

LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL AÑO 2002. DE LA CONCERTACIÓN SOCIAL A LA CONFRONTACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LAS REFORMAS DEL DESEMPLEO Y LA JUBILACIÓN*

SUMARIO: 1. De la concertación social a la confrontación. De las normas de aplicación del Acuerdo Social de 9 de abril de 2001 al RDL 5/2002 y a su posterior tramitación como Proyecto de Ley. 2. Medidas financieras, de procedimiento y de control de prestaciones. Modificación parcial del régimen de las prestaciones por muerte y supervivencia. 2.1. Medidas financieras, de procedimiento y de control de prestaciones. 2.2. Modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia. 3. La reforma de la prestación por desempleo. 3.1. Consideraciones generales. 3.2. La prestación contributiva por desempleo. 3.3. Subsidio por desempleo y pago de las prestaciones. 3.4. Protección por desempleo de los trabajadores eventuales agrarios. 4. La Ley 35/2002 y la introducción en la prestación de jubilación de la gradualidad, progresividad y flexibilidad en la edad de jubilación. 4.1. Ampliación de los supuestos de jubilación anticipada y modificaciones en su regulación. 4.2. Medidas que favorecen el mantenimiento de la actividad y disposiciones complementarias. 4.3. Jubilación flexible, jubilación parcial. 5. Reseña de Jurisprudencia. 5.1. Afiliación a la Seguridad Social. 5.2. Cotización y recaudación. 5.3. Gestión de prestaciones. 5.4. Prestaciones. 5.5. Régimen Especial Agrario.

De acuerdo con el objeto de las Jornadas Andaluzas en esta su vigésima primera edición, en esta Ponencia vamos a exponer las novedades legislativas que se han producido a lo largo del año 2002, sus circunstancias, así como las decisiones jurisprudenciales más importantes del Tribunal Supremo desde julio de 2001 a junio del 2002, fechas escogidas a la vista del momento en el que son difundidas.

* Jaime Castiñeira Fernández ha coordinado la ponencia y es autor de los apartados 1 a 4. Margarita Arenas Viruez, Ramón López Fuentes y Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca, son autores del apartado 5.

Tras la discusión en las Jornadas se han incorporado para la publicación las aportaciones que se realizaron y las novedades legislativas más importantes aparecidas con posterioridad, además de añadirse las correspondientes notas.

1. DE LA CONCERTACIÓN SOCIAL A LA CONFRONTACIÓN. DE LAS NORMAS DE APLICACIÓN DEL ACUERDO SOCIAL DE 9 DE ABRIL DE 2001 AL RDL 5/2002 Y A SU POSTERIOR TRAMITACIÓN COMO PROYECTO DE LEY

El 9 de abril de 2001 se firmó entre el Gobierno, CEOE, CEPYME y CC.OO. un Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de la Seguridad Social¹, en el marco de las Recomendaciones del Pacto de Toledo y del Acuerdo Social de octubre de 1996, acordándose una serie de medidas en la línea del diálogo social que desde 1996 hasta 2001 han mantenido, con algunos altibajos, los firmantes del citado Acuerdo². Dichas medidas hasta el momento se han ejecutado de manera casi completa aunque con importantes lagunas, como la creación de la Agencia de la Seguridad Social o la protección del riesgo de dependencia, aunque ésta cuenta con un horizonte para aprobar una política de atención adecuada hasta el final de la presente legislatura, en marzo de 2004.

Por el contrario, en la primavera de 2002 se produjo un brusco cambio en la manera de legislar en esta materia al prescindir radicalmente del consenso con los interlocutores sociales, aunque dicha fórmula contaba con el antecedente de la aprobación del Real Decreto Ley 5/2001 de 2 de marzo, de Medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, tramitado posteriormente como Proyecto de Ley con notables adiciones en las Cámaras y convertido en la Ley 12/2001 de 9 de julio. Como es sabido, el Real Decreto Ley 5/2002 de 24 de mayo —tras un excesivamente breve período de negociación previa con los interlocutores sociales³, lo que choca frontalmente con toda la Estrategia Europea de Empleo, basada en el diálogo social, que no descarta decisiones unilaterales del legislador pero tras un período de negociación suficiente—, sufrió tras su aprobación una contestación sindical y de los trabajadores tan fuerte que fue modificado de manera sustancial, aunque no en su tota-

1. Ver ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de Seguridad Social», *XX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales y Mergablum, Sevilla, 2002, págs. 335 y ss.

2. Ver GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Seguridad Social año 2002: balance general de unas reformas en curso», *Temas Laborales* nº 66/2002, págs. 18 y ss. SEMPERE NAVARRO, A. V.: «La reforma de la Seguridad Social: aspectos formales e instrumentales», *Temas Laborales* nº 66/2002, págs. 74 y ss. y bibliografía allí citada.

3. El documento del Gobierno de Medidas para la Reforma de la Protección por Desempleo y de la Ley Básica de Empleo lleva fecha de 17 de abril de 2002 y el RDLey fue aprobado el 24 de mayo siguiente.

lidad, durante su tramitación como Proyecto de Ley, quedando sin atender las reivindicaciones sobre el subsidio de desempleo de los trabajadores eventuales agrarios en Andalucía y Extremadura, que también fueron posteriormente resueltas como veremos, aunque con reparos de los sindicatos.

Nuestra función no es la de intentar explicar la razón de este cambio en la forma de legislar, ni tampoco las consecuencias de toda índole que ha tenido en las relaciones laborales en España, sino que nos limitaremos al estudio de las principales modificaciones que en materia de Seguridad Social han tenido lugar desde diciembre de 2001 hasta diciembre de 2002, con alguna referencia a vuelapluma a normas posteriores para completar el período estudiado.

Para ello examinaremos, en primer lugar, las diferentes medidas contenidas en la Ley 24/2001 de 27 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social así como en el Real Decreto 1465/2001 de 27 de diciembre de modificación parcial de las prestaciones de muerte y supervivencia. En segundo lugar, estudiaremos las modificaciones introducidas en la prestación por desempleo por la Ley 45/2002 de 12 de diciembre de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, con las lógicas alusiones al Real Decreto Ley 5/2002 del mismo nombre, origen de la citada Ley tras ser tramitado como Proyecto por las Cortes. En tercer lugar, dedicaremos un apartado al estudio de las modificaciones del régimen jurídico de la pensión de jubilación, llevado a cabo por el Real Decreto Ley 16/2001 de 27 de diciembre, posteriormente tramitado como Proyecto de Ley y convertido en la Ley 35/2002 de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, así como por sus Reglamentos de desarrollo, aprobados por los Reales Decretos 1131 y 1132 de 31 de octubre de 2002. Por último, expondremos la más relevante jurisprudencia del Tribunal Supremo desde junio de 2001 al mismo mes de 2002.

2. MEDIDAS FINANCIERAS, DE PROCEDIMIENTO Y DE CONTROL DE PRESTACIONES. MODIFICACIÓN PARCIAL DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA

Las primeras normas en aplicación del Acuerdo de abril de 2001 se aprobaron en la misma fecha, 27 de diciembre de 2001 y en lo que ahora nos afecta fueron la Ley 24/2001, conocida de acompañamiento a la Ley de Presupuestos y el Real Decreto 1465/2001, a cuyo estudio nos dedicaremos en este apartado.

2.1. Medidas financieras, de procedimiento y de control de prestaciones

Es un lugar común, reiterado pero necesario, criticar la utilización primero de la Ley de Presupuestos Generales del Estado y ahora de la Ley de Medidas

lugar a nuevos supuestos de desprotección⁴. Reincidiendo en la política de continuas reformas parciales, el Gobierno ha enviado al Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley de Disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, publicado en el Boletín Oficial del Congreso de 9 de mayo de 2003 en trámite de enmiendas cuando se escriben estas líneas, que entre otras muchas disposiciones afectadas modifica el artículo 127 LGSS, que hace referencia a los supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones. No es el momento ni el lugar de comentar esta reforma, pero resulta evidente que en el marco de la renovación del Pacto de Toledo se debería incluir un tratamiento global de las responsabilidades empresariales, además de que el Gobierno deberá proceder de una vez a desarrollar reglamentariamente, como está previsto, el artículo 126 LGSS, lo que evitara las continuas interpretaciones jurisprudenciales en esta materia.

Además de las medidas anteriores, mediante el artículo 37 de la Ley 24/91 se procedió a suprimir la obligación de los empresarios de llevar un Libro de Matrícula de Personal impuesta en el artículo 101 de la LGSS y a la correspondiente destipificación como falta grave el no disponer de él en el centro de trabajo o su llevanza defectuosa, según disponía el artículo 22.3 de la LISOS.

Por lo que respecta a las medidas de control de prestaciones o lucha contra el fraude, como claramente las define el Acuerdo de 2001, se han desarrollado en la Ley 24/2001 alguna de las medidas pactadas, como la nueva redacción que el artículo 24.4 da al apartado 1 del artículo 131 bis LGSS, que posibilita la extinción del derecho al subsidio por incapacidad temporal por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos médicos prescritos por los médicos del INSS o la Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

De otra parte, el artículo 34.9 de la Ley 24/2001 añade dos párrafos al artículo 219 de la LGSS, con la finalidad de regular el procedimiento de concesión de prórrogas en el subsidio por desempleo, earente hasta el momento de normativa específica. La doctrina ha considerado que la nueva norma regula la cuestión de manera «imprecisa en muchos aspectos y en otros planteando más interrogantes que respuestas», considerando que la entrada en vigor el 1 de enero de 2002, sin período transitorio alguno, afecta a todos los subsidios por desempleo reconocidos con anterioridad a dicha fecha que se estuvieran percibiendo o pendientes de percepción, incluidos los de prejubilación⁵.

4. Debido a lo limitado del espacio me remito a los estudios de GALA DURÁN, C.: «La problemática actual de la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones: perspectiva legal y jurisprudencial», *Temas Laborales* nº 66/2002, págs. 377 y ss. y MERCADER UGUINA, J. R.: «Administrativización, contractualización de las leyes y sus efectos sobre las de acompañamiento», *Relaciones Laborales* nº 7/2002, págs. 105 y ss.

5. Ver por todos, GARRIDO PÉREZ, E.: «Comentarios al artículo 119», en *Comentarios a la Ley*

En cuanto a las prestaciones por desempleo, el artículo 34.10 de la Ley 24/2001 citada modifica el contenido del artículo 222 de la LGSS, que regula las conexiones entre desempleo, maternidad e incapacidad temporal, con la finalidad, expresada en el Acuerdo de 2001, de luchar contra la concatenación abusiva de la incapacidad temporal con la prestación de desempleo, pero como se ha señalado por la doctrina⁶, aunque la reforma ha introducido desde el punto de vista técnico notables mejoras, continúan existiendo interrogantes que precisarán de interpretaciones jurisprudenciales, además de no justificarse la dureza de algunos recortes desde la perspectiva de protección de los desfavorecidos que continúan teniendo las prestaciones de la Seguridad Social.

Por último, mediante el artículo 34.5 de la Ley 24/2001 se adiciona un párrafo al apartado primero del artículo 131 bis de la LGSS, para establecer que en los supuestos de alta médica anterior al agotamiento del plazo de duración de la situación de incapacidad temporal, sin que exista la ulterior declaración de incapacidad permanente, subsistirá la obligación de cotizar mientras no se extinga la relación laboral o hasta la extinción del plazo máximo de duración de la incapacidad temporal.

2.2. Modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia

Las prestaciones de muerte y supervivencia atesoran un notable récord, el ser las más modificadas parcialmente desde el año 1997, la mayoría de ellas como consecuencia de los Acuerdos de 1996 y 2001, sin que se haya producido el debate imprescindible, cada vez más, sobre su situación actual y futura. Ya en la tramitación parlamentaria de la Ley 24/1997 se acordó aparear la reforma a fondo de estas prestaciones y limitarse a desarrollar los Acuerdos de 1996, pero, tras las continuas reformas parciales, se continúa sin hacer frente al problema de fondo y también el Proyecto de Ley de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, en trámite parlamentario en el momento en que se escribe definitivamente esta ponencia, contiene otra minirreforma de esta prestación. El problema continúa siendo que la regulación actual, básicamente, procede de la LGSS de 1966, con las salvedades provenientes de la acomodación de la legislación a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre «el viudo discriminado» y al continuo proceso de asistencialización de este riesgo, sin que se haya modificado la compatibilidad de la pensión con el trabajo o con rentas procedentes de otras fuentes, a diferencia del rigor con el que se trata esta cuestión en otras prestaciones e incluso en algunos supuestos de orfandad. El origen de la norma hace que no se adap-

General de la Seguridad Social (ALARCÓN CARACUEL, M.R. Director), Aranzadi, Cizur Menor, 2003, págs. 1.430 y ss.

6. Ver GARRIDO PÉREZ, E.: «Comentarios al artículo 222», en *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, op. cit., págs. 1.443 y ss. También, BARCELÓN COBEDO, S.: «El nuevo contenido del artículo 222 de la Ley General de la Seguridad Social. Los problemas de conexión entre las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo», *Temas Laborales* nº 66/2002, págs. 207 y ss.

te a las necesidades de la sociedad actual, tan distinta a la de 1966 en todos los sentidos, papel de la mujer en la sociedad, parejas de hecho, etc., por lo que sería necesaria una profunda reforma negociada de estas prestaciones después de un riguroso estudio de su problemática actual.

Las modificaciones que comentamos han sido llevadas a cabo por el artículo 34.7 de la Ley 24/2001 citada y por el Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia.

2.2.1. Compatibilidad de la pensión de viudedad con el matrimonio del pensionista

El artículo 34.7 de la Ley 24/2001 da nueva redacción al artículo 174.3 LGSS, en el sentido de deslegalizar la posibilidad de autorizar la compatibilidad de un nuevo matrimonio con la prestación de viudedad, al añadir el inciso «sin perjuicio de lo que reglamentariamente se establezca en el supuesto de que se contraiga nuevo matrimonio». Sin embargo, se ha dejado pasar la ocasión de regular con claridad un tema complejo y confuso, cual es la extinción de la prestación en el supuesto de pensionista de viudedad tras separación o divorcio por convivencia *more uxorio*, que ha generado una importante jurisprudencia, que previsiblemente se continuará produciendo^{7, 7 bis}.

La deslegalización de la regulación de los supuestos de compatibilidad entre el percibo de la pensión de viudedad y nuevo matrimonio fue instantánea, ya que se promulgaron el mismo día la Ley 24/2001 y el Real Decreto 1465/2001, el 27 de diciembre y también se publicaron el mismo día en el Boletín Oficial del Estado, el 31 de diciembre de 2001. Sin hacer consideraciones de legalidad, ya que no es el lugar adecuado, al menos parece criticable la técnica legislativa tan acelerada y poco respetuosa, sobre todo porque se hace coincidir la aprobación de un Real Decreto en Consejo de Ministros con la sanción y promulgación por el Rey de la Ley habilitante, lo que parece excesivo, sobre todo teniendo en cuenta que el artículo 91 de la Constitución le da al Rey para ejercer esas facultades un plazo de quince días. Además, la Ley 24/2001 entra en vigor el 1 de enero de

7. Ver ALONSO OLEA, M.: «La regulación actual de las pensiones de viudedad», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* nº 32, pág. 313. GÓMEZ MUÑOZ, J.M.: «Comentarios al artículo 174», en *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*, op. cit., págs. 1.119 y ss. DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M^a.L.: *Régimen Jurídico de la Pensión de Viudedad*, CARL y MERGABLUM, Sevilla, 2002, págs. 272 y ss.

7 bis. En prensa la Ponencia, se ha producido la publicación en el BOE de 17 de julio de 2003 de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 125/2003 de 19 de junio que estima la cuestión de inconstitucionalidad de la norma 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, en su referencia a la concreta causa de extinción establecida en el artículo 101 del Código civil de «vivir maritalmente con otra persona», cuyas previsiones de extinción están transcritas por el vigente artículo 174. 3 de la LGSS. Pese a las importantes repercusiones de la citada sentencia, nos tenemos que limitar exclusivamente a reseñar su fallo.

2002, por lo que se ha utilizado la habilitación legal antes de la entrada en vigor de la Ley que deslegaliza la cuestión.

El artículo segundo del Real Decreto 1465/2001 utiliza la técnica perversa de volver a modificar, una vez más, la vieja Orden de 13 de febrero de 1967 que establece normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social, en este supuesto mediante la nueva redacción de su artículo 11 que regula la extinción de la pensión de viudedad. ¿Tan difícil sería aprobar, por fin, un Reglamento mediante un Real Decreto que desarrolle esta prestación, adecue la rúbrica de la Orden, limitada al Régimen General, pero que en numerosas materias se aplica a todos los Regímenes, depure lo que ha sido derogado y en definitiva lleve un poco de seguridad jurídica a los que utilizan la normativa?

La compatibilidad entre nuevo matrimonio y pensión de viudedad no es general, se limita a aquellos que cumplan con un doble requisito; la edad, mayor de 61 años, o menores incapacitados permanentes absolutos o grandes inválidos o minusválidos en grado igual o superior al 65 por 100, y además el requisito «de pobreza o de insuficiencia de medios de subsistencia, medido por el doble baremo de la cuantía de la pensión comparada con el total de ingresos del pensionista, y el total de ingresos del nuevo matrimonio comparado con el doble del salario mínimo interprofesional», como con su rigor y precisión acostumbrada resumió el Profesor Alonso Olea⁸. La razón de la limitación tan rigurosa de la compatibilidad, ya que podía aplicarse más generosamente el Acuerdo de 2001, no se me alcanza, ya que asistencializa⁹ de manera radical esta prestación, lo que ha sido criticado por la doctrina¹⁰. Además, sólo beneficia a mayores, incapaces o minusválidos con escasos ingresos; las personas de renta elevada continuarán, en su caso, manteniendo relaciones de hecho¹¹. Parece que la moral sea cosa de estratos sociales concretos.

