



ANÁLISIS DE LA COMPATIBILIDAD DE PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y EL TRABAJO: BALANCE Y PROPUESTAS DE REFORMA

PARTE II

JESÚS R. MERCADER UGUINA (DIRECTOR)

AUTORES (POR ORDEN ALFABÉTICO):

ARAGÓN GÓMEZ, CRISTINA

GIMENO DÍAZ DE ATAURI, PABLO

MERCADER UGUINA, JESÚS R.

MORENO SOLANA, AMANDA

MUÑOZ RUÍZ, ANA BELÉN

NIETO ROJAS, PATRICIA

PÉREZ DEL PRADO, DANIEL

PUEBLA PINILLA, ANA DE LA

Investigación realizada en el marco de los premios para financiar proyectos de investigación en el ámbito de la protección social convocados por la Orden TIN/731/2011, de 25 de marzo (BOE 1-4-2011, nº78)

La Seguridad Social no se identifica necesariamente con el contenido y/o conclusiones de los estudios e investigaciones en el ámbito de la protección social que subvenciona y edita, cuya total responsabilidad recae exclusivamente en sus autores.



ÍNDICE GENERAL

Introducción al estudio	6
I. El régimen de compatibilidad entre las prestaciones del sistema de seguridad social y los ingresos de activo	6
II. Los efectos de la incompatibilidad entre el trabajo y las prestaciones	11
III. Hacia un nuevo modelo de compatibilidad	13
Capítulo I: La prestación de incapacidad temporal y su compatibilización con el trabajo	17
I. Aspectos generales de la Incapacidad temporal y los efectos de su regulación y protección	17
1. La situación de la Incapacidad Temporal en España	17
2. Las consecuencias de la Incapacidad Temporal y su regulación jurídica	19
II. El régimen jurídico de la Incapacidad Temporal	23
1. Una aproximación general	23
2. La exigencia de una alteración de la salud incompatible con el trabajo	25
3. La compatibilidad de actividades con la IT	27
III. Experiencias comparadas	29
IV. Propuestas de reforma: la prestación por IT parcial	33
V. Bibliografía	38
Capítulo II: La compatibilidad entre el trabajo y las prestaciones vinculadas a la Conciliación de la vida Laboral y Familiar	42
I. La posible compatibilidad entre permisos parentales y trabajo remunerado	42
1. El disfrute del permiso de maternidad a tiempo parcial. Régimen jurídico y disfunciones del modelo	44
1.1 El acuerdo con el empresario como presupuesto previo para el ejercicio del derecho	47
1.2 Dinámica de la prestación	49
1.3 El severo régimen de incompatibilidad de la maternidad a tiempo parcial.	50
1.4 La expresa compatibilidad entre el empleo y la prestación de maternidad en situaciones de pluriempleo y pluriactividad	52
2. El disfrute del permiso de paternidad a tiempo parcial. Régimen jurídico y disfunciones del modelo	53
2.1 El acuerdo con el empresario como presupuesto previo para el ejercicio del derecho	54
2.2 La expresa compatibilidad entre el empleo y la prestación de paternidad en situaciones de pluriempleo y pluriactividad	55
II. Prestaciones por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural. Propuestas de modificación normativa	56
1. La incentivación económica de las medidas preventivas como vía preferente para la protección de la seguridad y salud de las mujeres durante la gestación y la lactancia natural.	58



2.	La suspensión del contrato de trabajo ante la imposibilidad del mantenimiento de empleo. Contingencia protegida y dimensión preventiva	60
3.	Dinámica de la prestación y su posible modificación para permitir la compatibilidad con el trabajo	61
4.	La expresa compatibilidad de la suspensión por riesgo y el trabajo en las situaciones de pluriempleo o pluriactividad	65
III.	Disfunciones en la regulación relativa a la prestación económica por cuidado de hijo enfermo.	66
1.	La prestación económica por cuidado de hijos enfermos y la compatibilidad con el trabajo	67
2.	Disfunciones en el ejercicio del derecho y propuestas de modificación normativa	71
IV.	Bibliografía	73
Capítulo III:	La compatibilidad entre el trabajo y la pensión de incapacidad permanente	76
I.	La necesaria integración laboral de las personas con discapacidad	76
1.	Hacia un modelo social de discapacidad	76
2.	El derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones.	79
3.	Los problemas de integración laboral de las personas con discapacidad	81
II.	La Protección De La Discapacidad Por El Sistema Público De Pensiones	84
1.	Los diferentes grados de invalidez	84
2.	La intensidad de la protección	86
2.1	El porcentaje aplicable	87
2.2	La base reguladora	88
2.3	El abono de la prestación	90
III.	La compatibilidad entre el trabajo y las prestaciones por incapacidad permanente	91
1.	La compatibilidad entre el trabajo y la incapacidad permanente parcial	91
2.	La compatibilidad entre el trabajo y la incapacidad permanente total	91
2.1	La necesaria delimitación del concepto profesión habitual	91
2.2	La compatibilidad entre la pensión por la incapacidad permanente total y el desempeño de una profesión distinta a la habitual	95
a.)	De conformidad con el art. 141.1 LGSS en la redacción previa a la entrada en vigor de la Ley 27/2011	95
b.)	Tras la reforma operada por la Ley 27/2011	99
3.	La compatibilidad del trabajo con la incapacidad permanente absoluta o con la gran invalidez.	101
3.1	Antes de la entrada en vigor de la Ley 27/2011	101
a.)	Tesis restrictiva: Compatibilidad únicamente con trabajos marginales, esporádicos o de poca entidad.	102
b.)	Tesis laxa: Posibilidad de compatibilizar la pensión con un trabajo no marginal, ni residual	104
3.2	Tras la entrada en vigor de la Ley 27/2011	107



4.	La compatibilidad del trabajo con la pensión no contributiva de invalidez.	108
IV.	Propuestas de reforma normativa	110
1.	Favorecer el mantenimiento en el empleo en los supuestos de incapacidad sobrevenida.	110
2.	Favorecer la inserción profesional en caso de recuperación de la capacidad	113
3.	Reordenar la protección por incapacidad permanente	115
V.	Bibliografía	119
Capítulo IV:	Compatibilidad entre el trabajo y las pensiones de jubilación	122
I.	Compatibilidad entre trabajo y pensión ordinaria (y completa) de jubilación	123
1.	Antecedentes de la regla de incompatibilidad entre trabajo y pensión ordinaria de jubilación	123
1.1	Fundamentos históricos de la regla de incompatibilidad	123
1.2	Propuestas de futuro	125
2.	La marginalidad de la actividad como excepción a la regla de incompatibilidad.	128
2.1	Pensión de jubilación e ingresos obtenidos por la realización de trabajos por cuenta propia que no superen el Salario Mínimo Interprofesional, en cómputo anual	128
3.	Otros ejemplos de compatibilidad entre pensión de jubilación y desarrollo de actividades marginales	132
3.1	Compatibilidades en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos: Pensionista de jubilación y mantenimiento de la titularidad del negocio	132
3.2	Compatibilidades en el Sistema Especial para trabajadores por cuenta propia agrarios	137
3.3	Otros ejemplos de trabajos marginales: Los profesores eméritos	140
a.)	Profesores eméritos en Universidades Públicas	140
b.)	Profesores eméritos en Universidades Privadas	143
4.	Excepciones “residuales” de la Ley General de Seguridad Social a la regla de incompatibilidad	144
4.1	Compatibilidad derivada de la integración en el Régimen General de Regímenes Especiales de Seguridad Social: el caso de Régimen Especial de los Trabajadores Ferroviarios	144
4.2	Compatibilidad derivada de la integración en la Seguridad Social de las Mutualidades sustitutorias de previsión	147
a.)	Delimitación del concepto Mutualidades sustitutorias de previsión	147
b.)	Mutualidades integradas en el Régimen General de la Seguridad Social: La Mutualidad de la Previsión	150
c.)	Pensiones de jubilación reconocidas por la Institución Telefónica de Previsión	151
d.)	Pensiones de jubilación reconocidas por la Mutualidad Nacional de la Administración Local	152
5.	La aceptación de la plena compatibilidad entre la pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social y el ejercicio de una profesión colegiada: el caso de las Mutualidades alternativas	156
5.1	Antecedentes: el caso de las Mutualidades alternativas	156



5.2	¿Es compatible la pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social, y el ejercicio de una profesión liberal, sin causar alta en el RETA por haber optado por una mutualidad de previsión social?	159
5.3	La Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo, sobre incompatibilidad de la percepción de la pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social con la actividad desarrollada por cuenta propia por los profesionales colegiados	161
5.4	Freno y marcha atrás en la incompatibilidad: la disposición adicional 37 de la ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social	163
6.	Efectos de la suspensión de pensión	167
7.	A modo de conclusiones...	169
II.	Excepciones sistemáticas de la ley general de seguridad social a la regla de incompatibilidad: jubilación parcial y jubilación flexible	170
1.	Aspectos generales	170
1.1	La jubilación parcial	173
a.)	Jubilación parcial anticipada	174
b.)	Jubilación parcial diferida	189
1.2	La jubilación flexible	194
2.	Conclusiones y propuestas	196
III.	Reglas de incompatibilidad y compatibilidad de la pensión de jubilación o retiro en el Régimen Especial de Funcionarios Públicos	199
1.	Normativa aplicable y rasgos diferenciadores del régimen de pensión de jubilación o retiro	199
2.	El transito desde la especialidad en el régimen de incompatibilidad trabajo-pensión hacia una legislación aproximada al régimen general de la seguridad social	202
2.1	Pensiones ordinarias	202
a.)	La regla general de incompatibilidad	202
b.)	La incompatibilidad de segundo grado. El supuesto específico de la jubilación por incapacidad permanente	205
c.)	La compatibilidad parcial. La jubilación parcial en el Régimen Especial de los Funcionarios Públicos tras la reforma del RD Ley 20/2012	211
3.	Las reglas de compatibilidad/incompatibilidad trabajo/pensión de los funcionarios de nuevo ingreso a partir del 1 de enero de 2011	216
4.	Otras propuestas de lege ferenda. el replanteamiento a futuro de la regla de jubilación forzosa	217
5.	Conclusiones y propuestas de reforma	218
IV.	Compatibilidad entre pensión no contributiva de jubilación y actividad profesional	220
V.	Bibliografía	223
Capítulo V:	La compatibilidad del trabajo con las prestaciones de Viudedad y Orfandad	227
I.	Breve acercamiento a la realidad actual de las pensiones de viudedad y orfandad	227
II.	Viudedad y trabajo	233
1.	Pensión contributiva con rasgos asistenciales	234



2.	Revisar y reformar la pensión de viudedad	237
2.1	Las rentas derivadas del trabajo como factor de modulación de la pensión de viudedad.	237
a.)	Edad	238
b.)	Dependencia Económica o Desequilibrio Económico	239
c.)	Formación, Reinserción Laboral y Empleabilidad	244
2.2	Propuestas de reforma	245
a.)	Pensión de viudedad temporal	246
b.)	Pensión de adaptación o ajuste	249
III.	Orfandad y trabajo	250
1.	Planteamiento general de la pensión de orfandad en la regulación actual	251
2.	Propuestas de Reforma.	253
2.1	Ampliación de las cuantías de la pensión.	253
2.2	Nuevas reglas de compatibilidad del trabajo y otros ingresos con la pensión de orfandad.	254
IV.	Bibliografía	256
Capítulo VI:	La compatibilidad entre el trabajo y las prestaciones por desempleo	258
I.	Introducción: la aparente contradicción entre trabajo y desempleo.	258
II.	Compatibilidades (e incompatibilidades) entre trabajo y protección por desempleo	260
1.	Compatibilidad del trabajo por cuenta propia y la protección por desempleo	261
2.	Compatibilidad del trabajo por cuenta ajena y la protección por desempleo	271
2.1	La compatibilidad con el trabajo a tiempo parcial	271
2.2	Ineficiencias del trabajo a tiempo parcial en relación con el desempleo	275
3.	Compatibilidad vía programas de empleo	288
3.1	Programa de fomento del empleo para mayores de 52 años.	289
3.2	Programa de sustitución de trabajadores en formación	293
3.3	Programa movilidad geográfica	295
3.4	Contrato indefinido de apoyo a emprendedores.	295
3.5	Crítica a los programas de empleo y propuestas de mejora	298
III.	Suspensión del contrato y reducción de jornada y el despido colectivo	303
IV.	Conclusiones	310
V.	Bibliografía	311
CONCLUSIONES		315



CAPÍTULO V LA COMPATIBILIDAD DEL TRABAJO CON LAS PRESTACIONES DE VIUDEDAD Y ORFANDAD

SUMARIO: I. BREVE ACERCAMIENTO A LA REALIDAD ACTUAL DE LAS PENSIONES DE VIUDEDAD Y ORFANDAD. II. VIUDEDAD Y TRABAJO. 1. Pensión contributiva con rasgos asistenciales. 2. Revisar y Reformar la pensión de viudedad.. A) Las Rentas derivadas el trabajo como factor de modulación de la pensión de viudedad. a) Edad. b) Dependencia Económica y Desequilibrio económico. c) Formación, Reinserción Laboral y Empleabilidad. B) Propuestas de Reforma. a) Pensión de Viudedad Temporal. b) Pensión de viudedad vitalicia modulable. b) Pensión de adaptación o reajuste. III. ORFANDAD Y TRABAJO. 1.Planteamiento general de la pensión de orfandad en la regulación actual. 2. Propuestas de Reforma. a) Ampliación de las cuantías de la pensión. b) Nuevas reglas de compatibilidad del trabajo con la pensión de orfandad.

