigrantes retornados, por ejemplo- que da razón de su especialidad, pero hay otras cuya caracterización actual resulta de difícil justificación. Por ejemplo la multiplicidad de subsidios de fijos discontinuos o de cotizaciones insuficientes. Veamos este último: más de 180 días cotizados (y menos de 360) con responsabilidades, sin responsabilidades (si se tienen más de 45 años), los de más de 90, 120 o 150 (siempre con cargas familiares). Si lo que se pretende es proveer de ingresos a personas con unas cotizaciones escasas es mejor recurrir a otras fi-

guras más orientadas a esos fines que mantener un subsidio para alguien que ha trabajado tres meses y a quien se le ofrecen tres meses de subsidio. ¿Qué problemática personal o social arregla eso? Si precisamente alguien trabaja poco porque no encuentra otra cosa, se le subsidia con una pildorita que concluye antes de empezar (y eso si es que hay responsabilidades familiares, como si los que carecen de ellas no necesitaran medios de subsistencia). Otro elemento llamativo tiene que ver con la fijación de tramos de cotización requerida: si has cotizado 179 días te corresponden 5 meses de subsidio; si has cotizado 180, 21. Estos saltos tan bruscos resultan difícilmente justificables.

c) ¿Cómo debería ser entendida la naturaleza de los subsidios: una prestación o postprestación por desempleo vinculada a cotizaciones o más bien algo cercano a una renta de ciudadanía, pero que no se otorgaría por el mero hecho de vivir, sino por no tener empleo, sin entrar ahora en el tema de su duración y su cuantía? Estas dos visiones no son incompatibles entre sí, pero apuntan a una diferenciación en la filosofía subyacente. Un subsidio muy vinculado a cotizaciones le otorga un componente de “contributividad”, aunque sea de segundo nivel. Otro más vinculado a una situación de imposibilidad de encontrar empleo refuerza su “asistencialidad”.

En la actualidad tenemos un modelo híbrido, en el que algunos tipos del subsidio dependen de las cotizaciones, las que han dado lugar a la prestación previa en el de agotamiento o bien a las requeridas para el subsidio por cotización insuficiente, en sus diferentes versiones. Y tenemos otros que no dependen de cotizaciones ni propiamente se vinculan demasiado a la relación con el mercado de trabajo del beneficiario, como el de excarcelados o el de emigrantes retornados. Vuelvo más abajo sobre esta cuestión, que me parece de especial relevancia.

d) Parece también razonable eliminar los mecanismos de último recurso -como ya se ha hecho con uno de ellos- y subsumirlos en un subsidio por desempleo más racional y simplificado, en línea con lo que se proponía más arriba. La refundición de todas las prestaciones asistenciales en una sola figura con-

venientemente diseñada permitiría, además, clarificar el sistema prestacional y simplificar la gestión del mismo.

e) Los autónomos padecen un sesgo muy desfavorable en el nivel asistencial, que está orientado prácticamente en exclusividad a los asalariados. A nivel contributivo, la prestación por cese de actividad aparece como un paliativo, pero al menos se ha instituido algo en ese sentido. Si miramos al nivel asistencial es frecuente que una persona que ha estado una parte significativa de su vida laboral como autónomo, incluso cumpliendo el resto de requisitos, no pueda acceder por ejemplo a un subsidio de mayores de 55 años porque carece de seis años como trabajador por cuenta ajena. Esto plantea situaciones de inequidad que deberían tenerse presentes a la hora de diseñar el marco de protección social para personas que son o han sido autónomos.

f) El sistema de protección al desempleo no debería confundirse con un sistema de transferencias para personas sin recursos sin más (cosa que en cierto modo es ahora la RAI en algunas de sus versiones). Parece razonable sostener que el sistema prestacional de protección al desempleo debe de tener relación con la situación de desempleo de sus beneficiarios y que las funciones asistenciales puras queden para otros ámbitos del estado de bienestar.

No obstante, convertir, al menos parcialmente, el sistema prestacional asistencial en un sistema de ayudas sociales no vinculadas con la condición de desempleados de sus beneficiarios -o solo de forma aparente- resultaría una decisión política perfectamente legítima.

Pero en tal caso debería racionalizarse el reparto de esa competencia entre las CC. AA., que tienen asignadas atribuciones en este tipo de gasto social, y el estado porque de lo contrario puede haber duplicidades entre las transferencias ofrecidas por esos dos niveles de administración pública y que generarían problemas de gestión cuando esas ayudas fueran incompatibles entre sí. Nada impide que las CC. AA. puedan legislar y desarrollar sus propios subsidios sociales si hay un buen y ágil sistema de comunicación entre administraciones que impida cobrar de dos adminis-

traciones por un mismo concepto si esas ayudas no pueden ser concurrentes.

No debe confundirse esta necesidad de definir un orden competencial con el hecho de que las CC. AA., en el uso de sus atribuciones, establezcan sus propias actuaciones de política social, entre ellas el pago de transferencias monetarias a personas y/o familias. En una situación como la propuesta, parecería razonable que el estado fijara unos estándares comunes, y las CC. AA. pudieran o no complementarlos con arreglo a su propia capacidad de decisión.

En un estado descentralizado no es ilegítimo un tratamiento diferencial de la ayuda social. Quiero decir que si una C. A. ofrece más ayudas sociales que otra eso es el reflejo de una elección política y ha de ser el sistema electoral quien premie o castigue esas actuaciones. La igualdad entre españoles no implica que todos los territorios actúen de forma mimética, sino que todos ellos dispongan de idénticas competencias, no de idéntico ejercicio de la misma. Si el marco constitucional ofrece la posibilidad de legislar a cada C. A. en su ámbito de competencias no nos debería escandalizar que ese marco suscite diferencias territoriales. Si se desea armonizar el tema, sería el estado quien debería recuperar la competencia y el ordenamiento dispone de herramientas para ello. Con todo, parece razonable dejar a las CC. AA. un ámbito de actuación propio si realmente nos tomamos en serio la descentralización administrativa y política de nuestro país. Las problemáticas y las sensibilidades ante las mismas no son iguales y la voluntad de otorgarles respuesta política, tampoco. Ahora bien, sí deben estar clarificadas las competencias en esa materia y la transparencia del sistema. Si las CC. AA. complementan o no voluntaria y diferencialmente el sistema prestacional estatal de naturaleza asistencial, una opción tan válida como otra cualquiera, serán los electores los que sancionarán en un sentido u otro tales decisiones de política redistributiva.

Dejo para el final, como epígrafe independiente, lo que pretende ser la medida más importante y más polémica, y que merece una reflexión más sosegada y amplia.

6. LA PRESTACIÓN INDEFINIDA VERSUS LA RENTA BÁSICA UNIVERSAL. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE UNA PROPUESTA NO EXENTA DE RIESGOS

Llegamos por fin al punto espinoso de la renta básica universal o la prestación indefinida. La bibliografía sobre el tema y los enfoques teóricos y las filosofías políticas subyacentes a las propuestas son muy numerosas y no podemos entrar aquí en su exposición y crítica. Por ejemplo, Van Parijs y Vanderborght (2015) o Rallo (2015) pueden ser dos buenos trabajos de síntesis, uno favorable y otro totalmente contrario, a ese tipo de medida, que presenta tantas ventajas como inconvenientes, sobre todo si se instaurara de una forma poco reflexionada.

Ya ha quedado dicho, y se ha visto con una pincelada estadística, que tenemos un problema social. Digámoslo claro: existen personas que son prácticamente irrecuperables para el sistema productivo: personas con poca formación y, peor, con poca capacidad de formarse; de una edad ya avanzada cuya contratación resulta poco interesante para las empresas; con una experiencia laboral en actividades que han quedado obsoletas o que han sido afectadas por el cambio técnico; parados de larga duración que han desconectado del sector productivo con lo que se ha producido un deterioro de sus cualificaciones, etc. Y este fondo de personas ha aumentado con la reciente crisis y no se va a reabsorber con una expansión subsiguiente (recuérdese aquí el ya clásico concepto en economía laboral de histéresis), que tendremos que ver si se consolida o resulta un leve alivio entre dos valles.

Todo lo apuntado plantea un dilema menos económico que ético: ¿puede una sociedad civilizada y próspera abandonar a su suerte a estas personas? Desde luego, mi respuesta es NO, y creo que la mayoría de mis conciudadanos piensan como yo. Y eso a veces menos por un anhelo militante de fraternidad como por la muy russoniana razón de que nadie está exento de caer en el infortunio. El ginebrino ya nos advirtió de que lo que nos hace compartir el padecimiento ajeno es la posibilidad que siempre tenemos de estar en una situación semejante (esta visión también subyace en teorías de la justicia mu-

cho más recientes, como la de Rawls, sin ir más lejos).

No quiero vincular esto a un debate izquierda-derecha. Creo que constreñir el presente tema a un enfoque semejante resulta reduccionista, maniqueo y que no encara adecuadamente los desafíos de nuestra época. Nadie tiene la patente de la solidaridad social y que el movimiento obrero fuera históricamente en los países occidentales un promotor del estado de bienestar (que no el único) no nos puede llevar a ignorar que en muchos países han sido opciones conservadoras, cristiano-demócratas o incluso liberales las que lo han desarrollado no menos que las socialdemócratas.

Antes que nada, debe distinguirse conceptualmente entre los dos tipos de actuaciones: una renta básica universal, por un lado, a la que tendrían derecho los ciudadanos por encima de cualquier otra consideración por el mero hecho de vivir; por el otro, algún tipo de prestación de desempleo indefinida, hasta la edad de jubilación, en que pueda pasarse a percibir la correspondiente pensión, sea contributiva o no. En parte ya existe algo parecido en el subsidio de más de 55 años. Se trataría de extender esta medida para lo que hemos llamado las personas excluidas del mercado, pero no de una prestación indefinida genérica para cualquier ciudadano sin más, sino que habría que analizar con cuidado los colectivos que hubieran de ser sus potenciales beneficiarios.

En la práctica ambos tipos de posibilidades pueden converger. Incluso podríamos hablar de una renta básica no de ciudadanía sino de excluidos del mercado de trabajo. Lo importante es distinguir la justificación de dicha prestación: la mera existencia vital o la imposibilidad de (re)insertarse en el mercado de trabajo, y siempre sujeta al cumplimiento de determinados requisitos sobre los cuales se vuelve más abajo.

Se podría argumentar que una prestación indefinida deja fuera de su cobertura a aquellas personas que no han tenido vinculación con el mercado de trabajo a lo largo de su vida, cosa que no hace la renta universal de ciudadanía, sea porque no han podido trabajar por razones de salud, familiares, etc. o

por edad, porque son personas jóvenes que no encuentran trabajo.

Esta objeción se resuelve si se define de una forma elástica la imposibilidad de (re) insertarse en el mercado de trabajo. Como se indicó en el epígrafe anterior, una prestación de esta naturaleza depende menos de las cotizaciones efectuadas al desempleo que de las necesidades de las personas que no pueden encontrar una ocupación, con independencia de su edad. Por otra parte, existen otros conceptos de protección social, como las prestaciones que caen más específicamente bajo la administración de la Seguridad Social y también pueden definirse unos salarios sociales complementarios¹¹ de una prestación por desempleo indefinida para colectivos específicos.

Lo que llamo *prestación indefinida* lo es porque no tiene una fecha de conclusión establecida, no porque haya de ser vitalicia. Indefinida en tanto no se encuentre empleo, siempre y cuando se busque y se instauren criterios de condicionalidad, como luego señalaré. Además, convendría otorgarla por períodos cortos prorrogables, como forma de control, como se hace actualmente con los subsidios que superan los seis meses. Y, como ya ha quedado dicho, no tiene tampoco por qué ceñirse a personas de una edad más o menos alta con un determinado mínimo de contribución a lo largo de su vida laboral. Una prestación de este tipo es por fuerza asistencial, y por tanto no debería tener un sesgo contributivo ni una definición que impidiera su disfrute a las personas jóvenes.

No obstante, del examen de los datos ofrecidos anteriormente se desprende que el colectivo que más necesidad tendría de una prestación de estas características serían las personas de más edad, porque es al que más le cuesta reinsertarse y donde más se produce el desempleo de larga duración (tabla 5), aunque es cierto que la tasa de paro más elevada la padecen las personas más jóvenes (tabla 4).

En suma, un elemento esencial de una medida de este tipo consiste en establecer el perfil de sus posibles beneficiarios. Qué se entienda por personas de difícil (re)inserción en el mercado laboral definiría a los destinatarios de este tipo de programas. Ya he apuntado algunas cuestiones al respecto.

Obviamente, la instauración de una renta básica universal de ciudadanía o una prestación de duración indefinida plantea problemas, algunos de los cuales resultan de tremenda dificultad:

a) su financiación. Cuanta más gente pueda padecer el estado de necesidad que dé lugar a su cobro, más fondos requerirá arbitrar un sistema de sostén colectivo de esta naturaleza. Ya se definiera por personas o por hogares esta transferencia, una estimación del coste de tal medida puede suponer una cantidad significativa. A título meramente tentativo, si a día de hoy el subsidio por desempleo está en los 430,27 euros (80 % del IPREM), y multiplicamos esa cantidad por el número de hogares que en el segundo trimestre de 2018 carecen de ingresos según la EPA, como se ve en la tabla 6 (seiscientos dieciséis mil, a razón de un subsidio por hogar, lo cual sería seguramente insuficiente en muchos de ellos), nos daría más de 265 millones de euros.

Debo precisar que en este trabajo no se ha entrado en ningún momento en la determinación de la cuantía de una posible prestación indefinida. Se ha eludido deliberadamente este aspecto, que a la hora de instrumentar una medida así deviene esencial. Otra cuestión importante es si esta medida debería cotizar para la jubilación de sus beneficiarios o no. Un criterio pragmático podría hacer depender eso de la edad del receptor, como sucede ahora con el subsidio de mayores de 55, que está configurado como un puente hacia la jubilación;

b) incentivos y riesgo moral. Inevitable entrar en este aspecto. ¿Cómo garantizar que un programa que sirve para mitigar una necesidad social no contribuye a que sus beneficiarios dejen de buscar empleo y se acomoden a su paga indefinida, con lo cual lo que mitiga un problema social contribuye a su no resolución, al menos parcialmente?

¹¹ Complementarios en el sentido de estuvieran pensados para aquellas personas que no tuvieran derecho a percibir estas prestaciones, como una forma de completar el sistema de protección social.

La respuesta a esta cuestión resulta clave, tanto o más que lo relativo a la financiación, y condiciona la factibilidad de implantar un programa de este tipo. Somos conscientes de que un sistema de seguimiento y control exhaustivo de tantas personas resulta inviable por su poca operatividad y su exigencia de medios para llevarlo a cabo. Un programa de prestación indefinida no puede añadir a su notable coste otros adicionales de gestión y supervisión que lo encarezcan más aún hasta convertirse en un obstáculo disuasorio a su instrumentación.

Además, los beneficiarios deberían asumir algún tipo de condicionalidad en unos términos que fueran verificables de una forma sencilla. Por ejemplo, alguna clase de servicio obligatorio a la comunidad o la exigencia de participar en sistemas de formación y reciclaje verdaderamente tales. El sistema debe estar diseñado de forma que sus receptores sean conscientes de que si la sociedad realiza un esfuerzo con ellos, por su parte deben satisfacer ciertas contrapartidas. Aunque sea acreditando que están formándose para dejar de percibir esos fondos. No basta realizar una búsqueda activa de empleo tal como la que hoy se exige para la RAI (y no siempre). Esos trámites resultan una mera formalidad cuya relación real con la búsqueda de empleo en la mayoría de casos es ilusoria.

Otro requisito que tampoco puede omitirse es que la continuidad de la percepción se vincule al no rechazo de propuestas de trabajo adecuadas de forma injustificada y que se satisfagan periódicamente mecanismos de control y prórroga, como ya se mencionó más arriba.