8. ALONSO OLEA, M.: «Sobre la tendencia hacia el carácter asistencial de la protección de la viudedad», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 39, págs. 13 y ss.

9. La pensión o pensiones de viudedad tienen que constituir la principal o única fuente de ingresos de los pensionistas, lo que ocurre cuando asciendan como mínimo al 75 por 100 del total de éstos y además todos los ingresos, incluidas la pensión o pensiones, sean inferiores al doble del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento. Ver toda la problemática que se plantea en BLASCO LAHOZ, J.F.: «El RD 1.645/2001, 27 de diciembre: una reforma incompleta del régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia», *Temas Laborales* nº 66/2002, págs. 248 y ss. Para comprobar los estrechos límites en los que se mueve la compatibilidad, en el año 2003 el doble del salario mínimo interprofesional, con pagas extraordinarias, asciende a un total de 12.633,60 euros, mientras que la pensión mínima de viudedad o de jubilación sin cónyuge a cargo para mayores de 65 años es de 5.607,56 euros, por lo que si los dos cónyuges la perciben resulta un total de 11.215,12 euros, por lo que resta para cualquier otro tipo de ingresos la exígua cantidad de 1.418,48 euros.

10. Ver por todos BLASCO LAHOZ, J.F., op. cit., págs. 233 y ss., y bibliografía allí citada.

11. En las estadísticas de prestaciones de seguridad social habituales no se han publicado cifras de las pensiones que se han considerado compatibles con un nuevo matrimonio.

El nuevo artículo 11 de la Orden de 13 de febrero de 1967 citado, al regular la extinción de la pensión de viudedad no recoge entre las causas, acomodándose a la realidad social, la antigua e inconstitucional de observar una conducta deshonesto o inmoral y otras implícitamente derogadas con anterioridad o carentes de posible aplicación, pero además, no ha incluido el tomar estado religioso y sobre todo no se recoge el viejo precepto, artículo 11 a) de la anterior redacción, por el que si se contraían nuevas nupcias o se tomaba estado religioso (lo que ahora no hace al caso porque ya no es causa de extinción) el beneficiario tendría derecho a percibir, por una sola vez, una cantidad igual al importe de veinticuatro mensualidades de la pensión que estuviese percibiendo, si el cambio de estado tuviera lugar antes de cumplir los sesenta años. La cicatería con la que se trata a los que se casan y no pueden compatibilizar la pensión, en este supuesto por razones de edad, no se comprende, sobre todo teniendo en cuenta que nos encontramos ante una prestación contributiva.

2.2.2. Cuantía de la pensión de viudedad

Uno de los objetivos del Acuerdo de 2001 fue la mejora con carácter general y de forma progresiva, sin fechas concretas, del porcentaje aplicable a la base reguladora a efectos del cálculo de la pensión de viudedad, pasando de forma gradual del 45% al 52%. El aumento del porcentaje del 45% al 46%, extensible a todos los Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, con excepción del Régimen de Clases Pasivas del Estado, se llevó cabo mediante la modificación por el artículo primero del Real Decreto 1465/2001 citado, del artículo 31 del Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas, aprobado por Decreto 3158/1966 de 23 de diciembre. Este Reglamento precisa ser sustituido con urgencia, dado que su pervivencia sólo causa problemas al tener numerosos preceptos derogados expresamente por sucesivas y variadas normas y otros muchos regulan cuestiones de manera distinta a la posterior LGSS, por lo que se encuentran derogados.

Con posterioridad, el Real Decreto 1425/2002, de 27 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del Sistema de la Seguridad Social para el ejercicio 2003 mediante su disposición final primera¹², ha vuelto a modificar el artículo 31 del Decreto 3158/1966 citado, aumentando el porcentaje que se aplica a la base reguladora hasta el 48 por 100.

La segunda medida en relación con la cuantía de la pensión de viudedad que introdujo en el artículo 31 del Decreto 3158/1966 el RD 1465/2001 citado, fue aumentar la base reguladora hasta un 70 por 100 en algunos supuestos concretos en aplicación del Acuerdo de 2001, que se refería a pensionistas de viudedad con

12. Las disposiciones adicionales y finales de los Reales Decretos de revalorización de pensiones, se vienen utilizando desde hace unos años para modificar las más variadas normas de seguridad social, lo que aumenta la tradicional sensación de inseguridad de los operadores jurídicos de esta materia.

cargas familiares, concepto éste que sería el aplicado a las pensiones mínimas de viudedad para beneficiarios con menos de sesenta años y cargas familiares, exigiéndose, además, que la pensión de viudedad constituya la principal fuente de rentas. Sin embargo, la regulación ha sido rigorista, mezclando el componente asistencial con el contributivo, por lo que resultará, creo, escasamente aplicable.

En efecto, se exigen tres requisitos asistenciales: falta de ingresos, cargas familiares y que la pensión de viudedad constituya la principal fuente de ingresos del pensionista, requisitos que deberán concurrir durante todo el período de percepción de la prestación¹³, pero, asimismo se aplica la lógica contributiva, de forma que el propio artículo 31.4 del Decreto 3158/1966, modificado por el RD 1465/2001, recuerda que la suma de las pensiones de viudedad y orfandad derivadas del mismo sujeto causante no podrán exceder del importe de la base reguladora que corresponda, no haciéndose, para este supuesto, excepción a la regla general contenida en el artículo 179.4 LGSS. En el caso de que el cónyuge superviviente tuviera tres o más hijos con derecho a pensión de orfandad, habría que reducir la pensión de viudedad, ya que de aplicarse la regla común del artículo 18.2 de la Orden de 13-2-1967, el exceso se reduciría entre las distintas pensiones de orfandad manteniéndose íntegra la pensión de viudedad, al entenderse por la doctrina¹⁴ que la nueva norma autoriza un eventual incremento del porcentaje de la pensión de viudedad, sin modificar la cuantía de las pensiones de orfandad. De todas formas resulta extraño que no se haya previsto expresamente en la norma esta cuestión elemental.

En los intentos de solución de todos estos problemas, que se han regulado con un carácter coyuntural, se denota la ausencia de una visión de conjunto del problema de la prestación de viudedad, en relación, además, con el tratamiento normativo de otros riesgos protegidos por la Seguridad Social. En efecto, las situaciones de necesidad que precisaren de medidas asistenciales deberían solucionarse de dos maneras: en primer lugar con prestaciones de desempleo tipo renta activa de inserción, posiblemente de mayor duración, para que la viuda (que será el supuesto mayoritario) que esté en edad de trabajar pueda incorporarse al mercado laboral con normalidad, ya que este aumento del porcentaje de la pensión es provisional mientras continúen cumpliendo los tres requisitos asistenciales, mientras que la mejora de la empleabilidad tiene carácter permanente. En segundo lugar, si la beneficiaria no está en edad de trabajar o está incapacitada, la solución debería basarse en la invalidez no contributiva y en la asistencia social, que en algún momento tendrá que coordinarse y regularse armónicamente.

13. Debido a lo largo y farragoso del nuevo artículo 31 del Decreto 3158/1966 y a lo limitado del espacio del que se dispone para la Ponencia, me remito para el estudio concreto de su problemática a DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M^a.L., *op. cit.*, págs. 207 y ss. y a BLASCO LAHOZ, J.F., *op. cit.*, págs. 240 y ss.

14. DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M^a.L., *op. cit.*, pág. 209. Criterio más matizado en BLASCO LAHOZ, J.F., *op. cit.*, pág. 247.

2.2.3. Pensiones de orfandad y a favor de determinados familiares

El Real Decreto 1465/2001 citado, en desarrollo del Acuerdo de 2001 ha vuelto a modificar los límites de edad para el percibo de la pensión de orfandad y aunque no se había pactado expresamente en el citado Acuerdo, también se ha extendido a los nietos y hermanos con derecho a pensión a favor de familiares y a los hijos y hermanos beneficiarios del subsidio temporal. Asimismo se ha procedido a modificar las causas de extinción de la pensión a favor de familiares, siendo aplicable toda la nueva normativa, al igual que en el supuesto de la pensión de viudedad, a todos los Regímenes que integran el Sistema de Seguridad Social, con excepción del Régimen de Clases Pasivas del Estado.

Se han extendido los límites de edad hasta los 22 años con carácter general y hasta los 24 en el supuesto de orfandad absoluta, mediante la modificación del artículo 9.2 del Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados aspectos de la Ley 24/1997, en la redacción dada por la disposición adicional octava del Real Decreto 4/1998 de revalorización de pensiones y de los artículos 22.1 a) y 25 de la Orden de 13 de febrero de 1967, en la redacción dada por las disposiciones adicionales novena y décima del Real Decreto 4/1998¹⁵. Por otra parte, se continúa exigiendo que los beneficiarios, si son mayores de dieciocho años, no efectúen un trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena o cuando realizándolo, los ingresos que obtengan, en cómputo anual, resulten inferiores al 75 por 100 de la cuantía del salario mínimo que se fije en cada momento, aunque se han modificado algunos de los preceptos que regulaban la suspensión del derecho por causa de dicha incompatibilidad¹⁶.

La regulación de la compatibilidad entre orfandad y trabajo, artículo 10 del Real Decreto 1647/1997 citado, creo que precisa una modificación, aunque esté consagrada en el Acuerdo de 2001, no así en el de 1996. En efecto, que sea compatible sin limitaciones la pensión de orfandad de los beneficiarios menores de dieciocho años con cualquier renta procedente del trabajo, norma antigua por cierto, es coherente con una prestación contributiva, así como con la regulación de la pensión de viudedad, ya que viene a paliar una situación de necesidad que se produce por la pérdida del o de los padres. También es coherente con un concepto de asistencialidad el que para los huérfanos mayores de edad se exijan unos requisitos más severos, carencia de ingresos suficientes y la referencia al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional se encuentra bastante extendida como nivel de suficiencia de rentas en diversas prestaciones de seguridad social, pero no tiene sentido que, si existe incompatibilidad, ésta se limite a las rentas provenientes del trabajo, sea por cuenta propia o ajena, mientras que, por el contrario, sea compa-

15. Después de estas remisiones, que están recogidas literal aunque abreviadamente, del RD 1465/2001, no parece necesario insistir en la urgente necesidad de un Reglamento unificador de las prestaciones de muerte y supervivencia.

16. Ver las modificaciones concretas en BLASCO LAHOZ, J.F., *op. cit.*, págs. 253 y 254.

tible la pensión de orfandad hasta los 22 años con ingresos que superen dicha cuantía si provienen de rentas o ingresos de cualquier otro tipo derivados del capital mobiliario o inmobiliario o de actividades económicas. Hacer de peor condición las rentas provenientes del trabajo que las de otro tipo de rentas y además en una cuantía tan exigua, no tiene sentido. Si es por entender que no existe necesidad de protección cuando se tienen unos ingresos equivalentes al 75 por 100 del salario mínimo, se deberá extender a los de cualquier tipo, como en otras prestaciones; de lo contrario se está tratando especialmente mal a los que su capacidad económica se limita a ingresos provenientes del trabajo, sin justificación alguna.

Para evitar problemas de aplicación de la norma, como sucedió en el caso de la Ley 24/1997 que dio lugar a una notable litigiosidad solucionada por el Tribunal Supremo¹⁷, favoreciendo la interpretación de retroactividad de la norma, ahora se recoge expresamente en los artículos 3 y 4 del Real Decreto 1465/2001 que los nuevos límites de edad se aplicarán también a las pensiones extinguidas con anterioridad al 1 de enero de 2002, siempre que los interesados acrediten los requisitos de edad y rendimientos económicos establecidos. Es decir, si el 31 de diciembre de 2001 se les había extinguido la pensión de orfandad por haber cumplido los veintiún años, de acuerdo a la legislación entonces vigente, se les vuelve a rehabilitar la pensión hasta el cumplimiento de los 22 años.

Por último, los artículos tercero y cuarto del Real Decreto 1465/2001 modifican los artículos 21.1 y 24 de la Orden de 13 de febrero de 1967, en las redacciones que les dieron los Reales Decretos 1647/1997 y 4/1998 respectivamente, que regulan la extinción de las pensiones de orfandad y a favor de familiares, en el mismo sentido que las modificaciones introducidas en la pensión de viudedad. Desaparecen adquirir estado religioso y observar una conducta deshonesto o inmoral, continúan como causas el cumplimiento de la edad, el cese de la incapacidad que le otorgaba el derecho a la pensión, en el supuesto de que cumplida la edad tuviera una incapacidad de trabajo valorada en grado de absoluta o de gran invalidez, el fallecimiento y el contraer matrimonio, causa ésta que debería revisarse, ya que parece que tendría sentido si el huérfano pasara a depender económicamente del cónyuge, lo que no tiene por qué suceder y puede continuar existiendo una situación de necesidad después del matrimonio¹⁸. Habría que aplicársele, en su caso, las prescripciones de falta de ingresos que hemos examinado con anterioridad.

17. Ver entre otras las STS de 12 de mayo de 1999 (RJ 1999/4815) y 26 de marzo de 2001 (RJ 2001/4115).

18. La disposición final segunda del Real Decreto 1425/2002, de 27 de diciembre, ha vuelto a modificar el artículo 21 de la Orden de 13 de febrero de 1967, en el sentido de añadir la adopción como causa de extinción.

3. LA REFORMA DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

3.1. Consideraciones generales

La norma que ha tenido una repercusión pública mayor en el 2002 ha sido el Real Decreto Ley 5/2002, posteriormente tramitado como Proyecto de Ley hasta convertirse en la Ley 45/2002 de 12 de diciembre de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo, no sólo por la importancia del tema sino por sus circunstancias: aprobación sorpresiva, contestación radical con éxito, rápida marcha atrás, parcial, del Gobierno, y una lentitud en la aprobación del Reglamento que desarrolle la Ley 45/2002 que se contradice frontalmente con la urgente aprobación de la reforma. En efecto, más de un año después de la publicación del Real Decreto Ley 5/2002, 25 de mayo de 2002, todavía no se ha aprobado el Reglamento que sustituya completamente al múltiples veces modificado Real 625/1985, de 2 de abril, que desarrolla la Ley de 2 de agosto de 1984, de protección por desempleo, que ya con anterioridad al citado RD Ley necesitaba ser sustituido por las profundas reformas introducidas en la protección por desempleo desde la Ley 22/1992, de 30 de julio. El futuro Reglamento es de una extraordinaria importancia, ya que muchas cuestiones significativas de la Ley 45/2002 han sido remitidas al desarrollo reglamentario, precisando otras muchas de un adecuado desarrollo y la solución no es, por evidentes razones de competencia legislativa, la utilización de las Instrucciones del INEM como si fueran fuentes del derecho, lo que evidentemente no son.

La justificación de la reforma, según las Exposiciones de Motivos del RD Ley y la Ley, se basa en la Estrategia Europea de Empleo y en la Directrices anuales sobre empleo que insisten en el principio de que la protección por desempleo debe añadir a las prestaciones económicas necesarias para afrontar las situaciones de paro, oportunidades de formación y empleo que posibiliten que los desempleados puedan encontrar trabajo en el menor tiempo posible, considerando además que en nuestra normativa faltaban mecanismos explícitos para ponerlo en marcha y que el principio había sido refrendado recientemente en las conclusiones del Consejo Europeo de Barcelona.

La premisa es cierta y en muchos países de nuestro entorno se están produciendo cambios en esa dirección, ya que no sólo hay que proteger la situación de desempleo mediante prestaciones, sino que también hay que fomentar la búsqueda de empleo, por lo que se desplaza el eje de la protección, o mejor dicho, se crea o se fomenta otro eje en la protección del desempleado, la mejora de su ocupabilidad. Por utilizar una terminología actual, hay que acercar el esfuerzo que se hace en las políticas activas de empleo al de las políticas pasivas.

Sin embargo, la nueva normativa de desempleo española adolece de una serie de problemas, solventables por otra parte y que debían de estar en vías de solución, lo que no es el caso, que la limitan a otra norma más de recorte de derechos.

En primer lugar, en el Consejo Europeo de Barcelona de marzo de 2002, dentro del apartado 31, Estrategia de Empleo reforzada, se consideraba que había que suprimir los obstáculos y la falta de incentivos para encontrar o conservar un puesto de trabajo, pero «preservando simultáneamente elevadas normas de protección del modelo social europeo». Y hay que hacer constar que, todavía hoy, entre nosotros el sistema de protección por desempleo es fundamentalmente contributivo, ya que prácticamente todas las prestaciones de desempleo asistenciales provienen del agotamiento de una contributiva, salvo que no se haya podido tener derecho a ellas por escaso periodo de carencia. En España no existe una protección generalizada, tipo asistencial, para todos aquellos que no tienen trabajo y necesitan una ayuda social, lo que hay que tener en cuenta cuando se compara nuestro sistema de protección por desempleo con los de los países de la Unión Europea. Además de la Renta Activa de Inserción, escasamente utilizada, en las diferentes Comunidades Autónomas existen otras figuras de asistencia social como rentas de inserción, salarios sociales o figuras equivalentes, pero es una materia que tendría que generalizarse y homogeneizarse mediante un Pacto de Estado o en el seno del llamado Pacto de Toledo.

