

NOTAS SOBRE EL NUEVO REGIMEN DEL DESEMPLEO (*)

SUMARIO

Introducción.—El Título II de la LBE y su enunciado general: «De los sistemas de protección por desempleo».—Campo de aplicación.—Situaciones protegidas.—Duración de la prestación.—Cuantía de la prestación.—Titulares del derecho.—Nacimiento, suspensión, extinción y reapertura del derecho.—Prestaciones complementarias.—Incompatibilidades. Fraude.—Financiación y gestión.—Infracciones y sanciones. Recursos.—Disposición transitoria segunda.

INTRODUCCION

Como se sabe, la recientemente aprobada Ley Básica de Empleo (en lo sucesivo, LBE, o la Ley) (1) se gestó como proposición de ley a raíz de una enmienda a la totalidad del grupo parlamentario centrista a una previa proposición de ley socialista, denominada «Proposición de ley de medidas contra el paro», que había sido presentada en la anterior legislatura.

Como también se sabe, la Ley a lo largo del periodo de su elaboración en las Cámaras ha suscitado vivas polémicas y duras críticas; ha sido cata-

(*) Durante la redacción del presente trabajo he podido consultar el original mecanografiado del ensayo del profesor ALONSO OLEA, *El paro forzoso y su aseguramiento* (publicado en este mismo número), que el autor tuvo la amabilidad de remitirme. Mi buen amigo el magistrado de Trabajo don Bartolomé Ríos Salmerón leyó un primer borrador, haciéndome valiosas sugerencias que he incorporado al texto definitivo. a ambos, desde aquí, mi agradecimiento.

(1) Ley 51/1980, de 8 de octubre. Básica de Empleo («BOE», 17 de octubre).

logada de «regresiva», de «reaccionaria», de «insolidaria», e incluso, de ser la «ley de desempleo» (2), calificativo el último que por supuesto no hace referencia a que sea ésta la ley reguladora de las prestaciones por desempleo (aunque obviamente lo sea), sino a que por su filosofía y contenido normativo la Ley más que remediar el paro (objetivo primario que cabría suponerle) va a contribuir a incrementarlo. *Ley del desempleo*, pues, en el sentido de ser ley potenciadora del paro.

Es claro que con relación a la LBE habrá mucho que hablar, que discutir y que escribir; que están por hacer desde el más simple memorándum de las incidencias parlamentarias en las diversas fases de su *iter* legislativo, hasta el comentario más profundo y detallado de cada una de sus disposiciones, pasando si se quiere por un estudio global de cuál es la política de empleo del Gobierno en el poder —o de si existe esa política— a la vista de los datos normativos y de la realidad de los hechos.

Nuestra intención ahora es mucho más modesta que todo eso. Se trata simplemente de analizar en sus líneas generales el nuevo régimen de protección de las diversas situaciones de desempleo, tal como se desprende del contenido del Título II de la LBE para, a través de su comparación con la situación inmediatamente anterior, ir estableciendo unos criterios que nos sirvan de puntos de apoyo para determinar, al menos en una primera aproximación, cuál es el alcance de la norma, su progresividad o su regresividad, sus aciertos o sus fallos, desde posiciones lo suficientemente apartadas del calor de los debates parlamentarios.

Para tal análisis, a efectos metodológicos vamos a seguir en lo posible, y con la necesaria flexibilidad exigida por los temas que sucesivamente se aborden, la sistemática del propio Título II de la Ley; sistemática que por su poca fortuna resultaría indudablemente inutilizable para efectuar un estudio global y didácticamente coherente del régimen del desempleo, pero que puede adaptarse sin mayores obstáculos a los fines pretendidos en el presente trabajo.

A tales efectos, iremos titulando cada apartado de estudio con la propia

(2) De «regresiva» y «reaccionaria» la catalogó, por ejemplo, el diputado socialista señor Vida Soria («Diario de Sesiones del Congreso», núm. 103, págs. 6747 y 6751). Sobre la calificación de la Ley como «regresiva» insistió igualmente el también socialista señor Aguilar Moreno («Diario. . .», núm. 103, pág. 6752). Como «ley de la insolidaridad» fue calificada por el diputado comunista señor Camacho Abad («Diario. . .», número 102, pág. 6665), quien también la tachó de «inhumana», «antiobrera» y «anti-democrática» («Diario. . .», núm. 102, pág. 6666). Fue el mismo diputado quien la definió como «la ley del desempleo» («Diario. . .», núm. 102, pág. 6665). El diputado socialista señor Chaves González la calificó de «miserable» («Diario. . .», núm. 104, página 6821).

denominación que el capítulo o el artículo correspondientes reciben en la Ley y dentro de cada uno de ellos numeraremos correlativamente los diferentes puntos abordados, numeración que se realiza con el solo objetivo de facilitar la lectura.

EL TITULO II DE LA LBE Y SU ENUNCIADO GENERAL: «DE LOS SISTEMAS DE PROTECCION POR DESEMPLEO»

1. La LBE, como ya se ha dicho, dedica a la regulación del desempleo su Título II, que gira bajo la rúbrica general «De los sistemas de protección por desempleo». Denominación ésta en la que —de forma, a mi juicio, no excesivamente precisa— deben de querer comprenderse la diversidad de prestaciones que a lo largo de su articulado se establecen y regulan y que, en una terminología más tradicional, llamaríamos prestaciones básicas y prestaciones complementarias. Son las primeras, la percepción económica que se especifica en los artículos 19 y 20, así como el abono al trabajador en desempleo protegido de las cuotas patronales y obreras de la Seguridad Social «durante el período de percepción de la prestación» (art. 20.2). Hay que advertir, no obstante, que tanto la percepción económica como el abono complementario de cuotas se contemplan en la LBE bajo la denominación genérica de «prestación por desempleo» (Rúbrica general del cap. II y, en especial, sus arts. 19 y 20), sin que en ningún momento se las mencione como prestaciones «básicas». Situación que, desde una perspectiva técnica, constituye una notoria imprecisión si se tiene en cuenta que el cap. III de la Ley se configura bajo la denominación general de «Prestaciones complementarias», lo que requiere, evidentemente, la existencia previa de una o unas prestaciones a las que complementar y que al no ser ella o ellas complementarias a su vez, lleva a calificarlas como fundamentales o básicas en la terminología suficientemente acuñada por la legislación y por la doctrina. No creo, por ello, que el eludir la calificación de «básicas» al referirse a las prestaciones fundamentales del sistema de protección por desempleo obedezca a una decisión consciente del legislador, sino que parece más bien un puro defecto de técnica, uno más de los que —dicho sea incidentalmente— con tanta frecuencia se deslizan en nuestras leyes.

Hemos dicho, por lo demás, que el cap. III de la Ley alude a las que llama (ahora sí) «prestaciones complementarias», constituidas —junto a determinadas «becas y otras ayudas formativas» que se dirigen a la protección de los jóvenes desempleados (art. 25.2)— por un denominado «subsidio», que se

aplica en determinadas condiciones a trabajadores que carecen del derecho a la «prestación (básica) por desempleo» (art. 25.1).

Se me ocultan las razones por las que el legislador denomina ahora «subsidio» a esta prestación complementaria. Quizá porque lo es en su sentido gramatical más preciso de «auxilio extraordinario» frente al auxilio ordinario que constituyen las prestaciones fundamentales o básicas; o quizá porque el legislador ha querido atenerse a la terminología adoptada por el convenio número 44 de la OIT, que contrapone «indemnización» a «subsidio» (art. 1.º). En cualquier caso, cabe señalar que el uso legislativo venía consagrando desde hace años la expresión «subsidio» como referida (en materia de paro) a la prestación básica por desempleo, por lo que convendría haber mantenido el sentido de la misma a fin de evitar innecesarias confusiones terminológicas en el futuro o, en todo caso, haber diferenciado un subsidio ordinario, normal o básico frente a un subsidio extraordinario, excepcional o complementario.

2. Una segunda y última precisión inicial. Al aludir a los «sistemas de protección por desempleo», la Ley se refiere a la protección «frente a las situaciones de desempleo y subempleo» (cap. I), sin que en el articulado posterior se encuentre vestigio alguno de lo que se entienda o comprenda bajo tal distinción, ni referencia de ningún tipo a la llamada situación de subempleo. Basta para convencerse de ello acudir al contenido de los artículos 16 (campo de aplicación «de las prestaciones por desempleo»), 17 (situación legal de «desempleo»), 18 (situaciones protegidas, entendiéndose por tales el «desempleo total» y el «desempleo parcial»), 19 (duración de la «prestación por desempleo»), 20 (cuantía de la prestación por «desempleo total» y por «desempleo parcial»), 21 (titulares del derecho a las «prestaciones por desempleo»)... etc. Es decir, se enuncia inicialmente por la Ley una protección frente a dos situaciones que se presumen distintas (desempleo y subempleo) y después se hace caso omiso de la distinción. Cabe apuntar, por ello, que posiblemente el legislador al enunciarla lo hacía pensando en el desempleo total y en el parcial, figuras ambas recogidas y definidas en el art. 18 de la Ley y que son objeto de atención por la misma. Si esto es aquí, no hacía falta introducir terminologías diferentes en la titulación del cap. I y en el posterior desarrollo del articulado; máxime cuando esas diferentes terminologías no se adecuan entre sí, porque en las situaciones de desempleo pueden incluirse y de hecho se incluyen— tanto el desempleo total como el parcial (cfr. el art. 18, citado), mientras que el subempleo es una situación que no necesariamente coincide con el desempleo parcial (que ciertamente es una clase de subempleo), sino que es también, y quizá preferentemente, la situación en la que se encuentran quienes, por motivos varios, sólo tienen acceso en el mercado al trabajo a empleos de categoría inferior a los correspondientes a su cuali-

ficación profesional. Y, sobre todo, resulta incongruente titular al cap. I de la Ley «Protección frente a las situaciones de desempleo y subempleo» y después, en el único artículo que comprende dicho cap. I, referirse sólo al «campo de aplicación de las prestaciones por desempleo». Evidentemente la técnica y la precisión jurídicas no son el fuerte de nuestros legisladores.

CAMPO DE APLICACION

1. El campo de aplicación de la LBE en materia de desempleo o, como dice el art. 16, el campo de aplicación «de las prestaciones por desempleo», coincide básicamente con el delimitado por la normativa inmediatamente anterior. En las propias palabras de la Ley, dicho campo de aplicación lo constituyen «todos los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social y en los Regímenes Especiales que actualmente protegen la contingencia por desempleo» (art. 16.1) (3). Es decir, como con suficiente énfasis se puso ya de relieve en los debates parlamentarios, quedan fuera de la protección por desempleo «todos los trabajadores que hasta ahora se han venido quedando fuera» (Vida Soria), marginándose así a «sectores importantes del mundo del trabajo» (Camacho Abad) (4).

