

EL «DECRETAZO» DEL PARO

Análisis crítico del Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad (BOE, 25).

Por Eduardo Rojo Torrecilla

Responsable del Área Social de CiJ

Catedrático de Derecho del Trabajo y

de la Seguridad Social de la Universidad de Girona.

1. La norma, que entró en vigor al día siguiente de su publicación, tiene por finalidad, según se afirma en su preámbulo, reformar algunos aspectos del sistema de protección por desempleo, tanto en su vertiente contributiva como asistencial, así como mejorar el nivel de formación y las posibilidades de acceder al mercado de trabajo de los colectivos que más dificultades tienen para acceder al mismo. Ahora bien, es difícilmente justificable, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, que exista una extraordinaria y urgente necesidad para dictarla, pues no parece de recibo que se argumente la cambiante situación económica internacional y la necesidad de ajustar nuestro mercado de trabajo a esta para fundamentarla, cuando además la situación presupuestaria del Instituto Nacional de Empleo es sensiblemente diferente a la de etapas anteriores, con un importante superávit presupuestario.

El contenido del RDL ha sido objeto de duras críticas por parte de las organizaciones sindicales, hasta llegar a la convocatoria de una huelga general para pedir la retirada de la norma. Se trata, además, de un texto que modifica nuevamente varias disposiciones legales laborales y de Seguridad Social (Ley General de Seguridad Social, Ley del Estatuto de los trabajadores, Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Ley de Procedimiento Laboral), y cuyo redactado suscita numerosas dudas jurídicas que, probablemente, deban esperar a su resolución hasta la publicación de algunos Decretos que desarrollen el texto ahora comentado, además de las resoluciones judiciales a los conflictos que se planteen ante los tribunales. **Creo sinceramente que su contenido no contribuye en absoluto a fortalecer la cohesión social que debe ser un valor predominante en cualquier sociedad democrática, coloca a gran parte de los trabajadores ocupados en situación de debilidad frente a la parte empresarial, y además se transmite a la sociedad un mensaje de que quienes perciben prestaciones en muchas ocasiones no desean trabajar, cuando los datos estadísticos del propio INEM sobre la cuantía de las prestaciones y el período medio de su duración desbaratan dicha afirmación.**

En apretada síntesis, expongo a continuación los aspectos a mi parecer más relevantes del RDL desde la perspectiva jurídica, para que aquellas personas a las que va dirigido este comentario tengan más argumentos

para evaluar el alcance de la situación social que actualmente vivimos en España y puedan obrar y decidir en conciencia.

2. Para tener derecho a las prestaciones por desempleo no bastará con encontrarse en situación legal de desempleo, sino que también el solicitante deberá suscribir con el Servicio Público de Empleo el llamado compromiso de actividad, mediante el cual se compromete a buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional. Se diluye de tal forma la frontera entre el ejercicio de un derecho subjetivo por parte del desempleado, la percepción de prestaciones económicas como contrapartida de las cotizaciones efectuadas a la Seguridad Social durante un determinado período de su vida laboral, y la potestad de la Administración de negarle el disfrute de dicho derecho a quien no haya suscrito un documento previo, el llamado compromiso de actividad.

3. Se limita la protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos, protección a la que sólo tendrán derecho aquellos trabajadores en los que concurren los requisitos recogidos en el art. 15.8 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, cuando carezcan de ocupación efectiva, o dicho de otra forma quienes trabajen durante determinados períodos del año, anualidad tras anualidad, pero que no sean los mismos cada uno de ellos, mientras que quienes sí trabajen anualmente y en las mismas fechas se les aplica la regulación del contrato a tiempo parcial.

La norma eleva a rango legal una discutida circular del INEM dictada con ocasión de la reforma laboral del pasado año, y **puede generar la imposibilidad de acceder a las prestaciones a un importante número de trabajadores que en determinados sectores (ej: hostelería) hayan pactado en convenio la prestación de sus servicios “en fecha cierta” durante varios meses de cada anualidad.**

4. Se ha aprobado la automaticidad en el pago de las prestaciones, que en un lenguaje mucho más claro y directo significa que el trabajador pasará a percibir las prestaciones por desempleo a partir del día siguiente del cese del contrato de trabajo aún cuando hubiera impugnado judicialmente la decisión. Dicha medida se acompaña de la exoneración al empresario del pago de los llamados salarios de tramitación en caso de que la resolución judicial declare la improcedencia del despido y aquel opte por el pago de la indemnización legalmente prevista; es decir, el empresario no abonará, y el trabajador obviamente no percibirá, los salarios debidos desde el momento de la comunicación del cese hasta el día de finalización de la relación laboral por haber ejercido el empresario su derecho al abono de la indemnización y no a la readmisión.