I. BREVE ACERCAMIENTO A LA REALIDAD ACTUAL DE LAS PENSIONES DE VIUDEDAD Y ORFANDAD

Numerosas han sido las reformas legislativas operadas en torno a las prestaciones de muerte y supervivencia y más concretamente sobre las pensiones de viudedad y orfandad. Desde su aparición en el año 1956 con el Reglamento de Accidentes (aprobado por Decreto de 22 de junio BOE 15-7-56, nº197) han ido sucediéndose otras con el objetivo de adaptarse a las realidades sociales imperantes en cada momento¹.

Desde sus comienzos la pensión de viudedad se sustentaba sobre un modelo familiar único y una estructura de mercado laboral en la cual, el hombre trabajaba y la mujer se dedicaba a atender las responsabilidades familiares, sin incorporarse, salvo esporádica y residualmente, al mercado de trabajo. De esta forma la pensión de viudedad era concebida como una ayuda económica de subsistencia para las mujeres que durante toda su vida se habían dedicado a las tareas domésticas². Sin embargo, el paso del tiempo y los cambios producidos en la sociedad han hecho que los agentes sociales se pregunten en numerosas ocasiones acerca de la virtualidad de las prestaciones de muerte y supervivencia y muy especialmente la pensión de viudedad³.

¹ LLORENTE ÁLVAREZ, A. ¿La reformulación de las prestaciones de muerte y supervivencia era esto?: Análisis de las modificaciones incorporadas por la Ley 27/2011 en estas prestaciones, en GARCIA PERROTE ESCARTÍN, I y MERCADER UGUINA, J. R. (Dirs)., *La Reforma de la Seguridad Social* 2011, Valladolid, Lex Nova, 2011, pp. 205 y ss.

² CRUZ VILLALON, J. La modernización de las prestaciones por la viudedad y orfandad, en MONEREO PEREZ, J.L. *Ka seguridad social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, Comares, Granada, 2008, pp. 892.

³ En el Pacto de Toledo, en su Recomendación XII ya establecía la necesidad de elevar la edad máximo de permanencia en el percibo de las pensiones de orfandad y las mejoras de las pensiones de viudedad en el caso de menores ingresos; a este Pacto le siguen en la misma línea el Acuerdo Social de 2001, el



Los pilares en los que se asientan las pensiones de viudedad y orfandad han cambiado considerablemente. Por un lado, ya no existe una única forma familiar consistente en un matrimonio formado por hombre, mujer e hijos. Y no sólo han cambiado los modelos familiares sino también la manera de unión de las parejas, no siendo el matrimonio la única fórmula de establecer el vínculo. Por otro lado, la estructura del mercado de trabajo no es la misma que hace 60 años: la incorporación de la mujer al trabajo es ya una realidad indiscutible. Así las cosas, habrá que ver si la pensión de viudedad cumple la función y finalidad para la que fue creada.

Por lo que respecta a las pensiones de orfandad, el empleo de los jóvenes en la actualidad es uno de los problemas más importantes del mercado de trabajo. Nuestro sistema educativo ha cambiado y los periodos formativos son mucho más largos que años atrás, por lo que la pensión de orfandad necesita también de nuevos enfoques que la redireccionen y adapten a la realidad social.

De las estadísticas que se muestran a continuación, son varias a las conclusiones que podemos llegar y que nos llevan a introducir a las pensiones de viudedad y orfandad como parte del estudio. A fecha 1 de octubre de 2012 había un total de 2.326.942 pensiones de viudedad y 291.268 pensiones de orfandad. En cuanto al sexo del beneficiario de las pensiones de viudedad, el 93% son mujeres. Si nos fijamos en la edad de los beneficiarios/as, los números se concentran en la franja comprendida entre los 50 y los 85 años, con un incremento importante a partir de los 70 años. El importe medio de la pensión de viudedad a fecha de 1 de octubre de 2012 es de 603.07 €/mes, siendo la cuantía más elevada mientras más joven es el viudo/a. Además, se puede ver que un número elevado de pensiones de viudedad reciben complemento a mínimos; concretamente, a fecha de 1 de septiembre de 2012, el importe por tal concepto ascendía a 781.732 pensiones.

Acuerdo Social de 13 de julio de 2006, en el que se establece que la pensión de viudedad debería recuperar su carácter de renta de sustitución y reservarse para aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de la familia; el Documento sobre revisión del Pacto de Toledo presentado por el Gobierno el 29 de enero de 2010 en el que se hace desaconsejable una reforma de las pensiones en la línea del resto de países europeos puesto que las mujeres no tienen un peso similar al de los hombres en el mercado laboral, pero recoge la posibilidad de establecer una relación más flexible entre las rentas del trabajo y la pensión de viudedad, de modo que se mejore la situación de los pensionistas que reciban una única renta; por último el Pacto de Toledo de 2011, en el que se discute y tratan de convivir dos tendencias al respecto de las prestaciones de muerte y supervivencia: aquella que considera que estas prestaciones son de naturaleza contributiva y aquella que considera que son prestaciones de naturaleza asistencial



NÚMERO DE PENSIONES POR CLASE DE PENSIÓN

Pensiones en vigor a día 1º de cada mes

PERIODO	INCAPACIDAD PERMANENTE	JUBILACIÓN	VIUDEDAD	ORFANDAD	F. FAMILIAR	TOTAL
2002	790.985	4.593.068	2.091.004	272.978	42.215	7.790.250
2003	803.077	4.618.176	2.121.703	269.555	41.665	7.854.176
2004	827.470	4.628.823	2.151.987	264.519	40.586	7.913.385
2005	845.960	4.770.504	2.182.229	261.526	39.691	8.099.910
2007	902.901	4.895.541	2.240.301	257.568	38.005	8.334.316
2008	911.873	4.991.011	2.262.119	261.588	37.751	8.464.342
2009	930.881	5.087.586	2.281.270	266.546	37.836	8.604.119
2010	936.895	5.193.107	2.300.877	271.182	37.671	8.739.732
2011	942.883	5.289.994	2.319.204	275.993	38.203	8.866.277
2011 Ene	935.514	5.203.364	2.302.060	270.488	37.628	8.749.054
Feb	933.834	5.209.427	2.300.641	271.235	37.488	8.752.625
Mar	935.335	5.220.256	2.303.448	271.727	37.661	8.768.427
Abr	937.294	5.229.691	2.306.515	272.443	37.823	8.783.766
May	937.074	5.231.499	2.304.452	272.099	37.831	8.782.955
Jun	938.416	5.241.786	2.307.903	272.759	37.922	8.798.786
Jul	940.096	5.250.797	2.310.329	273.317	38.021	8.812.560
Ago	940.541	5.257.989	2.311.967	273.629	38.030	8.822.156
Sep	940.090	5.264.737	2.313.401	274.231	38.023	8.830.482
Oct	939.903	5.273.462	2.315.295	274.990	38.043	8.841.693
Dic	942.883	5.289.994	2.319.204	275.993	38.203	8.866.277
2012 Ene	941.490	5.296.851	2.319.896	275.077	38.121	8.871.435
Feb	940.819	5.296.832	2.317.875	277.286	38.024	8.870.836
Mar	942.980	5.300.989	2.318.060	279.248	38.118	8.879.395
Abr	944.396	5.303.778	2.318.999	281.260	38.184	8.886.617
May	944.431	5.310.554	2.320.231	282.995	38.267	8.896.478
Jun	944.794	5.314.791	2.320.251	284.522	38.325	8.902.683
Jul	945.470	5.325.990	2.322.389	286.527	38.428	8.918.804
Ago	944.889	5.338.390	2.324.218	288.263	38.460	8.934.220
Sep	943.297	5.346.074	2.324.748	289.753	38.410	8.942.282
Oct	941.629	5.358.987	2.326.942	291.268	38.350	8.957.176
Nov						
Dic						

Fuente: Datos presentados en octubre de 2012 por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social sobre la evolución mensual de las pensiones del sistema de Seguridad Social.



PENSIÓN MEDIA MENSUAL POR CLASE DE PENSIÓN (en euros)

Pensiones en vigor a día 1º de cada mes

PERIODO	INCAPACIDAD PERMANENTE	JUBILACIÓN	VIUDEDAD	ORFANDAD	F. FAMILIAR	TOTAL
2002	605,30	591,82	369,80	220,27	280,14	518,89
2003	640,45	624,66	397,67	234,12	302,34	549,84
2004	670,84	654,34	434,11	251,86	330,76	581,06
2005	702,49	688,17	454,75	271,13	354,01	611,68
2007	765,46	766,52	500,35	302,68	402,46	678,86
2008	805,73	821,55	531,32	326,07	431,56	725,23
2009	835,84	861,49	556,28	341,20	449,41	759,86
2010	854,01	892,38	574,13	351,09	462,09	785,83
2011	873,21	923,06	588,72	360,34	473,68	810,85
2011 Ene	864,96	905,94	583,61	357,60	470,57	797,92
Feb	865,60	908,49	584,44	357,76	471,52	799,80
Mar	866,75	910,11	584,87	358,00	471,36	801,05
Abr	867,86	911,72	585,25	358,42	471,27	802,26
May	868,82	913,70	585,96	359,02	472,03	803,83
Jun	869,67	914,95	586,35	359,28	472,29	804,79
Jul	870,48	916,19	586,73	359,54	472,65	805,77
Ago	870,97	917,53	587,16	359,71	472,72	806,77
Sep	871,12	918,77	587,54	359,72	473,26	807,64
Oct	871,82	920,38	587,98	359,85	473,66	808,82
Dic	873,21	923,06	588,72	360,34	473,68	810,85
2012 Ene	883,05	936,43	598,56	367,62	482,70	822,82
Feb	883,59	938,99	599,40	367,25	483,56	824,56
Mar	884,64	940,76	600,03	367,04	484,39	825,85
Abr	885,68	942,46	600,56	366,96	484,95	827,03
May	886,40	943,96	600,96	366,87	485,09	828,07
Jun	887,50	946,00	601,67	367,10	485,46	829,57
Jul	888,28	947,33	601,98	366,80	485,73	830,51
Ago	888,75	948,81	602,31	366,54	486,04	831,54
Sep	889,03	950,16	602,67	366,21	486,97	832,46
Oct	889,44	951,83	603,07	365,90	487,38	833,63
Nov						
Dic						

Fuente: Datos presentados en octubre de 2012 por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social sobre la evolución mensual de las pensiones del sistema de Seguridad Social

Pensiones en vigor con complemento por mínimos, por clases, sexos y regímenes

Datos a 1 de septiembre 2012

Regímenes	Incapacidad Permanente			Jubilación			Viudedad			Orfandad			Favor de Familiares			Total Pensiones			
	Hombres	Mujeres	No consta	Hombres	Mujeres	No consta	Hombres	Mujeres	No consta	Hombres	Mujeres	No consta	Hombres	Mujeres	No consta	Hombres	Mujeres	No consta	
General (*)	37,787	38,690		502,104	297,609	8	10,654	525,376	3	46,813	44,187	25	2,641	8,362		599,999	914,224	36	
Trabajadores autónomos	15,455	11,546		263,929	243,313	25	5,072	194,146	11	21,023	19,960	7	1,949	5,860		307,428	474,825	43	
Trabajadores del mar	649	186		11,948	2,036			14	18,584	1,424	1,194		151	306		14,186	22,306		
Minería del carbón	34	1		858	41			38	4,279	1	191	283		9	89		1,130	4,693	1
Empleados de hogar	163	6,336	1	1,972	94,788			711	264	3	944	876	1	171	376		3,961	102,640	5
Accidentes de trabajo	1,127	339		7,201	1,118	1	458	17,720		1,461	1,447	2	27	88		10,274	20,712	3	
Enfermedades profesionales	60	32		776	113			51	4,365		245	249		7	25		1,139	4,784	
Total Sistema	55,275	57,130	1	788,788	639,018	34	16,998	764,734	18	72,101	68,196	35	4,955	15,106		938,117	1,544,184	88	

(*) Con motivo de la entrada en vigor de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, el Régimen Especial Agrario queda integrado en el Régimen General

Fuente: Seguridad Social⁴

⁴ http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Pensiones_y_pensionistas/Pensiones_contributivas_en_vigor/Por_reg_menes/index.htm



PENSIONES CONTRIBUTIVAS DEL SISTEMA

DE LA SEGURIDAD SOCIAL

PEN-7.

Pensiones de viudedad, orfandad y favor familiar e importe medio, por sexo y edad.