Es precisamente esta delimitación del campo de aplicación del sistema protector del desempleo uno de los puntos débiles de la LBE y de los más criticados desde los bancos de la oposición parlamentaria, uno de cuyos representantes —el profesor Vida Soria—, además de enjuiciar negativamente desde una perspectiva técnica la inclusión en la Ley del art. 16, afirmó rotundamente que es a partir de este artículo 16 cuando «vamos a empezar a ver los retrocesos y las regresiones en la protección por desempleo que nos trae a esta Cámara el partido que apoya al gobierno» (5).

2. De cara al futuro, la LBE prevé que quedarán incluidos dentro del ámbito personal de aplicación de las prestaciones de desempleo los trabajadores por cuenta ajena fijos de la agricultura, llevándose a cabo su inclusión «en las condiciones y en los plazos que reglamentariamente se determinen» (artículo 16.2). Disposición ésta —producto de una enmienda transaccional ofrecida por el grupo parlamentario centrista— que, si se lee en conexión con

(3) Dichos Regímenes (computando sólo los efectivamente regulados) son: Minería del carbón, Ferroviarios, Artistas (con la salvedad de que este RE sólo protege el desempleo total) y, con importantes limitaciones, el de Trabajadores del Mar. En Agricultura, como se sabe, rigen las normas reguladoras del llamado empleo comunitario.

(4) Cfr. «Diario de Sesiones. . .», núm. 103, págs. 6747 y 6748.

(5) Cfr. su afirmación en «Diario de Sesiones. . .», núm. 103, pág. 6747.

la disposición adicional primera —igualmente derivada de otra transaccional del mismo grupo— nos lleva fácilmente a la conclusión de que, al menos en el futuro inmediato, la protección de los trabajadores agrícolas, forestales y ganaderos no va a pasar de un reforzamiento, sino de una mera reiteración, de las ya conocidas y ampliamente criticadas medidas de empleo comunitario.

SITUACIONES PROTEGIDAS

1. La situación protegida por el Título II de la LBE es la situación legal de desempleo. Con terminología de la normativa precedente, la Ley establece la distinción entre dos situaciones: a) *desempleo total*, cuya definición toma *ad literam* del art. 45.a) del viejo Reglamento General de Prestaciones y del artículo 2.a) de la O. de 5-5-67, y que se concreta en aquella situación en que se produce la extinción o suspensión de la relación laboral, ocasionando al trabajador la «cesación completa en su actividad laboral y la privación de sus rentas de trabajo» (art. 18.a); b) *desempleo parcial*, consistente en aquella situación en que «la jornada o el número de días y horas de trabajo normales experimentan una reducción de al menos una tercera parte, siempre que la renta de trabajo sufra análoga disminución» [art. 18.b)]. La redacción del precepto aquí difiere en parte de la normativa anterior, en cuanto ya no se hace referencia a que esa reducción parcial del empleo se produzca «dentro del período establecido por las disposiciones legales o por el contrato de trabajo para el abono de las rentas de trabajo» [como decía el art. 45.b) del RGP y el artículo 2.b) de la O. de 5-5-67], sino que dicho período de cómputo de la reducción se refiere a «lo que se determine reglamentariamente» [art. 18.b) LBE *in fine*].

Desde estas premisas básicas y con una innecesaria duplicidad de preceptos, producto de una sistemática notoriamente más defectuosa que la de las normas anteriores (6), la Ley considera en situación legal de desempleo (total) a las siguientes categorías de trabajadores (art. 17): a) «quienes pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su ocupación por causas a ellos no imputables»; b) «aquellos a quienes se les suspenda su contrato de trabajo y pierdan temporalmente su ocupación habitual en virtud de expediente de regulación de empleo tramitado en forma reglamentaria».

(6) Resulta, desde mi punto de vista, sistemáticamente más aceptable definir en primer lugar qué se entiende por desempleo y especificar a continuación sus clases (como hacían el Reglamento General de Prestaciones y la O. de desarrollo de 5-5-67), que no hablar de «situación legal de desempleo (art. 17 LBE) y a continuación, reiterativamente, de «situaciones protegidas» (art. 18 LBE).

Por otra parte, considera en situación de desempleo (parcial) a los trabajadores «que vean reducidas involuntariamente, en una tercera parte, al menos, de su duración, sus jornadas ordinarias u horas normales de trabajo, con la correspondiente pérdida proporcional de su retribución» [art. 17.c)], siendo de suponer que la situación de pluriempleo del trabajador no afecte a su derecho a las prestaciones por desempleo, en su caso, y que, en este sentido, se sigan aplicando las prescripciones del art. 5 de la O. 5-5-67; prescripciones que, aunque formalmente derogadas en cuanto la orden de referencia constituye el desarrollo del expresamente derogado «capítulo siete del D 3.158/1966, de 23 de diciembre, que aprueba el Reglamento General de Prestaciones Económicas en el Régimen General de la Seguridad Social» (Disposición derogatoria de la LBE), no van en contra de las disposiciones de la Ley, sino que las complementan.

Mención aparte merece la situación legal de desempleo de los trabajadores fijos de temporada, situación de desempleo que, pese al silencio de la Ley, puede ser tanto de carácter total como parcial (7) y en la que se conservan las peculiaridades ya conocidas de la protección de estos trabajadores: su circunscripción al tiempo de duración de la temporada o campaña, la fijación de esta duración por la autoridad administrativa y la consideración de tales trabajadores en situación asimilada al alta en el momento de iniciarse la nueva temporada [art. 17.d)].

2. Cualquiera de las situaciones protegidas —desempleo total o parcial— se configuran lógicamente como situaciones de pérdida o reducción del empleo no imputables a la voluntad del trabajador, esto es, como situaciones involuntarias [art. 17.a) y c)]. En este sentido, aun cuando la O. de 5-5-67, como ya se ha dicho, haya que considerarla derogada, parece que es razonable suponer que la delimitación de los supuestos de voluntariedad e involuntariedad en la causa de desempleo establecidos en su artículo 4 y en las órdenes de 31-10-75 y 30-4-77, así como la minuciosa interpretación administrativa y jurisprudencial de estos preceptos no se verán sustancialmente alteradas tras la entrada en vigor de la LBE.

DURACION DE LA PRESTACION

1. El alcance temporal de la prestación básica está en función de «los periodos de ocupación citada en los últimos cuatro años anteriores a la si-

(7) Cfr. la disposición contenida en el art. 2.2.ª.b) de la O. de 19-5-77, sobre desempleo de los trabajadores de temporada.

tuación legal de desempleo», con arreglo a una escala que oscila entre tres meses de percepción de la misma para quienes hubieran cotizado durante seis meses y un día (= «más de seis meses») hasta dieciocho meses, para quienes tengan cubierto un período de ocupación cotizada superior a treinta y seis meses, con una posibilidad de ampliación a veinticuatro meses cuando dicha ampliación permite «cubrir el período preciso para tener derecho a cualquier tipo de jubilación», esto es, normal o anticipada (art. 19). La citada escala puede ser modificada por el Gobierno «en función de la tasa de desempleo y las posibilidades financieras del sistema», pero sin que en ningún caso puedan alterarse los períodos mínimos de ocupación cotizada (seis meses más un día) y de prestación (tres meses), según dispone el mismo art. 19 (número 1, *in fine*).

El cómputo de los plazos de percepción de la prestación aparece oscurecido en la Ley por su repetida falta de rigor técnico. En efecto, los primeros seis meses se computan como ciento ochenta días (véase art. 20.1), es decir, como meses de treinta días. En cambio, para los siguientes períodos mensuales no se expresa su cuantificación en días, por lo que habrá que acudir, en principio, a las normas generales del Código civil, concretamente a su artículo 5.1, a cuyo tenor «si los plazos estuviesen fijados por meses... se computarán de fecha a fecha». En cualquier caso, la falta de criterio unitario del legislador deja abierta la duda, que tendrá que colmar la jurisprudencia; y me temo que la única vía de introducir un mínimo de coherencia en la aplicación de estos preceptos sea la de interpretar que la Ley siempre computa los meses como períodos de treinta días.

Por lo que se refiere al cómputo de los períodos de ocupación cotizada, para lograr ese mínimo de coherencia al que nos acabamos de referir, los meses deben entenderse también como de treinta días y debe seguir manteniéndose la doctrina sentada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que en dicho cómputo han de incluirse «todas las cotizaciones efectuadas o días-cuota y no solamente las de los días naturales» TS/SOC 10-6-74, en interés de Ley/Ar. 3.021; TCT 12-6-79/Ar. 3.967), pues no cabe admitir que la mera e imprecisa variación terminológica que introduce la LBE («períodos de ocupación cotizada») frente a la empleada por los arts. 94.2 y 174.1 LGSS («períodos de cotización», sin más) pueda fundamentar una variación *ad minus* del criterio jurisprudencial de referencia; variación que de producirse, situaría a la Ley en unas cotas de regresión aún más elevadas de las que ya de por sí alcanza (8).

(8) Acabado este trabajo ha llegado a mis manos una circular (núm. 101/80, de 24 de noviembre) de la Dirección General del INSS, entidad provisionalmente gestora

2. Como se sabe, es precisamente esta regulación del alcance temporal de la prestación básica otro de los puntos más conflictivos de la Ley y de los que más críticas han suscitado a lo largo de los debates parlamentarios. Sin entrar en dicha polémica y sin descender al análisis de los razonamientos esgrimidos desde posiciones antagónicas en pro y en contra de esta regulación, hay que admitir que la misma implica un precedente y que tal retroceso resulta forzado quererlo justificar acudiendo —como se ha acudido (9)— a una pretendida proporcionalidad entre los períodos de cotización y los de abono de prestaciones que, evidentemente, cada vez resulta más inatendible dentro de los modernos sistemas de Seguridad Social. Sin demagogias innecesarias y extravagantes, creo que puede afirmarse que dicha medida seguramente será ventajosa en el terreno frío de los cálculos económicos, e incluso útil para la desarticulación de determinadas situaciones fraudulentas; pero no cabe duda de que, generalizada, es gravemente lesiva para los destinatarios y se muestra en contradicción flagrante con el pretendido carácter progresivo de la legislación social; que, además, difícilmente puede incidir en una auténtica recesión del desempleo (aunque, eso sí, puede implicar un descenso nominal de las cifras de paro, si se computa sólo el subsidiado); y, sobre todo —dicho sea sin catastrofismo de ninguna índole— que supone un juego peligroso en los momentos actuales. Y ello no creo que sea cargar excesivamente las tintas, pues si es claro que una sociedad que genera desempleo está generando en cierto grado su ruina, no lo es menos que una sociedad que sin ver descender sus cifras de paro se atreve a restringir la protección de sus parados, está jugando con fuego. Y jugar con fuego siempre implica el riesgo de quemarse.