No se alcanza a ver, al menos para quien suscribe este comentario, el interés que esta medida puede tener para el sistema público de protección por desempleo; nulo interés me parece que puede tener para el trabajador (pues obsérvese que el derecho al abono de la prestación nacerá desde el día siguiente al cese, y no desde dos o tres meses después cuando hubiera finalizado el conflicto judicial); sí parece que puede facilitar la adopción de decisiones de extinción del contrato, no motivadas o mal motivadas, por el empresario, circunstancia que además supone un fortalecimiento de su poder de dirección y un debilitamiento de los derechos de los trabajadores. Es decir, **puede suponer un ahorro económico importante para el Ministerio de Justicia y además trata de peor condición al empresario que, una vez reconocida en sede judicial la improcedencia del despido, opta por readmitir al trabajador (ya que**

tendrá que abonarle los salarios de tramitación), que aquel que no readmite al trabajador, ya que no deberá abonar dicho salarios y sólo será responsable del pago de la indemnización (cuya cuantía es sensiblemente reducida en los contratos de corta duración). **No me parece que pueda calificarse de positiva para la cohesión social precisamente una norma que trata de mejor condición a quien incumple la ley que aquel que la cumple.**

5. El período de vacaciones no disfrutado por el trabajador, cuando dicha circunstancia se produzca en virtud de las posibilidades que ofrece la normativa vigente (contratos de duración determinada, o contratos indefinidos cuya extinción se produce cuando aún no puedan disfrutarse las vacaciones a las que se tenga derecho) se toma en consideración a los efectos de la fecha de inicio de las prestaciones por desempleo a que tenga derecho dicho trabajador, de tal forma que tales prestaciones sólo se iniciarán cuando hubiera finalizado el período vacacional a que, legal o convencionalmente, tiene derecho el trabajador.

La norma parece querer responder a una práctica habitual, cual es la finalización de los contratos de duración determinada coincidiendo con el período de menor actividad de la empresa, y la inmediata solicitud de percibo de prestaciones por parte del trabajador, siendo poco frecuentes los supuestos en que las empresas conceden a los trabajadores los días de período vacacional a que tuvieren derecho.

De tal forma, la empresa deberá mantener en situación de alta en la Seguridad Social al trabajador mientras transcurra el período vacacional no disfrutado y darle de baja cuando finalice, iniciándose el derecho a percibir la protección por desempleo a partir del día siguiente a la baja. En cualquier caso, la propuesta parece querer erradicar esa situación a la que me acabo de referir, pues el derecho a percibir prestaciones por desempleo sólo nacerá cuando hubiera finalizado el período en que el trabajador hubiera debido disfrutar las vacaciones. El período vacacional deberá constar en el certificado de empresa.

6. Hay una nueva regulación del régimen de infracciones que puede cometer un perceptor de prestaciones por desempleo, además del rechazo expreso a un empleo adecuado, infracciones que son las ya recogidas en la normativa anterior y que posibilitan la suspensión o extinción del derecho a la prestación además de algunas otras que, si bien incardinables a mi parecer dentro del marco normativo ya vigente con anterioridad, parecen querer **resaltar la obligación que tiene el perceptor de buscar activamente empleo y de mejorar su ocupabilidad, además de participar en todas las actividades que al efecto se organicen por los servicios públicos de empleo. Pero no se olvide que de nada servirá esta disponibilidad del desempleado para buscar activamente empleo si los servicios públicos de empleo no mejoran su presencia de intermediación en el mercado laboral.**

En la normativa vigente se gradúa la sanción en atención al número de ocasiones en que el desempleado rechaza una oferta de empleo adecuada, rechazo que según la normativa anterior acarrea la extinción del derecho. El nuevo texto no plantea la pérdida del derecho hasta que se produzca el tercer rechazo, reduciendo el percibo de la prestación por tres o seis meses cuando se trate del primer o segundo rechazo, y estableciendo asimismo una regulación gradual de las infracciones leves y la reducción del derecho a la prestación. Ahora bien, sin razón alguna aparente que lo justifique se ha introducido **una modificación respecto a las sanciones por falta grave en el supuesto de incomparecencia injustificada a un reconocimiento médico o la no aportación de la documentación requerida, ya que mientras que en la**

normativa anterior la sanción podía alcanzar la suspensión de la prestación por un período de tres meses, la nueva norma dispone que puede acarrear la extinción de la prestación.