	Media anual 2011					
	VIUEDAD		ORFANDAD		FAVOR FAMILIAR	
	Número	Importe medio En euros/mes	Número	Importe medio En euros/mes	Número	Importe medio En euros/mes
TOTAL (1)	2,309,332	586.42	273,201	359.11	37,898	472.39
De 0 a 9	-	-	19,690	273.00	24	219.24
De 10 a 19	-	-	90,777	270.98	353	294.50
De 20 a 24 (2)	104	662.43	36,319	300.33	749	266.35
De 25 a 29	809	630.37	3,003	322.27	602	266.26
De 30 a 34	3,470	651.36	6,024	329.16	323	248.70
De 35 a 39	9,567	652.75	10,314	361.64	319	238.58
De 40 a 44	22,458	634.21	15,382	391.57	415	243.66
De 45 a 49	43,190	636.12	19,380	426.28	1,165	457.90
De 50 a 54	71,429	645.05	19,218	462.90	3,044	500.04
De 55 a 59	102,668	651.71	16,220	490.69	4,498	510.61
De 60 a 64	150,906	664.79	13,185	507.14	5,151	502.45
De 65 a 69	210,807	638.28	9,633	521.21	4,129	522.45
De 70 a 74	273,999	611.74	5,844	535.19	3,182	511.99
De 75 a 79	420,212	591.64	4,620	550.63	4,046	497.74
De 80 a 84	453,270	567.74	2,348	564.17	4,400	474.18
De 85 y más años	545,555	515.99	1,199	566.74	5,433	428.63
VARONES (3)	160,467	449.21	142,064	355.94	8,207	438.54
De 0 a 9	-	-	10,080	271.70	13	231.54
De 10 a 19	-	-	46,316	270.89	171	291.48
De 20 a 24 (2)	4	607.50	18,052	298.80	357	274.88
De 25 a 29	81	497.51	1,769	320.66	273	268.98
De 30 a 34	369	559.42	3,563	329.34	146	246.51
De 35 a 39	1,215	586.62	6,211	361.55	139	237.84
De 40 a 44	2,777	576.50	9,107	388.67	197	244.57
De 45 a 49	5,682	563.66	11,431	423.38	462	444.48
De 50 a 54	9,613	572.56	10,916	459.17	1,032	490.31
De 55 a 59	12,665	580.71	8,844	488.49	1,374	482.14
De 60 a 64	14,381	565.68	6,551	500.74	1,307	482.39
De 65 a 69	14,818	498.43	4,356	518.81	806	493.04
De 70 a 74	16,007	440.99	2,355	534.47	418	469.37
De 75 a 79	23,170	406.53	1,582	547.38	453	461.14
De 80 a 84	25,215	379.97	668	564.83	444	457.93
De 85 y más años	34,446	344.45	234	565.15	587	402.37
MUJERES (3)	2,148,816	596.66	131,051	362.60	29,689	481.76
De 0 a 9	-	-	9,601	274.32	12	205.79
De 10 a 19	-	-	44,388	271.09	182	297.56
De 20 a 24(2)	100	664.67	18,266	301.83	392	258.60
De 25 a 29	728	645.28	1,234	324.57	330	264.01
De 30 a 34	3,101	662.34	2,461	328.90	177	250.51
De 35 a 39	8,352	662.38	4,102	361.78	180	239.16
De 40 a 44	19,680	642.36	6,273	395.77	218	242.84
De 45 a 49	37,504	647.10	7,949	430.46	703	466.73
De 50 a 54	61,815	656.32	8,302	467.82	2,012	505.03
De 55 a 59	90,000	661.70	7,375	493.31	3,123	523.13
De 60 a 64	136,522	675.23	6,633	513.42	3,845	509.24
De 65 a 69	195,987	648.85	5,276	523.18	3,323	529.59
De 70 a 74	257,983	622.33	3,488	535.68	2,763	518.52
De 75 a 79	397,035	602.44	3,038	552.33	3,592	502.36
De 80 a 84	428,046	578.80	1,680	563.91	3,956	476.01
De 85 y más años	511,100	527.55	964	567.12	4,846	431.81

(1) Incluye no consta sexo y edad. Véanse FUENTES Y NOTAS EXPLICATIVAS.

(2) Incluye las pensiones de Viudedad de menores de 25 años.

Fuente: Seguridad Social⁵

A partir de los datos expuestos es posible hacer las siguientes valoraciones. Primera, las pensiones de viudedad, después de las de jubilación (5.358.987) son las más numerosas en cantidad. Segunda, se trata de unas pensiones fuertemente feminizadas, siendo las viudas de mayor de edad las que representan el número de beneficiarios más elevado un

⁵http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Pensiones_y_pensionistas/Pensiones_contributivas_en_vigor/



dato que, sin duda, habrá de ser tenido en cuenta en la propuesta que sobre el futuro de esta pensión se formule. Tercera, al ser más elevadas las cuantías en los beneficiarios de menor edad, la función de la pensión se desvirtúa aun más, ya que los beneficiarios de edades tempranas tienen más posibilidades de encontrar trabajo si no lo tenían ya, o compatibilizarlo con el percibo de la pensión; y al contrario los beneficiarios de edades superiores que no puedan compatibilizar con el trabajo, perciben cuantías inferiores de la pensión. Cuarta y última, casi 782.000 pensionistas de viudedad perciben complementos a mínimos, lo que significa que para una buena parte de éstos, la pensión constituye su única o principal fuente de ingresos. Podría haber sido muy interesante conocer en que franjas de edad, los beneficiarios reciben complementos a mínimos o incrementos de la pensión de 70% de la base reguladora, pero estos datos no se han conseguido.

Pues bien, con este panorama de datos y por tanto, ante la ya cambiante (cambiada) realidad social a la que se enfrentan estas pensiones, vamos a proponer una serie de cambios en las pensiones de viudedad y orfandad que las pueden hacer más afines a los objetivos y finalidades actuales.

El objetivo del presente trabajo, como ya se ha dicho, es analizar el régimen de compatibilidad entre las rentas de activo y las prestaciones de Seguridad Social. Como se puede observar en el resto del informe se van a plantear fórmulas de compatibilización entre trabajo y prestaciones que van más allá de la regulación actual, buscando fórmulas de hacer converger incluso en situaciones hasta ahora no reguladas trabajo y prestación al mismo tiempo. Las pensiones que a continuación vamos a estudiar (especialmente la de viudedad, porque la orfandad presenta limitaciones) precisamente se caracterizan por todo lo contrario, es decir, son compatibles su percepción con el trabajo. Sin embargo, traerlas a este estudio nos parecía interesante por cuanto la realización de un trabajo lucrativo podría convertirse en este caso, en limitativo del acceso a la pensión, de la duración o incluso de su cuantía. Trataremos, por tanto, de analizar las modificaciones que las pensiones de viudedad u orfandad deberían experimentar, no sólo por su compatibilidad con el trabajo y con otros ingresos (algo que ya existe cuando se trata de la viudedad, salvo excepciones, y con más limitaciones para el caso de que sea la orfandad), sino, y en muchos casos, como nuevas fórmulas que incentiven la búsqueda de empleo o el regreso al mercado de trabajo. Para ello, primero, se tendrán en cuenta las notas de contributividad versus asistencialidad respecto de la pensión de viudedad; de este modo, se definirá la contingencia protegida por esta prestación del Sistema y se intentará (objetivo de nuestra propuesta) modular el alcance y contenido de dicha tutela. Y, posteriormente, nos ocuparemos de la pensión de orfandad siguiendo un esquema parecido de análisis.

II. VIUEDAD Y TRABAJO

Como ya se ha indicado, la pensión de viudedad es una prestación de derecho derivado; lo que significa que, sujeto beneficiario y causante no son la misma persona, de forma que nada habrá de impedir al beneficiario que pudiera trabajar o continuara trabajando.



En efecto, el artículo 197 LGSS dispone que “la pensión de viudedad será compatible con cualesquiera rentas de trabajo” y no sólo esto sino que la pensión de viudedad es compatible con otros ingresos que pueda generar o percibir el beneficiario, sin que se tenga en cuenta ni la cantidad que percibe por esos ingresos ni el tiempo durante el cual lo percibe. No obstante lo anterior, existen algunas limitaciones en el percibo de la pensión de viudedad, concretamente: a) tipo incrementado en el importe aplicable a la base reguladora; b) ex cónyuges sin pensión compensatoria; c) parejas de hecho.

La pensión de viudedad presenta una serie de rasgos característicos que la hacen ciertamente peculiar. Se trata de una pensión que, como se ha dicho, no está condicionada por la existencia de situación real de necesidad o de dependencia económica por parte de quien sobrevive al sujeto causante que le asegure un mínimo de rentas; en realidad, en la actualidad, su función es la de compensar el daño que habrá de suponer la ausencia o disminución de ingresos de los que era partícipe el cónyuge superviviente (o pareja de hecho). No obstante, los criterios de las últimas reformas legislativas nos dan cuenta, en unos casos, de la introducción progresiva del criterio de la dependencia económica como requisito de acceso a la pensión y, en otros, como criterio modulador de la cuantía de la prestación.

La realización de cualquier tipo de trabajo por parte del sujeto beneficiario de la pensión de viudedad es perfectamente compatible con la percepción de la misma. Por tanto, aquí no nos vamos a plantear, como ocurre con las pensiones de incapacidad o de jubilación, si hay que favorecer o no esa compatibilidad. La propuesta de cambio habrá de estar, en consecuencia, dirigida a la graduación de la tutela dispensada por esta pensión de viudedad cuando ésta se compatibilice con el trabajo; lo que exige la introducción de nuevos requisitos o criterios para su reconocimiento y disfrute. Unos requisitos que habrán de estar en la línea ya apuntada de no ser disuasorios de su inserción en el mercado de trabajo o de su mantenimiento en el mismo. La D.A. 25ª de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (BOE 5-12-2007, nº291) comprometió al Gobierno para que, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, elaborase un estudio que aborde la reforma integral de la pensión de viudedad. Esta futura reforma debe convertirse en el verdadero reflejo de las nuevas necesidades y realidades sociales. Pues bien, en este sentido para la reformulación de la pensión de viudedad es necesario tener en cuenta el elemento trabajo lucrativo, ya que precisamente es la incorporación de la mujer al mundo laboral la que ha hecho que los agentes sociales se replanteen la virtualidad de tal pensión. En este sentido, es necesario estudiar y analizar las propuestas que la doctrina y los poderes públicos están planteando en torno a la modificación de las prestaciones de muerte y supervivencia, y buscar la conexión de estas propuestas con el elemento trabajo lucrativo, en la línea de la Recomendación 13ª del *Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo* aprobado por la Comisión no permanente de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo en su reunión de 29 de diciembre de 2010.

1. Pensión contributiva con rasgos asistenciales

La pensión de viudedad es una pensión contributiva por cuanto, para que se cause, es necesario el cumplimiento de los requisitos de afiliación y cotización (art. 174.1 LGSS).



Por otro lado, de su regulación actual, no parece que tenga como finalidad proteger una determinada situación real de necesidad, sino que cubre una situación de empobrecimiento o disminución de ingresos provocado por la muerte del causante. No obstante, esta lógica contributiva, se ha visto en los últimos tiempos desvirtuada (o si quiere complementada) por la introducción de ciertos rasgos asistenciales que han empezado a tomar en cuenta la situación real de necesidad como elemento necesario para el acceso a la pensión. Esta lógica es la que han utilizado algunos ordenamientos de nuestro entorno que han revisado la lógica interna de la pensión de viudedad y no siempre la han reconducido al nivel exclusivamente asistencial⁶.

A diferencia del resto de prestaciones del Sistema de Seguridad Social, lo característico de las prestaciones por muerte y supervivencia, y más concretamente la pensión de viudedad, es que el sujeto causante de la prestación es diferente al sujeto beneficiario de la misma, de forma que los requisitos contributivos necesarios para el acceso a la pensión se exigen a la figura del causante, no siendo exigible, ningún requisito contributivo a la figura del beneficiario que habrá de cumplir, eso sí, otras exigencias para poder disfrutar de esta pensión (pero no en la esfera de la contributividad). Pues bien, antes de entrar a valorar nuevas propuestas en relación con la pensión de viudedad, lo primero que debemos establecer es si desde el punto de vista estructural, esta contingencia debe seguir manteniendo su caracterización puramente contributiva o si cabe considerar la introducción de elementos asistenciales con respecto al beneficiario para limitar una cobertura que es compatible con rentas y pensiones generadas a su vez, por el propio beneficiario.