Si desde el punto de vista de su valoración la nueva fórmula reguladora de la duración de la protección económica por desempleo resulta regresiva e inadecuada al momento presente, desde un punto de vista meramente técnico la medida no es más satisfactoria. En primer término, la propia expresión

de las prestaciones por desempleo, en la que se comunican a las Direcciones provinciales unas *Instrucciones Provisionales* para la aplicación de la LBE. En el apartado 2.3 de la indicada circular, tras establecer el criterio de que a efectos de la determinación de los períodos de ocupación cotizada «los meses se entenderán de treinta días naturales», se inicia ya de manera peligrosa la vía regresiva de interpretación contra la que prevenimos en el texto, al añadirse: «sin que en ningún supuesto se computen como períodos de ocupación las cotizaciones correspondientes a gratificaciones extraordinarias.»

(9) En una desafortunada intervención, así se trató de justificar por el diputado centrista señor Moreno García, quien dijo que no se pretendía quitarles a los trabajadores meses de cobertura por desempleo, sino «darles exactamente la proporción de meses que por su esfuerzo y por su cotización les corresponde en justicia, ya que para todos no podemos dar 15, 18, 20 o 25» («Diario...», núm. 103, pág. 6781).

«períodos de ocupación cotizada» es de por sí rebuscada e imprecisa, pues determinados lapsos de tiempo (descansos semanales, vacaciones, períodos de ILT...) no son en su sentido más estricto períodos de «ocupación», al menos efectiva, y sí son, en cambio, períodos de cotización, que por supuesto deberán ser tenidos en cuenta en el cómputo total; como es de suponer —ya se ha dicho— que a efectos de dicho cómputo, se añadan a los *días naturales* cotizados los *días de cotización* correspondientes a las pagas extraordinarias anuales, como hasta ahora han venido reconociendo los tribunales (10).

En segundo término, no alcanza a verse el sentido de la exigencia legal de que los diferentes períodos de cotización se extiendan por «más de» seis meses, «más de» doce meses, «más de» dieciocho meses, «más de» ..., etc. Salvando la irremediable evocación del orden penal que dicha regulación comporta (ya que los diferentes períodos de cotización habrán de extenderse en la práctica a seis meses y un día, doce meses y un día..., etc.) y que posiblemente sirva de base inspiradora a los cultivadores del humor, ¿qué se gana con ese añadido del día?

Por otro lado, si la sistemática en general es mala, la del artículo 19 es particularmente inadecuada. Pudiera decirse que no existe una unidad de sistema y que los diferentes preceptos se yuxtaponen sin orden ni concierto. Así, el apartado dos alude al cómputo de los períodos de ocupación cotizada en los supuestos en que, después de extinguida una situación legal de desempleo y tras un nuevo período de ocupación efectiva, el trabajador vuelve a hallarse en desempleo. Disposición que resulta aquí totalmente fuera de lugar y que se reitera en su momento oportuno, en el art. 22.4. Y lo mismo ocurre con el apartado tres, que establece la posibilidad concedida a quienes, siendo perceptores de la prestación económica por desempleo son contratados por tiempo superior a seis meses, de optar, cuando nuevamente se encuentran en situación legal de desempleo al finalizar su contrato, «entre seguir percibiendo la prestación por el período de desempleo que les restaba o acogerse al nuevo período que hayan generado las cotizaciones efectuadas». Su lugar más adecuado estaría en el art. 22, referido al nacimiento, suspensión, extinción y reapertura del derecho.

Por último, no sólo el sistema sino la propia claridad resultan en este caso mal paradas, ya que no acierta a comprenderse el significado del artículo 19.4 *in fine*, cuando afirma que reglamentariamente «se determinarán las situaciones asimiladas al alta a los efectos de período de ocupación cotizado», ya que la situación de alta o de asimilación a ella, en cuanto requisito exigido por

(10) Vid. ante, nota 8.

la Ley para la titularidad del derecho a las prestaciones por desempleo, se regula en los artículos 21.1.a) y 17.d).

CUANTIA DE LA PRESTACION

1. La cuantía económica de la prestación básica por desempleo total se calcula con arreglo a una escala decreciente, a saber: el ochenta por ciento del promedio de las bases de cotización de los seis meses precedentes (frente a los doce meses que establecía el art. 20 del D. 1.646/1972, de 23-6 en relación con el art. 8 de la O. de 5-5-67) durante los primeros ciento ochenta días; el setenta por ciento de la base citada, durante los siguientes seis meses y el sesenta por ciento de la misma para los meses que resten «a partir del duodécimo mes del período de percepción». Escala que por su falta de rigor técnico, al computar el primer período por días y los siguientes por meses, introduce como ya se ha dicho, un factor de oscuridad en el cómputo de los indicados períodos y que en rigor, como también se ha razonado, posiblemente obligará a los tribunales a interpretar que en todo caso los meses han de computarse como períodos de treinta días, pues de lo contrario se introduciría una discriminación desfavorable para los desempleados de período protegido más bajo, ya que seis meses, computados de fecha a fecha de acuerdo con el art. 5.1 del Código civil, no suponen ciento ochenta días, sino de ciento ochenta y uno a ciento ochenta y cuatro, según las diferentes combinaciones pensables.

En el supuesto de desempleo parcial, el cómputo es el mismo, si bien calculado en la parte proporcional que corresponda (art. 20.1).

La base de cotización mencionada la constituyen «las retribuciones del trabajador», en la excesivamente escueta dicción del art. 29.1 de la Ley; precepto que, por otra parte, es de momento el único con rango legal regulador de la misma, puede el RDL 15/1976, de 10 de agosto, de modificación de la base de cotización y perfeccionamiento de la acción protectora por desempleo, es explícitamente derogado por ella. Un problema inmediato que se deriva de dicha derogación y de la ausencia paralela de un desarrollo reglamentario de la LBE es el saber qué se entiende por «retribuciones del trabajador». Cabe imaginar que se está haciendo una referencia a salarios reales, por supuesto, pero queda la duda de si en tal concepto hay que entender incluidas las retribuciones percibidas por horas extraordinarias; si existe o no un tope máximo; si se prorratean las pagas extraordinarias..., etc., problemas que deberán ser abordados, y pronto, en un futuro desarrollo de la Ley. En tanto se produce éste, sin embargo, habrá que acudir a la Disposición final de

la O. de 18-2-80, a cuyo tenor las cuotas de desempleo «se determinarán aplicando los tipos vigentes... sobre la base correspondiente a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales», por lo que será ésta la base de cálculo de la cuantía de la prestación económica por desempleo.

En todo caso, dicha cuantía se somete a un doble límite: uno, máximo, según el cual la prestación no podrá nunca exceder del 220 por 100 del salario mínimo interprofesional (límite que el RDL 4/1978, de 24-1, fijó en el 200 por 100 «del importe de la correspondiente base tarifada del beneficiario afectado», que, por supuesto, excedía en general del salario mínimo); y otro límite mínimo, que criticablemente —y de forma dudosamente constitucional (11)— sólo alcanza a los «trabajadores con cargas familiares» y que se hace coincidir con «la cuantía que en cada momento tenga dicho salario mínimo» (art. 20.1), en el bien entendido que dicho mínimo se refiere a la prestación y no a la base reguladora (como, por el contrario, se establecía en el artículo 8 de la O. de 5-5-67). Aquí, igualmente, convendría clarificar si el salario mínimo se ha de incrementar con la dozeava parte correspondiente a las pagas extraordinarias [como prevenía el art. 8.1.a) de la citada Orden]. Resulta claro, sin embargo, la necesidad de actualizar la prestación cuando se produce una modificación en el mínimo salarial.

2. La prestación básica incluye, además, «el abono de las aportaciones de la Empresa y trabajador de la cuota del Régimen correspondiente de la Seguridad Social, durante el período de percepción de la prestación» (artículo 20.2). Abono que, en los supuestos de extinción de la relación laboral, es a cargo de la entidad gestora (art. 20.4), mientras que en los de suspensión de la misma y reducción de jornada se desplaza sobre la empresa afectada, que podrá ser eximida de dicho pago por la autoridad laboral (recayendo el mismo sobre la gestora) sólo cuando se trate de «suspensiones y reducciones de jornada provenientes de fuerza mayor» (art. 20.3).

Esta disposición levantó profundas suspicacias en los debates parlamentarios en cuanto —se dijo— va a provocar en la práctica «que los expedientes de suspensión o reducción de jornada disminuyan», aumentando paralelamente los expedientes de cierre definitivo (señor Almunia Amann). No sé hasta qué punto esto puede resultar cierto, pero quiero pensar que cuando una empresa en crisis estudia la decisión de plantear un expediente de suspensión temporal de contratos o de reducción de jornada o un expediente de cierre —aparte del evidente control administrativo— no lo hará sólo valorando si ha de pagar o no cuotas por Seguridad Social, sino que —si la decisión es seria —se valorarán muchas cosas más. En cualquier caso, parece un

(11) Cfr. arts. 9.2; 14 y 41 de la Constitución.

argumento no excesivamente convincente *a priori* y claramente pienso que es inadecuada su generalización hasta el punto de identificarlo con la forma de razonar común a cualquier empresario (12).

Según establece el art. 20.4, en los supuestos de extinción de la relación laboral, la cotización (a cargo de la gestora) no comprenderá las cuotas de desempleo, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional. En este sentido, el precepto citado (de pésima redacción, dicho sea entre paréntesis) modifica en parte y de forma razonable la regulación anterior, que expresamente comprendía «la prima correspondiente a la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales» (art. 1.1 de la O. de 31-7-72), lo que no había dejado de sorprender a la doctrina (13) porque obviamente durante la situación de desempleo el riesgo de producción del accidente de trabajo es inexistente, como también lo es el del propio desempleo o el no cobro del salario (al menos en el desempleo total).

Es importante subrayar que en la dicción de la Ley parece que las cuotas mencionadas se excluyen sólo cuando la cotización es a cargo de la entidad gestora (art. 20.4), pero no cuando la misma es a cargo de la empresa (artículo 20.3). Una hermenéutica razonablemente lógica nos lleva a pensar, sin embargo, que en los supuestos en que la cotización corresponde a la empresa hay que distinguir dos situaciones. La primera es la referida a los supuestos de reducción de jornada, en los que las cotizaciones permanecen inalterables (una parte es debida en cuanto el trabajador sigue trabajando, y, otra parte, en atención al mandato de la Ley) con la sola posible reducción de la porción proporcional de cuota correspondiente al desempleo parcial; deducción lógica si se tiene en cuenta que, según dispone el artículo 22.4, no se computará como tiempo cotizado a los efectos de causar derecho a las prestaciones por desempleo, «el que lo haya sido por la Entidad gestora, o en su caso por la Empresa, durante el tiempo de abono de la prestación económica». Afirmación legal que, por otra parte, resulta innecesaria puesto que evidentemente la Entidad gestora no cotiza por desempleo.