7. Se adecúa el concepto de rentas obtenidas por el trabajador desempleado y que son, cuando se supera una determinada cantidad, incompatibles con la percepción del subsidio, persiguiendo que la protección sólo tenga razón de ser asistencial. Recuérdese ahora que la Ley General de la Seguridad Social atribuye la condición de beneficiario del subsidio a quien, además de concurrir otros requisitos listados en el precepto, carezca de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75 % del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

De tal forma, se expone de forma expresa que la indemnización percibida por el trabajador con ocasión de la extinción de su contrato, así como los frutos, rendimientos o intereses de la misma, tengan la consideración de renta y por consiguiente su percepción, en especial cuando se trate de trabajadores con una cierta antigüedad en la empresa, limitará en buena medida el número de perceptores del subsidio. Además, la norma parece querer concretar, y dar debida respuesta a algunas resoluciones judiciales que han efectuado una interpretación flexible de lo que debe entenderse por “rentas de cualquier naturaleza”, en terminos restrictivos qué debe entenderse por renta y el momento en que puede percibirse. No de otra forma cabe entender que se argumente, aunque creo que la normativa actual ya da pie para ello, que en el concepto de renta, y además de la nueva referencia a la inclusión de la indemnización por extinción del contrato, se incluirán las derivadas del trabajo, capital mobiliario o inmobiliario, de actividades económicas o prestacionales y plusvalías o ganancias patrimoniales y los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio. **La nueva medida puede suponer, en la práctica, una importante disminución del número de perceptores del subsidio.**

8. Se redefine el concepto de empleo adecuado. Para situar mejor la explicación cabe referirse en primer lugar a qué se entendía por “colocación adecuada”; tal como se recogía en el artículo 213.2 de la LGSS: “aquella que se corresponda con la profesión habitual del trabajador o cualquier otra que ajustándose a sus aptitudes físicas y formativas, implique un salario equivalente al establecido en el sector en el que se le ofrezca un puesto de trabajo, con independencia de la cuantía de la prestación a que tenga derecho y no suponga cambio de su residencia habitual, salvo que tenga posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar del nuevo empleo. En todo caso se entenderá por colocación adecuada la coincidente con la última actividad laboral desempeñada”.

Por su parte, el anterior artículo 213.1 b) de la LGSS conceptuaba como causa de extinción de la prestación por desempleo el “rechazo de una oferta de empleo adecuada o negativa a participar en trabajos de colaboración social, programas de empleo, o en acciones de promoción, formación y reconversiones profesionales, salvo causa justificada”.

La nueva norma es bastante parecida en cuanto a la definición de “empleo adecuado”, si bien amplía el campo de intervención del servicio público de empleo al respecto. En efecto, sigue siendo empleo adecuado aquel que se corresponda con la profesión habitual del trabajador, si bien se concreta en términos que permiten mucha amplitud a mi parecer al servicio público de empleo para que este lo conceptúe como tal. Se mantiene la concepción de la adecuación del empleo a la última actividad laboral realizada y a cualquier otra profesión que se ajuste a las aptitudes físicas y formativas del trabajador.

La amplitud a que he hecho referencia con anterioridad, se plasma en las atribuciones conferidas al servicio público de empleo cuando haya transcurrido “un año de percepción ininterrumpida de las prestaciones”, pues en ese momento también se considerará adecuada la colocación en cualquier otra profesión que a criterio del Servicio Público de Empleo pueda ser debidamente ejercida por el trabajador.

La nueva norma admite que la relación laboral puede ser tanto a tiempo completo como a tiempo parcial y de duración indefinida o por tiempo determinado. Igualmente, la consideración del empleo como adecuado cuando se requiera cambio de localidad se dará cuando exista alojamiento apropiado para el trabajador en ésta. Para que el salario se entienda “adecuado”, no podrá ser en ningún caso inferior al salario mínimo interprofesional, una vez descontados de aquel los gastos de desplazamiento.

La mayor concreción, y causa fundamental de la polémica, radica en la ampliación del concepto de empleo adecuado a todo aquel que se preste en un ámbito geográfico determinado (no superior a 30 kilómetros de la localidad de residencia) y cuando el tiempo invertido en el traslado no exceda de un determinado período (dos horas en total), o el coste económico del desplazamiento para acudir al trabajo no supere un porcentaje determinado del montante salarial percibido por el trabajador (el 20 % de su salario mensual). La norma deja un margen de actuación al servicio público de empleo para que modifique lo que acabo de explicar y lo adapte a las circunstancias profesionales, personales y familiares del trabajador desempleado.