Pese a que se podría plantear la opción del desdoblamiento entre dos tipos de coberturas sobre esta contingencia, una que fuera típicamente contributiva y otra de tipo asistencial⁷, nosotros nos vamos a inclinar por el mantenimiento de una cobertura de la contingencia de forma contributiva, incluso reforzando los periodos de carencia, con la introducción de elementos asistenciales sólo respecto de la figura del beneficiario; es decir, se opta por diseñar una pensión de viudedad que sin perder su naturaleza contributiva respecto del causante no obstante, condiciona su reconocimiento y posterior disfrute a que el beneficiario se encuentre en una situación de necesidad (elemento de asistencialidad presente en la regulación actual en algún caso). Esta penetración de ambos niveles de protección no es algo novedoso en el vigente sistema de Seguridad Social; son numerosos los ejemplos que se pueden encontrar a lo largo de la normativa de seguridad social que lo reflejan. En primer lugar, podemos traer a colación, el art. 50 LGSS que establece la posibilidad de complementar las prestaciones del sistema, en su modalidad contributiva, cuando los beneficiarios de las prestaciones

⁶ GONZALEZ ORTEGA, S. (IP). *Las prestaciones sociales de Derecho derivado. Análisis de las prestaciones de viudedad y orfandad y a favor de familiares en el marco de los sistemas europeos de Seguridad Social*, investigación financiada mediante subvención recibida de acuerdo con lo previsto en la Orden TIN/1512/2010, de 1 de junio (premios para el fomento de la investigación de la protección social). En línea: <http://www.seg-social.es>

⁷ HERNÁNDEZ LEÓN, C. F. (IP). *La viudedad del futuro. Estudio y propuestas de reforma Global para garantizar su sostenibilidad*, investigación financiada mediante subvención recibida de acuerdo con lo previsto en la Orden TIN/1512/2010, de 1 de junio (premios para el fomento de la investigación de la protección social). En línea: <http://www.seg-social.es>



no perciban rentas de capital o trabajo o cuando percibiéndolas no excedieran de la cuantía que anualmente se establezca para las pensiones. Precisamente, son los complementos a mínimos unos de los rasgos que caracterizan la situaciones de las pensiones de viudedad, tal y como hemos visto en los datos analizados en la parte introductoria, no desvirtuando con ello el carácter contributivo de las mismas. En segundo lugar, y siguiendo en la propia prestación de viudedad, podemos hacer alusión al aumento del porcentaje general aplicable a la base reguladora de la pensión de viudedad, 52% en la actualidad⁸, al 70% si la pensión de viudedad constituye la principal o única fuente de ingresos del pensionista y además si tienen cargas familiares, siempre que no se supere un determinado límite de ingresos (art. 31.2 Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el 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, BOE 30-12-66, nº312). Por último, y no por ello menos importante, sino todo lo contrario, hay que hacer alusión a la introducción realizada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, respecto de las parejas de hecho. En este caso, la norma condiciona el acceso a la prestación a la previa acreditación de una situación de necesidad generada con la muerte del causante (art. 174.3 LGSS). En este supuesto, no sólo se ve claramente la introducción del elemento asistencial en la pensión, sino que se recupera la razón de ser de la misma, cual era la de sustituir unas rentas dejadas de percibir por la muerte del causante presumiéndose la situación de necesidad del beneficiario, ya que en su mayoría, como hemos comentado, eran mujeres que tenían importantes problemas para acceder al mundo laboral, percibían salarios muy bajos en el caso en el que conseguían tener un empleo, y en fin se ocupaban como única o la más importante de las tareas, la del hogar y cuidado de los hijos⁹. De todas formas, esta diferencia de trato entre los cónyuges supervivientes y las parejas de hecho, igualmente supervivientes, no es sino consecuencia, también, de cierta desconfianza generada en relación con este tipo de situaciones civiles que no responden al modelo tradicional de matrimonio.

En conclusión, podemos afirmar que, hasta el momento, la opción del legislador parece que ha sido el mantenimiento de un sistema de tutela que sin eliminar los elementos contributivos de la prestación, ha ido introduciendo elementos asistenciales; de esta forma en muchos casos se ha ido introduciendo un acercamiento a la auténtica situación de necesidad, que ahora no se debe presumir que existe, sino que se debe demostrar.

⁸ La disposición adicional trigésima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, establece un incremento del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión, del actual 52 por 100 al 60 por 100, de forma progresiva y homogénea en un plazo de ocho años, a partir de 1-1- 2012, a favor de pensionistas con 65 o más años que no perciban otra pensión pública. No obstante, la disposición adicional novena del RDL 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público (BOE 31-12-11, nº315), aplaza la aplicación de lo establecido en la disposición adicional trigésima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto.

⁹ MENENDEZ SEBASTIÁN, P., *La pensión de viudedad: entre la contributividad automática y la asistencialidad contributiva. Breve crónica de cómo el tiempo va poniendo – poco a poco – cada cosa en su lugar*, Justicia Laboral, nº41, 2010, pp. 13 y ss.



Ahora bien, como mencionábamos, no queremos sólo reforzar la dimensión asistencial de los requisitos a cumplir por el sujeto beneficiario; sino que otra de nuestras propuestas es la de potenciar el esfuerzo contributivo del causante de dicha pensión. La combinación de ambos factores, por un lado, reforzar la situación de necesidad económica (la dependencia y no el mero desequilibrio económico) de quien pretende la pensión, y por otro, endurecer la exigencia de carencia de quien la causa, sin duda, supondrá la expulsión del Sistema de un importante número de sujetos que actualmente quedarían protegidos.

A tal efecto, y por lo que hace a la posible ampliación de la exigencia de carencia dos pueden ser las propuestas en función de que se quiera restringir más o menos el acceso por esta vía. La primera, sería aplicar un periodo mínimo de cotización al estilo de lo previsto en el art 138 LGSS para la incapacidad permanente derivada de contingencias comunes; y, la segunda, más restrictiva, generalizar la aplicación del periodo de carencia exigible en el caso de la pensión de jubilación (art 161 LGSS). Un incremento de los periodos de cotización dificultará la causación del derecho a esta pensión, especialmente cuando se trate de beneficiarios en edades tempranas, puesto que será difícil que el cónyuge o pareja haya tenido una larga carrera de cotización.

2. Revisar y reformar la pensión de viudedad

Como ya dijimos en la parte introductoria, al contrario de lo que ocurre con el resto de las prestaciones o subsidios que se están tratando en este informe, y la necesidad de hacerlos compatibles con el trabajo, en el caso de la pensión de viudedad (compatible absolutamente con la realización de cualquier trabajo, con ciertas limitaciones sólo para las parejas de hecho y ex cónyuges), tenemos que buscar la fórmula para que la compatibilidad entre el trabajo o los ingresos y la prestación, module el percibo de la misma, reduciendo su cuantía o, simplemente, limitando su acceso. Es importante volver a insistir en que nuestro objetivo no es intentar reducir el número de pensiones de viudedad de la Seguridad Social, sino adaptar la pensión a una realidad actual (ambos miembros de la pareja trabajan), de forma que la compatibilidad con el trabajo se convierta en el centro sobre el que gire la pensión.

2.1 Las rentas derivadas del trabajo como factor de modulación de la pensión de viudedad.

Uno de los elementos que en toda prestación del Sistema de Seguridad Social hay que analizar es la situación de necesidad que se protege con la misma. La D. A. 54ª de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, (BOE 30-12-05, nº312) establece que la pensión de viudedad debe retomar su carácter de renta sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante, recuperando así lo que decía el Tribunal Constitucional en su STC 184/1990: “la pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o de dependencia económica (...)asegurando un mínimo de rentas, sino mas bien compensar frente a un daño el cual es la falta o minoración de unos ingresos en los que participaba el cónyuge supérstite”. Sin embargo, no debe quedar la situación de necesidad definida sólo en función del carácter de renta sustitutiva, sino que como



consecuencia de tratarse de una renta sustitutiva de las rentas perdidas, es necesario distinguir dos posibles situaciones de necesidad, la propiamente de dependencia económica, o la que, simplemente representa el desequilibrio económico (semejante, dicho sea de paso, en cualquier supuesto de ruptura matrimonial o de pareja de hecho).

En efecto, no se puede calificar en idénticos términos el régimen jurídico de la pensión de viudedad cuando la situación protegida es la dependencia económica derivada de la pérdida de rentas del matrimonio o pareja ocasionada por la muerte de quien aportaba esas rentas; que el régimen jurídico de una prestación de viudedad que pretende compensar frente al daño consistente en la reducción de ingresos de la unidad familiar (desequilibrio económico), consecuencia, también, de la muerte de uno de los cónyuges o pareja de hecho; es el caso, por ejemplo, del supérstite que cuenta con rentas muy inferiores a las del fallecido pero que, en todo caso, supera con creces los umbrales económicos establecidos por el legislador para acreditar la situación de necesidad a efectos de las actuales pensiones no contributivas. En estos casos, es obvio que la muerte genera cierto desequilibrio a quienes le sobreviven y convivían con él, pero ello no significa que le ocasione una situación de necesidad económica en términos de dependencia.

Por tanto, situación de necesidad podrá ser, bien la situación de dependencia económica que se genera tras la muerte del causante cuando el beneficiario no tenga ingresos o no sean suficientes, puesto que quien aportaba las rentas a la unidad familiar era el causante; o bien, la situación de desequilibrio económico que se genera con la muerte del causante, no porque el beneficiario no tenga ingresos o estos no sean suficientes, sino porque, en todo caso se producirá un desajuste en la situación económica familiar que el beneficiario tendrá que reconducir.

Lo que no genera dudas de ningún tipo es: 1) que el fallecimiento de un integrante del matrimonio o pareja da lugar a un descenso de los ingresos; 2) que las nuevas situaciones susceptibles de merecer tutela por parte del Sistema pueden generarse tanto a edades tempranas como a edades tardías, aunque se trate de diferente tipo de necesidades; y 3) que hay que tener en cuenta las posibilidades de empleabilidad de los eventuales sujetos beneficiarios de la pensión de forma que esta variable, junto a la edad y los ingresos, deba quedar también integrada en el régimen jurídico de la pensión.

a.) Edad

Los datos nos demuestran que se produce un incremento obvio de las pensiones de viudedad a edades más elevadas. No obstante, del total de las pensiones de viudedad que se suceden hasta la edad de 65 años, (edad que podríamos fijar como de acceso incondicional y vitalicio), de conformidad con las estadísticas que se manejan, 437.307 podrían llegar a eliminarse en tanto que se trata de personas que, no tienen una situación real de necesidad, o están en situación de poder buscar trabajo u otros ingresos que eliminen la situación de necesidad. Así las cosas, y con nuestro planteamiento de futuro, la edad del beneficiario deberá convertirse en un requisito concreto, no tanto para el acceso a la pensión en sí mismo, sino para condicionar la modalidad de acceso y para su mantenimiento, teniendo además en cuenta, que no se debe tratar como un elemento aislado, sino que debe jugar con otros requisitos que también deben estar presentes para



adquirir la condición de sujeto beneficiario tales como los ingresos o las posibilidades de acceder al mercado de trabajo¹⁰.

La introducción del requisito de la edad no es una novedad en nuestro sistema de Seguridad Social. La maternidad, la jubilación, la propia orfandad, o la incapacidad permanente pueden ser ejemplos de ello. Recordemos que a este respecto, el Tribunal Constitucional en su STC 39/1992 establecía que la edad puede suponer un criterio de distinción que responda a razones objetivas y razonables, y que el cumplimiento de una determinada edad ha sido uno de los requisitos tradicionales para el acceso a las prestaciones del sistema. Por tanto, el hecho de que utilicemos la edad como elemento configurador del nuevo régimen de la pensión de viudedad, no sólo no sería inconstitucional, sino que tampoco sería ninguna novedad¹¹.

Lo importante, como también dice el propio TC, es que los cambios legislativos que operen sobre las prestaciones del Sistema de Seguridad Social, respondan a criterios razonables y objetivos, siendo así que el legislador pueda, en función de las situaciones de necesidad existentes y de los medios financieros disponibles, determinar la acción protectora a dispensar por el régimen público de Seguridad Social¹². Pues bien, nuestra propuesta de modificación no sólo llega en un momento de crisis económica que, en mayor o menor medida, está afectando al propio régimen económico del sistema (como lo pone de manifiesto el hecho de haber tenido que acudir al fondo de reserva), sino que la introducción de la edad como condicionante en el acceso y posterior modulación del contenido de la pensión de viudedad, igualmente puede responder a criterios razonables y objetivos (tales como, posibilidades de acceso al mercado de trabajo, obtención de otros ingresos, ampliación de las posibilidades o no, de adaptación económica y social de la situación que produce la muerte del causante). La idea, que veremos en las propuestas, es crear franjas de edad en las que la temporalidad de la pensión aumente, incluso pudiendo convertirse en vitalicia ya a edad elevadas.

b.) Dependencia Económica o Desequilibrio Económico

Junto a la edad, hay otro elemento indiscutible para determinar la situación real de necesidad que pueda generar el derecho a la pensión de viudedad. Se trata de la existencia de una situación de dependencia económica del beneficiario respecto del causante en el momento del fallecimiento. Desde un primer momento y para dejarlo claro en esta parte del estudio a efectos de la determinación de la dependencia económica y desequilibrio económico, no se debería tener en cuenta, la existencia o no de hijos con derecho o no a pensión de orfandad. Porque esta situación debería quedar protegida precisamente por esta pensión y no configurarse como requisito de acceso a la viudedad.

¹⁰ GONZALEZ ORTEGA, S. (IP). *Las prestaciones sociales de Derecho derivado. Análisis de las prestaciones de viudedad y orfandad y a favor de familiares en el marco de los sistemas europeos de Seguridad Social*, op. cit.

¹¹ PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J. *Doctrina constitucional y evolución de la cobertura de la pensión de viudedad en España*, Relaciones Laborales, nº10, 2010 (versión electrónica).

¹² STC 126/1994



Para la determinación de esa dependencia económica, y dado que tenemos el antecedente próximo de la introducción de este requisito en los supuestos de parejas de hecho¹³, parece razonable *a priori* utilizarlo para hacer una definición de este concepto. No sin hacer matizaciones con una propuesta nueva tanto para el caso de cónyuges como de parejas de hecho. Como se recordará, el legislador determinó, en la Ley 40/2007, que para que las parejas de hecho pudieran tener derecho a la pensión de viudedad, era necesario que:

- “los ingresos del beneficiario durante el año anterior no deberían alcanzar el 50% de la suma de los propios y de los del causante”. Se modifica este porcentaje al 25% cuando no se tienen hijos comunes con derecho a orfandad con independencia de la cuantía exacta que suponga este porcentaje”
- Alternativamente, se reconocía el derecho a la pensión de viudedad, cuando los ingresos del sobreviviente (rendimientos de trabajo y de capital, y de carácter patrimonial, en los términos en los que se computan para reconocer el complemento por mínimos) sean inferiores a 1.5 veces el SMI, aumentando 0.5 por cada hijo común con derecho a orfandad. En este supuesto se prevé además, que si a lo largo del percibo de la prestación se supera estos límites, el derecho al percibo de la prestación queda suspendido (así lo ha entendido la doctrina pero no está regulado expresamente¹⁴), recuperándolo cuando los ingresos vuelvan a disminuir.