La segunda situación es la de suspensión temporal de contratos. Aquí el más elemental sentido equitativo exige dar a la empresa, obligada al pago de las cuotas durante el tiempo por el que se extiende la suspensión, un tra-

(12) Así lo hizo el diputado socialista señor Almunia Amann, ante la Cámara, al preguntar al respecto: «¿Es que ustedes desconocen la forma de razonar de un empresario privado?» («Diario...», núm. 104, pág. 6795).

(13) Así, a ALONSO OLEA (*Instituciones de Seguridad Social*, 7.ª ed., 1979, pág. 215, nota 39).

tamiento no menos favorable que el que se otorga al ente gestor en los supuestos en que la cotización es a su cargo.

TITULARES DEL DERECHO

1. Los trabajadores a quienes hemos hecho referencia al hablar del campo de aplicación, que se encuentren en situación legal de desempleo, tendrán derecho a las prestaciones básicas cuando reúnan las siguientes condiciones (art. 21): *a)* estar afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada; *b)* tener cubierto el período mínimo de cotización requerido para causar derecho a las prestaciones (esto es, más de seis meses) antes de la fecha de producción del hecho causante, y *c)* encontrarse inscrito en la correspondiente Oficina de empleo.

Es de hacer notar que entre las condiciones exigidas para la titularidad del derecho a las prestaciones, la Ley no menciona la exigencia de que los trabajadores hayan sido «expresamente declarados en situación de desempleo», exigencia que se contenía en el art. 174.1 LGSS y que ahora se diluye en la LBE en la más genérica obligación de encontrarse «inscrito en la correspondiente Oficina de empleo» [art. 21.1.c)], inscripción que habrá de llevarse a efecto «en la forma que reglamentariamente se establezca» (art. 24).

Si tenemos en cuenta que en virtud de la Disposición derogatoria de la LBE el art. 174 LGSS no puede entenderse en vigor, ya que forma parte integrante del «Capítulo once» (del Tít. II) del D. 2.065/1974, de 30 de mayo, que aprobó el texto refundido de dicha LGSS (que se deroga expresamente) parece claro que la derogación del art. 174.1 debe alcanzar a los preceptos que lo desarrollan. Por esa razón no cabe admitir la vigencia del art. 9.1.c) ni del art. 10, ambos de la O. de 5-5-67, que regulan ese requisito de declaración expresa de la situación legal de desempleo y las formas en que ésta se produce. Y no creo que para sustentar la opinión contraria quepa esgrimir la argucia jurídica de tales preceptos reglamentarios no desarrollaron en su día el art. 174.1 LGSS, sino que fueron dictados en desarrollo del art. 174.1 de la anterior LSS de 1966. Ello no cambiaría en nada la situación que se plantea, pues en este punto el art. 174.1 LGSS es sustancialmente idéntico a su predecesor, el art. del mismo número de la LSS; y porque, a mayor abundamiento, hay que recordar además que la O. de 5-5-67 se deroga *in toto* por la LBE en cuanto que es desarrollo de una disposición expresamente derogada por ésta (el «Capítulo siete» del Reglamento General de Prestaciones Económicas).

De todo lo que antecede no se desprende, desde mi punto de vista, que

de ahora en adelante no sea exigible al trabajador en desempleo que, con carácter previo al reconocimiento de su eventual derecho a la percepción de las correspondientes prestaciones económicas, justifique la existencia de una sentencia judicial o de una resolución administrativa de la que se desprenda su derecho al percibo de tales prestaciones; o, en su caso, que justifique cualquiera de las otras situaciones previstas en el art. 10 de la O. de 5-5-67 (certificación del acta de conciliación con reconocimiento de la improcedencia del despido, comunicación del preaviso de cese en los despidos por causas objetivas, extinción de contrato de los trabajadores fijos de obra..., etc.). Obviamente son todas éstas, actuaciones necesarias para posibilitar el conocimiento del hecho causante por la entidad gestora y el subsiguiente reconocimiento al trabajador de su derecho a las correspondientes prestaciones (facultad que se atribuye al INEM por el art. 30 LBE) y, como tales, están implícitas en la Ley, aunque en ella (como otra prueba de su falta de rigor) sólo se mencionen de forma expresa, de modo parcial, al referirse a los trabajadores fijos de temporada, cuya prestación por desempleo se supedita a «la previa comprobación administrativa del hecho del que se derive el derecho a tal prestación, obtenida en sentencia judicial o resolución administrativa firme» [art. 17.d), *in fine*] (14).

Sí se desprende, en cambio, de todo ello que es éste el momento oportuno para unificar en las futuras normas de desarrollo de la LBE una serie de disposiciones hoy dispersas, así como para establecer que el plazo de inscripción en la Oficina de empleo —que, presumiblemente seguirá siendo el de ocho días previsto en la O. de 5-5-67 (15), no es un plazo cuyo incumplimiento ocasiona la caducidad definitiva del derecho a las prestaciones, como con dudoso fundamento ha venido sosteniendo el Tribunal Central de Trabajo, sino que dicho incumplimiento —tal como preveía el art. 11 de la citada Orden— sólo determina que el derecho se inicie «a partir del día siguiente a aquel en que se formule la solicitud» y, consecuentemente, sólo ocasiona la pérdida de las prestaciones correspondientes desde la fecha en que de haberse cumplido el plazo de inscripción como parado, hubiera debido surgir el dere-

(14) Afirmación que, por lo demás, plantea serios problemas interpretativos en cuanto a la reanudación del derecho a la protección por desempleo de los trabajadores que fueran beneficiarios del mismo al finalizar la temporada y siguen en desempleo al iniciarse la siguiente, como tendremos ocasión de exponer cuando examinemos las causas suspensivas del derecho a las prestaciones.

(15) Ese plazo de inscripción en la Oficina de Empleo para los reclusos tras su liberación es de quince días, según el art. 35 de la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. Para los emigrantes retornados, a efectos de prestaciones complementarias, el plazo es de treinta días [art. 25.1.b) LBE].

cho a la prestación económica por desempleo (el día siguiente a la producción del hecho causante que, con carácter general, se fija en el art. 22.1 LBE).

2. A efectos de la titularidad del derecho a las prestaciones, el propio artículo 21 considera en situación asimilada al alta a los trabajadores que se encuentran cumpliendo el servicio militar (voluntario o forzoso) cuando se produzca «la situación con derecho a prestación», siempre que los mismos hayan cubierto el período mínimo de cotización requerido, antes de la fecha de incorporación a filas. Dicha «situación con derecho a prestación», se sigue afirmando —igual que en la normativa inmediatamente precedente (16)— que es sólo la de desempleo total. Así se desprende del art. 21.1.b), que sólo ampara el supuesto de que, una vez cumplido el servicio militar, la empresa no proceda a la readmisión del trabajador; es decir, que cuando éste solicite la reincorporación a la empresa, se haya producido bien la suspensión temporal de contratos de trabajo en virtud de expediente de regulación de empleo, o la extinción de los mismos, aunque no medie tal expediente de regulación de empleo y el cierre sea fraudulento [cfr. art. 21.a) y b) en relación con el artículo 17.a) y b), ambos de la LBE]. Parece evidente, sin embargo, que el trabajador que al reincorporarse a su empresa tras cumplir el servicio militar, se encuentra ante una situación de reducción de jornada, tendrá derecho a percibir la correspondiente prestación por desempleo parcial si reúne los requisitos de cotización exigidos por el art. 19. Por ello, no se comprende el sentido del art. 21.1.b) cuando exige tener cubierto el necesario período de cotización «antes de la fecha... de incorporación al servicio militar *cuando la empresa, cumplido éste por el trabajador, no hubiera procedido a su readmisión*». Es de suponer que se estará refiriendo a la *no readmisión en los mismos términos* en que el trabajador se encontraba con anterioridad a su incorporación a filas.

Por otra parte, por lo que se refiere al cómputo del período de cotización para causar derecho a las prestaciones por desempleo de los trabajadores que han cumplido el servicio militar y se ven afectados por un cierre, una suspensión de contratos o una reducción de la jornada normal de trabajo producidos poco después de la reincorporación del trabajador a la empresa, no parece dudoso que deba mantenerse el criterio sentado por la Resolución de 18-11-68 de la entonces D. G. de Previsión, en el sentido de entender que «dicho período debe computarse sumando los meses transcurridos desde la reincorporación del trabajador a la empresa con los inmediatamente anteriores a la iniciación por el mismo del servicio militar».

3. La Ley considera igualmente en situación asimilada al alta a los emi-

(16) Cfr. art. 3 de la O. de 5-5-67.

grantes, cuya relación laboral se haya extinguido (involuntariamente) en el país extranjero, cuando no obtengan protección a cargo de dicho país. En una errata manifiesta, la Ley supedita el derecho de tales trabajadores a obtener la prestación en España a que en el momento de su salida hubieran cotizado al sistema «durante el período mínimo establecido en el párrafo anterior» [artículo 21.1.a)], errata que hay que salvar sustituyendo la inadecuada referencia al «párrafo anterior» por la más exacta al «párrafo siguiente».

Asimismo se encuentran en situación asimilada al alta «los trabajadores fijos de temporada a la fecha de iniciarse la misma» [art. 17.d) *in fine*], supeditada la prestación por desempleo de tales trabajadores —como se dijo— «a la previa comprobación administrativa del hecho del que se derive el derecho a tal prestación obtenida en sentencia judicial o resolución administrativa firme» (*ibid.*) (17). Es decir, el derecho a la prestación por desempleo de estos trabajadores se produce cuando los mismos no hayan sido llamados por la empresa que habitualmente les emplea al inicio de la temporada [tal como previene el art. 15.1.e) del Estatuto de los Trabajadores] y hayan accionado contra dicho proceder del empresario, bien ante la Magistratura, demandando por despido, o ante la autoridad administrativa, incoando o forzando la incoación del oportuna expediente de regulación de empleo; también se produce dicho derecho cuando, a lo largo de la temporada o campaña tales trabajadores «carezcan de ocupación efectiva por causa a ellos no imputable» [artículo 17.d)] con la limitación sabida de que la protección sólo les alcanza mientras dure dicha temporada o campaña [las reglas para determinar su «duración media» se fijan por el propio art. 17.d)] (18). Es de suponer que, como establece el art. 2.3.^a de la O. de 19-5-77 sobre desempleo de los trabajadores de temporada, cuando el trabajador «no se halle vinculado contractualmente con empresa alguna que desarrolle la actividad a que se ciñan los trabajadores de la campaña», la declaración de su derecho a las prestaciones de desempleo deberá seguir haciéndose «mediante certificación expedida por la Oficina de Empleo, en la que se haga constar la inexistencia de ofertas de colocación en la actividad de que se trate». Precepto, a mi juicio, en vigor, ya que la referida orden no se menciona expresamente entre las disposiciones derogadas por la LBE y, en consecuencia, no cabe, por ello, tenerla por derogada más que en aquellos preceptos que se opongan —lo que no ocurre en este caso— a las propias disposiciones de la Ley.