Asimismo resulta obvio que las mencionadas contrapartidas no pueden significar un menoscabo de la dignidad personal de los perceptores o una forma de señalamiento público desfavorable hacia unos individuos que ya de por sí se encuentran en una situación nada envidiable;

c) el tercer elemento que quiero destacar entra de lleno en lo filosófico y tiene que ver con los principios que rigen nuestra forma de vida, y me hace rechazar e incluso desconfiar del concepto de una renta básica universal,

pero no así una prestación indefinida para colectivos determinados. Lo formularé a partir de ciertos interrogantes: ¿una sociedad de ciudadanos libres debe requerir del estado por el mero hecho de existir una retribución garantizada? ¿No es esto un genuino atentado contra la dignidad de las personas? ¿Dónde queda la autonomía de un ser humano para luchar por procurarse los medios para su subsistencia y para aspirar a ejercitar el principal valor que una sociedad puede ofrecer a sus miembros: la libertad?¹² ¿No nos convierte una medida tal en siervos del Leviatán que nos tutela de la cuna a la sepultura? Repito, no estamos hablando de la solidaridad que una sociedad puede mostrar con personas que objetivamente no pueden ganarse la vida o que no están en condiciones de reinsertarse en el mercado de trabajo, sino de otra cosa: como los recursos son escasos y hay que producir los medios con los que se vive, una sociedad de seres libres no debería consentir que esos medios se le regalen por parte de un estado provisor. Porque agregadamente no se puede ofrecer gratis algo que cuesta de producir. Esto es, alguien lo va a tener que sufragar, y las consecuencias de tales dádivas seguramente están más cerca de buscar la sumisión de la gente que de facilitar su vida y su libertad que es, definitivamente, lo que nos hace ser en verdad ciudadanos.

Una vez consideradas, aunque no siempre respondidas, estas cuestiones, surgen otras de naturaleza más práctica, vinculadas a su gestión y financiación que merecen una reflexión adicional.

En primer lugar, procedería plantearse sobre qué nivel de administración debería recaer su financiación y/o gestión. En la medida en que estas prestaciones se vinculan al sistema de protección al desempleo es deseable que tengan un carácter estatal, dado que las

¹² Por supuesto, la defensa del estado de bienestar y las políticas redistributivas se puede justificar como una defensa de la libertad de las personas para poder disponer de oportunidades para su realización como ciudadanos. Una cosa es defender la intervención pública cuando el mercado ofrece asignaciones inequitativas y otra dejar en manos del estado los medios con que un ciudadano por el mero hecho de vivir puede contar.

prestaciones por desocupación se gestionan desde la Administración General del Estado. No parece que esto debiera modificarse. El principio de caja única bajo el que opera la Seguridad Social garantiza un sistema de gestión más sencillo y eficiente, y de resultados menos discriminadores entre los españoles de diversos territorios que si se descentralizara su gestión y no digamos su financiación. Otra cosa es que las CC. AA. desearan complementar las prestaciones estatales, de forma semejante a lo que sucede con el sistema de ayuda a la dependencia, con sus diversos niveles (aunque en este último la gestión es autonómica, siendo estatal la financiación de un determinado bloque mínimo y común de prestaciones). Más arriba ya se ha tocado este tema, por lo cual no se insiste más.

Otra cuestión que conviene atender es la relativa a la unidad receptora: ¿se debería otorgar esta prestación indefinida a los individuos o a los hogares? Dado que los segundinos dependen del número de sus miembros, lo que llevaría a cuantías diferenciales, parece mejor otorgarlas a los individuos teniendo en consideración las rentas y situación económica de su unidad familiar. Esto no significa que en una familia donde haya cuatro miembros en edad de trabajar que estén todos desempleados sin derecho a otra prestación los cuatro debieran percibirla. La fijación de unos máximos de renta familiar serviría perfectamente a este fin.

Por otra parte, otorgar las prestaciones por hogares significaría introducir una unidad que no es la que se utiliza en nuestro sistema y que podría conducir a tratar el domicilio como variable estratégica para conseguirlas.

7. CONCLUSIONES

Como corolario de todo lo señalado en las páginas precedentes, señalo algunos aspectos que parecen los más relevantes.

1. Aunque el colectivo que experimenta una mayor tasa de paro es el de los jóvenes entre 16 y 24 años, el desempleo de larga duración se concentra en los estratos de personas mayores de 45 años. Es en este grupo de personas donde aparecen las mayores dificultades para reinserirse en el mercado de trabajo.

2. Tenemos en nuestro país a día de hoy una bolsa de personas que viven en hogares donde no hay ningún perceptor de ingresos que supera el millón cien mil personas, según la EPA. Esto permite pensar que existe un buen número de personas en una situación económica crítica que son difícilmente reinsertables en el mercado de trabajo. Además de las obvias consideraciones de equidad social, las consecuencias de todo ello sobre la legitimidad de nuestro sistema político pueden resultar corrosivas si este problema no se puede reconducir.

3. El sistema de protección del desempleo en España básicamente pende del tiempo trabajado y cotizado. Un número mínimo de cotizaciones abre la puerta a un sistema que se articula en un nivel contributivo, otro asistencial y un tercer grupo de programas terminales que ahora acoge a la RAI y al SED (una readaptación con matices del PAE), después de haber desaparecido el PREPARA.

4. Las prestaciones en conjunto son demasiado variadas y cada una presenta sus propias sutilezas de procedimiento, lo cual complica su gestión. Una simplificación y racionalización del sistema, con un menor número de prestaciones otorgaría transparencia (porque los ciudadanos tendrían mayor conocimiento de lo que hay y de lo que se necesita y cuándo que en la actualidad) y mayor facilidad (y menor número de errores) de gestión en su instrumentación. Esto no debe ser entendido como una forma subrepticia de recortar protección al desempleo aprovechando que conviene rediseñar el sistema.

5. Eliminar la RAI y el SED, refundiéndolos con un subsidio remozado y simplificado también serviría como forma de conseguir los fines a los que se aludía en el punto anterior.

6. Se entienda el sistema prestacional asistencial como una continuación del contributivo o se le quiera dotar de un componente más desvinculado de cotizaciones, debería analizarse con cuidado el engarce entre las administraciones públicas implicadas en su diseño, gestión y financiación. Como el sistema prestacional forma parte del sistema de la Seguridad Social (aunque orgánicamente lo gestiona un organismo que no es la admi-

nistración de la Seguridad Social), y como su financiación es estatal, no se ve argumento para modificar eso, manteniendo el principio de la caja única de la SS. Esto hace al sistema más eficiente y más coherente territorialmente. No obstante, nada debería impedir a las CC. AA. que así lo desearan complementar el sistema con cargo a sus propios recursos.

7. Si es cierto que algunas personas son irrecuperables para el sistema productivo y para el mercado de trabajo, se suscita el problema de cómo paliar ese problema. Dado que las políticas activas no resuelven esta situación hay que recurrir a las pasivas. Dos mecanismos —a veces no claramente distinguibles en la práctica— pueden plantearse: la renta básica de ciudadanía o algún tipo de prestación indefinida, que no vitalicia, para determinados colectivos bien definidos. Lo relativo al nivel administrativo encargado de las mismas señalado en el punto anterior puede repetirse aquí. El autor de estas páginas se decanta por una prestación indefinida y rechaza la idea de una renta básica universal por razones que van más allá de lo económico.

8. Unas políticas semejantes plantean problemas de financiación, de riesgo moral e incentivos. Dar respuesta a las objeciones que de ahí se derivan no resulta fácil, desde luego. Pero más que un aliciente o excusa para no hacer nada y no intentar mejorar la situación de las personas en situación de riesgo, esas dificultades deberían constituir un acicate para realizar una reflexión rigurosa y diseñar unas actuaciones de política prestacional que consigan, con el mínimo coste y distorsión posible, (re)integrar en la sociedad a aquellos colectivos que de otra forma quedarían en una situación de desamparo, y de rebote nos serviría como antídoto contra la corrosión populista que utiliza estos desarreglos sociales para socavar la legitimidad de nuestro sistema institucional, tan frágil después del terremoto que ha supuesto la última gran crisis económica.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y WEBGRÁFICAS

a) Bibliografía

- RALLO, J.R. (2015). *Contra la renta básica*. Barcelona: Deusto.
- VAN PARIJS, PH. Y VANDERBORGH, Y. (2015). *La renta básica*. Barcelona: Ariel.

b) Webgrafía y prensa digital

- Instituto Nacional de Estadística. Encuesta de Población Activa, edición digital disponible en la página web del organismo, http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176918&menu=ultiDatos&idp=1254735976595
- Servicio Público de Empleo Estatal, www.sepe.es

En el texto se han citado algunas informaciones publicadas en cabeceras periódicas en su edición digital. En cada mención se ha indicado la fuente y la fecha respectiva.

c) Normativa (ordenada según los tipos de disposiciones)

- Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS).
- Real Decreto-Ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas.
- Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo.
- Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 100/2017, de 20 de julio de 2017, al recurso de inconstitucionalidad 6199-2013.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 153/2017, de 21 de diciembre de 2017, al recurso de inconstitucionalidad 1571-2015.

RESUMEN

El propósito de este trabajo es describir y analizar el sistema de prestaciones por desempleo en España y determinar algunas de sus debilidades para proponer a continuación actuaciones concretas para su mejora y deteniéndose a reflexionar sobre la conveniencia y también los problemas que podría presentar una prestación indefinida o incluso una renta de ciudadanía.

El artículo se limita a las políticas pasivas de empleo, sin entrar en una discusión sobre las relaciones entre las políticas pasivas y las activas. Simplificando, si las activas pretenden que los desempleados puedan conseguir un empleo, las pasivas pretenden garantizar una fuente de ingresos a aquellas personas que no trabajan, deseando hacerlo y buscando empleo de forma activa.

El primero de los epígrafes es una introducción que plantea el tema y los objetivos del trabajo, indicando que este artículo pretende realizar una aportación de economía normativa, esto es, qué creemos conveniente que se debe hacer para resolver los problemas que pondremos de manifiesto. Este artículo nace de la observación directa de la realidad del sistema prestacional en nuestro país y a partir de ahí realiza una descripción y análisis del mismo, introduciendo algunas recomendaciones de política prestacional que se desprenden del análisis previo.

Para ver por qué es tan importante hablar de las políticas pasivas -sin que ello suponga menoscabo del imprescindible papel que pueden desempeñar las activas- conviene echar una ojeada a los datos estadísticos más básicos sobre nuestro mercado de trabajo. El epígrafe 2 ofrece algunas cifras y entresaca los aspectos más relevantes que se desprenden de los mismos. El examen de la información obtenida a partir de la Encuesta de Población Activa (EPA, publicada por el INE), nos revela algunos hechos inquietantes: no solo tenemos una tasa de paro elevada, sino una tasa muy alta de parados de larga duración, sobre todo en las personas de 45 y más años. Asimismo, el número de hogares donde no entran ingresos, y las personas que habitan esos hogares, son altos, demasiados altos.

Si lo segundo nos invita a realizar consideraciones sobre la pobreza latente de ciertos estratos de nuestra población -tema que no se ha tocado en este trabajo-, el excesivo sesgo hacia el paro de larga duración de los colectivos de mayor edad de nuestro mercado de trabajo nos hace sospechar que hay una parte importante de esas personas que pueden caer en la exclusión laboral, y parece que no van a bastar unas políticas activas que pudieran dirigirse a la mejora de la empleabilidad de esos colectivos. Así las cosas, tendremos que pensar como sociedad qué podemos hacer por mejorar la situación de estos grupos vulnerables: tanto por una cuestión de equidad social como por un tema de legitimación de nuestro sistema político, demasiado frágil ante los embates de una crisis económica reciente que ha causado unas heridas muy hondas que parecen aliviarse con el desagravamiento de la situación, pero en modo alguno desaparecer.

Una vez presentado lo anterior, el epígrafe 3 se centra en la descripción del sistema español de prestaciones por desempleo y de las figuras que lo integran y en el 4 se realiza un análisis de algunos de sus elementos que se consideran mejorables.

A juicio del autor, nuestro sistema manifiesta problemas que tienen que ver,

entre otras cosas, con el excesivo número de instrumentos, no siempre organizados en un todo coherente y armónico: aunque tenemos la prestación contributiva, el subsidio de desempleo (asistencial) y dos figuras asimismo asistenciales que podemos llamar “de último recurso” o “de emergencia”, la renta activa de inserción (RAI) y el recientemente creado subsidio extraordinario por desempleo (SED), en la práctica el sistema se multiplica, porque existe una enorme cantidad de variedades del subsidio, cinco tipos de RAI, etc., sin contar ciertas prestaciones que se circunscriben a unas regiones concretas españolas.

Sin entrar en un detalle que descienda a las particularidades técnicas del día a día de una oficina de empleo y la casuística que allá pueda observarse, se formulan las principales particularidades de todo este elenco de prestaciones, haciendo mención de los cambios que han tenido lugar en 2018, año importante porque dos prestaciones existentes han desaparecido y se ha creado una *ex novo* (el ya mencionado SED).

Una vez hecha la descripción y análisis, forzosamente someros, de nuestro sistema prestacional, en los epígrafes 5 y 6 se realiza una reflexión sobre cómo mejorar este intrincado sistema. El autor sostiene que una simplificación y racionalización del número de figuras es deseable, tanto para el ciudadano como para la administración responsable de gestionar el sistema.

Por supuesto, el propósito es plantear algunas ideas para un debate, sin pretender ofrecer una alternativa global a un sistema que, pese a sus problemas, ha demostrado que cumple sus funciones desde hace muchos años con solvencia y eficacia.

Incorporamos en estas reflexiones dos factores que consideramos importantes: el papel que en el sistema prestacional pueden tener administraciones territoriales diferentes, singularmente la central y autonómica, aspecto que no puede dejar de tenerse presente en un estado descentralizado como es el nuestro. En segundo lugar, el grado de relación que con el mercado de trabajo deben tener los beneficiarios de un sistema de protección al desempleo. Parece que éste debe proteger a los parados, esto es, a las personas que tienen vinculación con el mercado de trabajo, y no configurarse como un sistema general de asistencia social. No obstante, lo contrario puede también ser defendible articulando un sistema de protección social con coordinación entre las administraciones públicas competentes en la materia.

El epígrafe sexto incide monográficamente sobre la posibilidad de introducir una prestación por desempleo indefinida -que no vitalicia necesariamente- especialmente dirigida a colectivos determinados (fundamentalmente personas que no van a poder salir del desempleo) y a comparar ese instrumento con una renta de ciudadanía universal. Asimismo nos interrogamos por los problemas derivados de esta posibilidad, esencialmente su coste y financiación y los problemas de incentivos y riesgo moral que puede inducir en sus beneficiarios. En el trabajo se esgrimen argumentos a favor de una prestación indefinida y en contra de la renta básica, aun sabiendo que en la práctica las cosas no siempre son tan fácilmente distinguibles. Y el porqué de esa negativa hacia la idea de la renta básica tiene que ver con el mantenimiento de un cierto equilibrio entre los conceptos de equidad social y de libertad individual, valores ambos que presentan complejas relaciones a la vez de complementariedad y de conflicto, y que el autor de estas páginas considera que deben ser respetados con el mismo énfasis en una sociedad de ciudadanos y ciudadanas libres y responsables, a los

que se les garantizan mecanismos suficientes de cobertura contra el infortunio. Cierran el artículo unas conclusiones a modo de resumen y la bibliografía (epígrafes 7 y 8, respectivamente).

Palabras clave: Prestaciones por desempleo, políticas pasivas de trabajo, sistema prestacional contributivo y asistencial, prestación para colectivos específicos, renta básica de ciudadanía.

ABSTRACT The purpose of this paper is to describe and analyze the system of unemployment benefits in Spain and determine some of its weaknesses in order to propose concrete actions for improvement. Another objective is to reflect on the convenience and also the problems that could present an indefinite benefit or even a citizenship income.

The article is limited to passive employment policies, without entering into a discussion about the relations between passive and active policies. Simplifying, if the active claim that the unemployed can get a job, the passive seek to ensure a source of income for those who do not work, wanting to do so and actively seeking employment.

The first of the epigraphs is an introduction that raises the subject and the objectives of the work, indicating that this article intends to make a contribution of normative economy, that is, what we think should be done to solve the problems that we will show. This article is born from the direct observation of the reality of the benefit system in our country and from there it makes a description and analysis of it, introducing some policy recommendations that are derived from the previous analysis.