Varias son las críticas que ha obtenido este modo de determinación de la dependencia económica. En primer lugar, que el periodo de referencia sea el año natural anterior a la fecha del hecho causante, por lo que hay doctrina que ha solicitado suavizar este requisito cuando se acrediten cambios en las circunstancias durante el año del fallecimiento del causante. No se puede pasar por alto que hay situaciones que pueden provocar que, finalmente, no se perciban retribuciones temporalmente (ejemplo: excedencias, desempleo, un empleo posterior, reducción de jornada...). En segundo lugar, y para el primer supuesto (art. 174.3 LGSS), la exigencia temporal sólo es tomada en consideración para determinar la dependencia económica en el momento de acceso a la pensión, sin que sea tenido en cuenta para su posterior disfrute de la pensión. Sin embargo, parece lógico que hubieran de ser tenidas en consideración las posibles fluctuaciones experimentadas en los ingresos del beneficiario durante todo el periodo de disfrute de la prestación, tal y como sí está previsto en el segundo supuestos, art. 174.3, segundo párrafo LGSS. Estas reglas pueden tener un desincentivo claro en la búsqueda de empleo retribuido por parte del beneficiario de la pensión; o peor aún, que la medida dé lugar a la incorporación del sujeto al mercado de trabajo en régimen de trabajo

¹³ CRUZ VILLALON, J.. La modernización de las prestaciones por la viudedad y orfandad.. op. cit. pp. 900 a 902.

¹⁴ El artículo II de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967, no incluye estas circunstancias entre las causas de extinción de la pensión por lo que lo razonable es entender que la pérdida de la pensión es temporal y por tanto se trata de una suspensión. Además, si el legislador hubiera querido incluirlo como causa de extinción podría haberlo hecho aprovechando la última modificación de este artículo precisamente mediante el RD 296/2009 de 6 de marzo, por el que se modifican determinados aspectos de las prestaciones de muerte y supervivencia.



sumergido. Sin embargo, como veremos, de existir una pensión temporal de viudedad (que es nuestra propuesta) cualquier incentivo que tuviera el pensionista a la no búsqueda de empleo o a la realización de trabajo sumergido quedaría cercenado o cuando menos reducido.

Parece que el art. 174.4 LGSS al regular ambas situaciones está protegiendo en el primer caso, un desequilibrio económico, y en el segundo, está protegiendo un estado de escasez económica importante. Sin embargo, no sabemos con base a qué se justifica este trato diferente entre los convivientes que se ven desequilibrados económicamente, y los que efectivamente quedan en una situación de necesidad por tener ingresos inferiores a los límites señalados; y además, no tiene mucha lógica que a estos últimos se les exija el mantenimiento de la situación económica precaria para conservar el derecho a la pensión, mientras que para los otros, si acreditan el desajuste económico a la fecha del óbito se blinden frente a situaciones posteriores y con independencia de la evolución de la situación económica del beneficiario¹⁵.

Atendiendo a las críticas que la doctrina ha realizado sobre esta regulación y a las propuestas que hacen¹⁶, vamos a hacer nuestra propia valoración y definición de la existencia de dependencia económica del beneficiario respecto del causante.

En primer lugar, vamos a definir dependencia económica en términos relativos. Habrá dependencia económica cuando los ingresos del beneficiario sean inferiores a los del causante. En este caso se definiría la dependencia económica tomando como referencia al causante ya que es lógico que si queremos decir que hay dependencia económica respecto del causante tendremos que tomar como referencia los ingresos de éste que eran el sustento principal de la familia. Aquí si que podríamos, por ejemplo, traer a colación parte del primer supuesto protegido para las parejas de hecho, esto es: los ingresos del beneficiario no podrán alcanzar el 50% de la suma de los propios y los del causante. En este caso se tendrán en cuenta, consecuentemente,, los ingresos del beneficiario antes del fallecimiento de su pareja, fijando como fecha el año inmediatamente anterior al hecho causante.

Pero no dejaríamos aquí la norma, sino que para corregir ciertas injusticias que podrían provocar esta regulación (por ejemplo, que los ingresos del beneficiario fueran inferiores a los del causante aplicando la fórmula, pero que aún así fueran ingresos muy elevados) vamos a introducir un concepto de dependencia económica en términos absolutos. Con ello, estableceríamos un límite mínimo y otro máximo de ingresos, de forma que, siempre que el supérstite obtuviese rentas por debajo de esos límites tendría derecho a la pensión, incluso, con independencia de que dichos ingresos del beneficiario

¹⁵ MENENDEZ SEBASTIÁN, P. *La pensión de viudedad: entre la contributividad automática y la asistencialidad contributiva. Breve crónica de cómo el tiempo va poniendo – poco a poco – cada cosa en su lugar...* op. cit.

¹⁶ VICENTE PALACIO, A. (IP). *La pensión de viudedad: marco jurídico para una nueva realidad social. Cómo reformular la pensión de viudedad de forma que mejor cumpla el carácter de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante*, investigación financiada mediante subvención recibida de acuerdo con lo previsto en la Orden TAS/1587/2006, de 17 de mayo (premios para el fomento de la investigación de la protección social). En línea: <http://www.seg-social.es>



fueran mayores que los del causante (caso de que tuviera unos ingresos mínimos), y por encima del límite máximo ya no se concedería la pensión porque se consideraría que a pesar de tener ingresos inferiores a los del causante, no hay situación de dependencia económica, sino un simple desequilibrio económico.

Una vez determinado el criterio de dependencia económica y desequilibrio económico, también hay que establecer el cómputo de los ingresos o recursos que vamos a tener en cuenta para saber cuando estamos ante una u otra situación. Varios son los criterios que podemos utilizar y que ya existen en nuestra regulación de Seguridad Social para otros supuestos pero que nos pueden servir a estos efectos¹⁷. Veamos brevemente cada uno de ellos, para después optar por uno u otro:

En primer lugar, tenemos el criterio de los ingresos para la determinación del porcentaje del 70% para la ampliación de la pensión de viudedad. En este caso, establece la norma que los rendimientos anuales del beneficiario no pueden superar la cuantía que resulte de sumar al límite que, en cada ejercicio económico, este previsto para el reconocimiento de complementos por mínimos de las pensiones contributivas, el importe anual que en cada ejercicio corresponda a la pensión mínima de viudedad. Para computar, los rendimientos se incluirán todos los bienes y derechos derivados del trabajo y del capital, así como los de naturaleza prestacional tomándose en el valor que tienen en el ejercicio anterior a aquel en que debe aplicarse el porcentaje. Se excluirán los rendimientos dejados de percibir a consecuencia del fallecimiento del causante, así como aquellos que se pruebe que no van a ser percibidos en el ejercicio corriente. Además, se exige que el pensionista tenga cargas familiares que se define como la situación de convivencia del beneficiario con hijos menores de 26 años o mayores incapacitados cuando los rendimientos de la unidad familiar, incluido el pensionista, dividido entre el número de miembros, no supere en cómputo anual el 75% de SMI excluidas las pagas extras. En este mismo sentido, y por sus semejanzas, no podemos dejar de mencionar aquí, por su novedad, y aunque todavía no se está aplicando, el complemento previsto para los beneficiarios de las pensiones de viudedad con edad igual o superior a los 65 años. Cuando estos beneficiarios no tengan derecho a otra pensión pública, no perciban ingresos por la realización de trabajo por cuenta ajena o propia, y además perciban unos ingresos o rentas (diferentes al trabajo) por los que no superen en cómputo anual, el límite de ingresos que esté establecido para ser beneficiario de la pensión mínima de la pensión de viudedad, se podrá aplicar el porcentaje del 60% sobre la base reguladora.

En segundo lugar, encontramos el criterio de los complementos por mínimos. Se regula en el artículo 50 LGSS y en conexión con las leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado. Estos complementos se otorgarían a los beneficiarios de pensiones que no perciban rentas de capital o de trabajo, o que percibiéndolas no excedan de la cuantía que anualmente se establezca. En este caso la definición de rentas computables se recoge en las Leyes de Presupuestos que para este año queda regulada en el artículo 46.1 de la ley 2/2012, de 29 de junio de Presupuestos Generales del Estado (BOE 30-6-

¹⁷ DESDENTADO DAROCA, E. *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de Familia: un estudio crítico para una prestación en crisis*, Albacete, Bomarzo, 2009, pp. 150 a 155.



12, nº156), que establece a nuestros efectos que percibirán complementos a mínimos quienes no perciban durante el 2012 ingresos de capital o de trabajo que exceda de 6.993,14 al año. A estos efectos se computaran las plusvalías y ganancias patrimoniales.

En tercer lugar, también podemos traer el criterio de la pensión a favor de familiares. En el supuesto de la pensión a favor de familiares se establece como requisito de acceso no tener derecho a una pensión pública y además carecer de medios de subsistencia por tener ingresos económicos iguales o inferiores al SMI. Este supuesto aunque no delimita bien que se entiende por cómputo anual, el concepto que use en sí mismo de ingresos no nos resultaría de mucha utilidad a los efectos de la prestación que queremos configurar, porque podríamos dejar fuera situaciones de dependencia económica sólo con el hecho de que la persona obtuviera los ingresos mínimos que suponen el SMI.

Por último, también tenemos que traer a colación el criterio de los ingresos en las prestaciones no contributivas. Para este supuesto, tendríamos que ver la Orden PRE/3113/2009, de 13 de noviembre, por la que se dictan normas de aplicación y desarrollo del RD 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla, en materia de pensiones no contributivas, la Ley 26/1990 de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, sobre rentas o ingresos computables y su imputación (BOE 20-11-09, nº280). Para la concesión de prestaciones no contributivas se considerará que existen rentas o ingresos personales insuficientes, cuando, en cómputo anual, sean inferiores a la cuantía de las pensiones no contributivas que se fije anualmente la LPGE. En los arts. 4 a 7 de la Orden se hace una regulación exhaustiva tanto de las rentas o ingresos computables derivadas del trabajo, como de las rentas o ingresos computables derivadas del capital mobiliario e inmobiliario, así como las rentas o ingresos no computables.

Sin tener que elegir la definición de ingresos de entre las posibilidades expuestas, lo que sí podemos afirmar es que (y así ocurre en todos los criterios brevemente analizados) dentro del cómputo de los ingresos se incluyen no sólo los derivados de los rendimientos de trabajo, sino también aquellos que se obtengan de bienes patrimoniales y cualesquiera rendimiento de capital. Quizá para una mayor seguridad jurídica, o bien nos podríamos inclinar por traer al trabajo la definición que hace la Orden de 2009 sobre rentas e ingresos computables para prestaciones no contributivas, simplemente porque contiene una definición exhaustiva de lo que se incluye y de lo que no a los efectos del cómputo, o bien, y será este el criterio más razonable, no sólo porque así ha quedado establecido en la D. F. 7ª de la Ley 27/2011¹⁸, sino porque tratándose de una prestación contributiva, se podría utilizar la definición que se hace de rentas

¹⁸ D.F.7ª (en su punto octavo) de la Ley 27/2011: Se introduce una nueva disposición adicional, la sexagésima segunda, en la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, con la siguiente redacción: «Disposición adicional sexagésima segunda. Cómputo de ingresos a efectos del reconocimiento o mantenimiento del derecho a prestaciones. Se considerarán como ingresos los rendimientos del trabajo, del capital, de actividades económicas y ganancias patrimoniales, en los mismos términos en que son computados en el apartado 1 del artículo 50 de esta Ley para el reconocimiento de los complementos para mínimos de pensiones, cuando para el acceso o el mantenimiento del derecho a prestaciones comprendidas en el ámbito de la acción protectora de esta Ley, distintas de las pensiones no contributivas y de las prestaciones por desempleo, se exija, legal o reglamentariamente, la no superación de un determinado límite de ingresos.»



computables a efectos de los complementos por mínimos cada año. Además, el INSS emite las circulares de aplicación de los RR. DD sobre revalorizaciones de las pensiones del sistema de seguridad social cada año que nos permiten concretar con detalle las rentas computables y las que no los son¹⁹. No obstante, y para más seguridad jurídica y, por tanto, como apoyo a la elección de este criterio, ya la regulación que hace la Ley 27/2011 en su art. 1 sobre los complementos por mínimos, hace que nos encontremos ante una norma (art. 50 LGSS) que deja pocas posibilidades a la interpretación

c.) Formación, Reinserción Laboral y Empleabilidad

No es una afirmación ajena a la realidad si decimos que las personas de edad avanzada tienen importantes dificultades para acceder al mercado de trabajo, incluso para el mantenimiento del mismo. La propia Exposición de Motivos de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social (BOE 2-8-2011, nº184), establece que el sistema de Seguridad Social español ha asistido últimamente a una progresiva disminución del periodo de actividad laboral en dos sentidos: por un lado, los años de formación y de estudio de los jóvenes se han prolongado y su acceso al mercado de trabajo, se ha retrasado en relación con la edad a la que era habitual su incorporación en pasadas generaciones. Por otro lado, la tasa de participación de las personas mayores de 50 años sigue siendo insuficiente, por lo que en el Acuerdo social y Económico se propone la adopción de una Estrategia global de empleo de los trabajadores de más edad, con el objetivo de favorecer su mantenimiento en el mercado de trabajo y promover la reincorporación de quien pierde su empleo en los últimos años de vida laboral. Finalmente, esta Estrategia²⁰ ve la luz a finales del año pasado. A pesar de que hubiera sido conveniente que se hubiera introducido el colectivo de viudos y viudas de edad avanzada como supuesto especial a contemplar para establecer mecanismos de ayuda a la incorporación al mercado de trabajo, la existencia misma de una Estrategia de Empleo para personas de edad avanzada nos da cuenta de la necesidad que existe de que este colectivo se incorpore al mundo laboral.