(17) Vid. ante, nota 14.

(18) Como se sabe la duración de ciertas campañas ha sido fijada con carácter general por normas administrativas, que es de suponer se sigan aplicando. Así, la O. de 3-5-71 fija la duración de las campañas de determinadas frutas y hortalizas y la de 24-7-76 las del tomate en sus diferentes variedades.

Finalmente, pese a que la Ley no incluye expresamente entre las asimilaciones al alta el supuesto de traslado de trabajadores fuera del territorio nacional al servicio de empresas españolas, ni la referida a diputados y senadores o las derivadas de la aplicación de la Ley de Amnistía (19) no parece que haya lugar a poner en duda la vigencia de las respectivas disposiciones a efectos de desempleo ya que tampoco se derogan expresamente, ni tienen cabida en la Disposición derogatoria general de la Ley, por no ser tampoco contrarias a la misma.

4. Se derogan, por el contrario, expresamente los art. 175, 177 y 178 de la LGSS, todos ellos relativos a la interconexión entre situaciones de incapacidad laboral transitoria y desempleo. Según el primero de dichos artículos, los trabajadores que vieran extinguido su contrato de trabajo estando en situación de ILT pasarían al desempleo «en los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen». Términos y condiciones que, aunque no en desarrollo de la LGSS de 1974, sino de la Ley de Financiación y Perfeccionamiento de 1972, se habían establecido con carácter provisional por el art. 21 del D. 1.646/1972, de 23 de junio y el art. 2 de la O. de 31-7-72.

Del conjunto de tales preceptos, resultaba: *a)* Un reconocimiento automático de la situación legal de desempleo de los trabajadores que se veían afectados por tal situación encontrándose en ILT (art. 21.1 D. 1.646/1972), sin necesidad de tener cubierto a tales efectos el período mínimo de cotización exigido para el desempleo (art. 2.1.1.^a O. de 31-7-72) (20). *b)* Una sustitución de la situación de desempleo por la de ILT cuando, agotados los plazos máximos de percepción del subsidio de desempleo, el beneficiario estuviese impedido para el trabajo y recibiendo asistencia sanitaria de la Seguridad Social (art. 178 LGSS). *c)* El no cómputo del tiempo transcurrido en ILT a efectos de la determinación del período máximo de duración de las prestaciones por desempleo (art. 2.1.4.^a O. de 31-7-72). *d)* El derecho del trabajador dado de alta sin incapacidad a solicitar prestación de desempleo, si reunía los requisitos generales exigidos para ello (art. 2.1.5.^a O. de 31-7-72). Por su parte, el artículo 177 LGSS interrumpía el cómputo del período de percepción del sub-

(19) Reguladas, respectivamente, por O. 28-6-77, O. de 7-3-78 y RD 2647/1978 de 29 de septiembre, sobre aplicación de la Ley de Amnistía en materia de Seguridad Social y O. de desarrollo de 4-1-79.

(20) Norma interpretada por la jurisprudencia en el sentido de que «el pase a la situación legal de desempleo quiere decir a la situación legal de desempleo no subsidiado mientras dure la situación de incapacidad laboral transitoria, cuyo subsidio debe seguir percibiendo... hasta que se extinga tal situación, y es entonces, al producirse el alta cuando hay que... reconocerle o no el subsidio de desempleo, según tenga o no derecho a él por reunir las condiciones generales para ello...» (TCT 10-5-77/Ar. 2.632, cfr. en igual sentido, TCT, 12-11-79/Ar. 6.304).

sidio de desempleo, sustituyendo la prestación correspondiente al mismo por la de ILT, «en los casos de enfermedad superior a treinta días», o en los supuestos de cualquier otra contingencia «distinta de la enfermedad común, de la que se derive una incapacidad laboral transitoria, estando el trabajador en situación de desempleo subsidiado».

Como se ha dicho, algunas de estas normas (arts. 175, 177 y 178 LGSS) han sido expresamente derogadas por la LBE (21), que en sustitución de las mismas, sólo contiene una referencia expresa a la situación de ILT en su artículo 22.5; norma que viene a sentar, a mi entender, el principio contrario al hasta ahora establecido en el art. 177 LGSS y en el art. 2.1.4.^a de la O. de 31-7-72, en cuanto ordena que el cómputo de los distintos períodos máximos de percepción de las prestaciones de desempleo no se suspenderán «por la circunstancia de que durante los mismos el trabajador haya pasado a la situación de incapacidad laboral transitoria». Los preceptos mencionados se derogan, pues, unos de manera expresa (los artículos citados de la LGSS) y otros en forma tácita (art. 2.1.4.^a O. 31-7-72), por oponerse a la Ley.

Por el contrario, otras de las normas que hemos mencionado ha de entenderse que siguen en vigor. Tal ocurre con el art. 21.1 del D. 1.646/1972, que establece el reconocimiento automático de la situación legal de desempleo de los trabajadores beneficiarios de ILT si por causa que no les es imputable se extingue su contrato de trabajo. Asimismo, hay que entender vigente el artículo 2.1.1.^a de la O. 31-7-72, a cuyo tenor para el pase a la situación de desempleo (no subsidiado) de tales trabajadores en ILT no se exige la cobertura del período mínimo de cotización. Y claramente también hay que entender en vigor el art. 2.1.5.^a de la O. citada, que establece el derecho del trabajador que es dado de alta sin incapacidad, a solicitar prestación de desempleo si reúne los requisitos generales exigidos para ello. Disposiciones éstas todas que no pueden estimarse contrarias a los preceptos de la LBE.

Asimismo, en virtud del juego de los preceptos reguladores de la situación de ILT en conexión con los propios de la LBE, resulta evidente —antes como ahora— que el trabajador percceptor de la prestación por desempleo que cae enfermo, deja de percibir dicha prestación para pasar a ser beneficiario de la correspondiente por ILT; situación que no por lógica deja de ser gravosa para el trabajador en los momentos actuales en que —como se sabe— la cuantía económica de esta última se ha visto sensiblemente reducida (por RD. 53/80, de 11 de enero).

En última instancia, y pese a la derogación expresa del art. 178 LGSS, no

(21) Concretamente, su Disposición Derogatoria deroga el cap. XI (omite decir, del Tít. II) del Texto Refundido de la LGSS, que comprende los arts. citados.

parece difícil sustentar que, puesto que la situación de desempleo es una situación asimilada al alta a efectos de ILT (art. 4.1 de la O. de 13-10-67, en relación con art. 95 LGSS), debe ser considerado beneficiario de la prestación correspondiente por ILT el trabajador que, agotados los plazos máximos de percepción de las prestaciones de desempleo, se encuentre incapacitado para el trabajo y reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

5. Por lo que respecta a la interconexión entre las situaciones de desempleo e invalidez, conviene igualmente trazar el paralelismo con la situación anterior, que se ve sensiblemente modificada. En efecto, como es sabido el artículo 136 de la LSS de 1966 y el art. 9.4 de la O. 5-5-67 disponían que serían beneficiarios de las prestaciones básicas de desempleo, «los inválidos permanentes de carácter parcial o total que, concluida la rehabilitación profesional, no encuentren empleo». Con posterioridad, el art. 174.2 LGSS de 1974 estableció que los inválidos permanentes, en grado de incapacidad total para la profesión habitual, podrían ser beneficiarios de las prestaciones por desempleo «en los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen».

Con relación a estos preceptos, una reiterada doctrina jurisprudencial ha venido interpretando: *a)* Que del hecho de que el art. 136 de la anterior LSS y el art. 9.4 de la O. de 5-5-67 reconocieran de modo expreso el derecho a ser beneficiarios de las prestaciones de desempleo tanto a incapacitados permanentes totales como a los parciales, mientras que el art. 174.2 de la actual LGSS sólo se refiere a los totales, no se desprende «que los incapacitados en grado de parcial hayan quedado excluidos de tal prestación», sino que, en cualquier caso, «si tales inválidos reúnen las condiciones generales para su obtención, les debe ser reconocido el derecho a su disfrute como a cualquier otro trabajador no incapacitado» (TCT, 29-3-77/Ar. 1.867). *b)* Que la pensión por incapacidad total permanente para la profesión habitual y el subsidio por desempleo son compatibles entre sí, «porque la pensión de invalidez, de carácter permanente, y el subsidio por desempleo, de carácter temporal, obedecen a dos finalidades compensatorias distintas» (TCT, 28-6-79/Ar. 4.486). *c)* Que únicamente no pueden percibir subsidio por desempleo los incapacitados permanentes totales a quienes se incrementa su pensión en un veinte por ciento, de acuerdo con el art. 136.2 LGSS y el art. 6 del D. 1.646/1972, de 23-6, pues, como han razonado los tribunales, dado que la finalidad del citado incremento es compensar la especial dificultad de encontrar empleo, «no es admisible ostentar, por una parte, derecho a la aludida compensación y, por otra parte, derecho a compensación por no encontrarlo» (TCT 30-6-79/Ar. 4.563).

La nueva regulación introducida por la LBE viene a modificar este estado

de cosas, en cuanto en su art. 21.2 se establece la posibilidad para inválidos totales o parciales con derecho a pensión de solicitar, en sustitución de la misma, la prestación por desempleo, si tuvieran derecho a ella por tener un período de cotización suficiente, o, en su caso, a percibir la diferencia entre ambas pensiones, cuando «la pensión causada por la invalidez fuese inferior a la prestación de desempleo».