To see why it is so important to talk about passive policies - without detracting from the essential role that the active ones can play - it is worth taking a look at the most basic statistical data about our labor market. Section 2 offers some figures and highlights the most relevant aspects that emerge from them. The examination of the information obtained from the Survey of the Active Population (EPA, published by the INE), reveals some disturbing facts: not only do we have a high unemployment rate, but a very high rate of long-term unemployed, over all in people 45 and older. Also, the number of households where no income comes in, and the people who inhabit those homes, are high, too high.

If the latter invites us to make considerations about the latent poverty of certain strata of our population - a topic that has not been touched in this work -, the excessive bias towards long-term unemployment of the oldest groups of our market of work makes us suspect that there is an important part of these people that can fall into labor exclusion, and it seems that active policies that could be aimed at improving the employability of these groups are not going to suffice. In this way, we will have to think as a society about what we can do to improve the situation of these vulnerable groups: both as a matter of social equity and as a legitimating issue of our political system, which is too fragile in the face of a recent economic crisis, which has caused very deep wounds that seem to be relieved by the relief of the situation, but in no way disappear.

Once the foregoing is presented, section 3 deals with the description of the Spanish system of unemployment benefits and of the figures that comprise it and in section 4 an analysis is made of some of its elements that are considered improvable.

According to the author, our system manifests problems that have to do, among other things, with the excessive number of instruments, not always organized in a coherent and harmonious whole: although we have the contributory benefit, the unemployment benefit (assistance) and two figures similar to those that we can call "last resort" or "emergency", active insertion income (RAI) and the recently created extraordinary unemployment subsidy (SED), in practice the system is multiplied, because there is a huge amount of subsidy varieties, five

types of RAI, etc., without counting certain benefits that are limited to specific Spanish regions.

Without entering into a detail that goes down to the technical particularities of the day to day of an employment office and the casuistry that can be observed there, the main peculiarities of this whole list of benefits are formulated, making mention of the changes that have taken place in 2018, important year because two existing services have disappeared and an another one has been created (the aforementioned SED).

Once the description and analysis, necessarily shallow, of our prestacional system, in the epigraphs 5 and 6 is made a reflection on how to improve this intricate system. The author argues that a simplification and rationalization of the number of figures is desirable, both for the citizen and for the administration responsible for managing the system.

Of course, the purpose is to propose some ideas for a debate, without pretending to offer a global alternative to a system that, despite its problems, has demonstrated that it has fulfilled its functions for many years with solvency and effectiveness.

We incorporate in these reflections two factors that we consider important: the role that different territorial administrations may have in the benefit system, particularly the central and autonomic ones, an aspect that can not be ignored in a decentralized state such as ours. Secondly, the degree of relationship that the beneficiaries of an unemployment protection system must have with the labor market. It seems that this must protect the unemployed, that is, the people who have links with the labor market, and not be configured as a general social assistance system. However, the opposite can also be defensible by articulating a social protection system with coordination between the public administrations competent in the matter.

The sixth section focuses on the possibility of introducing an indefinite unemployment benefit specially aimed at certain groups (basically people who can not get out of unemployment) and to compare that instrument with a universal citizenship income. We also ask ourselves about the problems arising from this possibility, essentially its cost and financing and the problems of incentives and moral hazard that it can induce in its beneficiaries. At work, arguments are advanced in favor of an indefinite benefit and against the basic income, even knowing that in practice things are not always so easily distinguishable. And the reason for this refusal to the idea of basic income has to do with the maintenance of a certain balance between the concepts of social equity and individual freedom, both of which present complex relations at the same time of complementarity and conflict, and that the author of these pages considers that they should be respected with the same emphasis in a society of free and responsible citizens, who are guaranteed sufficient mechanisms of coverage against misfortune.

The article ends with a conclusions and the bibliography (sections 7 and 8, respectively).

Keywords: Unemployment benefits, passive labour market policies, contributory and non-contributory system, unemployment benefits for indefinite term, basic citizenship income.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

II. Jurisprudencia

Recordatorio de Jurisprudencia en materia de Seguridad Social, en la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Marzo 2017 a Diciembre 2017

Summary of Jurisprudence on Social Security, Supreme Court (Fourth Chamber). From March 2017 to December 2017

M.^a LUZ GARCÍA PAREDES*

ÍNDICE POR MATERIAS

Accidente de trabajo [11, 41, 45]
Accidente en misión [65]
Alta o situación asimilada al alta [6]
Complemento por mínimos [49]
Costas procesales [29, 54]
Desempleo [7, 9, 12, 16, 21, 22, 36, 39, 44, 47, 51, 70, 73]
Ejecución de sentencia [30]
Enfermedad profesional [5, 33, 52, 55]
Incapacidad permanente absoluta [23]
Incapacidad permanente parcial [15]
Incapacidad permanente total [6, 24, 43]
Infracotización [8]
Jubilación [8, 13, 31, 68]
Jubilación activa [27]
Jubilación anticipada [72]
Jubilación parcial [26]
Maternidad [60, 63, 64]
Mejoras voluntarias de las prestaciones de seguridad social [40]
Orfandad [20]
Prestación en favor de familiares [28]
Procedimiento de oficio [2, 4]

Programa de renta activa de inserción [61, 75]
Reclamación previa [19, 34, 37]
Recurso de suplicación [1, 18, 35, 48, 66]
Regimen especial agrario por cuenta propia [10]
Regimen especial de trabajadores autónomos [15]
Regimen especial de trabajadores del mar [50]
Revisión de actos declarativos de derecho [17, 46]
Seguro obligatorio de vejez e invalidez (SOVI) [38]
Viudedad [3, 14, 25, 32, 42, 49, 53, 56, 57, 58, 59, 62, 67, 69, 71, 74]

SENTENCIAS

SENTENCIA NÚM. 1

Fecha: 01/03/2017

Recurso: 2021/2015

Materia: RECURSO DE SUPPLICACIÓN. ACCESO. DESEMPLEO Y DISCREPANCIAS EN LA BASE REGULADORA. FALTA DE CUANTÍA Y DE AFECTACIÓN GENERAL

* Magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Resumen: No cabe recurso contra la sentencia dictada en la instancia por falta de cuantía, al ser la reclamada una diferencia entre la base reguladora que pretende la parte actora y la reconocida en vía administrativa, no superior a 3000 euros, en cómputo anual y que trae causa de una cotización por meses de treinta días con independencia del número real de días que tenga cada mes. Y tampoco existe afectación general por cuanto que la discrepancia no se advierte como masiva por cuanto que no cabe confundir el número de destinatarios potenciales de la norma con el nivel de litigiosidad sobre la misma.

Disposiciones Legales: LRJS: art. 191

SENTENCIA NÚM. 2

Fecha: 01/03/2017

Recurso: 1172/2015

Materia: PROCEDIMIENTO DE OFICIO. LEGITIMACIÓN DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Resumen: La cuestión objeto de controversia se centra en determinar si la TGSS tiene legitimación activa para interponer demanda sobre la existencia de relación laboral, respecto a unas determinadas prestaciones de servicio. La Sala decide que la Tesorería General de la Seguridad Social, en su condición de Administración titular de la potestad sancionadora con respecto a las Actas de infracción y liquidación de cuotas a la Seguridad Social, tiene sin duda plena legitimación activa para interponer la demanda de oficio a que se refiere el apartado d) del artículo 148 de la LRJS -como implícitamente admitimos en la sentencia de 14-07-2016 (rcud. 539/2015)- y en tanto que titular de dicha potestad su legitimación es prevalente, aunque no excluyente, de la que el artículo 6.1 del citado Reglamento General sobre procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones del orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, atribuye al Jefe de la Inspección Provincial o al Jefe de la respectiva Unidad especializada.

Disposiciones Legales: LRJS art. 148 d)

SENTENCIA NÚM. 3

Fecha: 02/03/2017

Recurso: 3134/2015

Materia: PENSIÓN DE VIUDEDAD. PAREJA DE HECHO. REQUISITO DE NO TENER VÍNCULO MATRIMONIAL QUE IMPIDA CONTRAER MATRIMONIO CON EL CAUSANTE

Resumen: La cuestión planteada en el presente recurso de casación, consiste en determinar si tiene derecho a pensión de viudedad la separada judicialmente, sin derecho a pensión compensatoria que convive con un tercero, divorciado, que fallece el 11 de mayo de 2012, tras casi ocho años de convivencia, habiendo estado inscritos en el Registro de Parejas de Hecho casi todo el tiempo de convivencia. Según la Sala, para causar la pensión no basta con la inscripción en el registro de parejas de hecho, sino que, además, los convivientes no deben estar impedidos para contraer matrimonio. El artículo 174.3, párrafo cuarto, primer inciso, se ocupa de decir cuando, a efectos de lo establecido en este apartado (es decir, para poder lucrar pensión de viudedad) “se considerará” que hay pareja de hecho: el primero de ellos, no hallarse impedido para contraer matrimonio; y el segundo es el requisito “antibigamia”: no tener vínculo matrimonial con otra persona. Es claro que ambos requisitos deben tenerse en el momento en que se pretenda constituir la pareja de hecho, no antes. Reitera doctrina recogida en sentencias de 14 de julio de 2011, entre otras.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 174, 3

SENTENCIA NÚM. 4

Fecha: 03/03/2017

Recurso: 364/2016

Materia: PROCEDIMIENTO DE OFICIO. LEGITIMACIÓN DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencia de 1 de marzo de 2017

Disposiciones Legales: LRJS: art. 148 d)

SENTENCIA NÚM. 5

Fecha: 07/03/2017

Recurso: 3016/2015

Materia: ENFERMEDAD PROFESIONAL. IMPUGNACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DEL INSS. RESOLUCIONES DE RESPONSABILIDAD DE LA MUTUA FIRMES. FALTA DE ACCIÓN

Resumen: La Mutua, en su condición de entidades colaboradoras, no pueden reabrir la reclamación en materia de responsabilidad en el pago de prestaciones por enfermedad profesional, si la primera resolución quedó firme y ello por no ser gestión prestacional ni en la relación con los beneficiarios. Reitera doctrina recogida en sentencias de 15 de junio y 14 y 15 de septiembre, 15 de octubre y 14 de diciembre de 2015, 1 de marzo y 1 de junio de 2016.

Disposiciones Legales: LRJS: art. 71.2

SENTENCIA NÚM. 6

Fecha: 08/03/2017

Recurso: 2686/2015

Materia: INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL. ALTA O SITUACIÓN ASIMILADA AL ALTA. DOCTRINA FLEXIBILIZADORA

Resumen: Según la Sala el alta ha de referirse al momento en que sobrevino la contingencia determinante de la situación protegida y que se debe interpretar flexiblemente el requisito de estar inscrito como demandante de empleo “tanto más cuanto que reunía los requisitos para obtener la pensión cuando los padecimientos se produjeron”. En definitiva, el requisito del alta y las situaciones asimiladas a ella han sido interpretados de modo no formalista, estimando en general que sí concurría la situación de alta, cuando se inicia el acontecer que conduce al hecho causante y es fundadamente explicable que se hayan desdiciado los resortes legales prevenidos para continuar en alta, entonces el requisito ha de entenderse por cumplido. Lo que se cumple en ese caso es explicable que el beneficiario pudiera haber dilatado su inscripción formal como demandante de empleo durante un período de tiempo, tanto más cuanto en el momento de producirse la baja en la Seguridad Social estaba afectada de la misma enfermedad ya iniciada que le condujo a la situación de incapacidad permanente, con las graves dolencias no cuestionadas.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 124.1, 125 y 138; REAL DECETO 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social: art. 36.1.1)

SENTENCIA NÚM. 7

Fecha: 08/03/2017

Recurso: 3340/2015

Materia: PRESTACIÓN POR DESEMPLEO. REPOSICIÓN. EXTINCIÓN DE CONTRATO POR EL JUEZ MERCANTIL. Supuesto especial

Resumen: Los hechos sobre los que se emite el pronunciamiento refieren que el despido se produce el 2 de enero de 2013 por Auto Mercantil, pero el período de suspensión se desarrolla entre septiembre de 2010 y julio de 2011, si bien el acuerdo alcanzado data de 30 de noviembre de 2012. En principio, no sería posible aplicar las previsiones del Real Decreto-Ley 3/2012, de la Ley 3/2012 o del Real Decreto-Ley 1/2013 al presente caso, puesto que en él se trata de determinar si procede la recuperación de prestaciones por desempleo lucradas al amparo de ERTES desarrollados durante una etapa (2010 y 2011) anterior a la contemplada por tales normas (desde enero de 2012). Ahora bien, dada la fecha del Auto mercantil, primer día hábil tras la finalización del plazo en que debía haberse producido para que operase la reposición de prestaciones que ahora interesa, y las previas inhábiles a efectos procesal, decidir no aplicar la reposición sería hacer de peor condición a los trabajadores incursos en un proceso concursal. Reitera doctrina recogida en sentencia de 16 de diciembre de 2015.

Disposiciones Legales: Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero, por el que se prorrogó el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y se adoptan otras medidas urgentes para el empleo y la protección social de las personas desempleadas.

SENTENCIA NÚM. 8

Fecha: 08/03/2015

Recurso: 2376/2015

Materia: JUBILACIÓN. BASE REGULADORA. INFRACOTIZACIÓN. RESPONSABILIDADES

Resumen: La cuestión que se plantea se refiere a la atribución de la responsabilidad por infracotización cuando el beneficiario de la pensión de jubilación, que reclama una superior base reguladora, ha permanecido durante parte de su vida laboral en situación de pluriempleo en la que cesa antes de ser transferido a la segunda empleadora al ser declarada la incompatibilidad entre dos actividades sin que por ello se haya visto alterada la reducción en la cotización, manteniéndose en el mismo porcentaje que en situación de pluriempleo.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 126.2

SENTENCIA NÚM. 9

Fecha: 09/03/2017

Recurso: 3503/2015

Materia: DESEMPLEO. SUBSIDIO DE DESEMPLEO POR CARGAS FAMILIARES. SANCIÓN DE EXTINCIÓN DE LA PRESTACIÓN. FALTA DE COMUNICACIÓN DE LA VARIACIÓN DE RENTAS QUE HUBIERA PROVOCADO LA SUSPENSIÓN DEL DERECHO.

Resumen: La beneficiaria omite la obligación de poner en conocimiento del SPEE un dato tan simple y evidente como es el de que su esposo ha percibido salarios con los que se superan manifiestamente los límites de ingresos de la unidad familiar a los que se condiciona el mantenimiento del subsidio de desempleo, en los períodos y cuantías ya referenciadas: diciembre/11 (2.266,76 euros), enero/12 (1.607,62 euros), febrero/12 (2.021,31 euros), marzo/12 (2.167,50 euros), abril/12 (1.891,14 euros), mayo/12 (1:0.18, 25 euros), junio/12 (1,802,40 euros), julio/12 (1967 euros). No se está ante la obtención de unas rentas o ingresos patrimoniales cuya compleja naturaleza jurídica pudiere ofrecer al beneficiario dudas razonables sobre su incidencia en la conservación del subsidio de desempleo por cargas familiares y consiguiente obligación de ponerlo en conocimiento del SPEE. Tampoco en el caso de unos rendimientos económicos de tan escasa cuantía que la falta de comunicación

pudiere considerarse irrelevante en aplicación del principio de insignificancia que esta Sala ha considerado en alguna puntual ocasión, en razón de la exigua cuantía económica que eventualmente pudieren suponer tales ingresos para la unidad familiar. Se trata de la percepción de un salario en promedio cercano a dos mil euros mensuales durante un período de ocho meses, que excede manifiestamente de los límites máximos que dan derecho a la conservación subsidio y cuya obligada declaración no ofrece la menor duda. Reitera doctrina recogida en sentencia de 19 de febrero de 2016.

Disposiciones Legales: LGSS: arts. 215.1 y 3, 231.1 e); LISOS: art. 7.1 c) y 2, 25.3, 47.1 b).

SENTENCIA NÚM. 10

Fecha: 09/03/2017

Recurso: 1727/2015

Materia: RÉGIMEN ESPECIAL AGRARIO POR CUENTA PROPIA. PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA. ESTAR AL CORRIENTE EN EL PAGO DE LAS COTIZACIONES. ABONO DE CUOTAS TRAS EL HECHO CAUSANTE. COTIZACIONES VÁLIDAS.