La formación del beneficiario de la pensión de viudedad y las posibilidades de incorporación al mercado de trabajo, será un factor determinante en aquellas situaciones en las que el hecho causante se produce en edades comprendidas entre 50 y 65 años. Por ello, habría que prever medidas que potenciaran el trabajo de este colectivo (para el caso de que no trabajasen), ya sea mediante subvenciones a la contratación centrada en la reducción o bonificación de las cotizaciones sociales, ya sea mediante la obligatoriedad de inscripción como demandante de empleo, y obligación por tanto, de asistencia a los cursos de formación que desde los Servicios Públicos de Empleo se pudieran ofertar, así como la obligación de sometimiento a programas especiales que pudieran crearse para los viudos que percibieran la pensión temporal de viudedad) de forma que ello les

¹⁹ Al respecto, y a la espera del nuevo Real Decreto sobre revalorización de las pensiones para 2012 y la nueva circular de aplicación que publica el INSS, podemos tomar como referencia la Circular 1/2010 de 24 de marzo de instrucciones para la aplicación del RD 2007/2009, de 23 de diciembre, sobre revalorización de pensiones del sistema de seguridad social para el año 2010 en su apartado 2 de ingresos computables y excluidos para la determinación de los complementos a mínimos.

²⁰ Resolución de 14 de noviembre de 2011, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de octubre de 2011, por el que se aprueba la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de Más Edad 2012-2014 (Estrategia 55 y más).



permitiera acceder a un determinado tipo de formación, o a un determinado tipo de empleo, incluso más ligero o residual.

2.2 Propuestas de reforma

Conforme a lo anteriormente expuesto, una de las propuestas de cambio habrá de ser la reformulación de la actual regulación de la pensión de viudedad. Nuestra propuesta parte de la base de seguir considerándola una pensión de derecho derivado, pero sólo en su acceso. Su mantenimiento debe condicionarse a una serie de elementos que determinarán la temporalidad y el tipo de pensión. En este sentido el sujeto beneficiario podrá mantener el derecho a la pensión en función de la edad y de los ingresos y/o recursos propios que tenga o pueda tener.

Para ello, habría de contemplar dos posibles situaciones de necesidad, pero sin distinción entre las parejas con vínculo matrimonial y las parejas de hecho. En términos generales, podemos encontrarnos ante dos situaciones. Por un lado, que cumpliendo los requisitos contributivos, la persona viuda carezca de recursos propios, estos sean insuficientes o debido a circunstancias no se prevea posibilidad de que llegara a tener sus propios recursos; y por otro, que no se cumplan los requisitos contributivos, o que el beneficiario tenga recursos propios.

Sujetos causante y beneficiario deberán pasar el test de la contributividad y la asistencialidad, respectivamente. Lo primero, será comprobar que el causante cumple con los requisitos contributivos de afiliación y cotización, teniendo en cuenta, como ya dijimos, respecto al periodo de cotización, que nuestra propuesta pasa por aumentar el mismo. En la idea antes apuntada de que con este endurecimiento, en realidad, sólo se estaría excluyendo a un reducido número de supérstites, esto es, a los de edades tempranas, de sujetos causantes, igualmente fallecidos a edades tempranas, que en consecuencia no hayan podido cumplimentar el periodo de cotización. No obstante, éstos quedarían protegidos por la pensión de adaptación o ajuste. En segundo lugar, deberemos aplicar el test de la asistencialidad respecto del beneficiario. Para ello hay que atender a los criterios económicos y a la edad del beneficiario en conexión con las posibilidades de acceso al mercado de trabajo. En relación con los criterios económicos, tendremos que atender a aquéllos que hayamos determinado como adecuados para la valoración de la existencia de la situación real de necesidad, concretando si se está ante una situación de dependencia económica; o, simplemente, que lo que se ha generado es una situación de desequilibrio económico. Con los resultados obtenidos, en función de la edad y de la situación de dependencia económica, el beneficiario accederá a la pensión temporal de viudedad o, a la pensión de viudedad vitalicia modulable; y en función de la falta de cumplimiento de los requisitos contributivos o asistenciales e independientemente de la edad, el beneficiario accederá a la pensión de adaptación o ajuste.

Independientemente de estas propuestas, es importante manifestar que nos parece oportuno mantener la actual pensión temporal de viudedad del art. 174 bis. LGSS y que pasaría a denominarse subsidio temporal de viudedad. Nuestra propuesta no es incompatible con esta regulación siendo las finalidades y los objetivos de ambas distintos.



a.) Pensión de viudedad temporal

En función de lo ya dicho, los nuevos elementos configuradores del régimen jurídico de la pensión de viudedad temporal habrían de ser: a) el cumplimiento de un periodo más amplio de carencia; b) que en el momento del hecho causante el beneficiario no tenga ingresos propios (de trabajo, de capital o del patrimonio); y c) que la pensión pueda tener naturaleza temporal en función de la edad y a la vista de las dificultades de acceso al empleo.

Pues bien, como se ha visto, la nueva pensión de viudedad queda sometida a la existencia de una situación de necesidad (y a un mayor periodo de cotización). Cuando esa situación de necesidad se manifiesta en una situación de dependencia económica y se cumplen el resto de los requisitos de acceso, periodo de carencia y afiliación del causante, entonces el superviviente tendrá derecho a acceder a esta pensión. Para determinar una situación de dependencia recordemos que habían de ser tenidos en cuenta, los ingresos que pudiera tener el sobreviviente de la pareja.

Una vez determinadas las rentas computables, debemos aplicar el criterio que se haya elegido para que esos ingresos puedan quedar dentro o fuera del concepto de dependencia económica. Nuestra opción sería partir de lo que ya se ha establecido en este sentido para las parejas de hecho, pero con limitaciones diferentes. Así, los ingresos del beneficiario durante el año anterior al momento del hecho causante no deberían alcanzar el 50% de la suma de los propios y los del causante. El resultado debería quedar comprendido entre unos límites máximos y mínimos de ingresos que habrían de estar establecidos anualmente, por ejemplo en las Leyes de Presupuestos Anuales. El cálculo de estos ingresos deberá estar sometido también a otras circunstancias. Tal y como vimos, no sólo se deberá tener en cuenta el criterio de la dependencia económica en el momento de acceso a la prestación sino a lo largo de su percepción, de forma que si cambian las circunstancias pueda suspenderse el percibo de la misma, y volver a recuperarse hasta completar el periodo de tiempo completo de la pensión (todo ello en conexión, no olvidemos, con la edad y las posibilidades de acceso al mercado de trabajo). Además, como el periodo de referencia es el año anterior al momento del hecho causante, será necesario no sólo acreditar los ingresos que se pudieran tener en ese periodo, sino que habría que comunicar, a estos efectos, cualquier situación diferente o especial en la que pudiera encontrarse el beneficiario precisamente en ese periodo de tiempo, por ejemplo, una excedencia, una reducción de jornada, una situación de desempleo...

Cuando se haya fijado la situación de dependencia económica por la inexistencia de ingresos (sean del tipo que sea), o porque los ingresos se encuentren dentro de los límites fijados, tendremos que tener en cuenta que la pensión que proponemos es temporal y que su duración varía en función de los elementos también ya mencionados: la edad y las posibilidades de inserción en el mercado de trabajo.

Una de las apuestas más importantes de nuestra propuesta, junto a la introducción del elemento dependencia económica, es la conversión de la pensión de viudedad en



temporal²¹, al menos para una determinada franja de edad. Una vez cumplidos los requisitos de acceso a la prestación, ya sea los que la norma podría imponer al causante, ya sea los que la norma podría imponer al beneficiario, sería posible obtener una pensión con vocación temporal; esto es, sólo referida a un periodo de tiempo (que tendremos que determinar o que puede decidir el legislador). De este modo, el superviviente podría disfrutar de esta prestación condicionada a la búsqueda de soluciones a la situación de dependencia económica existente en el momento del hecho causante. No es nuestra pretensión desproteger situaciones de dependencia económica que por la influencia de los otros factores (edad y posibilidades de acceso al mercado de trabajo) se pudieran alargar en el tiempo. Nuestra propuesta de temporalidad pasa por establecer una duración determinada, 2 años²², respecto de aquellos sujetos beneficiarios con edades comprendidas en una franja de 18 a 49 años; Esta pensión se convertiría en vitalicia a partir de los 50 años, porque beneficiario y causante reúnan los requisitos y el fallecimiento se produzca una vez cumplida esa edad en el beneficiario. Veamos un poco más desarrollada esta idea y cómo se podría articular.

La pensión de viudedad temporal tendría una duración de 2 años (plazo que se entiende razonable para la búsqueda de un nuevo empleo o de recursos necesarios para vivir, de forma semejante a lo que sucede para la prestación contributiva de desempleo) para las personas que se quedan en situación de viudedad entre los 18 y los 49 años (ambos incluidos). En este supuesto, el objetivo es que las personas viudas, jóvenes, que dependieran económicamente del causante dejen de hacerlo y busquen sus propios recursos y generen sus propios derechos. Para esta franja de edad siempre la duración podría ser de 2 años, independientemente, de que en este periodo de tiempo la situación de dependencia económica desapareciera ya que, en todo caso, se sobreentiende que es necesario un proceso de adaptación a la nueva realidad, más aún si se parte de la existencia de una situación real de necesidad que se convierte en requisito de obligado cumplimiento, idea que no se debe perder de vista, ya que sin dependencia económica no cabría hablar, de pensión temporal de viudedad, sino de pensión de adaptación o ajuste.

b.) Pensión de viudedad vitalicia modulable

Los nuevos elementos configuradores del régimen jurídico de la pensión de viudedad vitalicia modulable habrían de ser: a) el cumplimiento de un periodo más amplio de carencia; b) que en el momento del hecho causante el beneficiario no tenga ingresos propios (de trabajo, de capital o del patrimonio); y c) que la pensión tenga naturaleza vitalicia en función de la edad y a la vista de las dificultades de acceso al empleo.

Lo relevante para el caso en el que se pueda acceder a la pensión de viudedad vitalicia modulable, es que, en conexión con la principal propuesta de este trabajo, se hará una disminución progresiva de la renta prestacional a medida que se incrementen los

²¹ Ya dejó apuntada esta posibilidad RODRIGUEZ ESCANCIANO, S. *La pensión de viudedad nuevas perspectivas*, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº771, 2009, pp. 11 a 13.

²² Se ha recurrido a los 2 años por el periodo de tiempo establecido para el desempleo, e intrínsecamente a ello, como periodo razonable para la búsqueda de un nuevo empleo



ingresos de activo del beneficiario. Se compatibilizará por tanto, la pensión con la percepción de ingresos del trabajo (medidos por la variable de la base de cotización), u otros ingresos que pudiera tener el beneficiario. Seguiremos para ello, el sistema ya propuesto para otras pensiones de disminución progresiva de la prestación a medida que se incrementan los ingresos.

Dicho esto, para la franja de edad comprendida entre los 50 y los 65 años (o 67 años por hacerla coincidir de forma natural con la de la pensión de jubilación), y siempre que no se encuentre el beneficiario en una situación de desequilibrio económico, y se cumplan los requisitos contributivos (teniendo en cuenta el aumento del periodo de carencia) se ha previsto que la prestación pase a ser vitalicia pero con algunos condicionantes. Además. Para estos supuestos se debería vincular la percepción de la prestación a la inscripción como demandante de empleo, a la asistencia a cursos de formación, y a la aceptación de un empleo adecuado que pudiera surgir, al menos por la vía de los Servicios Públicos de Empleo. La referencia a esa franja de edad no es aleatoria. En concreto, la determinación de los 50 años se justifica porque los datos demuestran que las dificultades de búsqueda de empleo de las personas de edad avanzada aumentan con el paso del tiempo. Para este supuesto, y en el caso de que el beneficiario dejara de encontrarse en situación de dependencia económica, la cuantía de la pensión se modularía, en función de los ingresos que pudiera obtener el beneficiario con su empleo o con un aumento de los recursos de los que pudiera disponer tras el hecho causante de la pensión.

Como medida de incentivo al empleo, para aquellas personas que no tuvieran un empleo en el momento del hecho causante y lo encontraran en un momento posterior, se debería prever no sólo la modulación de la cuantía de la pensión, sino que se podría aumentar el porcentaje aplicable a la base reguladora que se utilizó para determinar la cuantía de la prestación, incluso por encima del 60%, cuando comience a aplicarse la última reforma legislativa. De esta forma, esto se convertiría en incentivo a la búsqueda y aceptación de un empleo a edades avanzadas.

Por último y ante las dificultades para encontrar empleo vinculados a esta franja de edad, cabría pensar en la posibilidad de que los beneficiarios de la pensión pudieran realizar trabajos marginales o ligeros, sujetos a cotización, que podrían ser compatibles con la pensión de viudedad, de nuevo modulando su cuantía durante el tiempo que realizaran ese trabajo, y por el que, además, igual que en el caso anterior, obtuvieran un incremento del porcentaje aplicable a la base reguladora de su pensión de viudedad a partir de la edad en la que dejaran de realizar estos trabajos.