Con independencia de la insalvable dificultad de otorgar este derecho a los inválidos parciales —que no son trabajadores «con derecho a pensión», en los términos que utiliza el art. 21.1 LBE— (22) lo que no ofrece duda es que la prestación por desempleo ya no se considera acumulable, como hasta ahora, a la pensión de invalidez, sino que es *alternativa* o, en su caso, complementaria de la misma. Regulación incongruente, ya que no acaba de entenderse esa dualidad de situaciones que se perfilan en la Ley, pues si al trabajador se le reconoce el derecho a percibir la diferencia en más entre la prestación por desempleo (superior) y la pensión de invalidez (inferior), parece que difícilmente va a solicitar la primera en sustitución de la segunda, pues sólo pueden ocurrir dos cosas: *a*) que la pensión por invalidez sea inferior, en cuyo caso tiene derecho a percibir la diferencia en más de la prestación por desempleo; *b*) que la pensión por invalidez sea superior, en cuyo caso (difícil en la práctica) (23), no parece pueda pensarse que el trabajador vaya a solicitar la prestación por desempleo «en sustitución».

6. Una última observación con respecto a la titularidad del derecho a las prestaciones es la de que el mismo «no queda enervado porque la empresa incumpla sus obligaciones respecto de la afiliación, el alta o la cotización» (artículo 21.3). Se acoge, pues, en este punto el principio ya tradicional entre nosotros de automaticidad de prestaciones, lo que supone —como reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia del TCT— que en tales casos es «responsable único» el ente gestor (TCT 13-10-79/Ar. 5.576), sin perjuicio, como previene la Ley, de las acciones que el mismo «pueda adoptar contra la empresa infractora y las responsabilidades de ésta» (art. 21.3). Es de esperar, en este sentido que el INEM se muestre más dispuesto a la aceptación pacífica

(22) Esta referencia de la LBE a los inválidos parciales la califica ALONSO OLEA de *lapsus* (Cfr. su trabajo *El paro forzoso y su aseguramiento*, en esta misma revista, página 14 del original mecanografiado, que he podido consultar por gentileza de su autor).

(23) Dificultad que se acentúa por la previsión hecha en el propio art. 21.2 LBE de que, a efectos de la comparación entre la pensión de invalidez y la prestación por desempleo, establece que «no se considerará incluido en el importe de la pensión de invalidez el recargo por falta de medidas de seguridad e higiene».

de este precepto que lo han sido en su momento el INP o el INSS en la aceptación del equivalente art. 9.3 de la O. de 5-5-67.

NACIMIENTO, SUSPENSION, EXTINCION Y REAPERTURA DEL DERECHO

1. Según establece el art. 22.1 el derecho, a las prestaciones por desempleo, tanto total como parcial, se inicia «a partir del día siguiente a aquél en que hubiera ocurrido el cese en el trabajo o la reducción de las jornadas». Del análisis conjunto de este precepto y el art. 21.1.c) se deriva que el nacimiento del derecho se supedita a la inscripción del trabajador desempleado en «la correspondiente Oficina de Empleo»; inscripción que parece habrá de llevarse a efecto en todo caso, incluso cuando se ha producido un expediente de regulación de empleo. Desaparece así, en principio, la dualidad de situaciones previstas en el art. 11 de la O. de 5-5-67, que diferenciaba el supuesto de «cese autorizado por la autoridad laboral competente» (en el que el derecho a la percepción del subsidio se iniciaba automáticamente a partir del día siguiente del cese) de los «demás casos», en los que el nacimiento del derecho al día siguiente de la producción del hecho causante se supeditaba al cumplimiento del requisito de inscripción como parado y solicitud de la prestación en el plazo de ocho días. Cabe pensar, sin embargo, que las futuras normas reglamentarias (previstas en el art. 24 LBE) establezcan que —como hasta ahora— la comunicación por la autoridad laboral a la entidad gestora de la resolución aprobatoria de un expediente de regulación de empleo surta efectos de inscripción y solicitud con respecto a los trabajadores incluidos en ella; máxime si se tiene en cuenta que de acuerdo con el art. 51.5 del Estatuto de los Trabajadores, la autoridad laboral en tal caso viene obligada a oír a la entidad gestora con carácter previo a dicha resolución.

Es de esperar, además, como ya se dijo, que en ese futuro desarrollo reglamentario se corrija la poco fundamentada opinión de la jurisprudencia que entiende que el incumplimiento del citado plazo ocasiona en todo caso la caducidad definitiva del derecho.

Por lo que respecta a los trabajadores fijos de temporada que, habiendo comenzado a trabajar en ella, se vean afectados durante su transcurso por una situación de desempleo, su derecho a las correspondientes prestaciones nace, aunque nada se diga al respecto en el art. 22.1 LBE, igualmente al día siguiente de producirse el hecho causante, pues en este caso no cabe establecer diferencias entre estos trabajadores y los demás comprendidos en el artículo 17. Cuando iniciada la temporada o campaña no se produce llamamiento o por la empresa con la que los trabajadores están contractualmente vincula-

dos, o no existen ofertas adecuadas —para los no vinculados con empresa alguna— el nacimiento del derecho se supedita a «la previa comprobación administrativa del hecho» del que el mismo deriva [art. 17.d)], como ya tuvimos ocasión de apuntar.

Por otra parte, los reclusos en instituciones penitenciarias que, una vez liberados, «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», según dispone el art. 35 de la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, «tendrán derecho a la prestación por desempleo en las condiciones que reglamentariamente se establezcan».

2. El art. 22.2 determina las causas de suspensión del derecho a las prestaciones por desempleo, en las que sigue operándose la distinción entre lo que la doctrina ha denominado (24) causas de orden técnico y causas sancionadoras. Entre las primeras se incluye el servicio militar o el social. Como evidentemente el antiguo servicio social de la mujer al que hacía referencia el artículo 13.1.b) de la O. de 5-5-67 es hoy una institución fenecida, hay que entender por servicio social el sustitutivo del servicio militar en determinados casos (objeto de conciencia). La suspensión no se produce si el trabajador beneficiario «tuviera familiares a su cargo y no disfrutara de renta familiar alguna cuya cuantía exceda del salario mínimo interprofesional» [art. 22.2.d)]. Parece que debe entenderse, por la denominación, que dicha «renta familiar» podrá estar integrada por ingresos obtenidos por cualquiera de los miembros componentes de la familia, excepción hecha, claro está, de los propios ingresos del cabeza de familia, derivados de su trabajo personal.

Se suspende igualmente el derecho a las prestaciones por desempleo, durante el tiempo en que el trabajador beneficiario «preste servicios profesionales en un programa de empleo» de los previstos en el capítulo II del Título I de la LBE, que han de ser desarrollados reglamentariamente [art. 22.2.c)]. También se suspende dicho derecho por el tiempo durante el cual el titular «preste un trabajo no superior a seis meses que dé lugar a su inclusión en el sistema de la Seguridad Social» [art. 22.2.e)] (25).

De manera incongruente la Ley indica en el art. 22.5 que los «plazos previstos en el artículo diecinueve», esto es, los períodos de duración de las correspondientes prestaciones económicas por desempleo, «sólo se suspenderán

(24) Cfr. DE LA VILLA-DESDENTADO, *Derecho de la Seguridad Social*, 2.ª ed., página 603.

(25) Los apartados c) y e) del art. 22.2 LBE coinciden básicamente con el contenido de los apartados c) y a) del art. 13.1 de la O. de 5-5-67.

por el hecho de que el beneficiario haya obtenido ocupación por tiempo no superior a seis meses dentro de ellos, sin que dichos plazos se amplíen por la circunstancia de que durante los mismos el trabajador haya pasado a la situación de incapacidad laboral transitoria». Inicialmente, la lectura del citado párrafo produce estupor, pues es evidentemente una *contradictio in terminis* establecer primero unas causas de suspensión del derecho a las prestaciones (lo que *ex hipotesis* presupone una paralización del cómputo de los correspondientes períodos de prestaciones) para afirmar después que éstos períodos «sólo se suspenderán» en uno de los casos mencionados (cuando «el beneficiario haya obtenido ocupación por tiempo no superior a seis meses»). ¿En qué quedamos, entonces? En los demás supuestos que se citan (servicio militar o social, prestación de servicios profesionales en un programa de empleo, suspensiones disciplinarias), ¿hay o no *suspensión* del derecho a las prestaciones por desempleo? Evidentemente esta contradicción debe salvarse entendiendo que la paralización del cómputo de los períodos de percibo de las correspondientes prestaciones es de esencia en toda suspensión del derecho a las mismas y, por ende, se paraliza (= se *suspende*) en todos los casos mencionados y no sólo en el supuesto de que el trabajador beneficiario preste un trabajo no superior a seis meses. Lo único que la Ley ha pretendido decir en el art. 22.5 —y lo ha dicho mal— es, desde mi punto de vista, que en este último caso el período de percepción acreditado no se suspende durante el tiempo —que exceda de los seis meses— en que el trabajador está en ILT. Probablemente cabría incluso llegar a la conclusión —aplicando el principio *odiosa sunt restringenda*— de que dicho período sí se suspende cuando la situación de ILT sobreviene en supuestos distintos del mencionado. Sin embargo, tal solución por injustificada e ilógicamente discriminatoria no sería de recibo.

Hay que señalar, sin embargo, que la imposición legal de *suspensión de las prestaciones* a quienes participan en un programa de empleo resulta incompatible con la supervivencia del RD 2.544/1979, de 19 de octubre, de colaboración entre el INEM y las Corporaciones Locales y la O. de 1-12-79 que lo desarrolla, que autorizaron —en una errónea línea de pretendido fomento del empleo— a Diputaciones y Ayuntamientos a contratar trabajadores perceptores del subsidio de desempleo «sin pérdida para éstos de las cantidades que vinieren percibiendo», esto es, sin suspensión de las correspondientes prestaciones, lo que no cabe seguir admitiendo tras la promulgación de la nueva ley por las razones señaladas. Por idénticos motivos debe estimarse igualmente derogado el RD 421/1980, de 8 de febrero, por el que se extiende a la Administración del Estado dicho sistema de colaboración. Apreciación que, de manera más rotunda, confirma el art. 27 LBE, que declara incompati-

bles las prestaciones por desempleo —como en su momento diremos— «con la percepción de rentas debidas a un trabajo por cuenta ajena o propia».

Cabe preguntarse, en último término si es por simple omisión por lo que no se recoge en la Ley entre los períodos suspensivos del derecho a las prestaciones por desempleo el tiempo que media entre el fin de una temporada y el comienzo de la siguiente en el caso de los trabajadores fijos de temporada que fueran beneficiarios de tales prestaciones al finalizar la temporada o campaña. Como se sabe, la O. de 19-5-77 establece en su art. 4.1 que en tal supuesto el derecho quedará suspendido hasta el comienzo de la siguiente temporada o campaña, en que o bien se reanuda, si el trabajador continúa en desempleo, o se extingue definitivamente en el caso de que el beneficiario se reincorpore al trabajo. La duda se plantea ahora, en primer lugar por la no inclusión de este supuesto entre las causas de suspensión del derecho (omisión, sin duda, salvable estimando en vigor el art. citado de la Orden de 1977); pero, sobre todo, la duda se plantea porque la Ley parece supeditar la prestación por desempleo de los trabajadores de temporada en todo caso «a la previa comprobación administrativa del hecho del que se derive el derecho a tal prestación obtenida en sentencia judicial o resolución administrativa firme» [artículo 17.d)], como ya tuvimos ocasión de decir. Y parece claro que esta afirmación legal resulta difícilmente cohonestable con la supervivencia del precepto anteriormente indicado.