Resumen: Se reclama una pensión de viudedad y orfandad que ha sido denegada por el INSS por no estar el causante al corriente en el pago de las cuotas en el momento del hecho causante. La Sala 4ª, al resolver el recurso de unificación de doctrina, casa la sentencia que había desestimado la demanda porque considera que, en virtud del principio de igualdad, la regulación que se contiene en el Régimen Especial no tiene justificación objetiva ni razonable, siendo adecuado el reconocimiento de la prestación cuando se han abonado las cuotas debidas con posterioridad al hecho causante, aunque lo sean por un período superior a los seis meses. Reitera doctrina recogida en sentencia de 31 de mayo de 2004.

Disposiciones Legales: CE: art. 14

SENTENCIA NÚM. 11

Fecha: 14/03/2015

Recurso: 1083/2015

Materia: ACCIDENTE DE TRABAJO. RECARGO DE PRESTACIÓN POR FALTA DE

MEDIDAS DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO. 50 % PORCENTAJE Y FALTA ADMINISTRATIVA CALIFICADA DE GRAVE

Resumen: Es objeto del recurso la cuantía concreta del 50 % del recargo, al considerar que no responde matemáticamente a la gravedad de la infracción administrativa. La Sala desestima el recurso porque la expresión “gravedad de la falta”, no es utilizada como sinónimo de calificación conforme a las normas que rigen la potestad sancionadora en el orden administrativo sino directriz general dentro de la que el juzgador podrá actuar empleando los parámetros que el artículo 123.1 le proporciona, doctrina expresada, entre otras en el segundo de los fundamentos de Derecho de la STS de 26-4-2016 antes citada. Reitera doctrina recogida en sentencias de 4 de marzo de 2014, y 26 de abril de 2016.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 123.1; REAL DECRETO LEGISLATIVO 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social: art. 39.3

SENTENCIA NÚM. 12

Fecha: 14/03/2017

Recurso: 3871/2015

Materia: DESEMPLEO. SANCIÓN DE EXTINCIÓN DEL DERECHO POR SALIDA AL EXTRANJERO MENOS DE 90 DIAS SIN COMUNICARLO AL SPEE. Supuesto anterior al RD Ley 11/2013

Resumen: La salida al extranjero del beneficiario de una prestación por desempleo, aunque no la haya comunicado a la Entidad Gestora, no es causa de extinción del derecho sino de suspensión. Reitera doctrina recogida en sentencias de 25 de noviembre de 2014, entre otras muchas.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 213 g)

SENTENCIA NÚM. 13

Fecha: 16/03/2017

Recurso: 1871/2013

Materia: JUBILACIÓN. BASE REGULADORA. SUPUESTO DE TRABAJADORA

QUE EN EL PERÍODO DE REFERENCIA CONCURREN LAGUNAS DE COTIZACIÓN TRAS UN TRABAJO A TIEMPO PARCIAL.

Resumen: La cuestión suscitada en el recurso versa sobre si las lagunas de cotización que se producen tras un trabajo a tiempo parcial, existiendo períodos anteriores trabajados a tiempo completo, deben cubrirse con cotizaciones a tiempo completo. La Sala niega tal posibilidad porque la norma es clara al decir que se harán con las cotizaciones correspondientes al número de horas contratadas en último término.

Disposiciones Legales: LGSS: Disposición Adicional 7^a.3 b)

SENTENCIA NÚM. 14

Fecha: 21/03/2017

Recurso: 2935/2015

Materia: VIUDEDAD. PENSIÓN COMPENSATORIA. NO EXISTE SIENDO CLARO QUE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS DE LOS HIJOS TIENE TAL CONDICIÓN

Resumen: Para determinar si el causante de la prestación se había obligado al pago de una pensión compensatoria al momento de la separación o divorcio, no cabe estar al nomen iuris al que se haya acudido para identificar tal pensión sino a la verdadera finalidad de lo que se esté percibiendo. En el caso que se resuelve se llega a la convicción de que se acordó no pagar nada por tal concepto y, por ende, no hay derecho a la pensión de viudedad. Reitera doctrina recogida en sentencias de 12 de febrero y 23 de febrero de 2016, entre otras muchas.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 174.1

SENTENCIA NÚM. 15

Fecha: 22/03/2017

Recurso: 3757/2015

Materia: RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS. INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL. NO PROCEDE

Resumen: El RETA no tiene reconocida dentro de su acción protectora la incapacidad permanente parcial. Reitera doctrina recogida

en sentencia de 18 de octubre de 2016, entre otras.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 137, Disposición Transitoria 5ª

SENTENCIA NÚM. 16

Fecha: 24/03/2017

Recurso: 85/2016

Materia: DESEMPLEO. EXTRANJERO RESIDENTE EN ESPAÑA CON SERVICIOS COMO RESIDENTE EN CENTRO HOSPITALARIO. PERSONAS PROTEGIDAS

Resumen: Partiendo de que el demandante h estado prestando servicios que deben entenderse encuadrado en el art. 1 de la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, la Sala entiende que aquél está protegido por la contingencia de desempleo y que, por tanto, tiene derecho a lucrar la correspondiente prestación ya que aquellos servicios generan la obligación de cotizar por dicha contingencia y, por otro lado, no derivan de una autorización para trabajar en España en contratos de duración determinada.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 7.1 y 205; REAL DECRETO 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud : art. 1

SENTENCIA NÚM. 17

Fecha: 29/03/2017

Recurso: 1883/2015

Materia: REVISIÓN DE ACTOS DECLARATIVOS DE DERECHO. PRESCRIPCIÓN. EXCEPCIONES. ERRORES MATERIALES

Resumen: La cuestión suscitada en el recurso se centra en determinar si la revisión en 2012 de una pensión reconocida en 2006 se encuentra prescrita. La Sala considera que el reconocimiento de la prestación con una revalorización de la base reguladora desde 1975, es decir, más de 21 años antes de la fecha en que se produjo el hecho causante de la propia prestación (2006), constituye un error material que no requiere de cálculos complejos -indiscutidos en cualquier caso- o de interpretación jurídica alguna, y, por

ello, la prescripción de la acción de revisión que contemplaba de manera genérica el art. 146.3 LRJS en su redacción original, por remisión al núm. 1 de ese mismo precepto, se encuentra excepcionada de ese efecto extintivo para la rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos por el segundo párrafo in fine del art. 43.1 de la LGSS/1994 , igual que en la actualidad hace con más claridad aún y en coherencia con ese art. 43, el apartado a) del núm. 2 del art. 146 LRJS , en la redacción dada por la Disposición Final 13.2 de la Ley 26/2015, cuando excluye “la rectificación de errores materiales o de hecho y los aritméticos

Disposiciones Legales: LGSS: art. 43.1; art. 146.3 LRJS.

SENTENCIA NÚM. 18

Fecha: 04/04/2017

Recurso: 378/2016

Materia: RECURSO DE SUPPLICACIÓN. ACCESO. DESEMPLEO Y DISCREPANCIAS EN LA BASE REGULADORA. FALTA DE CUANTÍA Y DE AFECTACIÓN GENERAL

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencia de 1 de marzo de 2017

Disposiciones Legales: LRJS: art. 191

SENTENCIA NÚM. 19

Fecha: 05/04/2017

Recurso: 1219/2016

Materia: RECLAMACIÓN PREVIA. EFECTOS DE LA FALTA DE RECLAMACION PREVIA EN RESOLUCIONES SANCIONATORIAS EN MATERIA DE DESEMPLEO

Resumen: Cuando la prestación de desempleo se suspende o extingue por concurrir causas legales de incompatibilidad o cualquiera de los supuestos que contemplan a tal efecto los referidos preceptos de la LGSS, desde la perspectiva puramente prestacional de la dinámica del derecho, resultará sin duda aplicable aquella regla del art. 71.4 LRJS en la medida en que estaríamos ante la modificación de los términos en los que había sido inicialmente reconocido. Pero si lo que sucede es que el beneficiario no ha puesto en conoci-

miento del SPEE la concurrencia de una causa de suspensión o extinción de la prestación de desempleo, y ha incurrido con ello en la comisión de la infracción grave prevista en el art. 25. 3 de la LISOS, (no comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de la suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción), la resolución sancionatoria que al efecto se dicte en aplicación del art. 47 b) de esa misma norma (que castiga esa infracción con la extinción de la prestación de desempleo), habrá recaído extramuros del ámbito prestacional y se enmarca dentro del territorio jurídico sancionador para el que no resulta de aplicación aquella extraordinaria previsión del art. 71.4 LRJS.

Disposiciones Legales: LRJS: art. 71.4

SENTENCIA NÚM. 20

Fecha: 05/04/2017

Recurso: 238/2015

Materia: ORFANDAD. FECHA DE EFECTOS DE LA PRESTACIÓN

Resumen: No debe confundirse la fecha del hecho causante con la fecha de los efectos económicos de las prestaciones por muerte y supervivencia pues, estando claro que la primera se produce con la situación de necesidad acaecida con el fallecimiento del causante, la segunda dependerá del momento de su solicitud, partiendo de la premisa de la imprescriptibilidad de dichas prestaciones. En la pensión de orfandad por incapacidad para el trabajo no existe ninguna dependencia de este derecho con la determinación de la discapacidad de forma que la solicitud de la pensión de orfandad no depende de un previo reconocimiento de la incapacidad para el trabajo ya que ambas situaciones pueden resolverse conjuntamente. Por ello, la fecha de efectos de la pensión de orfandad debe situarse a los tres meses previos a la solicitud.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 43.1,175.1

SENTENCIA NÚM. 21

Fecha: 05/04/2017

Recurso: 1066/2016

Materia: SUBSIDIO POR DESEMPLEO. INCOMPATIBILIDAD. TRABAJO POR CUENTA PROPIA. ACTIVIDADES MARGINALES

Resumen: La actividad económica por cuenta propia que se realice por el perceptor de las prestaciones de desempleo que sea marginal, irrelevante, de nula relevancia y genere unos mínimos y exiguos ingresos no provoca la total y absoluta incompatibilidad entre el trabajo por cuenta propia y las prestaciones de desempleo, aunque se trate de gestiones de intermediación comercial que en el año 2011, en su declaración de I.R.P.F., resultan unos ingresos por actividades económicas de 1.283,46 €, y de las que obtuvo un rendimiento neto de 64,35 €. Reitera doctrina recogida en sentencias de 3 de marzo de 2010.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 221.1

SENTENCIA NÚM. 22

Fecha: 06/04/2017

Recurso: 4201/2015

Materia: DESEMPLEO. SALIDA AL EXTRANJERO POR TIEMPO INFERIOR A 90 DÍAS, SIN COMUNICACIÓN NI AUTORIZACIÓN DEL SPEE. ES CAUSA DE SUSPENSIÓN DE LA PRESTACIÓN. Supuesto anterior al RD Ley 11/2013

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencia de 12 de marzo de 2017

Disposiciones Legales: LGSS: art. 213 g)

SENTENCIA NÚM. 23

Fecha: 20/04/2017

Recurso: 1480/2011

Materia: INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA. BASE REGULADORA. SUPUESTO DE TRABAJADORA QUE EN EL PERÍODO DE REFERENCIA CONCURRAN LAGUNAS DE COTIZACIÓN TRAS UN TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencia de 16 de marzo de 2017

Disposiciones Legales: LGSS: Disposición Adicional 7^a.3 b)

SENTENCIA NÚM. 24**Fecha:** 26/04/2017**Recurso:** 3050/2015**Materia:** INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL. FECHA DE EFECTOS. SUPUESTO DE TRABAJADOR CON SEGUNDA ACTIVIDAD. POLICIA MUNICIPAL.

Resumen: La inactividad en la profesión a que se refiera la declaración de IPT constituye una condición ínsita en la propia naturaleza del derecho a percibir la pensión en cuanto integrante del concepto mismo del grado de IPT. Y esta incontestable incompatibilidad entre la declaración de IPT y el desarrollo -bien por persistencia, bien por reanudación- de la misma profesión, requiere en su aplicación -de un lado- previa definición de la «profesión habitual» y comporta -de otro- la consecuencia de determinar los efectos iniciales en el devengo de la pensión. Ello significa que deba atenderse al contenido de la segunda actividad que, en el caso del Policia Local, remite a su régimen jurídico que, en este caso, revela que la «segunda actividad» únicamente se diferencia del ordinario servicio activo de Policía local en las específicas funciones a desempeñar, de menor exigencia psico-física. En definitiva, - el inicio de la pensión por IPT reconocida en autos no puede tener otra fecha de efectos económicos sino la del cese en funciones de Policía local, siquiera sea en segunda actividad.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 137.2; ET: art. 49.1 e)**SENTENCIA NÚM. 25****Fecha:** 04/05/2017**Recurso:** 3850/2015**Materia:** VIUDEDAD. PAREJA DE HECHO. INSCRIPCIÓN EN REGISTRO DE PAREJAS DE HECHO. REGISTRO LOCAL O AUTONÓMICO

Resumen: La existencia de la pareja de hecho se acredita con la “inscripción en alguno de los registros específicos existentes en la comunidades autónomas o ayuntamiento del lugar de residencia”, lo que comporta la fuerza probatoria de la inscripción en el registro de parejas de hecho de la localidad, no siendo necesario que dicha inscripción lo sea en

el Registro Autonómico, aunque se trata de comunidades autónomas que tienen derecho civil propio, como la de Galicia.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 174.3**SENTENCIA NÚM. 26****Fecha:** 11/05/2017**Recurso:** 3130/2015**Materia:** JUBILACION PARCIAL. EDAD DE ACCESO A LA PENSIÓN. Supuesto bajo el régimen de la Ley 27/2011, posterior al RDL 8/2010

Resumen: La cuestión suscitada en el recurso se refiere al acceso a la jubilación parcial al demandante que cumplió los sesenta años en 2013 y solicitó la pensión de jubilación parcial el 15 de abril de dicho año, es decir, después del 31 de diciembre de 2012, fecha final inmodificada en la que podía accederse a tal clase de jubilación a los sesenta años, en las condiciones previstas en la DT 2ª RDL 8/2010 y en el artículo 166.2 LGSS en la redacción vigente al tiempo de producirse los hechos. La Sala entiende que no procede el derecho reclama, reiterando la doctrina recogida en sentencia de 14 de septiembre de 2016.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 166.2, REAL DECRETO LEY 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público: Disposición Transitoria 2ª.**SENTENCIA NÚM. 27****Fecha:** 30/05/2017**Recurso:** 2268/2015**Materia:** JUBILACIÓN ACTIVA. REQUISITOS. ES NECESARIO TENER EL 100 % DE LA BASE REGULADORA PARA ACCEDER A ESA MODALIDAD DE JUBILACIÓN

Resumen: La cuestión suscitada se centra en determinar los requisitos establecidos para tener derecho a la llamada jubilación activa y, en concreto, si es preciso tener reconocido un porcentaje del 100 por 100 de la base reguladora o puede ser inferior, en cuyo caso sería posible alcanzar el porcentaje del 100 por 100 con las cotizaciones efectuadas por los trabajos posteriores a la jubilación. para disfrutar de los beneficios que establece

el Capítulo I del citado RDL se requiere en primer lugar tener reconocida una pensión de jubilación por haber alcanzado la edad exigible legalmente en cada caso y en segundo lugar que la pensión reconocida sea equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. Los términos del precepto son tan claros que no dejan duda sobre la necesidad de haberse jubilado con una pensión equivalente al 100 por 100 de la base reguladora de la misma, para poder compatibilizar el trabajo con la pensión reconocida que, durante esa situación de compatibilidad, se reducirá en un 50 por 100, sin que, por ende sea posible alcanzar porcentaje del 100 por 100 cuestionado con cotizaciones posteriores a la jubilación.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 165; REAL DECRETO LEY 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo: art. 2

SENTENCIA NÚM. 28

Fecha: 01/06/2017

Recurso: 2637/2015

Materia: PRESTACIÓN EN FAVOR DE FAMILIARES. REQUISITOS. DEBEN CONCURRIR AL MOMENTO DEL HECHO CAUSANTE.