No obstante, se debería prever excepciones a la temporalidad o a los condicionantes en todas las franjas de edad, cuando existan discapacidades en el beneficiario debidamente reconocidas y que impidieran a la persona a obtener sus propios recursos, o se dieran situaciones de incapacidad permanente (en cuyo caso nos encontraríamos ante la situación de compatibilidad entre las prestaciones de incapacidad permanente y la viudedad).

Por último para el supuesto de situaciones de viudedad producidas con 65 o más años (67 en su caso), la pensión sería vitalicia sin otros condicionantes para su percepción, aunque seguiría sometida al cumplimiento de los requisitos contributivos del causante.



Para estos supuestos, si el beneficiario no se encuentra en situación de dependencia económica, la prestación obtenida no sería la vitalicia modulable sino la de adaptación o ajunte. En la misma línea que para la franja de edad anterior, y en el caso de dependencia económica, si el beneficiario estuviera realizando algún trabajo en el momento del hecho causante, o lo realizase en un momento posterior la cuantía de la pensión se modularía en función de los ingresos que obtenga.

c.) Pensión de adaptación o ajuste

Por último, en la línea de las propuestas de reforma, para el caso en el que el cónyuge o conviviente supérstite no cumpliera alguno de los requisitos anteriores (contributivos o asistenciales) y fuera excluido de la tutela inicial, podría crearse una prestación que hemos querido llamar de adaptación o ajuste por cuanto sólo tiene como finalidad facilitar el tránsito de una situación económica a otra²³. Es estos supuestos, como hemos visto, no hay una situación de dependencia económica. Lo que se genera como consecuencia del fallecimiento de la pareja es una situación de desequilibrio económico, de forma que lo que la Seguridad Social protege es el mantenimiento temporal del nivel de vida del hogar familiar anterior al fallecimiento y ayudar a hacer frente al empobrecimiento relativo que se produce, al mismo tiempo que pueden tener un margen para la adaptación económica ante la nueva situación. Nuestra propuesta es que esta prestación tuviera una duración de 1 año a contar desde la fecha del hecho causante, por un lado, y por otro, y en la medida en que esta prestación no atiende a la carencia de recursos, para justificar su existencia dentro del nivel contributivo fuera necesario que al menos, se mantenga, el periodo de carencia actual que existe para generar el derecho a la pensión de viudedad (500 días cotizados en un periodo ininterrumpido de 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento en los supuestos de enfermedad común, no exigiéndose periodo previo de cotización en los casos de fallecimiento como consecuencia de una accidente sea o no laboral o una enfermedad profesional).

III. ORFANDAD Y TRABAJO

La pensión de orfandad regulada fundamentalmente en el art.175 LGSS y en los arts. 36 a 38 del Decreto 3158/1966, es también una pensión contributiva con rasgos asistenciales. De hecho, quizá se trate de la pensión contributiva más asistencializada que puede tener nuestro Sistema de Seguridad Social, y ello por varias razones. Por un lado, no se exige periodo de carencia para causar el derecho (ya se han introducido algunas prestaciones en el sistema en las que no se exige un periodo de cotización previo²⁴), y por otro, se introduce el criterio de los ingresos a partir de una determinada

²³ GONZALEZ ORTEGA, S. (IP). *Las prestaciones sociales de Derecho derivado. Análisis de las prestaciones de viudedad y orfandad y a favor de familiares en el marco de los sistemas europeos de Seguridad Social*, op. cit. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.. *La pensión de viudedad nuevas perspectivas*, op. cit, pp.13

²⁴ Nos estamos refiriendo en este caso al acceso a la prestación de maternidad en los trabajadores menores de 21 años, para lo que no se exige periodo previo de cotización



edad para determinar la existencia o no del derecho a la pensión de orfandad o su mantenimiento.

No obstante y a pesar de que la pensión de orfandad se genera sin necesidad de cotización previa, sigue manteniendo su carácter de sustitución de los ingresos con los que contaba la unidad familiar lo que se pone de manifiesto en dos aspectos: primero, que su importe se siga calculando en función de los ingresos del sujeto causante y segundo que el derecho a acrecer, se condicione a que el progenitor superviviente falleciese estando en el disfrute de la pensión de viudedad. Pero no sólo esto. Para generar el derecho a la pensión será necesario que el causante se encontrara en situación de alta o asimilada en el momento del fallecimiento, criterio contributivo por excelencia, o que hubiera completado un periodo mínimo de cotización de 15 años a lo largo de su vida laboral cuando no se encontrase en alta o situación asimilada en ese momento. Además, Veamos a continuación cuál es la regulación actual de la pensión para determinar después algunas de las deficiencias de la misma y sus propuestas de reformulación.

1. Planteamiento general de la pensión de orfandad en la regulación actual

Dado que la modificación legislativa operada sobre la pensión de viudedad, ha tenido lugar en fechas muy recientes, quizá sea necesaria una breve exposición de la regulación actual. No sólo porque nos permite centrar las ideas posteriores, sino porque en la memoria que se presenta sobre este proyecto de investigación se basaba en una normativa anterior, y las propuestas iban en la línea de lo que planteábamos como directrices de cambio, en parte ya regulada por la nueva normativa.

En la regulación anterior a la Ley 27/2011, eran beneficiarios de la pensión de orfandad cada uno de los hijos del causante en los que concurriera algunas de las siguientes circunstancias a) Ser menor de 18 años de edad, sin ningún otro condicionamiento adicional; b) Tener reducida la capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez (art. 175 LGSS en relación con el art. 9 RD 1647/1997, de 31 de octubre, BOE 13-11-1997, nº272); c) Tener entre 18 y 22 años de edad y no efectuar un trabajo lucrativo (por cuenta propia o ajena) que genere ingresos superiores a la cuantía del SMI, en cómputo anual. Pues bien, este tramo de edad se incrementa hasta los 24 años en dos casos: El primero, que ya existía con anterioridad al año 2007, cuando estamos ante un supuesto de orfandad absoluta; esto es, en caso de ausencia de ambos progenitores. El segundo, que se introdujo con ocasión de la Ley 40/2007, cuando el huérfano presente una discapacidad en un grado superior o igual al 33%.

En la actualidad y con la aprobación de la D.A. 1ª.1 de la Ley 27/2011, se da nueva redacción al artículo 175.1 LGSS según la cual, tendrán derecho a la pensión de orfandad cada uno de los hijos del causante que:

- Sean menores de 21 años, o mayores que tengan reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.



- En los casos en los que el beneficiario no efectúe trabajo lucrativo, o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga resulten inferiores en cómputo anual, a la cuantía vigente para el SMI, en cómputo anual, podrá ser beneficiario de la pensión de orfandad hasta los 25 años.
- Además, si el beneficiario estuviera cursando estudios y cumpliera 25 años durante el transcurso del año escolar hasta el siguiente curso académico.

La aplicación de esta nueva normativa no ha entrado en vigor en términos absolutos sino que, la propia norma ha previsto un régimen de aplicación paulatina del límite de edad para los casos de orfandad simple y cuando el huérfano no trabaje. Durante el año 2012 la edad máxima hasta la que se puede percibir la pensión de orfandad será de 23 años y durante el año 2013 la edad será de 24 años. A partir del 1 de enero de 2014 la edad será de 25 años.

Tal y como hemos visto las edades para generar derecho de acceso a la pensión son dos. Bien, 21 años, siendo independiente hasta esa edad la realización de un trabajo o la percepción de otro ingreso y la cuantía que pudiera recibir el huérfano por ello; bien hasta los 25 años cuando el huérfano o no realizara algún trabajo lucrativo, o si lo realizara los ingresos serían inferiores al SMI en cómputo anual.

Nos parece muy acertado que el legislador haya ampliado las edades para generar el derecho a la pensión²⁵. Una de las razones fundamentales por la que se hacía necesaria esta ampliación es porque había que ajustar el sistema de seguridad social al Sistema Educativo, al igual que se produce un proceso de ajuste entre la normativa laboral y la normativa de educación. El Espacio Europeo de Educación Superior ha obligado a los Estados Miembros de la Unión Europea a adaptar los estudios mediante un proceso de convergencia que se está llevando a cabo en la actualidad. Este obliga a los universitarios a que realicen sus estudios de grado (finalizando, en el mejor de los casos, con 22 años) y sus estudio de postgrado que amplían el grado en dos años más (finalizando en estos supuestos, y en el mejor de los casos, a los 24 años de edad). Por ello, la ampliación realizada por el legislador hasta los 25 años, pensando en esta nueva realidad social es plausible. Ahora bien, la regulación que se ha hecho no condiciona la ampliación de edad a la realización de unos estudios, sino a la falta de ingresos. En este sentido, es donde nuestra propuesta era diferente, es decir la ampliación a los 24 o 25 años nosotros la hubiéramos sometido a otros requisitos como pudiera ser la finalización de estudios, ya sean universitarios o de formación profesional equivalente. El criterio de la edad no debe ser el único que se tenga en cuenta para tener derecho a la prestación de orfandad, sino que la realización de la determinada formación, o la realización de un trabajo lucrativo, o la carencia de otros recursos deben ser elementos a tener en cuenta para el acceso y/o mantenimiento de esta pensión.

²⁵ En este sentido ya recogíamos la idea de ampliar la edad de percepción de la pensión de orfandad en la Propuesta de medidas urgentes en materia de empleo juvenil que se presentó en el mes de mayo de 2011 como Documento de Trabajo del Instituto de Relaciones Laborales y Empleo de la Fundación Sagardoy. En línea: <http://www.fundacionsagardoy.com>



De esta forma, y en conexión con la pensión de viudedad, para la de orfandad se introducen ciertas notas de asistencialidad en el nivel contributivo, protegiendo situaciones reales de necesidad, a la par que se incentivan, en este caso para los jóvenes, la búsqueda de empleo.

2. *Propuestas de Reforma.*

2.1 Ampliación de las cuantías de la pensión.

Es un clásico en las reflexiones que se hacen sobre las pensiones contributivas del Sistema de Seguridad Social, que la pensión de orfandad se caracteriza por la cuantía baja que se otorga a sus beneficiarios. Ante esta situación, en la Ley 40/2007, se asume el compromiso de incrementar la cuantía mínima de la pensión de orfandad hasta conseguir el 33% del IPREM. No obstante, en línea con lo expuesto para la pensión de viudedad vamos a establecer, no una ampliación genérica de la cuantía de esta pensión, que no es el objeto de nuestro estudio, y que requeriría de análisis más profundos en este sentido, sino situaciones concretas en las que podría darse una ampliación de la misma.

De la regulación establecida en el art. 179.4 LGSS, se puede deducir que la pensión de viudedad es preferente sobre la de orfandad, de modo que si la suma hipotética de una pensión de viudedad y las de orfandad superasen el 100% de la base reguladora, se mantendrá íntegra e inalterable la de viudedad y se reducirán a partes iguales las de orfandad. En este sentido, nosotros proponemos un cambio normativo en dos direcciones. La primera, que en aquellas situaciones de desequilibrio económico, en las que el beneficiario no tuviera una situación de dependencia económica, podría plantearse la situación contraria a la regla expuesta, esto es, las pensiones de orfandad se mantendrían inalterables y se reduciría la pensión de adaptación o ajuste de la viuda o el viudo. La segunda, es que al proponer una pensión de viudedad temporal, estemos en el supuesto que estemos, en el momento en el que el beneficiario dejara de percibir la pensión de viudedad, el beneficiario/s de la de orfandad podrían ver ampliado el porcentaje aplicable a la base reguladora, y por tanto, su cuantía de la pensión.

Por otro lado, la regla general es que la cuantía de la prestación se determina aplicando el porcentaje del 20% a la base reguladora. Pues bien, si aplicamos un criterio más restrictivo en cuanto al periodo de carencia del causante, podremos ampliar el porcentaje aplicable a la base reguladora cuando se superasen determinados periodos de carencia por el causante, de forma que si el 20% se otorga en la actualidad sin tener que aportar un periodo de carencia determinado²⁶, si el causante cotizó, una cantidad de días en los años inmediatamente anteriores al hecho causante, se podría aumentar el porcentaje de la pensión de orfandad y por ende la cuantía de la misma. A estos efectos habrá que tener en cuenta los límites legales, no pudiendo en ningún caso aplicar más del 48% a la base reguladora. La misma operación se podría hacer cuando hay varios beneficiarios de orfandad que se reparten el 48%. Hasta ahora, en todo caso, no podrán

²⁶ En la Ley 40/2007 se suprime el requisito de acreditar un periodo de carencia previo en los supuestos en los que el causante se encontraba en alta o en situación asimilada al alta en el momento del fallecimiento



recibir cada uno de ellos una cuantía superior a la correspondiente al aplicar el 20%. Pero si reforzamos el criterio de la cotización del causante, y hay dos huérfanos, con un causante que hubiera cotizado un cantidad de días en los últimos años, podrían llegar a aplicar sobre la base reguladora hasta un 24%.