En segundo lugar, uno de los puntos clave de la reforma era el «compromiso de actividad»¹⁹, mediante el cual el solicitante o beneficiario de las prestaciones adquiere la obligación de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas que aumenten su empleabilidad, nuevo artículo 231.2 LGSS, afirmándose en la Exposición de Motivos de la Ley 45/2002 que en virtud de dicho compromiso, el desempleado tendrá derecho a que los Servicios Públicos de Empleo determinen el mejor itinerario de inserción, de acuerdo con sus capacidades profesionales y aptitudes para el trabajo. Sin embargo, este derecho de los trabajadores no se ha reconocido por la Ley 45/2002, no se ha contractualizado el compromiso de actividad del trabajador, no existe una correlativa obligación de los Servicios Públicos de Empleo de hacer un itinerario de inserción de los desempleados con políticas activas de empleo que mejoren su ocupabilidad. De esta forma, no se ha modificado el artículo 207.2 LGSS, que no incluye estas políticas dentro de las prestaciones por desempleo, sino que simplemente dispone que la acción protectora comprende estas políticas, pero al desempleado no se le reconoce el derecho a ellas. El compromiso de actividad se configura como una obligación del trabajador, sin que se haya reconocido un correlativo derecho de éste a un itinerario de inserción que comprenda políticas activas de empleo.

En tercer lugar, la Ley 45/2002 ha obviado la problemática de los Servicios Públicos de Empleo, claves para un eficaz cambio de enfoque de las políticas activas de empleo. Hay que partir de que, en paralelo con las Directrices para el empleo, existen unas Recomendaciones anuales del Consejo de la Unión Europea

19. Ver MERCADER UGUINA, J.R.: «El "compromiso de actividad": significado, contenido y alcance», *Relaciones Laborales* nº 4/2003, págs. 109 y ss.

sobre la aplicación de las Políticas de Empleo de los Estados Miembros, que sistemáticamente aconsejan a España completar la modernización de los servicios públicos de empleo; por ello, la Exposición de Motivos de la Ley 45/2002, a diferencia del Real Decreto Ley 5/2002 que no se pronunciaba sobre la cuestión, considera esencial facilitar a los Servicios Públicos de Empleo recursos humanos y materiales suficientes, pero sólo se limita a decir que en los Presupuestos Generales del Estado de 2003 se impulsará la necesaria dotación presupuestaria, abordándose su distribución en la Conferencia Sectorial para Asuntos Laborales. Sin embargo, en la Ley 52/2002, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2003, no existen esas previsiones expresas; la única previsión que se hace es la contenida en la disposición adicional décima por la que se autoriza al INEM la reserva para su gestión directa de créditos destinados a fomento del empleo para financiar una serie de actuaciones.

La ausencia de medidas concretas para la mejora de los Servicios Públicos de Empleo es importante, pero también lo es el hecho de que estas modificaciones del papel, ahora necesariamente más activo, de los citados servicios, se ha producido cuando están transferidas las competencias de colocación, orientación y formación a la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas y no existe una normativa marco, una nueva y puesta al día Ley Básica de Empleo que sustituya a la obsoleta Ley 51/1980 y que armonice las competencias de las distintas administraciones, algo muy necesario con independencia de los convenios de cooperación suscritos por el INEM y las diferentes Comunidades Autónomas para coordinar sus respectivas competencias. Como es sabido, en mayo de 2002 se aprobó un Anteproyecto de Ley de Empleo, cuyas líneas generales había esbozado el Gobierno en sus propuestas de reforma de 17 de abril de 2002 de la protección por desempleo y de la Ley Básica de Empleo, que, hasta el momento, no se ha aprobado como Proyecto de Ley por el Gobierno, siendo recibido el citado anteproyecto con mucho recelo por las Comunidades Autónomas, ya que en lugar de haberse aprobado con anterioridad el marco legal y posteriormente llevarse a cabo las transferencias, se ha hecho al contrario, por lo que, como dijo el CES en su Dictamen, se «estima necesario un esfuerzo de interlocución por parte de las distintas Administraciones Públicas, a fin de minimizar los riesgos de conflictos competenciales». Cada momento que pasa se hace más necesaria la aprobación de la Ley para solucionar estos y otros problemas²⁰.

La financiación de las políticas activas de empleo es una cuestión que merece una reflexión, ya que la acción protectora por desempleo prevista en el artículo 206 LGSS, prestaciones por desempleo, subsidio por desempleo y políticas activas, se financian, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 223 LGSS por las aportaciones de los empresarios y los trabajadores y la aportación del Estado, siendo esta cuantía la que se fije cada año en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Desde hace

20. Terminada la Ponencia, el Boletín Oficial del Congreso de 30 de julio de 2003, ha publicado el Proyecto de Ley de Empleo.

varios años existe superávit en el Presupuesto del INEM y los excedentes se dedican a disminuir el déficit público, no a la mejora o a la extensión de las prestaciones, y además, forma parte de manera fundamental de las políticas activas de empleo la formación profesional, siendo competencia del Estado o de las Comunidades Autónomas la formación profesional en todas sus manifestaciones, por lo que el papel de las cuotas como componente muy mayoritario de los presupuestos del INEM debería revisarse y sustituirse, en la parte correspondiente, por aportaciones de las Administraciones Públicas para financiar las políticas activas de empleo.

De la misma forma, habrá que cuestionarse la financiación de la Renta Activa de Inserción, ya que aunque la actual DF 5ª.4 LGSS dispone que se regula dentro de la acción protectora por desempleo y con el régimen financiero y de gestión que se aplica a la prestación y al subsidio por desempleo, artículos 223 a 229 LGSS; sin embargo no se ha modificado el artículo 206 que regula la acción protectora por desempleo en el sentido de incluir dicha renta en las prestaciones por desempleo, ni el artículo 203.1, objeto de la protección, que la limita a quienes pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo. Además, se están incluyendo dentro del ámbito de aplicación de dicha renta a muchas personas, necesitadas obviamente de protección social, —como mayores excluidos del mercado de trabajo y por ello no protegidos, minusválidos, emigrantes retornados, víctimas de violencia doméstica—, cuya ayuda con medidas activas y pasivas de políticas de empleo no encaja con la protección contributiva por desempleo, por lo que su financiación debería ser asumida por las Administraciones Públicas competentes. La configuración de la financiación de las prestaciones por desempleo es actualmente contributiva y profesional y no debe sustituirse la necesaria financiación estatal de las ayudas a personas desfavorecidas por las cotizaciones de empresarios y trabajadores.

Continuando con la Renta Activa de Inserción, hay que destacar el carácter de permanente que el artículo 1.14 de la Ley 45/2002 introduce en la habilitación al Gobierno para regular la citada renta, mediante la incorporación de un apartado cuarto a la disposición final quinta de la LGSS, aunque la regulación concreta se está aprobando con carácter anual. No es el momento para profundizar en su estudio, pero sí el de resaltar que en varias de sus regulaciones anuales se ha superado el concepto de protección por desempleo exclusivamente a aquellos que hayan agotado una prestación contributiva o asistencial, ya que está abierto a la totalidad de los trabajadores desempleados de larga duración, aunque mayores de cuarenta y cinco años en este momento, aunque la DF 5ª.4 LGSS puede desarrollarse de manera más abierta, al exigir únicamente que se dirija a desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo que adquieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral²¹.

21. Para la evolución del Programa de Renta Activa de Inserción ver las Memorias del CES de los años 2000, 2001 y 2002. Para el estudio de la regulación del 2002, contenida en la DA 1ª de la Ley 45/2002, ver FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «El programa de renta activa de inserción para el año

En cualquier comentario a las modificaciones de las prestaciones por desempleo del año 2002, hay necesariamente que partir de la crítica a la deficiente técnica legislativa que se ha empleado, que si bien puede explicarse, aunque no justificarse, por la premura en la aprobación de un Real Decreto Ley, deberían haberse solucionado en su tramitación como Proyecto de Ley. Como ejemplos significativos y sin ánimo de exhaustividad, en la vigente LGSS hay letras y números derogados en artículos que no se han reenumerado, artículo 213 LGSS; ubicación de materias en artículos con otra rúbrica y contenido, artículo 209. 4 LGSS; artículos concretos de un Real Decreto sustituidos provisionalmente por una disposición transitoria, DT 2ª; materias que se regulan con carácter permanente en disposiciones transitorias en una norma con rango de ley, autorizándose además al Gobierno para su modificación mediante Real Decreto cuando lo estime pertinente, como el programa de fomento de empleo en economía social y empleo autónomo, DT 4ª, la compatibilidad del subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta ajena, DT 5ª, y el programa de sustitución de trabajadores en formación por trabajadores beneficiarios de prestaciones por desempleo, DT 6ª.

Por la extensión y variedad de las reformas introducidas por la Ley 45/2002 en la prestación y en el subsidio de desempleo, no se van a examinar todas en profundidad, sino que haremos referencia exclusivamente a los puntos claves²². Otras modificaciones introducidas en el Estatuto de los Trabajadores y en la Ley de Procedimiento Laboral por la Ley 45/2002, se estudian en las Ponencias correspondientes.

3.2. La prestación contributiva por desempleo

En esta prestación las reformas han sido las de mayor calado, a lo que hay que añadir que algunas de las regulaciones se aplican asimismo al subsidio por desempleo.

3.2.1. Situación legal de desempleo

Después de la mejora del texto reformado por el RD Ley 5/2002 del artículo 207 c), que llevó a cabo la Ley 45/2002, como nuevo requisito para el nacimiento al derecho a las prestaciones, las personas protegidas tienen que acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada, concretándose por la citada Ley que dicha disponibilidad se probaría a través de

2002», *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 114, págs. 883 y ss. y MOLINA NAVARRETE, C.: «Las "rentas activas de inserción": un viaje inacabado desde la "marginalidad" a la "centralidad" del sistema», *Relaciones Laborales* nº 4, 2003, págs. 161 y ss.

22. Para una glosa más completa me remito a mis comentarios a los artículos 203 a 214 y 230 a 234 LGSS y a los de GARRIDO PÉREZ a los artículos 215 a 229 LGSS en *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*, op. cit., págs. 1.259 a 1.505. Asimismo ver los diferentes artículos doctrinales contenidos en el nº 4/2003 de *Relaciones Laborales*, Monográfico sobre las reformas de la Ley 45/2002.

la suscripción del compromiso de actividad, al que hemos hecho referencia y sobre el que volveremos oportunamente.

La regulación de la situación legal de desempleo ha sufrido una serie de importantes modificaciones y se está a la espera del desarrollo reglamentario para comprobar la repercusión que vaya a tener en la protección de los llamados fijos-discontinuos.

Como consecuencia de la reforma, en el supuesto de despido la decisión empresarial se entenderá, por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo, artículo 209.4 LGSS, habiendo desaparecido la distinción entre despido disciplinario improcedente y procedente, ya que en este supuesto ahora no existe el período de espera de tres meses anteriormente establecido. Igualmente, en la Ley 45/2002, ha desaparecido la referencia al período de espera en la resolución unilateral durante el período de prueba a instancia del empresario. La medida es coherente con la desaparición de la obligación anteriormente existente de reclamar en tiempo y forma oportunos contra el despido disciplinario, pero el aquietamiento ante la decisión empresarial no casa bien con la exigencia de la involuntariedad en la situación legal de desempleo, que continúa exigiendo el artículo 203 LGSS.

Por lo que respecta a los trabajadores fijos-discontinuos, el RD Ley 5/2002 limitó la protección por desempleo a aquellos trabajadores con esta calificación, exclusivamente, a los que se refiere el artículo 15.8 del ET en los términos que se establezcan reglamentariamente, justificando la medida la Exposición de Motivos para corregir disfunciones observadas en la protección por desempleo, para lo que se acomodaba el concepto de trabajador fijo-discontinuo, a efectos de protección a lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores, que como es sabido, distingue entre dos tipos de trabajos fijos discontinuos; los fijos periódicos, cuyo trabajo se repite en fecha cierta, al que se le aplica la regulación del contrato a tiempo parcial, artículo 12 ET, y los fijos-discontinuos, cuyo trabajo se repite en fecha incierta, no en fecha determinada, regulados en el artículo 15.8 del ET. Ante la contestación de los interlocutores sociales, la Ley 45/2002 volvió a la redacción anterior sin distinguir entre diferentes tipos de fijos discontinuos, remitiendo el contenido concreto a lo que se disponga en desarrollo de la norma. Por su parte, la DA 4ª de la misma Ley establece que lo establecido sobre esta protección será de aplicación tanto a los trabajadores fijos-discontinuos con contrato anterior al 4 de marzo de 2001²³, como a los que concertaran este tipo de contrato con posterioridad a dicha fecha. El problema en la protección de estos trabajadores radica en las innumerales modificaciones que ha sufrido el concepto de trabajo a tiempo parcial y a los esfuerzos, inútiles normalmente, para considerar fijos trabajos de naturaleza

23. Fecha de la entrada en vigor del RD Ley 5/2001, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo, que modificó el artículo 12. 3 a) del Estatuto de los Trabajadores.

temporal, como los tradicionales de campaña o temporada²⁴. De todas formas, habrá que estar atentos al desarrollo reglamentario en esta materia, que tendrá que tener en cuenta las decisiones jurisprudenciales que se habían producido con anterioridad al RD Ley 5/2002 sobre la aplicación de la normativa todavía provisionalmente en vigor hasta su sustitución por el nuevo reglamento.

El RD Ley 5/2002 realizó un primer intento para evitar el uso fraudulento de la contratación temporal en materia de reconocimiento de prestaciones por desempleo. Así, en su DA 3ª, se otorgaban facultades a la Entidad Gestora, en los supuestos que entendiera que no había situación legal de desempleo por considerar abusiva o fraudulenta la reiteración de contratos temporales entre una misma empresa y un mismo trabajador, para comunicar a la autoridad judicial, demandando la declaración de la relación laboral como indefinida, sin perjuicio del reconocimiento provisional de las prestaciones por desempleo. Ante los evidentes defectos técnicos de la anterior norma, el artículo sexto de la Ley 45/2002 ha introducido un nuevo procedimiento de Seguridad Social en la Ley de Procedimiento Laboral, el 145 bis, mediante el que la Entidad Gestora puede demandar ante la autoridad judicial la responsabilidad empresarial por las prestaciones por desempleo abonadas al trabajador durante los últimos cuatro años, salvo la prestación correspondiente al último contrato temporal, si la reiterada contratación temporal la considera abusiva o fraudulenta, condenando al empresario a la devolución a la Entidad Gestora la devolución de las prestaciones y las cotizaciones correspondientes. Habrá que esperar para verificar la virtualidad práctica de esta norma.

3.2.2. Régimen jurídico de las prestaciones

Punto central del viaje de ida y vuelta parcial del RD Ley 5/2002 y la Ley 45/2002 es el tratamiento de los salarios de tramitación, problema que excede a esta Ponencia y a la protección por desempleo, y que es un punto central de la regulación por despido²⁵; sin embargo su regulación afecta al momento de iniciarse la percepción de la prestación por desempleo. A tal fin se han añadido tres apartados al artículo 209 LGSS, los números 4, 5 y 6, alguno de ellos de una extensión y contenido absolutamente inadecuada para una Ley, como el 5, con la finalidad de establecer las relaciones entre la prestación de desempleo y los salarios de tramitación, cuando se perciban, resultando una regulación de una extraordinaria complejidad, con serias dificultades de aplicación práctica y que precisa de desarrollo reglamentario. La complejidad proviene de que por una parte no existe obligación de impugnación judicial del despido y de otra de que pueden

24. Ver GARCÍA MURCIA, J.: «La protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos», *Relaciones Laborales* nº 4/2003, págs. 141 y ss., que realiza un estudio completo sobre las distintas fases de la protección de estos trabajadores y la incidencia que sobre su protección ha tenido el trabajo a tiempo parcial.

25. Ver GÁRATE CASTRO, J.: «La reforma del régimen jurídico del despido; en particular, de los salarios de tramitación», *Relaciones Laborales* nº 4/2003, págs. 19 y ss.

solicitar las prestaciones e impugnar el despido, por lo que podrían percibirse prestaciones de desempleo y posteriormente tener derecho a salarios de tramitación, con lo que habría que devolverlas, deducirlas de los salarios de tramitación o regularizarlas, para lo que se establecen distintos y complejos procedimientos con implicación del trabajador, empresario, Entidad Gestora y Tesorería General de la Seguridad Social²⁶.

Una novedad que será origen de numerosos problemas y que no soluciona ninguno considerado como tal, es el nacimiento del derecho a las prestaciones por desempleo en el supuesto, muy mayoritario, en el que las vacaciones no se hayan disfrutado en su totalidad con anterioridad a la finalización de la relación, que se producirá una vez transcurrido dicho período de vacaciones, computándose como período de cotización y considerándose al trabajador en situación asimilada al alta. La nueva regulación ha sido establecida por la Ley 45/2002, que modificó el artículo 209.3 y añadió un nuevo apartado 4 al artículo 210 LGSS²⁷.