3. Carácter claramente sancionador tienen, en cambio, las restantes causas de suspensión del derecho enunciadas en la Ley. Dicha sanción se traduce en la no percepción de la prestación durante ciertos períodos: un mes «cuando el titular del derecho no comparezca ante el INEM cuando sea requerido para ello» [art. 22.2.a)], o no le facilite «los datos necesarios para su afiliación o alta al sistema de la Seguridad Social» (art. 33.1 en relación con el art. 35.1), disposición un tanto extraña, pues parece que si el trabajador percibe el seguro de desempleo, sus datos deben lógicamente de obrar en poder del ente gestor. Seis meses cuando el trabajador beneficiario «rechace una oferta de colocación adecuada» o de manera infundada se niegue a «realizar los trabajos de formación o promoción profesional» que acuerde el INEM, o «a participar en los programas de empleo por él patrocinados» [art. 22.2.b)], medidas las dos últimas claramente dirigidas al control de posibles fraudes, con claros antecedentes en RD 656/1978, de 30 de marzo (arts. 8 y 9).

La Ley establece (art. 23) qué se entiende por «colocación adecuada» y la define como aquella oferta de trabajo que reúna los requisitos de: a) corresponderse con las aptitudes físicas y profesionales del trabajador, y b) no implicar cambio en «la residencia habitual del mismo, salvo que tenga posibilidades de alojamiento apropiado en el lugar del empleo». Definición, pues,

sustancialmente idéntica a la establecida por el art. 1.3.º.2 del RDL 15/1976, de 10 de agosto. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que una recta interpretación de este precepto exige tomar en consideración —lo que no parece se haya hecho hasta el momento— los criterios que fija el art. 10 del Convenio núm. 44 de la OIT, al definir lo que deba entenderse por «empleo conveniente», con noción, sin duda, más amplia de la que literalmente se contiene en la LBE y a la que, por imperativos jerárquicos, deberá ésta adaptarse.

Por otra parte, hay que señalar que el art. 23.2, al deferir la solución de las controversias sobre la adecuación de la oferta de trabajo a la autoridad laboral («resolverá el Delegado de Trabajo en un plazo de cinco días») clarifica la situación precedente y convalida la posible ilegalidad en que incurriera el art. 7 del RD 656/1978, de 30 de marzo (dictado en cumplimiento de los llamados Pactos de la Moncloa) al establecer idéntica disposición.

La misma suspensión del derecho por período de seis meses se produce cuando el trabajador obtiene fraudulentamente «prestaciones superiores a las que le correspondan» o prolongue de manera injustificada el disfrute de las mismas. En tales casos, previstos en el art. 33.2, el trabajador viene, además, obligado a «devolver el importe de las cantidades indebidamente percibidas» (artículo 35.2).

4. El rechazo de una oferta de colocación adecuada o, en su caso, la negativa infundada a participar en los programas de empleo o a realizar los trabajos de formación o promoción profesional acordados por el INEM se sancionan con la extinción definitiva del derecho, si se producen durante el tiempo en que el derecho del desempleado a las prestaciones se encuentra suspendido como sanción por su incomparecencia ante el INEM [art. 22.3.c)]. Carácter sancionador posee, igualmente, la extinción producida cuando se descubre que el beneficiario ha obtenido o disfruta fraudulentamente la prestación [art. 22.3.g)]; o cuando el mismo incurre en cualquier infracción que se sancione con la pérdida de ésta [art. 22.3.e) en relación con el art. 35.3], supuestos que, en todo caso, producen la obligación de devolver las prestaciones indebidamente percibidas, sin perjuicio, además, de la posible responsabilidad penal (arts. 35.3 y 35.4).

No ya por razones disciplinarias, sino de orden técnico, se extingue el derecho en los casos de agotamiento de los plazos de percepción de las prestaciones [art. 22.3.a)]; cumplimiento de la edad mínima general de jubilación, si se tiene acreditado el necesario período de carencia para causar derecho a la correspondiente pensión [art. 22.3.d) y, reiterativamente, en art. 22.3.e)]; por pasar a ser pensionista de jubilación o invalidez absoluta o gran invalidez; o por prestación por el beneficiario por tiempo superior a seis meses de un

trabajo que dé lugar a su inclusión en el sistema de la Seguridad Social [artículo 22.3.b)]. En este último caso se produce lo que podemos llamar una extinción condicionada, ya que la Ley especifica que si el trabajador no hubiese agotado el período de desempleo al incorporarse al nuevo trabajo, cuando eventualmente vuelva a hallarse en situación de desempleo podrá optar entre: *a)* seguir percibiendo la prestación anterior, por el período que le restaba; o, *b)* «acogerse al nuevo período que hayan generado las cotizaciones efectuadas» [art. 19.3 en relación con el art. 22.3.b)]. Parece claro en este supuesto que si el trabajador opta por la posibilidad *a)*, la prestación se le abonará en la misma cuantía que se le abonaba cuando se extinguió (condicionalmente) su derecho.

Fuera del supuesto mencionado, la extinción produce el cierre definitivo del derecho. Su reapertura exige que vuelva a producirse una nueva situación de desempleo y que de nuevo el trabajador reúna los requisitos generales exigidos por la Ley para causar derecho a las prestaciones (art. 22.4). En este sentido, se expresa —de forma más tajante y clara que en la normativa anterior— que el cómputo del sucesivo período de cotizaciones exigido para causar derecho a las prestaciones correspondientes, se efectuará «desde la extinción del derecho a la prestación por desempleo» (art. 19.2), sin que a tales efectos se compute como tiempo cotizado, «el que lo haya sido por la Entidad Gestora, o en su caso por la empresa, durante el tiempo de abono de la prestación económica» (art. 22.4).

Hay que tener en cuenta, no obstante, que cuando en una empresa se autorizan sucesivamente una suspensión temporal de contratos o una reducción de jornada (por período no superior a seis meses) y el cierre definitivo, a los trabajadores afectados por unas autorizaciones se les computan los períodos de desempleo a partir de la segunda (= la de cierre definitivo), sin que a efectos del cálculo de la duración máxima se tenga en cuenta «el tiempo durante el que percibieron la de desempleo parcial o total en virtud de la primera autorización» (art. 22.6).

PRESTACIONES COMPLEMENTARIAS

1. De acuerdo con el art. 26 se establece un *subsidio* equivalente al setenta y cinco por ciento del salario mínimo interprofesional, al que se añaden «las correspondientes prestaciones asistenciales médico-farmacéuticas de la Seguridad Social, y ayuda familiar en su caso» (26). En este sentido, la LBE

(26) Ayuda que también perciben, claro está, los beneficiarios de las prestaciones básicas, como se desprende del art. 3.1.b) de la O. de 28-12-66, reguladora de las prestaciones familiares.

introduce una innovación con respecto al derecho anterior, al institucionalizar una prestación complementaria de carácter general y reglado, frente a la concesión potestativa de una ayuda similar (por tiempo más reducido: tres meses como máximo) que preveía el art. 19 de la O. de 5-5-67 sólo en favor de ciertos familiares de los trabajadores migrantes.

La duración inicial del subsidio es de seis meses, previéndose una única prórroga por otros tres meses «en las condiciones que determine el Consejo General del Instituto Nacional de Empleo» (art. 26). Cabe preguntarse si estas «condiciones» se materializarán, de forma similar a lo previsto en el artículo 12 de la derogada O. de 5-5-67, en un informe de la correspondiente Oficina de Empleo acerca de la subsistencia o no de las causas que originaron la concesión inicial.

Tienen derecho a este subsidio con carácter general los trabajadores mayores de dieciocho años y menores de sesenta y cinco con responsabilidades familiares que, habiendo sido beneficiarios de la prestación (básica) y agotado el periodo correspondiente de percepción de la misma, estén inscritos en la Oficina de Empleo y no se les ofrezca colocación (adecuada) en el plazo de los siguiente treinta días [art. 25.1.a)]. Dichos trabajadores, además de las condiciones expresadas, han de carecer de «rentas de cualquier naturaleza» que superen en cuantía al salario mínimo (artículo citado). Se excluyen, por tanto, de la posibilidad de ser perceptores de este subsidio los trabajadores mayores de dieciséis y menores de dieciocho años (a quienes se otorgan «ayudas formativas»: art. 25.2) y los mayores de sesenta y cinco años, quienes normalmente quedarán amparados por la correspondiente pensión de jubilación y, en su caso, se les otorgará el beneficio previsto en el art. 19.1 de la Ley, es decir, la ampliación a veinticuatro meses del periodo de cobertura por desempleo a fin de permitirles completar el tiempo preciso para causar derecho a la jubilación. Igualmente se excluye, de manera dudosamente justificable y posiblemente anticonstitucional (27) a los trabajadores comprendidos entre dieciocho y sesenta y cinco años sin responsabilidades familiares (solteros o viudos sin hijos u otros familiares a su cargo).

De manera específica establece la Ley que tienen derecho al subsidio los trabajadores retornados del extranjero que no puedan ser considerados en situación asimilada al alta por no tener cubierto el periodo mínimo de cotización requerido. Dichos emigrantes han de inscribirse en la Oficina de Empleo «antes de los treinta días siguientes a su retorno, sin que se les ofrezca colocación en el plazo de los siguientes sesenta días» [art. 25.1.b)]. Parece innecesario advertir que para estos emigrantes ha de entenderse que rigen

(27) Vid. ante, nota 11.

—como para los demás trabajadores— los límites de edad y —a reserva de su constitucionalidad— los condicionantes familiares reseñados.

2. No se recogen entre las prestaciones complementarias el abono de indemnizaciones por despido que establecía el art. 20 de la O. de 5-5-67. De esta forma, dada la reiteradamente advertida derogación de la Orden de referencia, no ha lugar a poder seguir argumentando con algún sector de la doctrina (28) la vigencia, siquiera parcial, del art. 20 citado. Vigencia que ha sido insistentemente negada por los tribunales a partir de la creación del Fondo de Garantía Salarial por el art. 31 LRL y RDL 17/1977 de 4 de marzo y, en especial, tras la promulgación de la O. de 11 de noviembre de 1977 (29).