9. Hay una nueva regulación del desempleo agrario. Se limita el acceso al subsidio agrario, si bien no afecta a los que ya lo estuvieran percibiendo en la actualidad. A partir de la entrada en vigor de la norma sólo podrán acceder quienes se hayan beneficiado del mismo en alguno de los tres años naturales inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud del mismo, salvo a aquellos a quienes se les haya extinguido su derecho al subsidio por sanción administrativa firme.

La norma pretende facilitar, se argumenta por el gobierno, la movilidad geográfica de los beneficiarios del subsidio agrario, aplicando a todas las ofertas de puestos de trabajo que se efectúen en el ámbito geográfico de Andalucía y Extremadura, y en el sector agrícola, la noción de empleo adecuado en los mismo términos que para el resto de trabajadores se prevé en la norma. Para facilitar los desplazamientos la norma prevé facilitar ayudas económicas y dietas tanto para alojamiento como para manutención, en especial cuando se trate de participación en curso del Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional y en el marco de un curso para cuyos participantes exista una oferta de formación en firme para incorporarse al mercado de trabajo.

Por fin, la norma establece una nueva regulación de las prestaciones contributivas para los trabajadores eventuales del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, extendiéndolo a todo el territorio nacional, configurándose como un sistema contributivo puro y sin derecho a prestaciones de tipo asistencial. Las diferencias con el régimen general de protección al desempleo del resto de trabajadores vendrán dadas, en primer lugar por la peculiaridad que supone la cotización al Régimen especial agrario de la Seguridad Social por jornadas reales de trabajo, y en segundo lugar porque **la duración se ajusta a una escala diferente a la del Régimen General**, (es decir, se dificulta más el acceso a la prestación para dichos trabajadores), de forma que **en la norma se estipula el derecho a disfrutar de un día de prestación por cada cuatro de ocupación cotizada, período que se reduce a tres en el régimen general, debiéndose cotizar un mínimo de 360 días para tener derecho a tres meses de prestación contributiva por desempleo en cuantía del 70 % del salario.**

La norma ha sido duramente criticada por parte sindical, por considerar en primer lugar que se produce una situación claramente discriminatoria de los trabajadores del campo con respecto a los restantes en materia de protección por desempleo, y en segundo lugar porque en la práctica puede producirse “la supresión del sistema de protección asistencial a los trabajadores del campo, a través de una inviable incorporación de estos al régimen general, medida que supone dejar sin una ayuda básica de rentas a más de 230.000 familias de desempleados de las zonas rurales más deprimidas de España” (Circular de 12 de abril de la Comisión Ejecutiva Confederal de la UGT). Desde ámbitos municipales se ha manifestado inquietud respecto al mantenimiento de las dotaciones anuales que se asignan al Plan de Empleo Rural, ya que las obras realizadas con dichos fondos son las que permiten en gran medida obtener el número de días cotizados para tener derecho al subsidio agrario.

10. Curiosamente, una gran parte de la norma se dedica a la regulación de la renta activa de inserción para el año 2002, regulación que no parece que tenga cabida dentro del concepto de extraordinaria y urgente necesidad recogido en el art. 86.1 de la Constitución para justificar que se dicte un Real Decreto Ley. Además de los mayores de 45 años desempleados de larga duración, la nueva norma amplía la posibilidad de acogerse a la RAI a discapacitados con minusvalía reconocida en grado igual o superior al 33 %, los trabajadores emigrantes retornados que hayan trabajado seis meses como mínimo en el extranjero desde su última salida de España, y quienes sean víctimas de violencia doméstica por parte de algún miembro de la unidad familiar de convivencia.

11. Por último, hago referencia a cuestiones de no poca importancia pero que basta ahora dejar reseñadas. En primer lugar, la norma posibilita la compatibilidad de la percepción del subsidio por desempleo por parte de un desempleado mayor de 52 años con la realización de un trabajo por cuenta ajena, así como también por parte de aquellos desempleados que ocupan un puesto de trabajo dejado vacante temporalmente por un trabajador que se encuentra en formación, **posibilitando que el empresario sólo abone la parte del salario que reste hasta llegar al fijado en el convenio colectivo aplicable, además del pago de la cuota empresarial a la Seguridad Social.** En segundo lugar, se amplían las bonificaciones en los programas de fomento de empleo, tanto para las empresas en la que presten servicios los perceptores de la RAI como para las mujeres desempleadas (ya no se requiere que su desempleo sea de larga duración) inscritas en las oficinas de empleo y que sean contratadas en los veinticuatro meses siguientes a la fecha del parto. En tercer lugar la disposición final tercera permite que la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo se dirija a la autoridad judicial laboral, en caso de que considere que existe un fraude en la contratación, “demandando la declaración de la relación laboral como indefinida y la readmisión del trabajador”.

3 de junio de 2002.