En los supuestos de suspensión y extinción del derecho a las prestaciones y subsidios por desempleo, se han introducido algunos retoques en los artículos 212 y 213 LGSS para adaptar la normativa a las modificaciones introducidas por la Ley 45/2002. Por lo que respecta a las causas de suspensión y extinción se han suprimido las referencias a incumplimientos concretos del trabajador, como falta de comparencia ante la entidad gestora o rechazo de oferta de empleo adecuada, sustituyéndose por referencias a la imposición de sanciones de suspensión o extinción en los términos previstos en la Ley de Infracciones Sociales, que oportunamente se modifica asimismo en el Capítulo IV de la Ley 45/2002 tantas veces citada²⁸. Un problema no resuelto es la consideración de la sanción de suspensión por falta leve o grave, que se entiende como tal, cuando en realidad lo que se produce es un acortamiento de la duración de la prestación.

La Ley 45/2002 ha introducido una nueva causa de suspensión, la e), en el supuesto de recurso del empresario o trabajador, si se declara como improcedente la extinción y el empresario opte por la readmisión o bien se declare nula. Cuando se produzca la resolución judicial definitiva, confirmando o revocando la decisión de instancia, se aplicará lo dispuesto en el artículo 209.5 LGSS, sobre devolución, en su caso de cantidades indebidamente percibidas por causa no imputable al trabajador.

26. Me permito remitirme a mis comentarios al artículo 209 LGSS, en *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*, *op. cit.*, págs. 1.322 y ss.

27. Por su parte el artículo 40.1 de la Ley de la Ley 53/2002 de MFADOS, añadió dos párrafos, tercero y cuarto, al apartado 109 de la LGSS para facilitar la cotización de las vacaciones en estos supuestos.

28. Ver las causas de suspensión y extinción en mi obra anteriormente citada, págs. 1.336 y ss. y 1.344 y ss., respectivamente.

Se han modificado asimismo, por la Ley 45/2002, los artículos 212.1 d) y 213.1 d), al introducirse una nueva causa de suspensión y extinción, cual es la realización de un trabajo por cuenta propia por tiempo inferior o igual o superior a veinticuatro meses, respectivamente. La cuestión pendiente, que debería aclarar el desarrollo reglamentario, es si se puede continuar aplicando la doctrina jurisprudencial, SSTs de 18-3-1998 (RJ 1998/3000 y 3252), a las que siguen numerosas sentencias, en el sentido de reconocer a los desempleados que han realizado un trabajo por cuenta propia entre dos periodos de desempleo el derecho a reanudar la percepción de la prestación no consumida hasta el agotamiento de ésta, como se reconoce a los que han trabajado por cuenta ajena que se les reconoce un derecho de opción, artículo 210.3 LGSS, entre reabrir el derecho inicial o percibir la nueva prestación generada.

3.3.3. La colocación adecuada

La anterior regulación del empleo que se consideraba adecuada, artículo 213.2 LGSS, había sido objeto de numerosas críticas por sus imprecisiones y por la escasa claridad de su regulación, lo que la hacía especialmente insegura, y la falta de jurisprudencia en unificación de doctrina había ayudado a ello. El RD Ley endureció la regulación, teniendo menos en cuenta las circunstancias profesionales, personales y familiares del desempleado; ante la contestación social, la Ley 45/2002 matizó y flexibilizó gran parte de la regulación, eliminando por ejemplo que la colocación se entendería adecuada con independencia de la duración del trabajo, indefinida o temporal, o de la jornada de trabajo, a tiempo completo o parcial.

La actual regulación contenida en el nuevo artículo 231.3 LGSS, no es especialmente sistemática, mezclando numerosos criterios²⁹. En primer lugar establece una serie de criterios profesionales alternativos en relación con el beneficiario de las prestaciones: la profesión demandada por el trabajador, aquella que se corresponda con su profesión habitual, cualquier otra que se ajuste a sus cualidades 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.

Transcurrido un año de percepción sin interrupción de las prestaciones, lo que sucede en un número limitado de ocasiones³⁰, la Ley 45/2002 establece que podrá ser considerada colocación adecuada, además de las profesiones anteriores, otras que a juicio del Servicio Público de Empleo puedan ser ejercidas por el trabajador, aunque se tendrá que tener en cuenta, como veremos posteriormente, las circunstancias concurrentes en el desempleado.

29. Ver un completo estudio en CRUZ VILLALÓN, J.: «El deber de aceptación de la oferta de colocación adecuada», *Relaciones Laborales* nº 4/2003, págs. 53 y ss.

30. De acuerdo con la Memoria del CES, *op. cit.*, pág. 334, en el año 2002 el periodo medio reconocido de la prestación contributiva por desempleo fue de 14,9 meses y el periodo medio consumido de 6,8 meses. En la prestación asistencial, el periodo consumido en más del 60% de beneficiarios no supera los 15 meses.

En segundo lugar, constituye una mejora clara de la Ley 45/2002, sobre la regulación del RD Ley 5/2002 y sobre la normativa anterior, la concreción de los criterios geográficos para entender como adecuada una colocación, sobre todo teniendo en cuenta la ausencia de jurisprudencia en unificación de doctrina en esta materia, lo que aumentaba la inseguridad. El trabajo puede ofertarse fuera de la residencia habitual del trabajador, que tendrá que aceptarse cuando el trabajador tenga posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar del nuevo empleo, aunque se necesita una concreción reglamentaria sobre el propio concepto de «adecuado» y sobre el coste que podrá ser asumido por el trabajador. Una importante limitación es que el trabajo ofertado no debe exceder de un radio superior a 30 kilómetros desde la localidad de la residencia habitual, a lo que hay que añadir que el tiempo mínimo para el desplazamiento, de ida y vuelta, no supere el 25 por ciento de la duración de la jornada diaria de trabajo y que el coste del desplazamiento no supere el 20 por ciento del salario mensual.

En tercer lugar, la colocación se entenderá adecuada si cumple determinados requisitos salariales: salario equivalente 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, con la importante limitación de que el salario correspondiente no podrá ser en ningún caso inferior al salario mínimo interprofesional una vez descontados los gastos de desplazamiento.

Una modificación muy importante de la Ley 45/2002 en relación con el RD Ley 5/2002, es la obligación impuesta a los Servicios Públicos de Empleo, eliminando la discrecionalidad anterior, para la aplicación de los criterios antes expuestos de tener en cuenta las circunstancias profesionales y personales del desempleado, así como la conciliación de su vida familiar y laboral, el itinerario de inserción fijado, las características del puesto de trabajo ofertado, la existencia de medios de transporte para el desplazamiento, así como las características de los mercados locales de empleo. Además, también habrá que tener en cuenta la duración del contrato, indefinida o temporal, o de la jornada de trabajo, a tiempo completo o parcial. Como sostiene Rodríguez-Piñero³¹ se «entiende como motivos razonables para no aceptar un empleo circunstancias especiales concurrentes relativas a las aptitudes y especialidad del interesado, a su cualificación, a su competencia, a su estado de salud o también a su circunstancia personal y familiar, como la existencia de hijos a cargo y las dificultades materiales que pueden derivarse del empleo para poder llevar a cargo una vida familiar normal».

De todas formas, el necesario desarrollo reglamentario, que no instrumentos que no tienen carácter de norma jurídica como las instrucciones del INEM, tendrá que precisar muchas de las cuestiones anteriormente expuestas, a las que habría que añadir criterios objetivos en el ofrecimiento a los demandantes de empleo de las ofertas de trabajo.

31. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: «La revisión de la reforma de la protección por desempleo en la Ley 45/2002», *Relaciones Laborales* nº 4/2003, pág. 10.

3.3. Subsidio por desempleo y pago de las prestaciones

Las reformas específicas del subsidio han sido menores que las de la prestación, sobre todo después de la aprobación de la Ley 45/2002.

La novedad más importante en esta materia del RD Ley 5/2002 fue el tratamiento de la carencia de rentas a efectos de la protección por desempleo, que apartándose de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, computaba para determinar dicho requisito el importe de la indemnización por extinción del contrato de trabajo, así como los frutos, rendimientos, intereses, etc., con independencia de su percepción o forma de pago. Tras la fuerte contestación contra esta regulación, la Ley 45/2002 vuelve a la interpretación de la jurisprudencia, excluyendo expresamente el importe correspondiente a la indemnización legal que en cada caso proceda por la extinción del contrato, aunque se perciba de forma periódica. De la misma forma, se precisan las rentas o ingresos que se consideran computables, confirmando unas veces las interpretaciones jurisprudenciales y otras desautorizándolas³².

La carencia de rentas y, en su caso, las responsabilidades familiares se van a exigir no sólo en el momento del hecho causante, sino también en el momento de la solicitud, de sus prórrogas o reanudaciones y durante la percepción de todas las modalidades del subsidio. Sin embargo, la Ley introduce la novedad de poder obtener el subsidio sin reducción de su duración, a partir del día siguiente de la solicitud, si dentro del plazo de un año desde la fecha del hecho causante se acredita que se cumplen los requisitos de carencia de rentas o responsabilidades familiares, flexibilizándose la regulación anterior³³.

Se ha modificado, asimismo, el subsidio de los emigrantes retornados, a los que se les exige ahora no provenir de países del Espacio Económico Europeo o de aquellos con los que no exista convenio sobre protección por desempleo y se amplía el plazo a doce meses, desde los anteriores seis, que los retornados tiene que acreditar como trabajados en los últimos seis meses desde su última salida de España.

Una novedad importante de la Ley 45/2002 es la modificación del contenido del apartado 3 y la incorporación de los apartados 4 y 5 al artículo 228 LGSS³⁴, desarrollados en parte por las disposiciones transitorias cuarta, quinta, sexta y séptima de la misma Ley. En primer lugar se posibilita el abono a través de pagos parciales del importe de las prestaciones contributivas por desempleo a las que tenga derecho el trabajador para subvencionar su cotización a la Seguridad Social. La disposición transitoria cuarta, mediante una técnica extremadamente confusa, mantiene en vigor lo dispuesto en el RD 1044/1985, que regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago única, incluidas sus modifica-

32. Ver GARRIDO PÉREZ, E. «Comentario al artículo 215 LGSS», en *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*, *op. cit.*, págs. 1.373 y ss.

33. Ver GARRIDO PÉREZ, E., *op. cit.*, págs. 1.380 y ss.

34. Ver GARRIDO PÉREZ, E., *op. cit.*, págs. 1.466 y ss.

ciones posteriores, en lo que no se oponga a una serie de nuevas reglas y autoriza, a la vez, al Gobierno para modificar el contenido del nuevo precepto. Ahora se podrán abonar en la modalidad de pago único las prestaciones contributivas por desempleo cuando el beneficiario quiera incorporarse o constituir de forma estable y a tiempo completo a cooperativas o sociedades anónimas laborales o cuando quieran constituirse como autónomos, con limitaciones en este último supuesto si no se es persona con minusvalía igual o superior al 33 por 100. Asimismo se posibilita el abono trimestral del importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo para subvencionar la cotización del trabajador a la Seguridad Social.

En segundo lugar, se posibilita la compatibilidad de la percepciones por desempleo con el trabajo por cuenta ajena cuando así lo establezca algún programa de fomento al empleo destinado a colectivos con mayor dificultad de inserción en el mercado de trabajo. La disposición transitoria quinta de la Ley 45/2002 contiene un programa para compatibilizar trabajo y subsidio por desempleo a trabajadores mayores de 52 años, incluidos los perceptores del subsidio agrario, con una regulación muy minuciosa que no podemos recoger³⁵. La compatibilidad limitada, que ya se había ensayado en la renta activa de inserción, es una medida acertada ya que incentiva la contratación y mejora la empleabilidad de sus beneficiarios, pero sería muy conveniente su extensión, especialmente a algunos colectivos de mujeres por su baja tasa de empleo en España.

En tercer lugar, con la finalidad de favorecer la formación permanente de los empleados, tan imprescindible como poco actuada en España, se prevén programas que permitan sustituir a los trabajadores en formación por perceptores de prestaciones por desempleo, pudiéndose compatibilizar prestación y trabajo. La disposición transitoria sexta regula este programa de sustitución, abierto esta vez también a perceptores de prestaciones contributivas, aunque con imprecisiones de importancia. El empleo que se ofrece es por definición precario, pero puede ser una eficaz forma de mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

Por último, en el supuesto de que lo establezca algún programa de fomento de empleo para facilitar la movilidad geográfica, podrán abonarse importes parciales de la prestación o subsidio por desempleo. La disposición transitoria séptima enumera unas posibles ayudas para fomentar la movilidad geográfica, pero precisan de desarrollo por el Gobierno, que hasta el momento no se ha producido.

Como en tantas ocasiones, no existen, hasta el momento, estadísticas publicadas sobre estas nuevas políticas.

35. La regulación actual no es la única posible, ya que se limita a un grupo muy limitado de perceptores y la autorización del artículo 228. 4 es mucho más extensa.

3.4. Protección por desempleo de los trabajadores eventuales agrarios

En esta materia el RD Ley 5/2002 es un paradigma de los inconvenientes que ha puesto de manifiesto el Prof. Rodríguez-Piñero³⁶ de esta fórmula de regulación, «del riesgo de improvisación, de falta de contrastes y asesoramiento en la fase de elaboración normativa e incluso de la influencia de elementos emocionales o pasionales en los cambios normativos». Que el subsidio agrario de los trabajadores eventuales del campo de Andalucía y Extremadura necesitaba un profundo cambio, era una cuestión comúnmente aceptada entre los interlocutores sociales y entre las Administraciones y ya en el Acuerdo de 1996 se habían pactado las vías de reforma, aunque no se hubiera plasmado en una norma jurídica. Que el nuevo sistema implantado, en el que coexisten en Andalucía y Extremadura tres sistemas de protección por desempleo para estos trabajadores, no va a resistir sin modificaciones los seis años de duración prevista de la nueva renta agraria, tampoco parece que lo dude nadie. Volvemos a estar como al principio pero con dos sistemas de protección más, el común para todos los eventuales agrarios y la renta agraria, ya que los problemas del subsidio agrario no se han solucionado, únicamente se ha cerrado la entrada de perceptores que no lo hubieran sido recientemente, pero evidentemente habrá que volverse a plantear su reforma, ya que la provisionalidad puede llegar a ser de más de cuarenta años, dada la edad de algunos de los actuales perceptores.

3.4.1. El subsidio agrario

De manera sorpresiva, el RD Ley 5/2002 dedicó uno de sus artículos, el tercero, a congelar nuevos accesos al subsidio por desempleo establecido en el Real Decreto 5/1997, reconociéndoles exclusivamente el derecho a ser beneficiarios a aquellos que además de reunir los requisitos exigidos hayan sido beneficiarios de dicho subsidio en alguno de los tres años naturales a la fecha de solicitud del mismo. Lo que ciertamente supone un «efecto llamada», ya que si no se continúa percibiendo el subsidio, al menos cada tres años, se impide volver a ser beneficiario. La Ley 45/2002 ratificó la regulación, limitándose a suprimir como causa definitiva de exclusión del subsidio agrario, la introducida por el RD Ley de haberse extinguido el último subsidio por resolución sancionadora firme.

No es el momento, ni hay espacio para ello, de comentar la regulación del subsidio agrario³⁷, de sus luces y sus sombras, ni de esbozar posibles líneas de reforma.

36. *Op. cit.*, pág. 16.

37. Ver GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La reforma del subsidio agrario y la ampliación de la protección por desempleo a todos los trabajadores eventuales del campo», *Relaciones Laborales* n° 4/2003, págs. 53 y ss. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: «Trabajadores agrícolas: entre el subsidio y el desplazamiento sectorial», *Temas Laborales* n° 51/1999, págs. 3 y ss.; y, del mismo autor, «De nuevo sobre la prestación de desempleo de los trabajadores eventuales agrarios. Breve comentario al RD 73/2002, de 21 de enero», *Temas Laborales* n° 60/2001, págs. 9 y ss.

3.4.2. La nueva protección por desempleo de todos los trabajadores eventuales del campo

Un aspecto positivo, en principio, de las modificaciones introducidas en la protección por desempleo mediante el RD Ley 5/2002 y la Ley 45/2002 ha sido la extensión de dichas prestaciones a todos los trabajadores eventuales agrarios con independencia del lugar geográfico de su residencia, sin limitar el ámbito de protección a Andalucía y Extremadura como en el subsidio agrario, aunque el contenido de la regulación sea por completo insuficiente, ya que se aleja notablemente tanto de la normativa común como del subsidio agrario. En efecto, a diferencia del régimen común de las cotizaciones por desempleo, la base de cotización no va a ser los salarios reales entre unos topos máximos y mínimos, sino que se vuelve a las bases tarifadas, la cotización por las llamadas jornadas reales, fijadas anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Los tipos serán los fijados en la LPGE para los contratos de duración determinada a tiempo completo, salvo excepciones por circunstancias concretas. La cuota se reducirá en un 85 por 100 en el 2002, disminuyendo anualmente la deducción hasta el año 2007, a partir del cual se aplicará sin reducción.

Los requisitos para obtener las prestaciones serán los recogidos en el artículo 207 LGSS, aunque con especialidades en razón del trabajo de familiares, excluidos salvo prueba en contrario según lo dispuesto en el artículo 4.2 a) de la Ley 45/2002.

La duración de la prestación estará en función de la ocupación cotizada en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo, utilizándose la misma técnica que en el sistema común de percepción por tramos, con lo que se pierde contributividad porque habrá días cotizados que no se aprovecharán. Sin explicación conocida la proporción entre días cotizados y días de prestación es de cuatro a uno, por cada cuatro días de cotización se tiene derecho a uno de prestación, mientras que la escala común del artículo 210 de la LGSS reconoce un día de prestación por cada tres de cotización. La regulación es claramente discriminatoria, pero no inconstitucional³⁸.