Resumen: Se cuestiona en el recurso si es posible acceder a la prestación en favor de familiares cuando el requisito de edad que es exigible al beneficiario se alcanza con posterioridad al fallecimiento del causante. La Sala considera que las condiciones de acceso a la prestación deben alcanzarse en la fecha del hecho causante sin que el hecho de que el derecho se imprescriptible implique que los requisitos de acceso se difieran a otro momento ya que lo que no prescribe es el derecho que se ostenta.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 178; Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social: art. 5

SENTENCIA NÚM. 29

Fecha: 07/06/2017

Recurso: 3756/2015

Materia: COSTAS PROCESALES. IMPOSICIÓN CUANDO SE APRECIA TEMERIDAD. ENTIDADES GESTORAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Resumen: Es posible la condena en costas de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social y, en consecuencia, al pago de los honorarios de la parte actora, pero solo cuando la sentencia, motivadamente, aprecie y así lo declare la mala fe o notoria temeridad en la conducta procesal del Organismo de que se trata. Reitera doctrina recogida en sentencias de 20 de noviembre de 2014 y 17 de febrero de 2015, entre otras.

Disposiciones Legales: LRJS: art. 97.3.

SENTENCIA NÚM. 30

Fecha: 20/06/2017

Recurso: 3743/2015

Materia: EJECUCIÓN DE SENTENCIA QUE DECLARA EL DERECHO A LA INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL. DESCUENTO DE LA PRESTACION EN PERÍODO CONCURRENTE CON ACTIVIDAD EN EL RETA

Resumen: La existencia de una sentencia firme que declara el derecho a obtener la prestación de incapacidad permanente total, con determinados efectos, no puede quedar inejecutada por alegaciones extemporáneas que debieron realizarse en un momento anterior, cuando no consta que se haya producido decisión administrativa previa o judicial sobre incompatibilidad. Reitera doctrina recogida en sentencia de 18 de septiembre de 2013.

Disposiciones Legales: LRJS: art. 241.1

SENTENCIA NÚM. 31

Fecha: 21/06/2017

Recurso: 157/2016

Materia: JUBILACIÓN. COEFICIENTES REDUCTORES DE LA EDAD. SECTOR FERROVIARIO. CONDUCTOR DE VAGONETA

Resumen: El régimen de anticipación de la

ordinaria edad de jubilación para determinados colectivos en razón a «actividades profesionales es excepcional y, por ende, solo puede integrarse en él los supuestos legalmente establecidos. Siendo así, la concreta actividad profesional de los accionantes -Conductor de Vagoneta-automóvil- no se halla expresamente prevista en la larga relación de profesiones ferroviarias recogida en la norma que regula los coeficientes reductores del sector por lo que no es posible el beneficio que se reclama.

Disposiciones Legales: REAL DECRETO 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que se integra en el RGSS el Régimen Especial de Trabajadores Ferroviarios: art. 3.1; REAL DECRETO 1698/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el sistema de la Seguridad Social.

SENTENCIA NÚM. 32

Fecha: 21/06/2017

Recurso: 1177/2016

Materia: VIUEDAD. PENSIÓN COMPENSATORIA EN PAGO ÚNICO. NO SIRVE PARA ACCEDER A LA PENSIÓN DE VIUEDAD

Resumen: El artículo 174-2 de la LGSS (art. 220-1 en el nuevo Texto Refundido) se remite a la pensión compensatoria fijada con arreglo al art. 97 del Código Civil y que queda “extinguida a la muerte del causante”. De la literalidad del precepto se deriva que se refiere a una pensión que se paga de manera periódica, significado propio del término pensión, y no a una “prestación única” supuesto que no contempla el citado artículo 174-2, cual corrobora su tenor literal, al decir que debe tratarse de una pensión que se extinga a la muerte del causante, lo que no acaece con la prestación de pago único que se extingue con su pago antes de producirse el óbito del causante.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 174.2; CC: art. 97 y 99

SENTENCIA NÚM. 33

Fecha: 04/07/2017

Recurso: 913/2016

Materia: ENFERMEDAD PROFESIONAL. RESPONSABILIDADES. SUPUESTO DE ACTIVIDAD CON EXPOSICIÓN AL RIESGO ANTERIOR Y POSTERIOR A 1 DE ENERO DE 2008. RESPONSABILIDAD COMPARTIDA ENTRE LA ENTIDAD GESTORA Y LA COLABORADORA

Resumen: Las prestaciones derivadas de una enfermedad profesional que se ha declarado por estar prestando servicios en actividad sometida a riesgo durante toda la vida laboral, esto es antes y después de 1 de enero de 2008, supone que la responsabilidad en el pago de aquellas debe ser compartida entre la Entidad Gestora, que lo es hasta la fecha indicada, y la Entidad Colaboradora que lo fue a partir de entonces y en proporción al tiempo de aseguramiento. Reitera doctrina recogida en sentencias de 25 de marzo y 26 de marzo de 2013, entre otras.

Disposiciones Legales: LEY 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008.

SENTENCIA NÚM. 34

Fecha: 05/07/2017

Recurso: 3980/2015

Materia: RECLAMACIÓN PREVIA. EFECTOS DE LA FALTA DE RECLAMACIÓN PREVIA EN RESOLUCIONES SANCIONATORIAS EN MATERIA DE DESEMPLEO

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencia de 5 de abril de 2017.

Disposiciones Legales: LRJS: art. 71.4

SENTENCIA NÚM. 35

Fecha: 05/07/2017

Recurso: 2210/2016

Materia: RECURSO DE SUPPLICACIÓN. ACCESO. DESEMPLEO Y DISCREPANCIAS EN LA BASE REGULADORA. FALTA DE CUANTÍA Y DE AFECTACIÓN GENERAL

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencia de 1 de marzo y 4 de abril de 2017.

Disposiciones Legales: LRJS: art. 191

SENTENCIA NÚM. 36**Fecha:** 05/07/2017**Recurso:** 1554/2015

Materia: DESEMPLEO. SALIDA AL EXTRANJERO POR TIEMPO INFERIOR A 90 DÍAS, SIN COMUNICACIÓN NI AUTORIZACIÓN DEL SPEE. ES CAUSA DE SUSPENSIÓN DE LA PRESTACIÓN. Supuesto anterior al RD Ley 11/2013

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencia de 12 de marzo y 6 de abril de 2017.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 213 g)

SENTENCIA NÚM. 37**Fecha:** 05/07/2017**Recurso:** 3869/2015

Materia: RECLAMACIÓN PREVIA. EFECTOS DE LA FALTA DE RECLAMACIÓN PREVIA EN RESOLUCIONES SANCIONATORIAS EN MATERIA DE DESEMPLEO

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencia de 5 de abril y 5 de julio de 2017.

Disposiciones Legales: LRJS: art. 71.4

SENTENCIA NÚM. 38**Fecha:** 07/07/2017**Recurso:** 4240/2015

Materia: SEGURO OBLIGATORIO DE VEJEZ E INVALIDEZ. PERÍODO DE CARENANCIA. NO COMPUTAN DÍAS POR PARTO POSTERIOR A 1 DE ENERO DE 1967

Resumen: El período de carencia exigible para el reconocimiento de la pensión SOVI no puede obtenerse computando los 112 días por parto, de la Disposición Adicional 44^a de la LGSS, cuando el nacimiento ha sido posterior a 1 de enero de 1967. Reitera doctrina recogida en sentencia de 23 de enero de 2012, entre otras.

Disposiciones Legales: LGSS Disposición Adicional 44^a

SENTENCIA NÚM. 39**Fecha:** 13/07/2017**Recurso:** 3634/2015

Materia: DESEMPLEO. SUBSIDIO POR DESEMPLEO PARA MAYORES DE 52 (55 AÑOS) DE EDAD. INGRESOS DEL BENEFICIARIO

Resumen: El tope cuantitativo de ingresos (75 % SMI) previsto como requisito legal en el art. 215.2 LGSS para lucrar subsidio está referido en exclusiva al beneficiario solicitante, sin que el cómputo del tope quede condicionado al número miembros integran unidad familiar, por lo que para tener derecho hay un primer requisito, consistente en que solicitante carezca de rentas propias de cualquier naturaleza que superen aludida cuantía, y solo cuando este requisito ha sido superado, es cuando pueden acreditarse cargas familiares.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 215.2

SENTENCIA NÚM. 40**Fecha:** 20/07/2017**Recurso:** 3748/2015

Materia: MEJORAS VOLUNTARIAS DE LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL. RESPONSABILIDAD EN LA MEJORA DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOAL. CONTRATO DE SEGURO RESUELTO CUANDO SE DECLARA LA INVALIDEZ

Resumen: Se cuestiona en el recurso si la empresa debe responder del pago de una mejora de incapacidad permanente total declarada cuando el trabajador ya no se encontraba en la empresa ni, por tanto, cubierto por la póliza de seguro si bien el hecho que motivo la baja médica y posterior situación de invalidez es de fecha en que existía la cobertura. La Sala reconoce el derecho reclamado porque las dolencias quedaron definitivamente consolidadas el mismo día que se produjo el siniestro. Esto es, la póliza de seguro por accidente estaba vigente en el momento en que éste aconteció, siendo éste el riesgo asegurado. Reitera doctrina recogida en sentencia de 30 de abril de 2007, entre otras.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 39,191 y 192; LEY 50/1980, de contrato de seguro: art. 1

SENTENCIA NÚM. 41**Fecha:** 12/09/2017**Recurso:** 1855/2015

Materia: ACCIDENTE DE TRABAJO. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. LAS MEJORAS VOLUNTARIAS NO COMPUTAN PARA COMPENSAR LA TERMINACIÓN DEL DAÑO MORAL

Resumen: Calculados los daños morales con arreglo al Baremo, de tales cuantías no cabe descontar lo percibido por prestaciones de Seguridad Social, ni por el complemento de las mismas; y ello con independencia de que se tales prestaciones afecten a la situación de incapacidad o a las lesiones permanentes. Reitera doctrina recogida en sentencia de 23 de junio y 13 de octubre de 2014.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 115

SENTENCIA NÚM. 42

Fecha: 26/09/2017

Recurso: 2445/2015

Materia: VIUEDAD. BENEFICIARIA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO. RECURSO DE SUPPLICACIÓN. RESPETO A LOS HECHOS PROBADOS DE LA SENTENCIA DE INSTANCIA NO IMPUGNADOS

Resumen: La demandante ostenta el derecho a la pensión de viudedad por la condición de víctima de violencia de género al constar que mientras estuvo vigente la relación marital, incluso tras el cese la convivencia conyugal, ha venido sufriendo amenazas e insultos, todo ello sobre la base de atender a los hechos declarados probados y no combatidos en vía de suplicación que la Sala del TSJ omite al resolver.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 174.2; LEY ORGANICA 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género: art. 1

SENTENCIA NÚM. 43

Fecha: 28/09/2017

Recurso: 3978/2015

Materia: INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL. COMPETENCIA DE LA ENTIDAD GESTORA. Supuesto de denegación de licencia municipal para conductor de autotaxi.

Resumen: La LGSS atribuye la competencia para evaluar, calificar y revisar la incapacidad y reconocer el derecho a las prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social por incapacidad permanente, en sus distintos grados, así como determinar las contingencias causantes de la misma. Siendo ello así, la falta de aptitud física o psíquica declarada administrativamente resultará relevante, pero necesariamente incardinada en el sistema de reconocimiento. En definitiva, la pérdida o revocación administrativa del permiso o licencia habilitante de la profesión de conductor no conlleva el reconocimiento automático de la situación de IPT.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 137.4 y 143; Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social : art. 1; REAL DECRETO 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores.

SENTENCIA NÚM. 44

Fecha: 29/09/2017

Recurso: 3760/2015

Materia: DESEMPLEO. SUBSIDIO POR DESEMPLEO. COMPUTO DE RENTAS EN BRUTO O NETO. REINTEGRO DE LO INDEBIDAMENTE PERCIBIDO A PARTIR DEL 1 DE ENERO DE 2011 AL COMPUTARSE EN BRUTO LAS RENTAS

Resumen: A la demandante le reclaman lo indebidamente percibido en concepto de subsidio por desempleo a partir de enero de 2009 y hasta octubre de 2012, consecuencia de computarse el nivel de rentas en bruto. La Sala 4ª del Tribunal Supremo, entendiendo que la reforma legal que especificó que los ingresos a valorar debía ser en bruto y entró en vigor a partir del de enero de 2011, solo las cantidades percibidas a partir de esa fecha tienen la condición de indebidadas ya que las precedentes deben computarse en neto. Reitera doctrina recogida en sentencia de 19 de enero de 2015.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 215.3.2

SENTENCIA NÚM. 45**Fecha:** 03/10/2017**Recurso:** 2008/2015**Materia:** ACCIDENTE DE TRABAJO. RECLAMACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS. SENTENCIA PENAL FIRME, SI RESERVA DE ACCIONES CIVILES. EFECTOS DE COSA JUZGADA EN EL PROCESO LABORAL

Resumen: La cuestión suscitada en el recurso versa sobre los efectos que en la reclamación de daños y perjuicios por accidente de trabajo ante el Juzgado de lo Social, puede tener una sentencia penal firme que exonera de responsabilidad penal y civil al administrador de la SA y a ésta de un delito contra la seguridad de los trabajadores a raíz de un accidente de trabajo en el que resultó lesionado el demandante, declarado gran inválido. La Sala 4^a del Tribunal Supremo entiende que la responsabilidad civil, derivada del acto ilícito, al igual que la penal, es única y si se juzga sobre ella en un proceso penal, al no haber existido reserva de esas acciones civiles para un futuro proceso, tal cuestión queda resuelta definitivamente por mor de la llamada santidad de la cosa juzgada lo que se impone en aras a la tutela judicial efectiva, a la seguridad jurídica y al prestigio de los Tribunales que se pierde si recaen resoluciones contradictorias sobre el mismo asunto. Reitera doctrina recogida en sentencia de 22 de diciembre de 2014.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 127.3**SENTENCIA NÚM. 46****Fecha:** 10/10/2017**Recurso:** 4076/2016**Materia:** REVISION DE ACTOS DECLARATIVOS DE DERECHO EN PROTECCIÓN POR DESEMPLEO. SUPUESTO DE ERRORES O INEXACTITUDES

Resumen: La cuestión suscitada en el recurso versa sobre si es posible revisar de oficio y sin sujeción al plazo de un año una prestación por desempleo reconocida con base en unas inexistentes cargas familiares que fueron declaradas por la beneficiaria. La Sala entiende que, por un lado, la Entidad Gestora del Desempleo (el SPEE) está facultada

para revisar sus propios actos, sin necesidad de acudir a la vía judicial, cuando se haga con fundamento en que el beneficiario los propició al dejar de aportar datos relevantes o hacerlo con inexactitudes, sin necesidad de que tal revisión deba producirse en el plazo de un año.

Disposiciones Legales: LRJS: art. 146**SENTENCIA NÚM. 47****Fecha:** 10/10/2017**Recurso:** 4133/2015**Materia:** DESEMPLEO, REPOSICIÓN DE PRESTACIONES. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DECLARADA IMPROCEDENTE POR DEFECTOS FORMALES

Resumen: La cuestión suscitada en el recurso versa sobre si es posible aplicar la reposición de prestaciones por desempleo cuando la extinción del contrato por causas objetivas ha sido declarada improcedente. La Sala entiende que no es posible reducir el derecho de reposición a los supuestos en los que la extinción no ha sido impugnada o lo es con declaración de procedencia porque la improcedencia de la extinción puede obedecer a defectos formales, o fraudulentos, ajenos a la causalidad de la medida. Por tanto, no pudiendo presumirse que la extinción no obedece a la misma causas que las precedentes suspensiones contractuales, procede aplicar, en este caso, las medidas vigentes en la fecha del hecho causante y que se contienen en la Ley 35/2010.

Disposiciones Legales: Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.**SENTENCIA NÚM. 48****Fecha:** 11/10/2017**Recurso:** 513/2016**Materia:** RECURSO DE SUPPLICACIÓN. ACCESO AL RECURSO. DIFERENCIAS EN BASE REGULADORA DE PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencia de 1 de marzo de 2017.