INCOMPATIBILIDADES. FRAUDE

1. Con la tantas veces resaltada falta de rigor técnico, la Ley introduce dentro del cap. III, dedicado a las «prestaciones complementarias», dos artículos, el 27 y el 28, en los que respectivamente se regulan las incompatibilidades de las prestaciones por desempleo y el fraude en su percepción. Encuadramiento a todas luces inadecuado por lo que respecta a las incompatibilidades, pues éstas no sólo van referidas a las prestaciones complementarias, sino también —y sobre todo— a las básicas. Lo que la Ley regula es que no se puede ser receptor de prestaciones por desempleo y al propio tiempo desempeñar un trabajo por cuenta ajena o propia, salvo, claro está, en los supuestos de desempleo parcial en los que la percepción compartida de salario y prestaciones es de esencia (cfr. el art. 27). Desde esta perspectiva resulta inadecuado situar un artículo referido a las incompatibilidades dentro de un capítulo que se dice regula las prestaciones complementarias.

2. En lo que respecta al fraude (art. 28), aparte la inutilidad de reiterar en concreto (acción pública en la denuncia del fraude) lo que otras normas ya establecen con carácter general (acción pública en la denuncia por infracción de leyes sociales) (30), es aún más aparatosa, si cabe, su defectuosa ubicación en la Ley, ya que ésta dedica un capítulo posterior (el cap. VI) al tratamiento de las «Infracciones y sanciones», que, por cierto, tampoco se encuadra con corrección, como más adelante tendremos ocasión de advertir.

(28) Cfr. DE LA VILLA-DESDENTADO, *op. cit.*, pág. 600.

(29) Cfr. por todas las numerosas sentencias recaídas en este sentido; TCT 30-6-79/Ar. 4.556 y 2-7-79/Ar. 4.627.

(30) Cfr. art. 9 de la Ley 39/1962, de 21 de julio, de Ordenación de la Inspección de Trabajo.

FINANCIACION Y GESTION

1. Se establece un único sistema de financiación, común tanto para la prestación (básica) como para las prestaciones complementarias (31), que se nutre a través de dos canales: las cotizaciones de empresarios y trabajadores, que constituyen el sesenta por ciento de los recursos, y las transferencias del Estado, con cargo a sus Presupuestos Generales, en el cuarenta por ciento restante. Dichas transferencias del Estado son ampliables con cargo a créditos extraordinarios si fueren necesarias para cubrir eventuales déficits de financiación del sistema (art. 29, núm. 1 y 2) (32). La misma disposición ordena la fijación por vía reglamentaria de «un tipo único de cotización por esta contingencia», que se aplicará sobre una base de cotización constituida por «las retribuciones del trabajador». Ya hicimos referencia con anterioridad a la imprecisión que encierra esta escueta delimitación legal de la base, así como al mantenimiento del tipo vigente en tanto no se desarrolla este artículo de la LBE. A lo ya dicho, pues, nos remitimos.

2. Por lo que respecta a la gestión del desempleo, se reitera su atribución al INEM; atribución prevista en los Pactos de la Moncloa y que, posteriormente, se precisó en el RDL 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo (art. 5) y, de alguna forma, en las propias normas estructurales del INEM (33), pero sin que hasta el momento presente se haya llevado a la práctica. Dicha transferencia de funciones desde los organismos gestores de la Seguridad Social al INEM, por lo demás pudiera no ser inminente, debido en parte a «dificultades circunstanciales» (34) de clara raíz organizativa y quizá también a la propia reticen-

(31) Lo que constituyó un punto más de divergencia de criterios entre el grupo centrista (que propugnaba el art. 29 en su actual redacción) y los de oposición que entendían, con argumentos, a mi juicio, atendibles, que las prestaciones complementarias debían ser financiadas en su integridad con cargo exclusivo a los Presupuestos Generales del Estado (Cfr. en este sentido, las intervenciones del señor Pérez Royo, del grupo parlamentario comunista, y del señor De Vicente Martín, del grupo parlamentario socialista, en «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», núm. 104/1980, pág. 6841 y sigs.).

(32) En este sentido, la Ley 56/1980, de 15 de noviembre, concede un crédito extraordinario de veinte mil millones de pesetas para atender a los gastos de desempleo.

(33) D. 439/1979, de 20 de febrero y O. de 22 de enero de 1980.

(34) Así se expresa en su preámbulo la circular del INSS núm. 101/80, de 24 de noviembre a que hemos hecho referencia anteriormente (vid. nota 8), que prevé una demora en la asunción de competencias por el INEM «hasta principios del próximo año 1981».

cia del INEM a asumir la gestión del desempleo. Por todo ello, de forma un tanto vaga, la LBE prevé que hasta que esta asunción de competencias «pueda realizarse por el Instituto Nacional de Empleo», se seguirá atribuyendo a las entidades gestoras de la Seguridad Social el pago de las correspondientes prestaciones y, por supuesto, aunque no se diga expresamente, el reconocimiento del derecho a las mismas.

INFRACCIONES Y SANCIONES. RECURSOS

1. Hemos dicho hace un momento que el encuadramiento del cap. VI dentro del Título II de la Ley es incorrecto. Y lo es porque las infracciones y sanciones que en dicho capítulo se contemplan no se refieren exclusivamente a la materia de desempleo (objeto del Título II), sino que alcanzan igualmente a la materia de empleo (cfr., por ejemplo, el art. 32). Por ello hubiera sido más adecuado encuadrar el tema de las infracciones y sanciones en un título propio, por razones de coherencia sistemática.

Dado que ya hemos hecho referencia en otro lugar a las infracciones que comportan una suspensión o la extinción del derecho a las correspondientes prestaciones, no vamos aquí a hacer ningún comentario adicional sobre las mismas. Pero sí quisiera subrayar, aparte la inadecuación de cierta terminología —como la referencia al Libro de Matrícula de «Accidentes de Trabajo», por Libro de Matrícula del Personal, que se hace en el art. 32.3.a)—, el criterio dispar que se establece en los arts. 34 y 36, al regular las sanciones económicas a los empresarios y a los trabajadores respectivamente. Las de aquéllos se establecen con todo detalle, fijando sus diversas cuantías y los órganos administrativos a quienes corresponde su imposición en cada caso (art. 34), con absoluta simetría a lo que se establece en el art. 57. del Estatuto de los Trabajadores. Por el contrario, y sin razón aparente, la determinación cuantitativa de las multas a imponer en su caso a los trabajadores se difiere a una fijación de futuro por vía reglamentaria (art. 36).

2. Por lo que respecta a la regulación de los recursos, el art. 37 establece que la jurisdicción laboral (por tal hay que entender la «jurisdicción competente» a que literalmente se alude) sólo conocerá de ahora en adelante de la impugnación de decisiones de la entidad gestora «relativas al reconocimiento, denegación, suspensión o extinción» de las diferentes prestaciones por desempleo (tanto la básica como las complementarias). Por el contrario, los «demás acuerdos» habrán de ser impugnados en vía administrativa y, eventualmente, ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Entre estos acuerdos se incluyen las controversias surgidas acerca de la adecuación o no de una determi-

nada oferta de colocación hecha a trabajadores en desempleo, si bien aquí la decisión del órgano gestor no se recurre en alzada ante la Dirección General de Empleo, sino ante el Delegado de Trabajo (cfr. art. 37.2 en relación con el artículo 23). En este sentido, pues, la Ley recoge de manera adecuada el criterio ya sentado con carácter general por la Ley de Bases de la Seguridad Social (Base 19) —y nunca llevado a la práctica, por lo demás— que diferenciaba las cuestiones litigiosas según afectaran o no «singularmente» a los beneficiarios del régimen de Seguridad Social, sometiendo las primeras a la jurisdicción laboral y las segundas a los correspondientes órganos administrativos.

DISPOSICION TRANSITORIA SEGUNDA

La disposición transitoria segunda LBE suscita un problema de honda trascendencia práctica, el de saber cuál es la incidencia de la nueva normativa del desempleo sobre situaciones producidas al amparo, o bajo la vigencia de las normas anteriores. Problema de derecho transitorio que se agudiza en este caso por el carácter menos favorable que reviste la LBE frente a las disposiciones anteriores que deroga.

En una aproximación simplificadora pudiera pensarse que la clave del problema que se plantea está en la noción «beneficiarios de las prestaciones por desempleo» que utiliza la norma de referencia. Para ella, la legislación anterior es aplicable a todos los efectos a quienes «fueran beneficiarios de las prestaciones por desempleo» en el momento de la entrada en vigor de la LBE (18-octubre-1980, según disposición final 2.^a). A ellos, y sólo a ellos, se aplicaría la normativa anterior.

¿Y quiénes son o pueden considerarse en este sentido como «beneficiarios»? Evidentemente la interpretación habrá de hacerse de acuerdo con las normas anteriores; concretamente, el art. 174 LGSS, a cuyo tenor lo son los trabajadores por cuenta ajena afiliados y en alta o situación asimilada que posean las cotizaciones requeridas y hayan sido expresamente declarados en situación legal de desempleo. De acuerdo con esta interpretación simplificadora a estos trabajadores —y, por supuesto, a quienes ya eran perceptores de un subsidio por desempleo, en la terminología antigua— es a quienes se aplica la normativa anterior y no la LBE.

Sin embargo, decimos, esta interpretación es simplificadora, por no decir simplista. Y lo es porque parece que una hermenéutica razonable del precepto no puede parar ahí. A mi entender, hay que ir más lejos; se debe interpretar que en la expresión «beneficiarios» que usa la Ley se incluyen al menos dos grupos más de trabajadores: a) quienes (reuniendo los debidos requisitos) hu-

bieran instado el reconocimiento de su derecho a una prestación por desempleo con anterioridad a la entrada en vigor de la LBE, aun cuando en ese momento no se hubiere producido la pertinente resolución; b) aquellos trabajadores para quienes se hubiera producido el hecho causante —del que haya de derivar el reconocimiento de su derecho a las prestaciones de acuerdo con las normas anteriores— antes de la entrada en vigor de la nueva Ley, por supuesto siempre que insten el reconocimiento de su derecho en tiempo y forma adecuados.

No reconocerlo así sería atribuir a la LBE una cierta retroactividad, que aunque de grado mínimo no sería admisible en nuestro derecho, en el que si de manera excepcional algunas leyes pueden establecer su retroactividad (artículo 2.3 Código civil *a sensu contrario*), ésta no es admisible (ni en grado mínimo) en el caso, entre otras, de las normas «no favorables» (art. 9.3 de la Constitución) categoría en la que, a no dudarlo, se incardinan las disposiciones del Título II LBE, como cumplidamente me parece haber puesto de relieve a lo largo de estas páginas.

JESÚS M. GALIANA MORENO