Asimismo, se establece el cómputo recíproco de cotizaciones entre los regímenes que tengan previsto cotizar por la contingencia por desempleo, pudiéndose optar por el trabajador agrario entre el subsidio agrario y la nueva prestación, con una serie de reglas específicas. Por otra parte, las cotizaciones computadas para obtener prestaciones en uno de los dos sistemas de protección –subsidio

38. Es conocida la doctrina del Tribunal Constitucional que considera el sistema de protección social como de configuración predominantemente legal y en consecuencia corresponde a las opciones de política legislativa el ordenar ese sistema y el establecer sus rasgos en cada momento histórico, por lo que las diferencias existentes en el ritmo de su desaparición o incluso las nuevas que pueden introducirse, quedan por lo general legitimadas salvo muy contadas excepciones.

agrario y nueva prestación de desempleo para los trabajadores eventuales agrarios-, se agotan cuando se utilizan, por lo que no se podrán emplear otra vez en una distinta prestación por desempleo.

3.4.3. La renta agraria

La última vuelta atrás, parcial, en la reforma de las prestaciones por desempleo de 2002, ha sido la aprobación mediante el RD 426/2003, de 11 de abril (BOE del 12), de la renta agraria para los trabajadores eventuales incluidos en el REASS residentes en Andalucía y Extremadura. Aunque la regulación excede ampliamente el límite temporal de la ponencia, ha parecido oportuno hacer una mínima referencia a su regulación.

La renta agraria, limitada a Andalucía y Extremadura y con un horizonte temporal de seis años, está dirigida a los trabajadores eventuales agrarios que reúnan los requisitos para obtener el subsidio agrario, pero que no tengan derecho a él por no haber sido beneficiario del mismo en ninguno de los tres años naturales inmediatamente anteriores a la solicitud. Los nuevos requisitos de la renta agraria son la residencia y el empadronamiento en Andalucía y Extremadura durante un mínimo de 10 años y haber permanecido inscrito en el censo agrario o en situación asimilada al alta una serie de años, de 5 a 20 según la edad del desempleado, si éste no ha sido perceptor con anterioridad de la renta agraria, medidas adoptadas para evitar el denominado «efecto llamada»³⁹.

La característica más destacable de la renta agraria es la insistencia en las medidas de políticas activas de empleo, de medidas de inserción laboral, artículo 6 del RD 426/2003. El problema radica en que la DA 5ª del citado RD establece una prioridad para la participación de los beneficiarios de la renta agraria en políticas activas de empleo, pero las competencias han sido transferidas a la Junta de Andalucía mediante el RD 467/2003, de 25 de abril (BOE del 30), sobre traspaso de la gestión realizada por el INEM en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación, por lo que podría existir una invasión de competencias. De todas formas, en el artículo 13 del RD 426/2003 que regula la renta agraria, se prevén convenios de colaboración entre el INEM y las Comunidades Autónomas afectadas para el cumplimiento de sus disposiciones, al igual que en el RD 467/2003, en el que también están previstos dichos convenios para coordinar la gestión de las funciones transferidas con las que conserva el INEM.

Sobre otras importantes cuestiones (como la incidencia del Reglamento CEE 1612/68 sobre libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad) habrá ocasión de volver.

39. Es notable el número de primeras incorporaciones de mayores de 45 años e incluso de 60 en los últimos años.

4. LA LEY 35/2002 Y LA INTRODUCCIÓN EN LA PRESTACIÓN DE JUBILACIÓN DE LA GRADUALIDAD, PROGRESIVIDAD Y FLEXIBILIDAD EN LA EDAD DE JUBILACIÓN

La Ley 35/2002 de 12 de julio, resultado de la tramitación como Proyecto de Ley del RD Ley 16/2001 de 27 de diciembre, ha supuesto en este aspecto el cumplimiento de la Recomendación décima del llamado Pacto de Toledo⁴⁰, que consideraba que la jubilación debe ser flexible y dotada de los caracteres de gradualidad y progresividad y que se debería mantener la edad ordinaria de jubilación en los 65 años, resultando, además, muy aconsejable en términos financieros y sociales facilitar la prolongación voluntaria de la vida activa de quienes libremente lo deseen, cabiendo regular un sistema de exoneración de la obligación de cotizar en el supuesto de que el trabajador permanezca en activo con suspensión proporcional de la pensión de jubilación. En la importante reforma de la Seguridad Social de la Ley 24/1997 no se reguló sobre el particular, teniendo que esperarse al Acuerdo de 9 de abril de 2001, anteriormente citado, que recoge la jubilación gradual y flexible como uno de sus más relevantes contenidos, además de la exoneración de cuotas por contingencias comunes para los trabajadores mayores de 65 años que prolonguen su actividad más allá de dicha edad y que cumplan una serie de requisitos, cuestiones ambas ejecutadas por la citada Ley 35/2002 y su normativa de desarrollo.

El aumento de la edad media de jubilación es uno de los objetivos de la Unión Europea, preocupada por el envejecimiento de la población, considerando que las edades de jubilación previstas en las legislaciones actuales resultan cada vez menos adecuadas, al no tener en cuenta el aumento de la esperanza de vida ni las mejoras en el estado de salud de la mayoría de las personas de edad. Por otra parte, se considera que la adopción de sistemas progresivos y flexibles de jubilación permitiría su utilización para fomentar una mayor participación en la vida activa, lo que incrementaría el empleo y contribuiría a la viabilidad de los regímenes de pensiones⁴¹.

En este sentido, el Consejo Europeo de Barcelona, marzo de 2002, declara en el apartado 32 de las Conclusiones de la Presidencia que «para 2010 deberá inten-

40. Ver el Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 6 de abril de 1995, en BOCC Congreso de los Diputados de 12-4-1995, Serie E, págs. 1 y ss.

41. Ver la Comunicación de la Comisión de 11 de octubre de 2000 «Evolución futura de la protección social desde una perspectiva a largo plazo: pensiones seguras y viables» (COM 2000, 622 final) y la Resolución del Parlamento Europeo de 11 de abril de 2002 (PE 316.566). Ver también, DE LA MAZA ARROYO, S. y CRUZ ROCHE, I.: «La flexibilización de la edad de jubilación: aspectos económicos de la política social», *Temas Laborales* n° 66/2002, págs. 96 a 102.

tarse elevar progresivamente en torno a 5 años la edad media en que se produzca el cese efectivo de actividad de las personas en la Unión Europea».

Por razones de espacio nos vemos obligados a ser muy breves en la exposición de las novedades introducidas en la prestación de jubilación, por la Ley 35/2002 en la LGSS y por su normativa de desarrollo, los Reales Decretos 1131/2002 y 1132/2002 de 31 de octubre⁴², que a diferencia de la modificación de la prestación de desempleo se ha aprobado con prontitud, lo que ha facilitado la aplicación de la nueva normativa al clarificar algunas dudas, aunque hubiera sido más adecuado incluir el capítulo III del RD 1131/2002 en el RD 1132/2002 para reunir en una sola norma la regulación completa.

Como se ha puesto de manifiesto por el Prof. Alarcón Caracuel⁴³, el concepto más importante de los introducidos por la Ley 35/2002 es el de flexibilidad, mientras que la gradualidad y la progresividad son aspectos del mismo, debiendo analizarse si la regulación concreta de la jubilación contiene una serie de elementos definitorios cuya consideración conjunta nos hará valorar si podemos considerarla como flexible: carácter obligatorio o voluntario de la jubilación; edad de jubilación unitaria o diversificada a causa de las diferentes profesiones de los trabajadores; posibilidad de adelantar o retrasar la edad ordinaria de jubilación de cada profesión; posibilidad, o no, de compatibilizar la pensión de jubilación con el trabajo por cuenta propia o ajena; reversibilidad o irreversibilidad de la situación de jubilación, siendo estos dos últimos caracteres los que definen a una jubilación como gradual. Explicaremos concisamente los puntos clave de la nueva normativa y comprobaremos si realmente se han introducido los conceptos de flexibilidad, gradualidad y progresividad.

4.1. Ampliación de los supuestos de jubilación anticipada y modificaciones en su regulación

La Ley 35/2002, en ejecución del Acuerdo Social de abril de 2001, ha modificado diversos artículos de la LGSS para ampliar el ámbito de la jubilación anticipada, limitado con anterioridad a aquéllos que tuvieran la condición de mutualista el 1 de enero de 1967, según dispone la DT 3ª.2 LGSS, a la generalidad de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General y de los Regímenes Especiales de la Minería de Carbón y de Trabajadores del Mar (DA 8ª.3 LGSS). La ampliación parece contradictoria con la finalidad comúnmente aceptada de retrasar la edad de jubilación, como hemos visto anteriormente, ya que se perpetúa un problema cuando por razones demográficas cada vez era menor el

42. El RD 1131/2002, sobre la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, regula en su capítulo III la jubilación parcial, mientras que el RD 1132/2002 desarrolla determinados preceptos de la Ley 35/2002; su artículo 3. 5 fue modificado por la DF 3ª del RD 1425/2002 de 27 de diciembre, sobre revalorización de pensiones.

43. Ver ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «El concepto de jubilación flexible», *Temas Laborales* nº 66/2002, págs. 117 y ss.

número de trabajadores que cumplieran el requisito de haber sido mutualistas el 1 de enero de 1967, pero puede haber sido una condición o incentivo para recibir el aval del sindicato y de las organizaciones empresariales firmantes al Acuerdo de 2001, ya que es sabida la utilización general de la jubilación anticipada para reducir las plantillas con medidas no traumáticas. De todas formas, como veremos a continuación, los requisitos son ahora bastante más rigurosos que anteriormente, lo que limita las críticas. Por otra parte, como examinaremos oportunamente, la Ley 35/2002 ha retocado la regulación de la jubilación anticipada de los antiguos mutualistas para homogeneizar las distintas regulaciones en la materia.

En cuanto a los requisitos para acceder a la jubilación anticipada, el primero de ellos es pertenecer al ámbito de aplicación de la citada jubilación, que según dispone la DA 8ª.3 LGSS comprende a la generalidad de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General y de los Regímenes Especiales de la Minería de Carbón y de Trabajadores del Mar, en aplicación del Acuerdo de abril de 2001, que limitaba la jubilación anticipada a los que estuvieran incluidos en el campo de aplicación del Régimen General o de alguno de los regímenes especiales que contemplaban en dicha fecha el derecho a la jubilación anticipada. Limitación que no es comprensible y hay que criticar que no se haya extendido a los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario, sobre todo teniendo en cuenta que sólo en Andalucía y Extremadura, en donde trabajan más de dos tercios de los trabajadores agrarios por cuenta ajena de España, perciben el llamado subsidio agrario un elevado número de trabajadores⁴⁴ y que las condiciones de trabajo en el campo suelen ser especialmente penosas, por lo que estaría muy justificado facilitar la jubilación anticipada.

El segundo requisito, artículo 161.3 a) LGSS, es haber cumplido la edad de sesenta y un años, a diferencia de la regulación anterior de la jubilación anticipada, vigente transitoriamente para los que tuvieran derecho a ella, que posibilita la anticipación de la jubilación hasta los sesenta años. Además, como claramente dispone el artículo 1.1 del RD 1132/2002 citado en desarrollo del oscuro 161.3 a) LGSS, no serán de aplicación las bonificaciones de edad, de las que puedan beneficiarse los trabajadores de algunos sectores profesionales por la realización de actividades penosas, tóxicas, peligrosas o insalubres.

En tercer lugar, se exige encontrarse inscrito en las oficinas de empleo como demandante de empleo, durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de jubilación, precisando el artículo 1. 3 del RD 1132/2002 que podrá ser compatible dicha inscripción con la realización de una actividad por cuenta propia o ajena si así lo considera la legislación vigente.

44. En el año 2002 los perceptores medios del subsidio agrario mayores de 55 años han sido un total de 58.200, de ellos 23.900 varones y 34.300 mujeres.

El cuarto requisito es el de acreditar un período mínimo de cotización efectiva de treinta años, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias (artículo 161.3 c LGSS), precisando el artículo 1.2 del RD 1132/2002, a nuestro entender adecuadamente, que los treinta años son completos, día a día, sin que tampoco puedan incrementarse las cotizaciones reales con el abono de años y días de cotización por cotizaciones anteriores a 1 de enero de 1967, previsto en la DT 2ª.3 b) de la OM de 31-1-1967⁴⁵.

En quinto y último lugar se exige que el cese en el trabajo no pueda ser imputable a la libre voluntad del trabajador, enumerando con carácter ejemplificativo el artículo 1.4 del RD 1132/2002 una serie de causas que se entiende que cumplen dicho requisito⁴⁶. Es importante resaltar que, para facilitar las jubilaciones anticipadas en empresas en reestructuración, el artículo 161.3 d) dispone que no se exigirán los requisitos de involuntariedad e inscripción como demandante de empleo si el trabajador, por acuerdo colectivo, ha percibido de la empresa una cantidad que en cómputo global no sea inferior al resultado de multiplicar por 24 la suma que hubiera debido percibir el trabajador de haber accedido a la situación legal de desempleo en la fecha de la extinción del contrato de trabajo y la del importe mensual de la cuota satisfecha por el trabajador en el convenio especial⁴⁷.

La pensión en este supuesto de jubilación anticipada, según establece el artículo 161.3 LGSS, se verá reducida por cada año o fracción de año que en el momento del hecho causante le falte al trabajador para cumplir los sesenta y cinco años mediante la aplicación de un coeficiente, que comienza en el 8 por 100 con treinta años completos de cotización acreditados y va descendiendo al 7,5 por 100 entre treinta y uno y treinta y cuatro años; al 7 por 100 entre treinta y cinco y treinta y siete años; al 6,5 por 100 entre treinta y ocho y treinta y nueve años y al 6 por 100 con cuarenta o más años completos de cotización acreditados.

El número 2 del artículo 2º del RD 1132/2002 ha realizado una importante matización al artículo 161.3 LGSS al disponer que para el cómputo de los años

45. El mismo número del RD también esclarece las cotizaciones de los trabajadores contratados a tiempo parcial, supuesto en el que se multiplica el número de días teóricos de cotización por el coeficiente multiplicador del 1,5, y el periodo de carencia cualificada de dos años dentro de los últimos quince contados desde el momento de causar el derecho o al momento en que cesó la obligación de cotizar.

46. El artículo 1.5 del RD 1132/2002 también explicita que podrán acceder a la jubilación anticipada los beneficiarios de la prestación por desempleo que extingan la prestación por agotamiento del plazo, los beneficiarios del subsidio por desempleo mayores de cincuenta y dos años y los trabajadores mayores de dicha edad que no reúnan los requisitos para acceder a ella, una vez agotada la prestación por desempleo y que continúen inscritos en las oficinas públicas de empleo. Todos ellos tienen que cumplir los requisitos anteriormente expuestos, incluido la involuntariedad en el cese en el trabajo.

47. La justificación es sencilla: en empresas en crisis es posible que el trabajador haya agotado las prestaciones por desempleo previamente por haber estado suspendido el contrato de trabajo y no haber podido acreditar cotizaciones suficientes para poder tener una prestación por desempleo de duración máxima, por lo que el empresario le abona directamente una cantidad equivalente.

de cotización a efectos de determinar los coeficientes reductores se computarán, en su caso, los años y días de cotización, según edad, a que se refiere la DT 2ª.3 b) de la OM de 18-1-1967, pero que se tomarán años completos de cotización sin equiparar a un año las fracciones del mismo. Por su parte, el nº 3 del citado RD establece que, una vez causado el derecho, los coeficientes reductores de la edad por la realización de trabajos penosos, tóxicos, peligrosos o insalubres, serán tenidos en cuenta en orden a la determinación del correspondiente coeficiente reductor de la pensión de jubilación.

Por lo que respecta a la jubilación anticipada de los que tuvieran la condición de mutualistas el 1-1-1967, la Ley 35/2002 modifica la normativa anterior⁴⁸ y posibilita la jubilación de aquellos que cesen en el trabajo por causas no imputables a su libre voluntad si acreditan más de treinta años de cotización aplicando una escala, contenida en el párrafo segundo de la norma segunda de la DT 3ª de la LGSS⁴⁹, que se acomoda a la del artículo 161.3 LGSS que acabamos de exponer, con la excepción de la reducción para quienes hayan acreditado únicamente treinta años completos de cotización⁵⁰.

Para facilitar igualmente el adelanto de la jubilación, la DA 1ª de la Ley 35/2002 añadió un segundo párrafo al apartado 2 del artículo 161 LGSS que faculta al Gobierno para rebajar la edad mínima de jubilación en el caso de personas minusválidas en un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100. Hasta el momento el Gobierno no ha desarrollado reglamentariamente esta posibilidad de anticipación de la jubilación.

Por último, hay que resaltar que la Ley 35/2002 mediante su artículo 6, haciéndose eco de la opinión generalizada de que la Seguridad Social no debe hacerse cargo de las llamadas prejubilaciones de trabajadores de empresas viables pero que regulan su plantilla para mejorar sus resultados económicos, ha añadido un nuevo apartado, el 15, al artículo 51 del ET según el cual cuando se trate de expedientes de regulación de empleo de empresas no incursas en procedimiento concursal, tendrán éstas la obligación de pagar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial con la Seguridad Social de los trabajadores mayores de 55 años que no tuvieran la condición de mutualistas el 1-1-1967. Por su parte, la misma Ley 35/2002 ha añadido una DA, la 31ª, a la LGSS que regula el régimen jurídico del citado convenio especial, cuyos rasgos principales son que las cotizaciones abarcarán el período comprendido entre la fecha en que se produzca el

48. La 24/1997 estableció un coeficiente reductor del 7 por 100 anual en este supuesto, teniendo que acreditarse al menos cuarenta años de cotización.