Disposiciones Legales: LRJS: art. 191

SENTENCIA NÚM. 49

Fecha: 11/10/2017

Recurso: 3911/2015

Materia: COMPLEMENTO POR MÍNIMOS. PENSIÓN DE VIUDEDAD DE PERSONA DIVORCIADA SIN CONCURRENCIA DE OTROS BENEFICIARIOS. SE PERCIBE EL IMPORTE INTEGRO QUE CORRESPONDA

Resumen: El complemento por mínimos que debe establecerse a favor de la persona que es beneficiaria de una pensión de viudedad, obtenida en su condición de divorciada/separada del causante, no debe rebajarse en atención al período de convivencia. Rectifica doctrina recogida en sentencia de 30 de marzo de 1994 y 27 de septiembre de 1994 pero se mantiene en el caso de que concurren varios beneficiarios.

Disposiciones Legales: LGSS: arts. 45 y 50

SENTENCIA NÚM. 50

Fecha: 24/10/2017

Recurso: 3006/2015

Materia: RÉGIMEN ESPECIAL DEL MAR. JUBILACIÓN. TRABAJADOR DEL MAR CON COTIZACIONES EN ESPAÑA Y BÉLGICA. BASE REGULADORA CONFORME A LAS BASES MEDIAS CONFORME AL CONVENIO BILATERAL HISPANO BELGA

Resumen: La cuestión suscitada versa sobre la determinación del importe de la base reguladora de la jubilación de un trabajador del mar que ha prestado servicios en España y Bélgica. La Sala 4ª del TS, tras recordar la evolución legislativa y jurisprudencia de la Sala, con la aplicación de la normativa comunitaria y convenios bilateral, llega a la conclusión de que en el caso que resuelve deben obtenerse la base reguladora tomando las bases medias al invocar y ser más favorable el Convenio Hispano Belga.

SENTENCIA NÚM. 51

Fecha: 07/11/2017

Recurso: 849/2016

Materia: DESEMPLEO. Período DE OCUPACIÓN COTIZADA. NO COMPUTAN LOS SERVICIOS PRESTADOS EN ESPAÑA DE FORMA IRREGULAR

Resumen: La cuestión suscitada en el recurso se centra en determinar si, a los efectos de la prestación de desempleo, debe computarse el período de tiempo que el trabajador prestó servicios por cuenta ajena sin estar en posesión de permiso de trabajo en España. La Sala rechaza que puedan tomarse en consideraciones esos períodos trabajados al estar fuera del sistema sin que la posterior regularización subsana o permita tener por válido el período en cuestión. Reitera doctrina recogida en sentencia de 31 de enero de 2017.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 203.1, 207 c) y 209.1

SENTENCIA NÚM. 52

Fecha: 15/11/2017

Recurso: 446/2017

Materia: ENFERMEDAD PROFESIONAL. RESPONSABILIDADES. SUPUESTO DE ACTIVIDAD CON EXPOSICIÓN AL RIESGO ANTERIOR Y POSTERIOR A 1 DE ENERO DE 2008. RESPONSABILIDAD COMPARTIDA ENTRE LA ENTIDAD GESTORA Y LA COLABORADORA

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencias de 25 de marzo y 26 de marzo de 2013 y 4 de julio de 2017.

Disposiciones Legales: LEY 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008.

SENTENCIA NÚM. 53

Fecha: 15/11/2017

Recurso: 2048/2016

Materia: VIUDEDAD. PENSIÓN COMPENSATORIA EN PAGO ÚNICO. NO SIRVE PARA ACCEDER A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencia de 21 de junio de 2017.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 174.2; CC: art. 97 y 99

SENTENCIA NÚM. 54

Fecha: 15/11/2017

Recurso: 4173/2015

Materia: COSTAS PROCESALES. IMPOSICION CUANDO SE APRECIA TEMERIDAD. ENTIDADES GESTORAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencias de 20 de noviembre de 2014 y 17 de febrero de 2015, y 7 de junio de 2017, entre otras.

Disposiciones Legales: LRJS: art. 97.3

SENTENCIA NÚM. 55

Fecha: 15/11/2017

Recurso: 3245/2016

Materia: ENFERMEDAD PROFESIONAL. RESPONSABILIDADES. SUPUESTO DE ACTIVIDAD CON EXPOSICIÓN AL RIESGO ANTERIOR Y POSTERIOR A 1 DE ENERO DE 2008. RESPONSABILIDAD COMPARTIDA ENTRE LA ENTIDAD GESTORA Y LA COLABORADORA

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencias de 25 de marzo y 26 de marzo de 2013 y 4 de julio de 2017.

Disposiciones Legales: LEY 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008.

SENTENCIA NÚM. 56

Fecha: 15/11/2017

Recurso: 3903/2016

Materia: VIUDEDAD. MATRIMONIO CON DURACIÓN INFERIOR A UN AÑO Y CONVIVENCIA DE HECHO. MEDIOS DE PRUEBA DE LA CONVIVENCIA DE HECHO

Resumen: La acreditación del período de convivencia como pareja de hecho, de quien pretende acceder a la pensión de viudedad, al amparo del art. 174.1 LGSS, tras haber contraído matrimonio pero con un período inferior a un año anterior al momento del hecho causante, puede llevarse a cabo por cualquiera de los medios probatorios admitidos en derecho sin que sea necesario acudir a los que fija el párrafo 4.^º del apartado 3 del art. 174 LGSS. Reitera doctrina recogida en sentencias de 25 de junio de 2013, 15 de diciembre de 2014, entre otras.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 174.1

SENTENCIA NÚM. 57

Fecha: 16/11/2017

Recurso: 1507/2016

Materia: VIUDEDAD. PENSIÓN DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 18.^a LGSS. REQUISITOS

Resumen: El reconocimiento de la pensión de viudedad de la Disposición Transitoria 18.^a LGSS exige que la separación o divorcio se haya producido antes del 1 de enero de 2008 y el fallecimiento se haya producido hasta el 31 de diciembre de 2009, con efectos económicos que no puede ser anteriores a 1 de enero de 2010. Lo que supone que en el caso que se resuelve no procede el derecho prestacional al haberse producido el divorcio con posterioridad al 1 de enero de 2008. Reitera doctrina recogida en sentencia de 27 de junio de 2013, entre otras.

Disposiciones Legales: LGSS: Disposición Transitoria 18.^a

SENTENCIA NÚM. 58

Fecha: 16/11/2017

Recurso: 1568/2016

Materia: VIUDEDAD. PENSIÓN DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 18.^a LGSS. CUANTÍA SIN CONCURRENCIA DE OTROS BENEFICIARIOS: EN PROPORCIÓN AL TIEMPO DE CONVIVENCIA

Resumen: Hasta la modificación operada en el art. 174.2 LGSS por la Ley 40/2007, la persona separada o divorciada, aún siendo la única beneficiaria de la prestación de viudedad, no tenía derecho a percibir la pensión completa, sino tan solo la parte proporcional al tiempo de convivencia matrimonial; b) esta situación se mantiene en los supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008 en los que concurren las condiciones previstas en la Disposición Transitoria 18.^a LGSS, dado que en virtud de lo preceptuado en la misma, «la cuantía de la pensión de viudedad resultante se calculará de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007», remisión que debe entenderse hecha a la re-

gla relativa a la prorrata en caso de crisis matrimoniales. Reitera doctrina recogida en sentencia de 23 de junio de 2014.

Disposiciones Legales: LGSS: Disposición Transitoria 18ª

SENTENCIA NÚM. 59

Fecha: 16/11/2017

Recurso: 2958/2016

Materia: VIUEDAD. PENSIÓN DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 18ª LGSS. REQUISITO DE 10 AÑOS ENTRE EL DIVORCIO/SEPARACIÓN Y EL HECHO CAUSANTE. NO SE COMPUTA A PARTIR DE LA FIRMEZA DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO/SEPARACIÓN

Resumen: No procede el reconocimiento de la pensión de viudedad en el caso que se resuelve al haber transcurrido mas de diez años entre la fecha de la sentencia de separación y el hecho causante ya que ese plazo comienza a computarse desde que se dicta la sentencia y cesa la convivencia conyugal. Reitera doctrina recogida en sentencia de 2 de noviembre de 2013, entre otras.

Disposiciones Legales: LGSS: Disposición Transitoria 18ª

SENTENCIA NÚM. 60

Fecha: 22/11/2017

Recurso: 1504/2016

Materia: PRESTACIÓN DE MATERNIDAD. MATERNIDAD SUBROGADA. DERECHO A LA PRESTACIÓN

Resumen: La cuestión suscitada en el recurso se centra en determinar si procede reconocer el derecho a prestación de maternidad a una trabajadora que figura inscrita en el Registro Civil del Consulado General de España en Los Ángeles como progenitora de dos niños gemelos nacidos de unos padres biológicos que renunciaron voluntariamente a la filiación conforme a lo pactado en el contrato de gestación por sustitución formalizado en California y validado por sentencia de la Corte superior de ese Estado. La Sala, reiterando su doctrina recogida en sentencia de 25 de octubre de 2016 y 16 de noviembre de 2016, confirma el derecho prestacional reconocido en la senten-

cia recurrida porque los menores protegidos forman parte de un núcleo familiar en el que son atendidos respondiendo así a la finalidad que se persigue con la protección del sistema. Además, lo contrario sería hacerles de peor condición por razón de su filiación.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 133 bis y 133 ter; REAL DECRETO 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural: art. 2.2

SENTENCIA NÚM. 61

Fecha: 27/11/2017

Recurso: 468/2016

Materia: PROGRAMA DE RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN. INGRESOS DE LA UNIDAD FAMILIAR, SE COMPUTAN LAS PAGAS EXTRAORDINARIAS

Resumen: La determinación del nivel de rentas de la unidad familiar en la prestación que se reclama se establece por remisión a la regulación del subsidio por desempleo por lo que ha de estar a la regulación de éste y la jurisprudencia que lo ha interpretado en el sentido de entender que las pagas extraordinarias quedan incluidas en el nivel de rentas de la unidad familiar. Reitera doctrina recogida en sentencia de 2 de febrero de 2016.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 215 y 219.2; REAL DECRETO 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo: art. 2.1 d).

SENTENCIA NÚM. 62

Fecha: 28/11/2017

Recurso: 1620/2016

Materia: VIUEDAD. PENSIÓN DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 18ª LGSS. REQUISITO DE 10 AÑOS ENTRE EL DIVORCIO/SEPARACIÓN Y EL HECHO CAUSANTE. DIA INICIAL DEL PLAZO: DESDE QUE SE RATIFICA LA DEMANDA DIVORCIO DE MUTUO ACUERDO

Resumen: La cuestión suscitada en el recurso se centra en determinar si tiene derecho a la pensión de viudedad quien suscribió un convenio regulador en noviembre de 2007, en que se presentó demanda de divorcio de mutuo acuerdo, dictándose sentencia de divorcio, sin pensión compensatoria, el 17 de enero de 2008, produciéndose el hecho causante el 15 de febrero de 2014. La Sala revoca la sentencia recurrida, que había confirmado la desestimación de la demanda, porque considera que la sentencia de divorcio pudo “producirse casi simultáneamente a la demanda debidamente ratificada y que siendo ése el espíritu y finalidad de la norma procesal, ha de estimarse que se cumple la condición cronológica a los estrictos efectos litigiosos aunque dicha resolución tenga lugar más tarde, puesto que lo que ésta hace, es limitarse a homologar lo pretendido por las partes y expuesto al órgano jurisdiccional con todos los elementos necesarios a tal fin antes de transcurrir el plazo legal para que se alcance el objetivo prestacional. Reitera doctrina recogida en sentencia de 14 de marzo de 2016.

Disposiciones Legales: LGSS: Disposición Transitoria 18^a; LEC: art. 777.3 y 6

SENTENCIA NÚM. 63

Fecha: 29/11/2017

Recurso: 1430/2016

Materia: PRESTACIÓN POR MATERNIDAD. MATERNIDAD SUBROGADA

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencia de 22 de noviembre de 2017 y precedentes.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 133 bis y 133 ter; REAL DECRETO 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural: art. 2.2 .

SENTENCIA NÚM. 64

Fecha: 30/11/2017

Recurso: 4105/2015

Materia: PRESTACIÓN POR MATERNIDAD. MATERNIDAD SUBROGADA

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencia de 22 y 29 de noviembre de 2017 y precedentes.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 133 bis y 133 ter; REAL DECRETO 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural: art. 2.2.

SENTENCIA NÚM. 65

Fecha: 01/12/2017

Recurso: 3892/2015

Materia: ACCIDENTE DE TRABAJO. ACCIDENTE EN MISIÓN. GOZA DE LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD DEL SIENESTRO

Resumen: Las dolencias que sufren los trabajadores desplazados en el trayecto desde el trabajo a su lugar de estancia o residencia desplazada gozan de la presunción de laboralidad. En este caso, la trabajadora, tripulante de cabina de pasajeros, tras concluir su jornada laboral y se dirigía al hotel en el que pernoctaba en su desplazamiento sufrió un infarto que debe calificarse como accidente laboral. Reitera doctrina recogida en sentencia de 6 de marzo de 2007, seguida de otras como la de 20 de abril de 2015 y 7 de febrero de 2017.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 115. 2 a)

SENTENCIA NÚM. 66

Fecha: 12/12/2017

Recurso: 3279/2015

Materia: RECURSO DE SUPPLICACIÓN. REVOCACIÓN DEL GRADO DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL SIN HABERSE MODIFICADO LOS HECHOS DECLARADOS PROBADOS

Resumen: En los pleitos sobre invalidez permanente, cabe interponer recurso de suplicación de carácter estrictamente jurídico-sustantivo, es decir, es posible admitir como cierto el cuadro de dolencias que el Magistrado de instancia estableció en su sentencia, y discrepar exclusivamente sobre la calificación que en derecho corresponde a las mismas por

sibilitándose, de este modo, que la Sala de suplicación, dentro de los límites de lo pedido, y sin variar los hechos declarados probados de la sentencia de instancia, valore las dolencias acreditadas en relación con los requerimientos que exija la profesión habitual de la parte demandante, en orden a determinar el grado jurídicamente valorable de su capacidad laboral, con la consecuencia de poder tanto incrementar el grado de incapacidad reconocido en instancia, como de disminuirlo o dejarlo sin efecto. Reitera doctrina recogida en sentencia de 23 de abril de 2003, entre otras.

Disposiciones Legales: LRJS: art. 193 c)

SENTENCIA NÚM. 67

Fecha: 12/12/2017

Recurso: 203/2017

Materia: VIUDEDAD. PAREJA DE HECHO. CONSTITUCIÓN DE LA PAREJA DE HECHO. MEDIOS DE PRUEBA

Resumen: La pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas «de hecho» con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas de hecho «registradas» cuando menos dos años antes [o que han formalizado su relación ante Notario en iguales términos temporales] y que asimismo cumplan aquel requisito convivencial; lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho -pensión- únicamente corresponde a las “parejas de derecho” y no a las genuinas “parejas de hecho”. Reitera doctrina recogida en sentencias de 7 de diciembre de 2016, entre otras.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 174.3

SENTENCIA NÚM. 68

Fecha: 13/12/2017

Recurso: 632/2016

Materia: JUBILACIÓN. TRABAJADOR QUE CON 65 AÑOS DE EDAD CAUSA ALTA EN RETA SIN OBLIGACION DE COTIZAR POR CONTINGENCIA DE JUBILACION

Resumen: El trabajador estuvo en el Régimen General hasta que, cumplidos los 65 años, causó alta en el RETA. Solicita la pensión de jubilación que le fue reconocida con

una base reguladora de la que discrepa. La Sala 4ª del TS entiende que, partiendo de que la prestación le debe ser reconocida con cargo al Régimen General, en virtud de las reglas del cómputo recíproco de cotizaciones, las bases de cotización que deben computarse en el período en que no existió obligación de cotizar son las del art. 12 del RD 1132/2002, esto es, las bases por las que hubiera venido cotizando el interesado, salvo que las mismas fueran superiores al resultado de incrementar el promedio de las bases de cotización del año natural inmediatamente anterior, en el porcentaje de variación media conocida del índice de precios al consumo en el último año indicado más dos puntos porcentuales.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 112 bis, 162.1 y 6; Real Decreto 691/1991, de 12 de abril, sobre cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de Seguridad Social: art. 4.2; Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible: art. 12.1 y 3

SENTENCIA NÚM. 69

Fecha: 14/12/2017

Recurso: 2895/2016

Materia: VIUDEDAD. PENSIÓN DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 18ª LGSS. REQUISITO DE 10 AÑOS ENTRE EL DIVORCIO/SEPARACIÓN Y EL HECHO CAUSANTE. DIA INICIAL DEL PLAZO: DESDE QUE SE DICTA SENTENCIA EN LA DEMANDA DIVORCIO CONTENCIOSO

Resumen: La fecha para el computo del plazo de los diez años entre la sentencia de divorcio/separación y el hecho causante de la pensión de viudedad debe computarse a partir de la sentencia y no en otro momento anterior cuando no se constata ningún retraso injustificado en la tramitación del proceso judicial. La Sala advierte de que este supuesto no guarda similitud con otros en los que se ha fijado otro momento por las singularidades de aquellos casos.