49. El coeficiente reductor del 8 por 100 previsto en el primer párrafo de la DT 3ª. 1. 2ª, continúa en vigor para las jubilaciones «voluntarias» a las que no se les puede aplicar lo dispuesto en el segundo párrafo de la misma disposición.

50. El desarrollo de este supuesto de jubilación anticipada lo ha llevado a cabo la DT 1ª del RD 1132/2002. Para estos antiguos mutualistas continúa en vigor la DT 2ª.3-b) de la OM de 18-1-1967 que asimila, a estos efectos, a un año completo la fracción de año de cotización.

cese en el trabajo o, en su caso, en que se cese en la obligación de cotizar por extinción de la prestación por desempleo contributivo y la fecha en la que el trabajador cumpla los sesenta y cinco años, y que dichas cotizaciones correrán por cuenta del empresario hasta que el trabajador cumpla los sesenta y un años y por cuenta de éste desde ese momento, alternativamente, hasta que cumpla los sesenta y cinco años o hasta la fecha en que, en su caso, acceda a la pensión de jubilación anticipada, opción por tanto que queda a voluntad del trabajador, obviamente si cumple con el resto de los requisitos además del de la edad.

4.2. Medidas que favorecen el mantenimiento de la actividad y disposiciones complementarias

La aportación más importante de la Ley 35/2002 ha sido la de introducir una serie de modificaciones legales necesarias para fomentar la permanencia en activo de los trabajadores una vez que hayan alcanzado los sesenta y cinco años. Evidentemente, la jubilación a cualquier edad no era obligatoria⁵¹ excepto para los funcionarios, por lo que se trataba de fomentar la permanencia en el empleo, ya que se partía de la voluntariedad en la jubilación y para ello: se aumenta, en determinadas circunstancias la base reguladora de la prestación para que se pueda superar el 100 por 100; se posibilita la jubilación parcial compatible con el trabajo para los mayores de sesenta y cinco años; se exoneran parcialmente las cotizaciones de los mayores de sesenta y cinco años y se añaden otras medidas para modificar la legislación en esta misma línea.

Como incentivo más eficaz se ha establecido por primera vez la posibilidad de superar el 100 por 100 de la base reguladora de la prestación de jubilación cuando se acceda a la pensión a una edad superior a los sesenta y cinco años. En este supuesto el porcentaje de la base reguladora será el resultante de sumar al 100 por 100 un 2 por 100 adicional por cada año completo que se haya cotizado desde el cumplimiento de los sesenta y cinco años⁵², siempre que en ese momento se tuvieran cotizados treinta y cinco años, sin que pueda superarse en ningún caso la cuantía íntegra que establezca anualmente la LPGE como límite máximo de percepción de pensión pública, como se encarga de precisar el artículo 3.6 del RD 1132/2002, lo que puede limitar la eficacia de la medida, ya que el atractivo de la jubilación está en relación directa con la penosidad del trabajo y la tasa de cobertura de la pensión en relación con el salario del trabajador en activo.

Para el cómputo de dicho período de cotización, el artículo 3.2 del RD 1132/2002 citado establece que se tendrán en cuenta las bonificaciones o antici-

51. Sobre la problemática de jubilación obligatoria y la derogación por la Ley 12/2001 de 9 de julio de la DA 10 del ET ver, por todos, ALARCÓN CARACUEL, *op. cit.*, págs. 124 y ss.

52. Si no tuviera el trabajador acreditados los treinta y cinco años de cotización al cumplir los sesenta y cinco, el porcentaje adicional se aplicará cuando se acredite dicho período de cotización.

paciones de edad que en su caso correspondan y los días «presuntos» previstos en la DT 2ª.3 b) de la OM de 18-1-1967, así como los que resulten acreditados por aplicación de los coeficientes en razón de la realización de trabajos penosos, tóxicos, peligrosos o insalubres. Por su parte, el artículo 3.5 del RD 1132/2002, en la redacción dada a ese precepto por la DF 3ª del RD 1425/2002, dispone que en los casos de pensiones de jubilación que se encuentren suspendidas en su percibo por la realización de un trabajo incompatible con la misma, los años de cotización posteriores a dicha suspensión se tendrán en cuenta para acreditar el porcentaje adicional, cuya aplicación se llevará a cabo, en todo caso, desde la fecha en que se acredite el período de cotización de treinta y cinco años. Por lo que puede jubilarse el trabajador y con posterioridad volver a trabajar y entonces aumentar la pensión si cumple los requisitos exigidos.

El segundo incentivo para fomentar la continuación en el trabajo de los que hubieran cumplido la edad de sesenta y cinco años es la exoneración de cuotas de Seguridad Social por contingencias comunes, excepto incapacidad temporal, y por desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, tanto empresariales, como, en su caso, por parte de los trabajadores, que introduce la Ley 35/2002 en su artículo 11 mediante la introducción de un artículo 112 bis en la LGSS⁵³ y la adición de un apartado 3 a la DA 21ª de la misma norma⁵⁴. Se exige como requisito la cotización efectiva de treinta y cinco años a la Seguridad Social y las exenciones no se extienden a los trabajadores que presten sus servicios en las Administraciones Públicas o en los Organismos Públicos regulados en el Título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

Estas cotizaciones virtuales se van a integrar en la base reguladora de las prestaciones futuras según dispone el nuevo apartado 6 del artículo 162 LGSS, introducido por el artículo 12 de la Ley 35/2002, desarrollado ampliamente por el artículo 12 del RD 1132/2002. Explicado de una manera somera, se tomarán las bases de cotización por las que hubiera venido cotizando el interesado, salvo que sean superiores al resultado de incrementar el promedio de las bases de cotización del año inmediatamente anterior, en el porcentaje de variación media conocida del índice de precios al consumo en el último año indicado, más dos puntos porcentuales. En caso de no existir bases de cotización por la actividad que se encuentra sujeta a la exoneración de cuotas, se tomarán las correspondientes a otros trabajos por cuenta ajena realizados durante el año anterior en jornada equiparable, y de no existir éstas, se tomarán las del primer año que existan debidamente incrementas

53. El artículo 40. 2 de la Ley 53/2002 de MFADOS, modificó este artículo en el sentido de introducir a los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas.

54. De la misma forma, el artículo 13 de la Ley 35/2002 añade la DA 32ª a la LGSS, que en su apartado 1 exonera de cuotas a los trabajadores por cuenta propia con sesenta y cinco o más años que acrediten los requisitos de cotización previos ya vistos para los trabajadores por cuenta ajena.

en el porcentaje de variación media del año o años naturales anteriores hasta llegar al año correspondiente al del periodo de exoneración de cuotas⁵⁵.

Otras medidas que favorecen la continuación en el trabajo, si bien de manera indirecta, fueron también adoptadas por la Ley 35/2002. La primera de ellas es la modificación parcial del párrafo segundo del artículo 138.1 LGSS, introducido por la Ley 24/1997, que imposibilitaba el reconocimiento de la prestación de incapacidad permanente, cualquiera que fuera la contingencia que la originase, si el trabajador tenía sesenta y cinco años y reunía todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. Pues bien, ahora se ha suavizado la interdicción, posibilitándose si el origen de la incapacidad permanente se debe a contingencias profesionales, según se interpreta *sensu contrario* tras la nueva redacción del citado párrafo segundo del artículo 138.1 llevada a cabo por el artículo 8 de la Ley 35/2002 y establece expresamente el artículo 10 del RD 1132/2002. La regulación introducida por la Ley 24/1997 producía la paradoja de que podía hacer de mejor derecho a quienes menos hubieran cotizado, al posibilitarse el acceso a la incapacidad permanente a aquellos que no reunieran los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. El artículo 9 de la Ley 35/2002, soluciona en parte la incoherencia anterior al incluir un nuevo apartado 5 en el artículo 139 LGSS, estableciendo que en dicho supuesto la pensión de incapacidad permanente será equivalente al resultado de aplicar a la correspondiente base reguladora el porcentaje que corresponda al período mínimo de cotización que esté establecido, en cada momento, para el acceso a la pensión de jubilación, que hoy está establecido, artículo 163 LGSS, en el 50 por 100.

La segunda serie de medidas tiende a facilitar el trabajo de los trabajadores de sesenta o más años abaratando su coste, mediante la bonificación de las cuotas de la Seguridad Social a cargo de las empresas por contingencias comunes, pudiendo llegar hasta el 100 por 100, excepto el riesgo de incapacidad temporal. La medida se contiene en el artículo 14 de la Ley 35/2002 y se lleva a cabo añadiendo diversos párrafos a varios artículos de la Ley 12/2001. De la misma forma, el artículo 5 de la Ley 35/2002 da nueva redacción al apartado 3 del artículo 216 LGSS, no extinguiéndose el subsidio por desempleo para mayores de cincuenta y dos años por el mero hecho de que el beneficiario alcance la edad a la que tuviera derecho a cualquier modalidad de pensión contributiva, lo que incluía la jubilación anticipada, mientras que ahora se extiende el subsidio hasta que alcance la edad ordinaria para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación.

55. El apartado 2 de la nueva DA 32ª y el artículo 13 del RD 1132/2002, calculan, de manera parecida aunque con matizaciones, la base reguladora en supuestos de exoneración de cuotas para trabajadores por cuenta propia.

4.3. Jubilación flexible, jubilación parcial

Tradicionalmente ha sido posible compatibilizar la pensión de jubilación con aquellas actividades lucrativas o no, que no den lugar a la inclusión en cualquiera de los Regímenes de la Seguridad Social y así lo reconoce expresamente hoy el artículo 5.2 del RD 1132/2002. De la misma forma, desde 1984 es posible la compatibilidad de la jubilación anticipada parcial con un contrato de relevo y desde la Ley 12/2001, que ha modificado una vez más el artículo 12 del ET, es también posible la jubilación parcial de los que hayan alcanzado la edad de sesenta y cinco años y reúnan los requisitos para tener derecho a la jubilación sin tener que celebrar simultáneamente un contrato de trabajo. Para lo que a nosotros respecta en este momento, nos tenemos que limitar a examinar las modificaciones introducidas por la Ley 35/2002 en esta materia, que tiene entre sus objetivos la reforma de la jubilación parcial para hacer compatible el percibo de una pensión de jubilación y el desarrollo de actividades laborales.

La Ley 35/2002 regula la cuestión de una doble forma: en primer lugar haciendo compatible la jubilación con el trabajo a tiempo parcial, remitiéndose a la normativa reglamentaria para su desarrollo concreto, pero precisando que durante dicha situación se minorará el percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable. En segundo lugar, añadiendo un apartado 4 al artículo 166 LGSS, delegando en el Gobierno para que regule el régimen jurídico de la jubilación parcial al que se refieren los números anteriores de dicho artículo.

La primera de las figuras, la jubilación flexible⁵⁶, la define el artículo 5.1 del RD 1132/2002 como la situación derivada de la posibilidad de compatibilizar, una vez causada la pensión de jubilación con un trabajo a tiempo parcial, dentro de los límites de jornada a que se refiere el artículo 12.6 del ET, un mínimo de un 25 por 100 y un máximo de un 85 por 100, con la consecuente minoración de la pensión en proporción inversa a la reducción de la jornada de trabajo del pensionista, en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable, en los términos señalados en el artículo 12.1 ET. El desarrollo reglamentario posibilita una auténtica jubilación flexible en el sentido de que la opción por una jubilación completa se puede revisar en cualquier momento después del acceso a la prestación, pudiendo el trabajador volver a la actividad de manera parcial. Regulación que se completa de manera favorable en el artículo 8 del mismo RD 1132/2002, que computa las nuevas cotizaciones para elevar el porcentaje de la nueva base reguladora y para volver a calcular la base reguladora aplicando las reglas vigentes en el momento del cese en la actividad, salvo que fuera desfavorable, en cuyo caso se mantendrá la base reguladora anterior con las revalorizaciones habidas.

56. Se incluyen en su ámbito de aplicación todos los Regímenes de la Seguridad Social, excepto los Regímenes especiales de los Funcionarios Civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y del personal al Servicio de la Administración de Justicia, según disponen el artículo 4 y la DA 1ª del RD 1132/2002.

De la misma forma, las nuevas cotizaciones surtirán efectos para disminuir o incluso suprimir el coeficiente reductor de la jubilación anticipada.

La jubilación parcial está desarrollada reglamentariamente por el RD 1131/2002, por el que se regula, además, la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, que dedica su Capítulo III a dicho fin. En el artículo 9 se define la jubilación parcial como la iniciada después del cumplimiento de los sesenta años, simultánea con un contrato a tiempo parcial y vinculada o no con un contrato de relevo, teniéndose en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de edad que, en su caso, correspondan. En diferentes artículos se regula extensamente toda la problemática de la cuestión, sin que nos quepa a nosotros otra posibilidad por razones de espacio que remitir a su estudio concreto⁵⁷.

Una vez expuestas las novedades introducidas en la pensión de jubilación y comparándolas con los elementos definitorios de la flexibilidad que exponíamos al comienzo de este apartado, podemos concluir que la reforma ha introducido suficientes dosis de flexibilidad, aunque todavía ha transcurrido poco tiempo para evaluar estadísticamente si la reforma ha contribuido a elevar la edad media de jubilación real.

5 RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

5.1. Afiliación a la Seguridad Social

¿Es obligatoria la incorporación de los agentes de seguros al RETA? (STS de 14 de febrero de 2002 [RJ 2002/3790])

En sentido afirmativo responde el Tribunal Supremo a la cuestión planteada. La nota de la «habitualidad» en el desempeño de la actividad económica, que exige el artículo 2.1 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, regulador del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, se entiende intrínseca al contrato mercantil de agencia. Como indica el Tribunal, «sólo si el propio contrato de agencia reduce en buena medida las funciones o actividades a desarrollar por el agente, de forma tal que ponga de manifiesto que se limita a la realización de tareas que exijan una dedicación escasa o de poca relevancia, podría pensarse en la no concurrencia del requisito comentado» (fundamento de derecho 2º). No debe ser empleado, para la determinación del requisito de habitualidad, el criterio del nivel anual de ingresos del agente, como algunas Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia venían haciendo.

57. Ver por todos ALARCÓN CARACUEL, *op. cit.*, págs. 145 y ss.

5.2. Cotización y recaudación

¿Es posible la cotización de personal de alta dirección como contrato a tiempo parcial? (STS de 18 de febrero, [RJ 2002/3439])

La respuesta hay que considerarla afirmativa, en los términos que ya establecía la STS de 4 de febrero de 2002 [RJ 1997/597], al considerar que la relación laboral puede ser también a tiempo parcial.

¿Es posible la exención de la responsabilidad solidaria en el pago de cotizaciones pese a no solicitar declaración negativa de descubierto? STS de 6 de marzo de 2002 (RJ 2002/2768)

En la sentencia citada se considera que no ha lugar a la responsabilidad solidaria en materia de cotizaciones, cuando la empresa subcontratante hubiese acreditado que procedió diligentemente para conocer la situación de la empresa con la que subcontrató, pese a que no se solicitó informe negativo de descubierto. Esa diligencia se demuestra de la presentación de los justificantes bancarios de los documentos de cotización –aunque de hecho no procedió pago de los mismos–, dado que se parte de que los justificantes de pago expedidos por las entidades colaboradoras tienen el mismo efecto liberatorio que si el ingreso se hubiese realizado ante la Entidad Gestora. Es decir, se acude a un procedimiento de acreditación que no procede directamente de la Entidad Gestora, pero que tiene efectos similares ya que «sustancialmente» se ha cumplido con las exigencias del art. 42 del TRET (Cit. FJ 3ª).

¿Procede la devolución de cotizaciones y pago de intereses por parte de la Entidad Gestora? STS de 5 de abril de 2002 (RJ 2002/3455)

La devolución de cotizaciones procede por la actuación errónea de la Entidad Gestora que lleva a un ingreso excesivo de cotizaciones, al que hay que añadir el pago de intereses en un momento posterior, a partir de que previamente se haya regularizado el derecho a la devolución, con el fin de «compensar el desequilibrio económico producido» (FJ 3º), dado que en realidad no se trata de intereses de mora.

¿Cabe interponer recurso de casación para reclamar cotizaciones?⁵⁸

De la cantidad de Sentencias que se ocupan de este supuesto se puede concluir que es la cuantía de las cantidades objeto de litigio la que condiciona que las decisiones judiciales previas puedan ser revisadas o no –en función de que los débitos por cotizaciones excediesen de 1.000.000 de ptas., o de 6.000.000 de ptas.–,

58. STS de 21 de enero (RJ 2002/1153); STS de 4 de febrero (RJ 2002/2909); STS de 6 de febrero (RJ 2002/1259); STS de 11 de febrero (RJ 2002/1607); STS de 11 de febrero (RJ 2002/1608); STS de 11 de febrero (RJ 2002/3882); STS de 18 de febrero (RJ 2002/2537); STS de 18 de febrero (RJ 2002/2538); STS de 18 de febrero (RJ 2002/2539); STS de 23 de febrero (RJ 2002/2251); STS de 4 de marzo (RJ 2002/2549); STS de 4 de marzo (RJ 2002/2550); STS de 4 de marzo (RJ 2002/2552); STS de 15 de marzo (RJ 2002/3699); STS de 20 de marzo (RJ 2002/3131); STS de 8 de Abril (RJ 2002/5050); STS de 14 de mayo (RJ 2002/4300).

según «deben referirse a las autoliquidaciones mensuales, y sin incluir los recargos.» (cit. entre otras STS de 4 de febrero de 2002 [RJ 2002/2909]).

Cuestión diferente es cuándo y cómo se cuestiona la posible interposición del recurso extraordinario de casación en interés de la Ley. En concreto, junto a los requisitos del art. 102 de la LJCA, se exige «que la doctrina de la Sentencia sea gravemente dañosa al interés general, en cuanto interpreta o aplica incorrectamente la normativa legal de carácter estatal, así como que se proponga con la necesaria claridad y exactitud la doctrina legal que se postule».

¿Quién está legitimado para interponer recursos contra los actos recaudatorios? STS de 28 de enero de 2002 (RJ 2002/899) y STS de 4 de marzo de 2002 (RJ 2002/2551)

La cuestión se plantea respecto a si es necesario que los Letrados de TGSS interpongan recurso de alzada previo contra resoluciones del Tribunal Económico Administrativo o directamente pueden actuar judicialmente. Es decir, se trata de delimitar el alcance de los citados tribunales, al considerar que aquéllos forman parte del sistema judicial, aunque con carácter arbitral.

El TS considera que hay un error de partida, ya que dichos órganos son administrativos, y no judiciales, por lo que ni desde el punto de vista orgánico, ni funcional, pueden ser considerados órganos judiciales (FJ 2º RJ 2002/899) y, por tanto, al formalizar el recurso de alzada como si se tratase de un escrito de demanda (RJ 2002/2251, FJ 1), ya que hay que diferenciar quién es el sujeto interesado en la reclamación, del órgano administrativo al que representa (FJ 3º RJ 2252).

¿Es acertado que un Acta de Liquidación de la Inspección, por diferencias de cotización, pueda hacerse conjunta dado que la misma debe hacerse por los propios medios de la Inspección, ante la negativa de la empresa a facilitar más información sobre las bases de cotización de los citados trabajadores? STS de 8 de marzo de 2002. (RJ 2002/4385)

A juicio de la sala, es acertado que no se haga una diferenciación nominal de la plantilla –por sí extensa–, sino que la misma se haga en su conjunto, dada la dificultad técnica de cuantificar la deuda pendiente.

¿Es aplicable a la Administración Local el procedimiento de apremio?⁵⁹ ¿Si no es así, es posible aplicar recargo de mora hasta el cobro definitivo?

59. Sala de lo Contencioso-Administrativo: STS de 18 de junio de 2001 (RJ 2002/449) (en línea similar a la STS 2000/2293); STS de 2 de octubre de 2001 (RJ 2002/107); STS de 19 de diciembre de 2001 (RJ 2002/2041); STS de 16 de enero de 2002 (RJ 2002/892); STS de 14 de febrero de 2002 (RJ 2002/3893); STS de 18 de febrero de 2002 (RJ 2002/3440); STS de 18 de febrero de 2002 (RJ 2002/2540); STS de 25 de febrero de 2002 (RJ 2002/3328); STS de 1 de marzo de 2002 (RJ 2002/2256); STS de 11 de marzo de 2002 (RJ 2002/2609); STS de 3 de abril de 2002 (RJ 2002/3453); STS de 19 de abril de 2002 (RJ 2002/3704); STS de 19 de abril de 2002 (RJ 2002/3705); STS de 29 de abril de 2002 (RJ 2002/4415); STS de 8 de mayo de 2002 (RJ 2002/4417).

En las Sentencias de instancia se cuestiona la aplicación supletoria del Reglamento General de Recaudación, al Reglamento General de Recaudación de cotizaciones, dado que se considera que es inaplicable el recargo de apremio para el cobro de las cotizaciones impagadas por las Corporaciones Locales, como ya recogía en unificación de doctrina la STS de 15 de junio de 2001 (RJ 2001/6063). Especialmente, con la nueva redacción que la Ley 66/97 introduce en el RGR. Es más, se considera que el art. 167 del RGRSS/95, ya establecía esa situación, por lo que dicho cobro procederá mediante su deducción de las transferencias «que por la Administración del Estado hubieran de efectuarse a las Corporaciones Locales» (RJ 107). Es decir, son aplicables los términos del art. 65 del RGR.

Sin embargo, no cabe dicha excepción respecto al recargo de mora, dada la naturaleza compensatoria de aquél, y su extensión en caso de que existan créditos compensables; pues se devengan recargos de mora desde el vencimiento de plazo reglamentario hasta que resulta posible la deducción de deuda (...) o la íntegra compensación de deuda porque exista un crédito susceptible de compensación (STS de 18 de junio de 2001 [RJ 2002/449]), ya que dichos recargos no están vinculados al iniciación de una vía de apremio (STS de 19 de diciembre de 2001 [RJ 2002/2041, cit. STS de 15 de Junio [RJ 2001/6063]).

Cosa diferente es que sean las propias Entidades Locales las que decidan compensar de oficio los créditos que ostenten frente a la Seguridad Social cuando existan, a su vez, deudas de la TGSS en concepto de cuotas, pues ahí los efectos del recargo de mora están limitados. Es más, es cierto que, y como ocurre con respecto a otras Administraciones, la TGSS pueda iniciar expediente para la condonación de los recargos de mora. En ese caso, incluso, se llega a considerar que la falta de informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, no tiene por qué ser necesariamente determinante en el desarrollo del mismo, ya que cabe siempre reclamar contra las decisiones administrativas.

Precisamente la STS de 1 de marzo de 2002 (RJ 2002/2256), cuestiona cuál es el sentido de que los recursos contra las actuaciones de la Administración deban estar fundamentados con precisión sobre las normas aplicables al caso, incluso cuando exista una extralimitación en la interpretación de la misma –que incluso puede llevar al absurdo de que la resolución administrativa sea de imposible cumplimiento–, y no cualquier otra. Y ello, por más que existan preceptos que hagan referencia a materias relacionadas entre sí, e incluso «que su contenido pudiese ser idéntico».

¿Cómo procede la imputación de responsabilidad en orden a las prestaciones por descubiertos de cotización? (STS de 17 de septiembre de 2001 [RJ 2002/628]; STS de 18 de septiembre de 2001 [RJ 2002/589]; STS de 26 de septiembre de 2001 [RJ 2002/320])

A efectos de imputación de responsabilidad por descubiertos de cotización, se exige un análisis y valoración de los antecedentes de cada caso, ya que no puede

tratarse de la misma forma si se trata de «episodios aislados» (RJ 628), «transitorios, ocasionales o involuntarios» (RJ 589), que si daría lugar a «la responsabilidad de la entidad gestora o colaboradora (RJ 320), que si se trata de «definitivos o persistentes». Máxime cuando «no concurre elemento objetivo alguno que evidencie la voluntad de satisfacer las obligaciones incumplidas» (RJ 628). En las Sentencias citadas se condena al pago de prestaciones si se supera un plazo superior al año en la continuidad de dicho descubierto (RJ 2002/589).

¿Cuál es la jurisdicción competente para resolver sobre ingresos indebidos? (STS de 25 de febrero de 2002 [RJ 2002/4546])

Así, se indica que corresponde al orden contencioso-administrativo conocer de la reclamación contra la sanción administrativa, al menos mientras no se desarrollasen las previsiones del art. 3.3 de la LPL. Por el contrario, es competencia de la Jurisdicción social conocer de los requerimientos de reintegro de prestaciones indebidamente percibidas.

¿Qué plazo procede para la prescripción de prestaciones indebidas?''

Se pasa de aplicar el plazo general de prescripción de cinco años, a reducirse a cuatro años, sin que puedan aplicarse otras excepciones respecto al comportamiento de las partes para considerar dicho plazo —como ocurría hasta la redacción del art. 45 de la LGSS, por Ley 66/97—. Sin embargo, ese argumento se aplica de forma diferente en las STS de 26 de septiembre de 2001 y 25 de enero de 2002, respecto a una duplicidad protectora por pensiones, precisamente al reconocer una de ellas pese a que no había obligación de cotizar al Régimen General. De hecho, se establece que hay que considerar el plazo excepcional de tres meses de prescripción para reclamar prestaciones indebidamente percibidas, cuando se produce «un retraso relevante por parte del ente Gestor para regularizar la situación» (FJ 4^a.1) y que la demandada «se movía en una situación anímica de buena fe». «Incluso no es razonable exigirle una mayor diligencia», porque ella no tenía por qué conocer «el carácter sustitutorio de la Mutualidad de Empleados de Notarías» (FJ 4^o.2) y que, por cuanto faltaba la obligación de cotizar, no había lugar a esa pensión.

La explicación a ese diferente tratamiento está en las SSTS de 7 de noviembre de 2001 y 28 de enero de 2002, que fijan dos momentos temporales diferenciados a efectos de aplicar la doctrina del TS. Por un lado, para las prestaciones indebidamente percibidas con anterioridad al 1 de enero de 1998, donde era de aplicación la doctrina del TS en la que excepcionalmente se admite limitar dicha prescripción a los tres meses anteriores a la solicitud de devolución. Por el contrario, para las prestaciones indebidamente percibidas, será plenamente aplicable lo que establece el art. 45 de la LGSS: los cinco años anteriores o, en su caso, los

60. STS de 11 de junio de 2001 (RJ 2002/307); STS de 17 de enero de 2002 (RJ 2002/2511); STS de 25 de enero de 2002 (RJ 2002/2642); STS de 28 de enero de 2002 (RJ 2002/3763); STS de 26 de septiembre de 2001 (RJ 2002/3742); STS de 31 de octubre de 2001 (RJ 2002/832).

cuatro años anteriores, si dicha reclamación es a partir del año 2000, ya que no se prevé una retroactividad en las previsiones del art. 45, en su redacción a partir de 1998 (STS RJ 3763).

Precisamente en relación al art. 45 de la LGSS hay que considerar la Sentencia de 31 de octubre de 2001, aunque ésta no hace alusión directa a plazos de prescripción, sino al hecho de que por actuaciones del INSS se cobren indebidamente prestaciones, que al ser a cargo de una Mutua o de una empresa, posteriormente éstas reclaman. Al respecto, el TS deja clara su posición de que será el INSS el responsable subsidiario directo del reintegro de las mismas, independientemente de que pueda alegarse la buena fe del preceptor de las mismas. Realmente, no hay más que una consideración sobre el alcance de los actos propios de la Administración, cuyo mal funcionamiento no puede perjudicar directamente a terceros.

Una vez que se reconoce que procede la devolución de las prestaciones indebidas, nos encontramos con el problema de cómo devolver éstas. No olvidemos que en la mayoría de los casos se negocia la devolución de las cantidades a través de un descuento en las prestaciones que pudiese seguir percibiendo el sujeto. Es en esta materia donde se centra la STS de 17 de enero, ya que no considera aplicables los límites de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a efectos de embargo. Por lo que nada impide que la cuantía de las prestaciones que pueda percibir el sujeto queden por debajo del SMI. Pues, y como reconoce el propio TS, muchas de las prestaciones del Sistema tienen su límite por debajo de esa cuantía. Cuestión diferente es que quepa aceptar arbitrariedad en las cantidades que debe descontar la Administración.

¿Cuándo procede la revisión de los actos propios? (STS de 3 de octubre de 2001 [RJ 2002/399]; STS de 7 de noviembre de 2001 [RJ 2002/835])

La Administración está sometida a que sus actos declarativos de derechos sobre los administrados hayan de plantearse ante la Jurisdicción Social, mediante la correspondiente demanda.

No obstante, cabe una excepción a esa regla general: la rectificación de «errores materiales y de hecho y los aritméticos, así como las revisiones motivadas por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones de los beneficiarios». En aplicación de este art. 145.2 de la LPL, se admite la autotutela de la Administración, procediendo al «reintegro de la prestación como una consecuencia accesoria del derecho de revisión» (FJ 2^o. b), salvo que se trate de excesos sobre los límites previstos en las diferentes leyes de presupuestos, en cuyo caso procede la «recuantificación de oficio», que no la devolución, amén de otras circunstancias especiales reconocidas por el propio Tribunal Supremo, entre las que precisamente no se hace referencia a los supuestos de prestaciones no contributivas, si no se cumplieron sus obligaciones por parte de los interesados, o no se hicieron adecuadamente.

5.3. Gestión de prestaciones

¿Puede la empresa liberarse de la obligación de abono de una prestación de incapacidad temporal –en un supuesto de colaboración voluntaria en la gestión– cuando se extingue el contrato de trabajo? (STS de 17 de enero de 2002 [RJ 2002/3756])

No queda exonerada la empresa de la obligación asumida de colaboración en la gestión cuando se produce la extinción del contrato de trabajo. El Tribunal recuerda que, cuando se produce el hecho causante que determina el nacimiento del derecho a prestaciones de incapacidad temporal, la empresa es la responsable de esas prestaciones hasta su extinción por causa legal, sin que pueda liberarse de esa obligación como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, pues esa extinción ni extingue el derecho al subsidio ni altera el sujeto responsable del pago del mismo (fundamento de derecho 2º).

¿A partir de qué momento asume la Comunidad Autónoma la obligación de reintegro de gastos sanitarios? (SSTS de 4 de octubre de 2001 [RJ 2002/1414], 25 de octubre de 2001 [RJ 2002/2365], 6 de noviembre de 2001 [RJ 2002/3076], 7 de febrero de 2002 [RJ 2002/2654])

Las distintas sentencias que posteriormente son recurridas ante el Tribunal Supremo, optan por dar diferente solución al supuesto común –a quién corresponde el reintegro de gastos ocasionados por internamiento psiquiátrico cuando tales gastos tienen lugar en el interin del traspaso de competencias del Instituto Social de la Marina (ISM) a la Comunidad Autónoma de Galicia–: en algún caso se atribuye la responsabilidad al Servicio Gallego de Salud, aunque en otras ocasiones se adjudica al ISM o a la TGSS.

La tesis del Tribunal Supremo sigue lo previsto en el RD 212/1996, de 9 de febrero de 1996, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Galicia de las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de asistencia sanitaria encomendada al ISM, que atribuye a éste último «los compromisos por gastos (...) derivados de sentencias judiciales firmes por actuaciones anteriores al traspaso» (Anexo E: Régimen financiero y presupuestario, j). Lo que sucede en los distintos supuestos de las sentencias citadas es que no procede tal asunción de gastos por el ISM, ya que las actuaciones se iniciaron por demanda posterior a la fecha de efectos de la transferencia, luego deben ser soportados por el Servicio Gallego de Salud.

5.4. Prestaciones

¿En qué momento debe considerarse cumplido el requisito de alta para acceder a una prestación de incapacidad permanente? (SSTS de 17 de enero de 2002 [RJ 2002/2512] y 26 de marzo de 2002 [RJ 2002/3939])

Son tres las fechas que se plantean como posibles: la del accidente que da lugar a la prestación, la de solicitud de la prestación o la fecha del dictamen del

Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI). Ambas sentencias determinan, mediante aplicación analógica del artículo 19. a) Orden de 15 de abril de 1969⁶¹, que la fecha a considerar es la del accidente.

¿Es compatible el disfrute de una prestación de incapacidad temporal en un Régimen de Seguridad Social con el mantenimiento simultáneo de actividad en otro Régimen? (STS de 19 de febrero de 2002 [RJ 2002/4364])

El caso concreto se refería a un trabajador afiliado al RETA como trabajador agrario por cuenta propia y, simultáneamente, al Régimen General de Seguridad Social, como trabajador por cuenta ajena en calidad de auxiliar administrativo a jornada parcial, que comienza un proceso de IT en el RETA. Ambas situaciones son compatibles: es decir, una persona en situación de pluriactividad puede acceder a una prestación de incapacidad temporal en uno de los dos Regímenes y continuar desempeñando su actividad en el otro.

¿Cabe aplicar la «doctrina del paréntesis», en un supuesto de prestaciones de muerte y supervivencia, de manera que se incluyan los períodos de alejamiento temporal del mercado laboral? (STS de 10 de diciembre de 2001 [RJ 2002/2975]).

La «doctrina del paréntesis» permite flexibilizar el cumplimiento del requisito de cotización establecido en el artículo 7.1 b) de la OM de 13 de febrero de 1967 (quinientos días cotizados en los cinco años anteriores a la fecha del fallecimiento). De este modo, cuando la antigua regulación reglamentaria exige que las cotizaciones acumuladas se acrediten en un período próximo al acaecimiento de la contingencia protegida, el cómputo de este período se puede extender «mediante la exclusión de “tiempos muertos” o “paréntesis”, incluso cuando los mismos supongan un alejamiento temporal del mercado de trabajo» (fundamento de derecho 3º).

La Sentencia explica también los fundamentos de esta doctrina: aunque estamos en un ordenamiento de Seguridad Social fundado en la actividad profesional de los asegurados, y los requisitos de cotización y de alta o situación asimilada al alta no pueden ser enervados o desvirtuados, «la interpretación de los preceptos que imponen estos requisitos (...) debe hacerse atendiendo al indicado principio constitucional de protección suficiente» (en referencia al artículo 41 CE). Además, debe tenerse en cuenta como factor de clara influencia el hecho de que «los cambios en la «realidad social» del mercado de trabajo y de la vida profesional experimentados desde la fecha de aprobación de la disposición interpretada (...) han sido muy

61. «Serán beneficiarios de las prestaciones económicas por invalidez permanente, que a su grado de incapacidad corresponda, los trabajadores que, reuniendo las condiciones que a continuación se señalan, hayan sido declarados en la situación de invalidez permanente definida en el número 2 del artículo primero: a) Que se encuentren afiliados y en alta, teniendo cubierto en la fecha en que causaron baja en el trabajo a consecuencia de las contingencias determinantes de la invalidez, un período de cotización efectivo de...».

importantes, reduciendo de manera notable la estabilidad de ocupación y aumentando la irregularidad del perfil de la vida activa» (fundamento de derecho 3º).