Disposiciones Legales: LGSS: Disposición Transitoria 18ª

SENTENCIA NÚM. 70**Fecha:** 14/12/2017**Recurso:** 1560/2016**Materia:** DESEMPLEO. REPOSICIÓN DE PRESTACIONES CONSUMIDAS EN ERTs de 2009 y 2010. NO PROCEDE REPONERLAS EN 2013.**Resumen:** La cuestión suscitada se centra en determinar si procede la reposición en su totalidad de los días consumidos en concepto de prestaciones por desempleo de ERTs de 2009 y 2010, anteriores a la fecha de la extinción de la relación laboral, bajo la vigencia del RDL 1/2013. La Sala reitera doctrina recogida en sentencia de 5 de julio de 2016 y considera que no proceder reponer prestaciones consumidas en 2009 y 2010 ya que al momento de la extinción del contrato las que gozan de ese beneficio son las percibidas en 2012 y 2013.**Disposiciones Legales:** REAL DECRETO LEY 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.**SENTENCIA NÚM. 71****Fecha:** 19/12/2017**Recurso:** 1480/2016**Materia:** VIUDEDAD. EXCESO DE PENSIÓN COMPENSATORIA DE UNA DE LAS BENEFICIARIAS. REPERCUTE SOBRE EL DERECHO DEL CONYUGUE SUPERSTITE**Resumen:** La muerte del causante genera una pensión completa que debe abonarse en su totalidad a los beneficiarios. De este modo, si efectuada la distribución conforme a las reglas de tiempo de convivencia, la cuantía de la pensión de viudedad a percibir por el divorciado en virtud del tope legal que le afecta es inferior a la que resulta de su aplicación, la diferencia debe incrementar la reconocida al supérstite.**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 174.2**SENTENCIA NÚM. 72****Fecha:** 19/12/2017**Recurso:** 3950/2015**Materia:** JUBILACIÓN ANTICIPADA POR

DISCAPACIDAD DEL 45 %. REQUISITO DE HABER ESTADO TRABAJANDO EL PERÍODO DE COTIZACIÓN QUE SE EXIGE PARA ACCEDER A LA PENSIÓN

Resumen: La cuestión suscitada en el recurso versa sobre si el demandante reúne el requisito de haber trabajado el período de cotización que se le exige para acceder a la pensión de jubilación, en un supuesto en el que desde 1992 tenía reconocida una minusvalía del 40 % que en mayo de 2013 pasa a ser del 75 %, en aplicación de los baremos de 1999. La Sala considera que reúne el período de trabajo con discapacidad del 45 % por cuanto que lo que se produjo en 2013 no fue una revisión del porcentaje de discapacidad sino una actualización del mismo, máxime cuando la patología que presenta es congénita y no ha sufrido cambio alguno desde el nacimiento.**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 161 bis; REAL DECRETO 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento : art. 1.**SENTENCIA NÚM. 73****Fecha:** 19/12/2017**Recurso:** 3664/2016**Materia:** DESEMPLEO. Período DE OCUPACIÓN COTIZADA. NO COMPUTAN LOS SERVICIOS PRESTADOS EN ESPAÑA DE FORMA IRREGULAR**Resumen:** Reitera doctrina recogida en sentencia de 31 de enero y 7 de noviembre de 2017.**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 203.1, 207 c) y 209.1**SENTENCIA NÚM. 74****Fecha:** 20/12/2017**Recurso:** 1911/2016**Materia:** VIUDEDAD. PENSIÓN DE LA DISPOSICION TRANSITORIA 18ª LGSS. REQUISITO DE 10 AÑOS ENTRE EL DIVORCIO/SEPARACIÓN Y EL HECHO CAUSANTE. DIA INICIAL DEL PLAZO: DESDE

QUE SE RATIFICA LA DEMANDA DIVORCIO DE MUTUO ACUERDO

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencia de 14 de marzo de 2016 y 28 de noviembre de 2017.

Disposiciones Legales: LGSS: Disposición Transitoria 18ª; LEC: art. 777.3 y 6

SENTENCIA NÚM. 75

Fecha: 28/12/2017

Recurso: 4130/2015

Materia: RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN. SALIDA AL EXTRANJERO POR MENOS

DE 90 DIAS SIN AUTORIZACIÓN NI COMUNICACIÓN AL SPEE. CAUSA DE SUSPENSIÓN. Supuesto anterior al RD Ley 11/2013.

RESUMEN: Dado que la renta activa de inserción es una prestación integrada en la protección por desempleo, reitera doctrina recogida en sentencia de 12 de marzo y 6 de abril de 2017.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 211 y 212

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

III. Bibliografía

Sobre «Prestaciones por desempleo»

On «Unemployment benefits»

AGUILAR MARTÍN, María Carmen. Prestación por desempleo: procede mientras el primer contrato está suspendido por mutuo acuerdo: controversia con el SEPE por la indemnización pactada y la voluntad de trabajar: SJS núm. 20, de Barcelona, de 29 de marzo de 2017 (AS 2017, 465). Nueva revista española de derecho del trabajo. N. 206 (feb. 2018), p. [277]-283.

ALEGRE NUENO, Manuel. Fomento del autoempleo: alcance de las últimas reformas Normativas. Empleo y productividad en el sector público y en el privado. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. P. [233]-260.

ALONSO ARANA, M^a Carmen. Análisis normativo de los aspectos laborales y de seguridad social de la Ley 1/2018 (RCL 2018, 373). Revista de información laboral. N. 4 (2018), p. 79-84.

ALONSO GÓMEZ, Roberto. El Supremo concede la prestación por desempleo a los MIR extranjeros: STS, de 24 de marzo 2017 (JUR 2017, 86684). Revista Aranzadi doctrinal. N. 6 (jun. 2017), p. 151-152.

ÁLVAREZ CORTÉS, Juan Carlos. Cese voluntario y reanudación del subsidio por desempleo para trabajadores de edad madura: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 700/2017, de 15 de febrero. Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social. N. 137 (2^o trim. 2017), p. [211]-222.

ÁLVAREZ CUESTA, Henar. Discriminación indirecta en el desempleo en el contrato a tiempo parcial "vertical" en España: asunto "Espadas Recio". Unión Europea Aranzadi. Vol. 44, n. 2 (feb. 2018), p. [61]-74.

ARADILLA MARQUÉS, María José. La capitalización de la prestación por desempleo.

Medidas de protección y políticas de formación y contratación para los desempleados. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. P. [135]-188.

ARADILLA MARQUÉS, María José. Compatibilidad e incompatibilidad de la prestación por desempleo con otras prestaciones. Medidas de protección y políticas de formación y contratación para los desempleados. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. P. [251]-285.

ARAGÓN GÓMEZ, Cristina. La necesaria reforma de la prestación por desempleo en su nivel contributivo. Reflexiones y propuestas sobre protección social y empleabilidad para jóvenes y parados de larga duración. Valencia: Tirant lo Blanch, D.L. 2017. P. [117]-158.

ARRIBA GONZÁLEZ DE DURANA, Ana. Vulnerabilidad y desprotección: los desempleados sin cobertura. Gaceta sindical: reflexión y debate. Nueva etapa, n. 28 (jun. 2017), p. [299]-318.

BLASCO JOVER, Carolina. Extranjeros en situación irregular: pérdida sobrevenida de la autorización y (des)protección frente al desempleo. Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales. N. 42 (jun. 2018), p. 36-48.

BLASCO LAHOZ, José Francisco. Medidas de protección por cese de actividad autónoma. Medidas de protección y políticas de formación y contratación para los desempleados. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. P. [801]-857.

BURGOS GOYE, María del Carmen. La falacia del derecho a la prestación por la contingencia de desempleo de los trabajadores transfronterizos no comunitarios extran-

- jeros en España. *Revista de derecho migratorio y extranjería*. N. 44 (en.-abr. 2017), p. [103]-115.
- CABALLERO PÉREZ, María José. El subsidio por desempleo de los liberados de prisión: el intento de limitar su ámbito subjetivo mediante una ley de presupuestos y su valoración desde una perspectiva constitucional: Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 123/2016, de 23 de junio de 2016. *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*. N. 136 (1er trim. 2017), p. [237]-248.
- CABEZA PEREIRO, Jaime. El trabajo a tiempo parcial: algunos comentarios valorativos. *Derecho de las relaciones laborales*. N. 4 (abr. 2018), p. 423-435.
- CAMPO CABAL, Juan Manuel. ¿Un posible supuesto de discriminación por razón de nacionalidad en el sistema sanitario español?: profesionales sanitarios sin derecho a la prestación de desempleo. *Revista de derecho migratorio y extranjería*. N. 45 (mayo-ag. 2017), p. [169]-202.
- CASA QUESADA, Susana de la. La compatibilización de la protección por desempleo y el trabajo a tiempo parcial: ¿una nueva línea jurisprudencial restrictiva?: (a propósito de la STS de 14 de junio de 2016). *Revista de derecho de la seguridad social*. N. 11 (2º trim. 2017), p. 215-223.
- CHARRO BAENA, Pilar. Autorizaciones de trabajo y derecho al trabajo. *Revista de derecho migratorio y extranjería*. N. 45 (mayo-ag. 2017), p. [295]-312.
- CHARRO BAENA, Pilar. Autorizaciones de trabajo y derecho al trabajo. *Revista de derecho migratorio y extranjería*. N. 48 (mayo-ag. 2018), p. [227]-233.
- CHARRO BAENA, Pilar. Autorizaciones de trabajo y derecho al trabajo. *Revista de derecho migratorio y extranjería*. N. 47 (en.-abr. 2018), p. [303]-308.
- CHARRO BAENA, Pilar. El tiempo de prestación laboral en situación administrativa irregular es inoperante a efectos de la prestación por desempleo: comentario a las SSTS núms. 76/2017 y 78/2017, de 31 de enero de 2017. *Revista de trabajo y seguridad social*. N. 410 (mayo 2017), p. 138-[147].
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, Almudena. Los incrementos patrimoniales ponen en peligro el subsidio por desempleo: STS de 28 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 4907). *Revista Aranzadi doctrinal*. N. 1 (en. 2017), p. 191-192.
- ESTEVE SEGARRA, Amparo. La impugnación judicial de la protección por desempleo. Medidas de protección y políticas de formación y contratación para los desempleados. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. P. [533]-626.
- FELGUEROSO FERNÁNDEZ, Florentino. La contratación temporal en España: nuevas tendencias, nuevos retos. *Papeles de economía española*. N. 156 (2018), p. 47-61.
- FERNÁNDEZ PRATS, Celia. Protección por desempleo en el nivel contributivo de seguridad social: contenido de la protección, duración y obligaciones de los beneficiarios. Medidas de protección y políticas de formación y contratación para los desempleados. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. P. [81]-104.
- GARCÍA GIL, María Begoña. Protección de los desempleados. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2018.
- GARCÍA GONZÁLEZ, Guillermo. Derechos sociales y empleados del hogar: reformas jurídicas inaplazables para la dignificación del trabajo doméstico en España. *Revista de derecho social*. N. 77 (en.-marzo 2017), p. 83-104.
- GARCÍA MURCIA, Joaquín. El desempleo contributivo: procedimiento, dinámica y régimen de compatibilidad. *Tratado de derecho de la seguridad social*. Murcia: Laborum, 2017. T. 2, p. 219-239.
- GARCÍA ORTEGA, Jesús. Incidencia de la excedencia voluntaria en la protección por desempleo. *Estudios sobre seguridad social*. Barcelona: Atelier, D.L. 2017. P. 639-654.

- GARCÍA ORTEGA, Jesús. Prestación por desempleo: contingencia protegida y requisitos de acceso. Medidas de protección y políticas de formación y contratación para los desempleados. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. P. [29]-80.
- GARCÍA ROMERO, María Belén. L'assurance chômage pour les indépendants en Espagne. *Droit social*. N. 7-8 (juil.-août 2018), p. 641-646.
- GARCÍA ROMERO, María Belén. La prestación por desempleo como instrumento de fomento del trabajo por cuenta propia. Los actuales cambios sociales y laborales. Bern [etc.]: Peter Lang, cop. 2017. Vol. 3, p. [289]-315.
- GARCÍA TESTAL, Elena. La necesidad de una protección por desempleo para los trabajadores domésticos en España. *Revista de derecho social*. N. 79 (jul.-sept. 2017), p. 93-112.
- GARCÍA TESTAL, Elena. Protección por desempleo y trabajo doméstico en España. Medidas de protección y políticas de formación y contratación para los desempleados. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. P. [495]-532.
- GARCÍA VIÑA, Jordi. Cese de actividad de autónomos: régimen jurídico. *Tratado de derecho de la seguridad social*. Murcia: Laborum, 2017. T. 2, p. 263-284.
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, Pablo. Determinantes, niveles del gasto y recursos financieros de las políticas pasivas de empleo. Reflexiones y propuestas sobre protección social y empleabilidad para jóvenes y parados de larga duración. Valencia: Tirant lo Blanch, D.L. 2017. P. [35]-69.
- GUÍA laboral del Ministerio de Empleo y Seguridad Social 2017. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2017.
- GUÍA laboral del Ministerio de Empleo y Seguridad Social 2018. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2018.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel. La protección por desempleo de los trabajadores agrarios. *Tratado de derecho de la seguridad social*. Murcia: Laborum, 2017. T. 2, p. 241-261.
- HERNÁNDEZ VITORIA, María José. Una reflexión sobre el Auto del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 2016 y la jurisprudencia sobre la suspensión y la extinción de prestaciones de desempleo en caso de incumplimiento de deberes informativos por parte de su percceptor. *Revista de información laboral*. N. 1 (2017), p. 19-40.
- HIERRO HIERRO, Francisco Javier. Derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros y límites al subsidio para demandantes de empleo: intereses no siempre concordantes. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*. N. 42 (jun. 2018), p. 74-82.
- IGLESIA, Paz de la. Suspensión colectiva de contratos por causa derivada de fuerza mayor. *Revista de información laboral*. N. 6 (2018), p. 57-69.
- LÓPEZ GANDÍA, Juan. La protección por desempleo de los trabajadores agrarios por cuenta ajena. Medidas de protección y políticas de formación y contratación para los desempleados. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. P. [445]-494.
- LÓPEZ GANDÍA, Juan. El trabajo a tiempo parcial y la determinación de la cuantía de la prestación por desempleo: (comentario a la STS -Sala 4ª- de 7 de diciembre de 2016). *Revista de derecho de la seguridad social*. N. 12 (3er trim. 2017), p. 157-168.
- LÓPEZ INSUA, Belén del Mar. La protección frente al desempleo de las personas emigrantes de la Unión Europea. Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2017. P. 573-593.
- MALDONADO MOLINA, Juan Antonio. La seguridad social de los deportistas profesionales. *Tratado de derecho de la seguridad social*. Murcia: Laborum, 2017. T. 2, p. 541-552.