Por último, el fundamento de derecho cuarto sintetiza los criterios jurisprudenciales para la aplicación de esta doctrina:

- 1º No se pueden reducir los periodos de carencia o cotización impuestos por la normativa (STS de 5 de octubre de 1997⁶²).
- 2º «Los intervalos excluidos (...) son en principio aquéllos en que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad, como la situación de desempleo».
- 3º También cabe excluir un «interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo» que no revele «voluntad de apartarse del mundo laboral» (SSTS de 12 de marzo de 1998⁶³ y de 9 de noviembre de 1999⁶⁴).
- 4º El intervalo de ausencia del mercado de trabajo (que se incluya en el paréntesis) se debe valorar en relación con los siguientes factores: el tiempo de vida activa del asegurado, su «carrera de seguro» y la duración del período de reincorporación al mundo del trabajo posterior a su alejamiento temporal (STS 25 de julio de 2000⁶⁵).

La aplicación de estos criterios al caso que se debate conduce a concluir que «el período de tiempo durante el cual el causante no compareció en el mercado de empleo (algo más de un año) es muy breve en proporción a su historial de trabajo, y la duración del mismo no permite presumir un incumplimiento del deber constitucional de trabajar suficientemente grave para perjudicar de forma definitiva su carrera de seguro». Y concluye: «No parece proporcionado, en suma, que las dificultades laborales del período inmediatamente anterior a la muerte del marido asegurado deban privar a la viuda de una prestación para la que, descontado el intervalo correspondiente a las mismas, el causante había acumulado un período de carencia más de diez veces superior al mínimo exigido en la disposición reglamentaria aplicable» (Fundamento de derecho 4º).

¿Puede computarse como tiempo asimilado a cotizado, a efectos de la pensión de jubilación de sacerdotes y religiosos de la Iglesia Católica secularizados, el tiempo anterior a 1 de enero de 1962? ¿Cuál es la fecha a partir de la cual se reconoce a los religiosos secularizados cotizaciones ficticias en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos? (Sentencias de 25 de septiembre de 2001 [RJ 2002/597], 28 de noviembre de 2001 [RJ 2002/369], 23 de enero de 2002 [RJ 2002/2693], 11 de diciembre de 2001 [RJ 2002/2024], 12 de diciembre de 2001 [RJ 2002/2017], 21 de diciembre de 2001 [RJ 2002/2118].

62. RJ 1997/7352.

63. RJ 1998/2565.

64. RJ 1999/9500.

65. RJ 2000/9666.

26 de diciembre de 2001 [RJ 2002/2207], 17 de enero de 2002 [RJ 2002/2508], 29 de enero de 2002 [RJ 2002/2645], 30 de enero de 2002 [RJ 2002/2648], 4 de febrero de 2002 [RJ 2002/2652], 7 de febrero de 2002 [RJ 2002/2655], 23 de enero de 2002 [RJ 2002/2691], 5 de marzo de 2002 [RJ 2002/4654], 7 de marzo de 2002 [RJ 2002/4662], 25 de marzo de 2002 [RJ 2002/3934], etc.).

Como es sabido, los clérigos diocesanos de la Iglesia Católica no tuvieron protección dentro del sistema español de la Seguridad Social hasta el 1 de enero de 1978, fecha en que entró en vigor el RD 2398/1977, de 27 de agosto, que ordenó la inclusión de los referidos clérigos en el ámbito de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social. Respecto a los religiosos o religiosas de la Iglesia Católica, su inclusión en el sistema de la Seguridad Social tuvo lugar el 1 de mayo de 1982, fecha en que entró en vigor el RD 3325/1981, de 29 de diciembre, que establece que estos religiosos queden comprendidos con carácter obligatorio en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos.

Así pues, con anterioridad a las fechas que se han indicado, los sacerdotes y religiosos o religiosas de la Iglesia Católica no estaban incluidos en el ámbito de la Seguridad Social ni podían abonar cotización alguna. Precisamente, con el fin de compensar las perjudiciales consecuencias derivadas de la falta de protección de la Seguridad Social que estos dos colectivos habían padecido, se crearon unas soluciones reductoras de la exigencia del período de carencia necesario para determinadas prestaciones. Era necesario, para poder gozar de este sistema reductor de período mínimo de cotización, que el sacerdote o religioso tuvieran tal condición en el momento del hecho causante.

Ante tal exigencia, ¿qué ocurría con los religiosos y clérigos que se hubiesen secularizados antes de acontecer el hecho causante, colectivos a los que no les beneficia el sistema reductor del período carencial? ¿Cómo se salvó esta situación de desigualdad? Para remediar tal desigualdad, la Disposición Adicional 10ª de la Ley 13/1996 y los Reales Decretos 487/1998 y 2665/1998, que la desarrollan, establecieron un sistema especial de cómputo del período de carencia de la pensión de jubilación y, precisamente, sobre este sistema de cómputo de cotización versan las sentencias del TS a las que nos vamos a referir⁶⁶.

En numerosas ocasiones el TS ha tenido que pronunciarse sobre la siguiente duda: ¿es computable como período asimilado a cotizado cualquier tiempo en que se ostentó la condición de religioso de la Iglesia Católica, con independencia de la antigüedad o de la fecha en que eso sucedió o, por el contrario, ése tiene un límite, representado por la fecha en que se constituyó la primera Mutualidad de Autónomos en 1 de enero de 1962? En casi todas las ocasiones en las que el TS se ha pronun-

66. Para conocer con más detalle estos aspectos previos, a los que me acabo de referir para poder situar mejor la cuestión planteada ante el TS, podemos ver la STS de 5 de marzo de 2002 (RJ 2002/4654).

ciado sobre la citada cuestión ha sido el INSS el que ha planteado el recurso de casación para la unificación de la doctrina, aportando como sentencia contradictoria, en la mayoría de las ocasiones, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, de 28 de junio de 1999 (AS 1999, 2500).

El problema que se plantea en todas estas sentencias es idéntico, por lo que, para facilitar su estudio, nos vamos a centrar en una de ellas, la STS de 23 de enero de 2002 (RJ 2002/2691). En esta ocasión, doña Teresa C.C. había ejercido como religiosa desde el 8 de enero de 1950 al 18 de septiembre de 1973 y, tras solicitar la pensión de jubilación, ésta le fue denegada por el INSS al no computar la Entidad Gestora los períodos de cotización anteriores al 1 de enero de 1962, fecha en que entró en vigor la normativa que regula el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Tanto la Sentencia del Juzgado de lo Social como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia estiman la pretensión de doña Teresa, reconociéndole la pensión de jubilación.

Ante la interposición por el INSS del recurso de casación para la unificación de doctrina, el TS nos recuerda, para resolver la cuestión objeto de recurso, la doctrina ya unificada en reiterados pronunciamientos, prestando especial atención a la STS de 28 de febrero del 2001 (RJ 2001/2824). Según dicha doctrina unificada, el recurso de casación ha de ser estimado, sin que puedan tomarse en consideración, a efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación, períodos anteriores al 1 de enero de 1962. Son varias las razones que podemos deducir del largo razonamiento del TS para argumentar la postura que éste ha adoptado al respecto:

1. Ni el RD 487/1998 ni el RD 2665/1998, a la hora de establecer qué período ha de ser asimilado a cotizado a la Seguridad Social, determinaron el día a partir del cual puede realizarse ese cómputo, aunque sí prohíben expresamente la asimilación a partir de las fechas en que los sacerdotes y religiosos quedaron integrados y cotizaron a la Seguridad Social. Pero de ello no se puede inferir que se puedan tomar en cuenta todos los años de ejercicio sacerdotal o de profesión de religión sin ninguna limitación ya que, si así se hubiese querido, «se habría dispuesto así de modo expreso y concluyente».
2. La Disposición Adicional 10ª de la Ley 13/1996, disposición que es desarrollada por los Reales Decretos citados antes, dispone que «el Gobierno aprobará las disposiciones normativas que sean necesarias a los efectos de computar, para los religiosos y sacerdotes secularizados, el tiempo que estuvieron ejerciendo su ministerio o religión, y en el que no les fue permitido cotizar por su falta de inclusión en el sistema de la Seguridad Social, con objeto de que se les reconozca el derecho a la percepción de la pensión de jubilación denegada o a una cuantía superior a la que tienen reconocida». Dicho privilegio «no puede extenderse más allá de lo que permite la interpretación literal, lógica y sistemática de la Adicional Décima de la Ley 13/1996». Si se mantuviera una interpretación extensiva se le otorgaría «un nivel de protección para la jubila-

ción muy superior (...) a los demás trabajadores que quedaron incluidos en el RETA desde el mismo momento de su creación y venían desarrollando ya su actividad en tiempo anterior», dando la impresión de que se «ha querido primar a los sacerdotes y religiosos que se secularizan frente a los que siguieron en activo, dado que para estos últimos (...) no está prevista esa asimilación», y violándose así el art. 14 de la CE.

3. Es más, «la alusión a esa falta de inclusión en el sistema de la Seguridad Social, literalmente interpretada, permitía entender que sólo es asimilable a cotizado el tiempo posterior al 1 de enero de 1967, fecha de entrada en vigor de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966». Sin embargo, el TS mantiene la solución más favorable a la que ha llegado el INSS, a cuya conclusión cabe llegar tras el análisis de determinados preceptos de varias disposiciones normativas, remitiéndonos a las sentencias del TS para un conocimiento más detallado. Nos limitamos a señalar que «el INSS, una vez ordenada por la Ley 13/1996 la asimilación a tiempo cotizado del tiempo de servicios prestados antes de la integración, se ha decidido a computar el tiempo anterior al nacimiento del sistema de la Seguridad Social. Y fijado como *dies a quo* del cómputo el 1 de enero de 1962, pues sólo a partir de esa fecha pudieron realizarse cotizaciones eficaces a la primera Mutualidad de Autónomos...». Y esta misma conclusión hemos de mantener si atendemos a otro objetivo que persigue el RD 487/1998: «con el cómputo de esos períodos se ha pretendido buscar la mayor aproximación posible con la regulación que se dio en su día, respecto de los sacerdotes y religiosos de la Iglesia Católica de edad avanzada en el momento de la incorporación a la Seguridad Social de los respectivos colectivos (...) La normativa que acordó la integración de sacerdotes y religiosos en el sistema de la Seguridad Social evidencia con toda claridad que en aquel entonces no se autorizó, en ningún caso, el cómputo de períodos de vida sacerdotal o profesión religiosa anteriores a la fecha de nacimiento del sistema de Seguridad Social».

Hasta aquí la cuestión controvertida que se plantea ante el TS y la postura del mismo al respecto. Habría que finalizar este tema haciendo referencia a tres sentencias del TS en las que se ha de resolver la misma cuestión pero con el añadido de que parte de la actividad del religioso o religiosa se ha realizado en el extranjero (STS de 17 de diciembre de 2001 [RJ 2002/3271], de 22 de marzo de 2002 [RJ 2002/3822] y 5 de marzo de 2002 [RJ 2002/4654]). En estos supuestos el TS concluye, en base al art. 7 de la LGSS, que «para que pueda reconocerse como cotizados los años de ejercicio religioso, es de todo punto necesario que este ejercicio haya cumplido las exigencias legales de carácter básico y general que hubiesen permitido la afiliación o el alta en la Seguridad Social española, exigencia que se refieren, sobre todo, a las circunstancias personales del interesado y al lugar de residencia y desempeño de la actividad». Durante el período de tiempo que desarrolló su actividad religiosa en el extranjero el religioso o reli-

giosa «no pudo estar incluido en el ámbito de la Seguridad Social española, y, por ende, tal periodo no puede ser tenido en cuenta a los efectos del art. 2 del Real Decreto 48/1998 y del art. 2 del Real Decreto 2665/1998».

5.5. Régimen Especial Agrario

¿Cabe aplicar el beneficio de jubilación anticipada a los 60 años de la Disposición Transitoria 1ª de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1967 al Régimen Especial Agrario? (Sentencia del TS de 28 de noviembre de 2001 [RJ 2002/986])

La Disposición Transitoria 1ª nº 9 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1967 regula el beneficio de jubilación anticipada a los 60 años de edad, que se otorga a quienes hubiesen tenido la condición de mutualistas en cualquier Mutualidad de trabajadores por cuenta ajena en 1 de enero de 1967 o en cualquier otra fecha con anterioridad.

La cuestión que ha de resolver el TS es si tal beneficio es propio del Régimen General o si también puede extenderse al Régimen Especial Agrario. El supuesto de hecho es el siguiente: solicitud de pensión de jubilación anticipada que fue denegada pues, aunque el solicitante era mutualista en el sistema del Mutualismo Laboral antes del 1 de enero de 1967, después de dicha fecha no cotizó ni un solo día al Régimen General, pues la totalidad de las cotizaciones se hicieron al Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el que no resulta aplicable la DT 1ª de la OM de 18 de enero de 1967. Sin embargo, tanto el Juzgado de lo Social como el Tribunal Superior de Justicia estimaron su pretensión y le reconocieron la pensión de jubilación anticipada.

El recurso planteado por el INSS es estimado por el TS, que aplica la doctrina ya unificada sobre el problema suscitado. Según ésta, el beneficio de jubilación anticipada «es propio del Régimen General de la Seguridad Social; no es extensible al Régimen Especial Agrario, ya que la jubilación anticipada tuvo su origen en el artículo 57 del Reglamento del Mutualismo Laboral, que concedía el referido derecho de obtener pensión de jubilación a los 60 años, a diferencia del apartado a) del artículo 33 de los Estatutos de la Mutualidad Nacional de Previsión Social Agraria, y de la normativa anterior del Régimen Especial Agropecuario, que no reconocían el derecho a la jubilación hasta los 65 años». La razón de ser de este beneficio es el respeto a los derechos adquiridos en el precedente régimen mutualista de poder obtener la pensión de jubilación a los 60 años y, además, la normativa reguladora del REA no aborda la concesión de la jubilación anticipada ni tampoco hace remisión al Régimen General.

¿Es posible interpretar de forma flexible el requisito de estar al corriente en el pago de cuotas para tener derecho a prestaciones del Régimen Especial Agrario (Sentencia del TS de 16 de enero de 2002 [RJ 2002/2082] y 11 de marzo de 2002 [RJ 2002/4678])

En la Sentencia de 16 de enero de 2002 el TS ha de decidir si un trabajador por cuenta propia del Régimen Especial Agrario, que no pagó la cuota correspondiente a un mes, tiene o no derecho a prestación de incapacidad temporal. El TS nos recuerda la doctrina mantenida en numerosas ocasiones, en virtud de la cual «cuando se trate de prestaciones de incapacidad temporal (...) hay que aplicar con exactitud lo que se dispone en el art. 12 del Decreto 2123/1971, de 23 de julio (...) que aprobó el Texto Refundido de las Leyes Regulatorias del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, y en el art. 46.2 del Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre (...) de tal modo que no podrán obtener el derecho a percibir tales prestaciones los trabajadores inscritos en el censo (del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social) que no se encuentren al día en el pago de las cuotas, sin que esta conclusión pueda resultar alterada por el pago de las cuotas realizado fuera de plazo».

Tras hacer referencia a esta doctrina, concluye que la misma no debe aplicarse con un rigor absoluto e inflexible, sino que, por el contrario, las peculiaridades y condicionamientos de cada supuesto «pueden ser de tal entidad que obliguen a una aplicación modalizada de los citados preceptos, basada en la equidad y en principios elementales de razón». Y este mismo «criterio modalizador es el que debe seguirse en el caso de autos, toda vez que en él sólo se había dejado de pagar una cuota mensual (...) la causa del impago se debió posiblemente a un error de la entidad bancaria, y además el actor abonó dicha cuota al tomar conocimiento de su impago».

Sobre la interpretación de este requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas para tener derecho a las prestaciones del RE Agrario, se vuelve a pronunciar un mes después el TS pero, en esta ocasión, la prestación en juego no es una incapacidad temporal sino una incapacidad permanente. Tras poner de manifiesto la necesidad de atender a un estado de necesidad que por lo general se prolonga en el tiempo con carácter irreversible, tal y como ocurre con la IP, excluye «una interpretación rígida y literal de los artículos 12 del Texto Refundido y 46.2 del Reglamento del Régimen Especial Agrario». Según el TS, «ha de reconocerse la pensión por incapacidad permanente cuando queden cumplidas las siguientes exigencias: a) que el periodo de carencia legalmente exigido esté cubierto; b) que los descubiertos de cuotas no sean expresivos de una conducta de separación del vínculo de cobertura y c) que antes de concederse la prestación el beneficiario cubra los descubiertos». Además, «la falta de cotización durante siete meses no puede considerarse un incumplimiento que evidencie un ánimo de separación de la cobertura en un trabajador que, como el actor, ha completado una larga carrera de seguro». Así pues, la interpretación es incluso más flexible cuando está en cuestión el disfrute de una pensión de incapacidad permanente que cuando se trata de reconocer una prestación por incapacidad temporal.