- MALDONADO MOLINA, Juan Antonio. La seguridad social de los trabajadores a tiempo parcial. Tratado de derecho de la seguridad social. Murcia: Laborum, 2017. T. 2, p. 471-484.
- MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes. La capitalización de la prestación por desempleo como medida de fomento del empleo autónomo y de la economía social. Los nuevos perfiles del estado social. Madrid: Reus, 2017. P. 315-343.
- MARTÍNEZ MATEO, Carlos José. Las mutuas y la prestación por cese de actividad de los autónomos. Revista de derecho de la seguridad social. N. 14 (1er trim. 2018), p. 109-129.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Miguel Ángel. La cuestionable compatibilidad de la pensión no contributiva de invalidez y la renta activa de inserción. Nueva revista española de derecho del trabajo. N. 209 (mayo 2018), p. [149]-179.
- MEDIDAS de protección y políticas de formación y contratación para los desempleados. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- MERCADER UGUINA, Jesús R. Flexiseguridad y salario. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. N. Extraordinario (2018), p. 197-219.
- MONEREO PÉREZ, José Luis. La compatibilidad o incompatibilidad de la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta propia. Revista de derecho de la seguridad social. N. 13 (4º trim. 2017), p. 41-60.
- MONEREO PÉREZ, José Luis. Desempleo: configuración, ámbito contributivo, requisitos y cuantía. Tratado de derecho de la seguridad social. Murcia: Laborum, 2017. T. 2, p. 187-218.
- MONEREO PÉREZ, José Luis. La (des)protección social del trabajador extranjero en situación irregular: la incidencia de las autorizaciones administrativas previas respecto al reconocimiento de la prestación por desempleo. Derecho de las relaciones laborales. N. 11 (dic. 2017), p. 1073-1089.
- MONEREO PÉREZ, José Luis. Medidas de seguridad social frente a la precariedad laboral. (I), A propósito de la Proposición de Ley 122/000194 de lucha contra la precariedad laboral presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos. Revista de derecho de la seguridad social. N. 15 (2º trim. 2018), p. 13-22.
- MONEREO PÉREZ, José Luis. El Pacto de Estado en materia de violencia de género: notas de urgencia a las medidas laborales y de protección social allí recogidas. Revista de derecho de la seguridad social. N. 14 (1er trim. 2018), p. 13-33.
- MONEREO PÉREZ, José Luis. Trabajo decente y prestaciones ante situaciones de necesidad. II, Desempleo y políticas de activación e inserción. El trabajo decente. Albolote, Granada: Comares, 2018. P. [599]-622.
- MORCILLO PINEDA, Miguel Ángel. Prestaciones fraudulentas. Capital humano. N. 326 (dic. 2017), p. 114.
- MORENO DE VEGA Y LOMO, Fernando. La promoción del autoempleo a través de la protección por desempleo. Revista de derecho de la seguridad social. N. 11 (2º trim. 2017), p. 61-81.
- MORENO I GENÉ, Josep. La protección de los trabajadores maduros desde la pérdida "definitiva" de su empleo hasta su acceso a la jubilación. Los trabajadores maduros. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. P. [251]-354.
- MORENO I GENÉ, Josep. La protección por desempleo de los trabajadores maduros como mecanismo de transición hacia la jubilación. Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2017. P. 361-398.
- MORENO VIDA, María Nieves. Idas y vueltas en la incidencia en la protección por desempleo de la ausencia del territorio nacional durante un período inferior a 90 días: interpretaciones jurisprudenciales y reformas legales sobre el traslado de residencia o estancia y sobre la comunicación a la entidad gestora. Estudios sobre seguridad

- social. Barcelona: Atelier, D.L. 2017. P. 723-744.
- MORÓN PRIETO, Ricardo. Las rentas básicas y la protección por desempleo. Reflexiones y propuestas sobre protección social y empleabilidad para jóvenes y parados de larga duración. Valencia: Tirant lo Blanch, D.L. 2017. P. [159]-213.
- ORTEGA LOZANO, Pompeyo Gabriel. Las prestaciones por desempleo y cese de actividad en España y su coordinación en la Unión Europea: el Reglamento (CE) núm. 883/2004: análisis comparativo con el régimen jurídico general de seguridad social del trabajador asalariado. Nueva revista española de derecho del trabajo. N. 209 (mayo 2018), p. [63]-100.
- PÉRAN QUESADA, Salvador. La carencia de rentas como requisito de acceso al subsidio por desempleo: comentario a la STS 3704/2017. Revista de derecho de la seguridad social. N. 14 (1er trim. 2018), p. 193-198.
- PÉREZ AMORÓS, F. Configuración y significación de los trabajadores de edad: notas introductorias. Documentación laboral. Vol. 4, n. 112 Extraordinario (2017), p. [17]-27.
- PÉREZ DEL PRADO, Daniel. Otro "toque" del Tribunal de Justicia a propósito de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial: reflexiones al hilo del caso Espadas Recio. Revista de información laboral. N. 4 (2018), p. 105-132.
- PÉREZ DEL PRADO, Daniel. Las políticas activas de empleo en España: una visión cuantitativa. Reflexiones y propuestas sobre protección social y empleabilidad para jóvenes y parados de larga duración. Valencia: Tirant lo Blanch, D.L. 2017. P. [215]-239.
- PÉREZ INFANTE, José Ignacio. La (des)protección por desempleo: análisis de la cobertura por colectivos desde una perspectiva económica. Reflexiones y propuestas sobre protección social y empleabilidad para jóvenes y parados de larga duración. Valencia: Tirant lo Blanch, D.L. 2017. P. [11]-34.
- PLAZA ANGULO, Juan José. El pago único de la prestación por desempleo como medio de financiación inicial de las empresas de economía social en España. C.I.R.I.E.C. España: revista cuatrimestral del Centro de Investigación e Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa. N. 91 (dic. 2017), p. [85]-113.
- REFLEXIONES y propuestas sobre protección social y empleabilidad para jóvenes y parados de larga duración. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- RODRÍGUEZ PASTOR, Guillermo. Ayudas extraordinarias por desempleo: RAI, PREPARA y PAE. Medidas de protección y políticas de formación y contratación para los desempleados. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. P. [361]-444.
- RODRÍGUEZ PASTOR, Guillermo. Renta activa de inserción: beneficiarios y baja en el programa. Estudios sobre seguridad social. Barcelona: Atelier, D.L. 2017. P. 777-804.
- RODRÍGUEZ SANTOS, Estefanía. La necesaria reordenación del marco de protección asistencial por desempleo: una reflexión acerca de la regulación de las rentas y ayudas subsidiarias. Revista de trabajo y seguridad social. N. 410 (mayo 2017), p. 23-53.
- ROMERO CORONADO, Juan. El coeficiente de parcialidad en la determinación de la cuantía de la prestación por desempleo: STSJ de Madrid, de 14 de marzo de 2016 (AS 2016, 874). Nueva revista española de derecho del trabajo. N. 195 (feb. 2017), p. [215]-222.
- ROQUETA BUJ, Remedios. Especialidades en la protección por desempleo por razón del contrato de trabajo. Medidas de protección y políticas de formación y contratación para los desempleados. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. P. [287]-360.
- RÚA FERNÁNDEZ, José Manuel (1976-). La huelga del 14D en la construcción del estado del bienestar en España: sindicalismo, conflictividad social y política económica. Historia, trabajo y sociedad. N. 9 (2018), p. 33-53.

- SALA FRANCO, Tomás. Propuestas para un debate sobre la reforma del contrato a tiempo parcial. *Derecho de las relaciones laborales*. N. 4 (abr. 2018), p. 410-422.
- EL SISTEMA de protección social en España 2017. [Madrid]: Confederación Sindical de Comisiones Obreras, D.L. 2017.
- SUÁREZ CORUJO, Borja. La (des)protección por desempleo: análisis de los problemas e [sic] cobertura desde una perspectiva subjetiva. Reflexiones y propuestas sobre protección social y empleabilidad para jóvenes y parados de larga duración. Valencia: Tirant lo Blanch, D.L. 2017. P. [71]-115.
- SUÁREZ CORUJO, Borja. La dimensión de género de la (des)protección por desempleo. *Revista de derecho de la seguridad social*. N. 14 (1er trim. 2018), p. 131-140.
- SUÁREZ CORUJO, Borja. La tortuosa distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia socio-laboral: a propósito de los programas extraordinarios para desempleados de larga duración. *Derecho de las relaciones laborales*. N. 4 (abr. 2018), p. 397-409.
- TATAY PUCHADES, Carmen. Reducir el tope máximo de la prestación por desempleo total no equivale a reducir la base reguladora: algunos despropósitos: STSJ Madrid, de 30 de noviembre de 2016 (JUR 2017, 18092). *Nueva revista española de derecho del trabajo*. N. 202 (oct. 2017), p. [267]-273.
- TATAY PUCHADES, Carmen. Los subsidios por desempleo: las peculiaridades del previsto para mayores de 55 años. Medidas de protección y políticas de formación y contratación para los desempleados. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. P. [189]-216.
- TATAY PUCHADES, Carmen. La suspensión de la protección por desempleo: reglas sobre la realización de trabajos. Medidas de protección y políticas de formación y contratación para los desempleados. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. P. [217]-249.
- LOS TRABAJADORES maduros: entre el trabajo y la jubilación. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel. El trabajo de los extranjeros en situación irregular: la extinción del contrato y otros problemas sociales. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*. N. 36 (dic. 2017), p. 71-79.
- YSÁS MOLINERO, Helena. Alternativas de protección social de los trabajadores de edad frente al desempleo o al empleo precario: ¿perfección de rentas mínimas o tránsito hacia la renta básica? *Documentación laboral*. Vol. 4, n. 112 Extraordinario (2017), p. [188]-214.

Selección bibliográfica sobre *Prestaciones por desempleo*, elaborada por la Biblioteca del Departamento, dependiente de la Subdirección General de Informes Socioeconómicos y Documentación.

Normas y procedimiento para la presentación de colaboraciones a la Revista del MTMSS

La Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (MTMSS) tiene carácter bimestral y pretende dar a conocer trabajos originales e inéditos en las materias propias de las funciones asignadas al Departamento. Además, publica números extraordinarios cuando surge un tema de actualidad que se considera importante y urgente su difusión.

La responsabilidad de las opiniones emitidas corresponde exclusivamente a sus autores.

Los autores ceden al MTMSS el derecho de explotación de las obras publicadas, que conlleva los derechos de edición, reproducción, distribución, traducción y comunicación pública de sus trabajos, por cualquier medio o soporte.

- **Título.** Deberá ser claro y conciso en castellano y en inglés. En caso necesario podrá ir acompañado de un subtítulo.
- **Nombre y apellidos de los autores.** Estos deberán figurar junto a la actividad, entidad o empresa donde el autor desarrolle su actividad laboral.
- **Texto.** La extensión aconsejable máxima es de 40 páginas tamaño DINA4, en formato Word, con un tamaño de letra de 12. En esta extensión deberán estar incluidos los gráficos, cuadros y demás elementos gráficos que se incluyan.
- **Bibliografía.** Se aportarán las citas bibliográficas correspondientes, que se colocarán al final del texto.
- **Resumen.** Al texto del artículo o colaboración se acompañará un resumen, en castellano y en inglés, de al menos mil palabras, que describa en detalle la metodología, resultados y conclusiones del mismo; así como una relación de palabras clave en ambos idiomas.
- **Evaluación.** Los artículos serán evaluados por dos expertos externos al Departamento, mediante procedimiento abierto. Una vez realizada dicha evaluación se comunicará su resultado al autor del artículo enviado.
- **Normas éticas de publicación.** La Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social declara su compromiso por el respeto e integridad de los trabajos publicados y tiene como referencia el Código de conducta y buenas prácticas para editores de revistas científicas que define el Comité de Ética de Publicaciones (COPE: Committee on Publication Ethics). El plagio está estrictamente prohibido y los textos en los que se detecte plagio serán rechazados. Los autores deben asegurarse de que los trabajos presentados son completamente originales. Cuando los autores utilicen el trabajo y/o palabras de otros, deben ser debidamente citados.
- **Forma de envío y contacto.** El artículo o colaboración se enviará por correo electrónico a la siguiente dirección: proproeditorial@mitramiss.es

Guidelines for submitting collaborations to the MTMSS magazine

The magazine of the Ministry of Labour, Migration and Social Security (MTMSS) is published every two months and aims to present original and unpublished works in the areas of the functions assigned to the Department. In addition, it publishes special editions for emerging issues that are considered important and urgent so as to be widely known.

The opinions expressed in this magazine are the sole responsibility of the authors.

The authors grant MTMSS the operating right of the published works, which entails the rights of editing, reproduction, distribution, translation and public communication of their works, by any means or format.

- **Title.** It must be clear and concise in Spanish and English. If necessary, it may be accompanied by a subtitle.
- **Name and surname of the authors.** These must appear next to the activity, entity or company where the author develops his/her labour activity.
- **Text.** The maximum recommended length is 40 pages size DIN A4, in Word format, with a font size of 12. This length includes graphics, tables and other graphic elements.
- **Bibliography.** The corresponding references will be provided and will be placed at the end of the article.
- **Abstract.** The text of the article or collaboration will include a summary, in Spanish and English of, at least, a thousand words, describing in detail the methodology, results and conclusions thereof, as well as a list of keywords in both languages.
- **Assessment.** The articles will be evaluated by two external experts to the Department, through an open procedure. Once this evaluation is done, the result will be communicated to the author of the submitted article.
- **Ethical standards of publication.** The magazine of the Ministry of Labour, Migration and Social Security is committed to the respect and integrity of the published works and has as reference the Code of Conduct and Good Practices for editors of scientific journals that are defined by the Committee of Publication Ethics (COPE: Committee on Publication Ethics). Plagiarism is strictly prohibited and texts in which plagiarism is detected will be rejected. Authors must make sure that the submitted papers are completely original. When authors use the work and /or words of other authors, they should be duly quoted.
- **How to send the articles and contact.** The article or collaboration will be sent to the following email address: proproeditorial@mitramiss.es

Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

10 números
configurados en 5 series según materias específicas

REFERENCIA	MATERIA	PRECIO € (IVA incluido)
RTC <input type="checkbox"/>	10 Números (Todas las series)	165
RTD <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho del Trabajo)	35
RTS <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Seguridad Social)	35
RTL <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho social Internacional y Comunitario)	35
RTE <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Economía y Sociología)	35
RMI <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Migraciones Internacionales)	35
N. ... <input type="checkbox"/>	1 Número suelto o extraordinario	20
Importe Total		



BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

DATOS DEL SUSCRIPUTOR:

Nombre..... Apellidos.....

Domicilio..... C.P. y Población.....

Provincia..... Teléfono..... Fax.....

RTC RTD RTS RTL RTE RMI N.º...

MARQUE CON UNA X EL RECUADRO DE LO SOLICITADO

Importe total

..... €

FORMA DE PAGO:

Giro postal

Transferencia a Banco BBVA

c/c: ES75-0182-4828-6702-0001-3172

(Adjuntar justificante de la transferencia)

FIRMA:



Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social
Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones

Librería
Agustín de Bethencourt, 11
28003 Madrid

Tel.: 91 363 23 17

Fax: 91 363 23 49

Correo electrónico: sgpublic@mitramiss.es

Librería Virtual

<https://expinterweb.empleo.gob.es/libreriavirtual>

SUMARIO

EDITORIAL: *José María Marín Correa* • I. ESTUDIOS: Situación legal de desempleo. *Juan Gil Plana* • Desempleo asistencial y control de rentas. Análisis y reflexiones sobre la última jurisprudencia. *Elena Desdentado Daroca* • Reglas de compatibilidad entre la prestación por desempleo y el trabajo. *Iván Antonio Rodríguez Cardo* • Idoneidad de las pruebas acreditativas del fraude en la protección por desempleo. *Francisco Javier Fernández Orrico* • La suspensión de la prestación por desempleo de los trabajadores por cuenta ajena. *Manuel Fernández-Lomana García* • El sistema de protección del desempleo en España, reflexiones y propuestas de mejora. ¿Es oportuno plantear la instauración de una prestación indefinida? *Xavier Caravaca Domínguez* • II. JURISPRUDENCIA: Recordatorio de Jurisprudencia en materia de Seguridad Social, en la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Marzo 2017 a diciembre 2017. *M^a Luz García Paredes* • III. BIBLIOGRAFÍA: Sobre «Prestaciones de desempleo»

ISSN 2254-3295



9 177254 329503 0 0134