2.2 Nuevas reglas de compatibilidad del trabajo y otros ingresos con la pensión de orfandad.

La Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE 31-12-1997, nº313), permitió que los huérfanos mayores de 18 años y menores de 21, percibieran la pensión de orfandad, siempre y cuando no obtuvieran unos ingresos, con ocasión del desempeño de un trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena, superiores al 75% del SMI. La doctrina²⁷, criticó al legislador en ese momento por despreciar otras fuentes de ingresos, y penalizar de forma incomprensible otras fuentes de ingresos que pudiera percibir el huérfano. Pues bien, a pesar de ello, ni la reforma de la Ley 40/2007²⁸, ni la actual Ley 27/2011, han introducido modificaciones algunas al respecto manteniéndose la diferencia de trato entre los huérfanos atendiendo a la fuente de los ingresos.

A este respecto nuestra propuesta pasa porque no sólo se valoren los ingresos derivados de los rendimientos de trabajo, sino también aquellos que provengan de otros rendimientos, en cuyo caso, al superar un determinado límite perderían y/o suspenderían el derecho a la pensión de orfandad. La situación de necesidad de la orfandad, es la situación de dependencia económica que tenía el huérfano respecto del causante, de forma que si desaparece esa dependencia económica, porque el huérfano obtenga sus propios ingresos, desaparece o se suspende el derecho a seguir percibiendo la pensión. Ahora bien, lo que no puede pretenderse es que a efectos de la determinación de la situación de necesidad, sólo se tengan en cuenta los ingresos que recibe el huérfano por la realización de un trabajo y no los que recibe por otro tipo de ingresos que pueda tener, como puede ser los rendimientos de capital mobiliario o inmobiliario y las ganancias patrimoniales. Para usar un criterio uniforme, a los efectos de las rentas computables, aplicaríamos lo ya dicho en este sentido para la pensión de viudedad, esto es, tomaríamos en cuenta la actual regulación del art. 50 LGSS, aplicando para la determinación de los ingresos, las rentas computables y excluidas para la concesión de los complementos a mínimos

Por lo que respecta a la edad, el aumento de la misma y la posibilidad de compatibilizar un trabajo hasta los 25 años de edad, es un evolución legislativa plausible, pero no exenta de críticas. Por un lado, establecer el SMI como criterio para conservar o perder el derecho a la pensión, nos resulta un criterio que podría eliminar la posibilidad de seguir percibiendo la pensión desde el momento en que el huérfano recibiera un salario

²⁷ MERCADER UGUINA, J. R. *La reforma de la acción protectora en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social*, Relaciones Laborales, nº23, 1997, pp. 1122 y 1123.

²⁸ ARAGÓN GÓMEZ, C. *Modificaciones introducidas por la Ley 40/2007 en la pensión de orfandad*, en MERCADER UGUINA, Jesús. R y TRILLO GARCÍA, Andrés. *Aspectos prácticos de la Reforma de la Seguridad Social*, Valladolid, Lex Nova, 2008, pp. 311 y 312



mínimamente superior al SMI en cómputo anual; y por otro, es muy criticable el distinto tratamiento que el legislador continúa otorgando a las huérfanos en función de si son o no mayores de, ahora, 21 años, es decir, que hasta los 21 años, la pensión de orfandad es compatible con cualquier renta de trabajo del huérfano, y una vez cumplido los 21 la pensión deviene incompatible con un trabajo del que se obtengan ingresos por encima del SMI. En este sentido la crítica que mantenía una buena parte de la doctrina²⁹ se puede seguir manteniendo pese a las modificaciones legislativas, y es que la edad, individualmente considerada no determina una variación de la situación de necesidad que justifique un tratamiento jurídico distinto.

Nuestra propuesta de la compatibilidad entre el trabajo y la pensión de orfandad se manifiesta en dos sentidos. Por un lado, que el criterio utilizado no sea el SMI sino para algunos casos el doble del SMI³⁰, en la línea de lo que hemos utilizado, en este mismo trabajo, para otras prestaciones, y por otro, que desde los 18 años, edad legal de acceso al empleo, o desde los 16, cuando tuviera autorización de sus padres o tutores para trabajar, se tuviera en cuenta los ingresos percibidos por el trabajo por cuenta propia o ajena, o aquellos otros ingresos que pudiera tener el huérfano, conforme a lo que acabamos de establecer, para modular la cuantía de la prestación. De esta forma no estaríamos diferenciando a los huérfanos en función de si son o no mayores a una determinada edad.

Como una medida para la compatibilización del trabajo con la pensión y que puede incentivar a los jóvenes a buscar empleos, incluso ligeros, o de temporada, en muchas ocasiones compatibilizándolos con sus estudios, es que cuando el huérfano menor de 25 años y mayor de 18, realizara un trabajo lucrativo, pudiera ver reducida su pensión de orfandad pero sin que se suspendiera completamente su percibo. De esta forma incentivaríamos el acceso al empleo y podríamos evitar los fraudes que podrían generarse mediante empleo sumergido con el objetivo de no perder la pensión. Entre las ventajas, podríamos destacar que el huérfano podría cotizar a su vez por el trabajo efectivamente realizado. Por tanto, la idea de partida es no eliminar el acceso a la misma sino modular su cuantía en función del volumen de ingresos del huérfano; otra cosa será que como consecuencia de esta modulación se pudiese llegar a la práctica extinción de la misma. En la misma línea de propuesta que tiene por objetivo que el disfrute de pensiones puedan desincentivar el acceso al mercado de trabajo, especialmente significativo en este caso por la edad de los sujetos, se propone una línea de reforma que respetando la dualidad de edad actuales, sin embargo refuerce la exigencia de ingresos. De este modo, es posible diferencias dos situaciones: a) para el caso de huérfanos hasta los 21 años ese límite de ingresos habría de situarse en el doble del salario mínimo interprofesional, y en caso de superarse aplicar las reglas de modulación de la cuantía de la pensión; y b) para el caso de huérfanos a partir de los 22 y hasta los 25 años, habría

²⁹ ALARCÓN CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.. Los principios de organización de las pensiones públicas, en AA.VV. *Pensiones sociales: problemas y alternativas*. IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, I, Madrid, 1999, pp. 193 y 194.

³⁰ No es una propuesta nueva. En el trámite parlamentario de la Ley 40/2007 Convergencia i Unió propuso esto mismo en la enmienda 99, o Esquerra Republicana que propuso, en la enmienda 140, elevar el umbral de ingresos a 1,25 veces el importe del SMI.



de mantenerse el límite actual de ingresos, esto es, SMI, si bien en todo caso, entrarían en juego las mismas reglas de modulación. Esta diferenciación de trato se justifica por la propia diferencia de la situación de partida, ya que, en el primer supuesto (tomando como referente siempre el estándar de joven a esa edad) su posible acceso al mercado de trabajo será menor y generalmente de peor calidad dado que aún no se han completado los estudios (universitarios o de formación profesional) que le permitan adquirir esa cualificación.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón y GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago. Los principios de organización de las pensiones públicas, en AA.VV. *Pensiones sociales: problemas y alternativas*. IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, I, Madrid, 1999.
- MERCADER UGUINA, Jesús R. *La reforma de la acción protectora en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social*, Relaciones Laborales, nº23, 1997.
- ARAGÓN GÓMEZ, Cristina. Modificaciones introducidas por la Ley 40/2007 en la pensión de orfandad, en MERCADER UGUINA, Jesús. R y TRILLO GARCÍA, Andrés. *Aspectos prácticos de la Reforma de la Seguridad Social*, Valladolid, Lex Nova, 2008.
- RODRIGUEZ ESCANCIANO, Susana. *La pensión de viudedad nuevas perspectivas*, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº771, 2009.
- VICENTE PALACIO, Arantzazu (IP). *La pensión de viudedad: marco jurídico para una nueva realidad social. Cómo reformular la pensión de viudedad de forma que mejor cumpla el carácter de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante*, investigación financiada mediante subvención recibida de acuerdo con lo previsto en la Orden TAS/1587/2006, de 17 de mayo (premios para el fomento de la investigación de la protección social). En línea: <http://www.seg-social.es>
- DESDENTADO DAROCA, Elena. *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de Familia: un estudio crítico para una prestación en crisis*, Albacete, Bomarzo, 2009.
- PIÑEYROA DE LA FUENTE, Antonio José. *Doctrina constitucional y evolución de la cobertura de la pensión de viudedad en España*, Relaciones Laborales, nº10, 2010 (versión electrónica).
- MENENDEZ SEBASTIÁN, Paz. *La pensión de viudedad: entre la contributividad automática y la asistencialidad contributiva. Breve crónica de cómo el tiempo va poniendo – poco a poco – cada cosa en su lugar*, Justicia Laboral, nº41, 2010.



- HERNÁNDEZ LEÓN, Camilo Fernando (IP). *La viudedad del futuro. Estudio y propuestas de reforma Global para garantizar su sostenibilidad*, investigación financiada mediante subvención recibida de acuerdo con lo previsto en la Orden TIN/1512/2010, de 1 de junio (premios para el fomento de la investigación de la protección social). En línea: <http://www.seg-social.es>
- GONZALEZ ORTEGA, Santiago (IP). *Las prestaciones sociales de Derecho derivado. Análisis de las prestaciones de viudedad y orfandad y a favor de familiares en el marco de los sistemas europeos de Seguridad Social*, investigación financiada mediante subvención recibida de acuerdo con lo previsto en la Orden TIN/1512/2010, de 1 de junio (premios para el fomento de la investigación de la protección social). En línea: <http://www.seg-social.es>
- LLORENTE ÁLVAREZ, Alberto. ¿La reformulación de las prestaciones de muerte y supervivencia era esto?: Análisis de las modificaciones incorporadas por la Ley 27/2011 en estas prestaciones, en GARCIA PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús. R. (Dirs.), *La Reforma de la Seguridad Social 2011*, Valladolid, Lex Nova, 2011.
- CRUZ VILLALON, Jesús. La modernización de las prestaciones por la viudedad y orfandad, en MONEREO PEREZ, Jose Luis. *la seguridad social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, Comares, Granada, 2008.



CAPÍTULO VI LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL TRABAJO Y LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN: LA APARENTE CONTRADICCIÓN ENTRE TRABAJO Y DESEMPLEO. II. COMPATIBILIDADES (E INCOMPATIBILIDADES) ENTRE TRABAJO Y PROTECCIÓN POR DESEMPLEO. 1) *Compatibilidad del trabajo por cuenta propia y la protección por desempleo.* 2) *Compatibilidad del trabajo por cuenta ajena y la protección por desempleo.* A. La compatibilidad con el trabajo a tiempo parcial. B. Ineficiencias del trabajo a tiempo parcial en relación con el desempleo. 3) *Compatibilidad vía programas de empleo.* A. Programa de fomento del empleo de mayores de 52 años. B. Programa de sustitución de trabajadores en formación. C. Programa de movilidad geográfica. D. Contrato indefinido de apoyo a emprendedores. E. Crítica a los programas de empleo. III. **SUSPENSIÓN DEL CONTRATO Y REDUCCIÓN DE JORNADA Y EL DESPIDO COLECTIVO. IV. **CONCLUSIONES.** V. **BIBLIOGRAFÍA****

V. INTRODUCCIÓN: LA APARENTE CONTRADICCIÓN ENTRE TRABAJO Y DESEMPLEO.

De acuerdo con lo previsto en el art. 203 LGSS, la protección por desempleo cubre la contingencia de quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierden su empleo o ven reducida su jornada ordinaria de trabajo, en los términos previstos en el artículo 208 de la misma ley. Si acudimos a esta última norma nos damos cuenta de que, en realidad, cuando el art. 203 habla de “reducción”, se está refiriendo tanto a la reducción de jornada propiamente dicha (art. 208.3) como a los supuestos de suspensión del contrato de trabajo (art. 208.2).

Por consiguiente la situación protegida es la carencia de ingresos derivada de la pérdida de empleo, ya sea de forma total y definitiva, ya sea de forma total o parcial pero coyunturalmente y con visos de revocabilidad. Sobre esta situación de necesidad actúa la prestación contributiva con la finalidad de sustituir las rentas de activo, o el subsidio asistencial o la Renta Activa de Inserción de forma subsiguiente o alternativa con el propósito de dotar de soporte económico a quien encontrándose en la situación descrita acredita insuficiencia de medios para vivir, esto es, lo que proporciona es una renta de subsistencia. Esta distinta finalidad permite, en teoría, que, en el primer caso, se admita la compatibilidad con otros ingresos, salvo si derivan del propio desempeño de un



trabajo³¹, y en el segundo, siempre que no se sobrepasen los niveles de renta que dan acceso a su percepción.

En uno y otro caso, la protección frente al desempleo se muestra incompatible, con carácter general con el trabajo pues, precisamente su génesis se encuentra en la ausencia de éste y, por tanto, pierde su razón de ser cuando se retorna al empleo. No obstante, la definición de la contingencia protegida muestra también muy a las claras, como estadio final de una tendencia hacia la compatibilidad, que hoy resulta posible compaginar trabajo y empleo cuando la relación laboral pervive y aun cuando ello implique, lógicamente, la percepción de salario por las horas que se trabajan.

A la compatibilidad de la protección por desempleo, en sus distintos niveles se dedica el art. 221 LGSS, que matiza en cierta forma lo anterior. En efecto, este precepto señala que “la prestación o el subsidio por desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando éste se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado”. Es decir, como ha señalado la jurisprudencia, la incompatibilidad de la protección por desempleo en su nivel contributivo y asistencial es total o absoluta cuando se trata del trabajo por cuenta propia, mientras que es relativa cuando nos encontramos ante un trabajo por cuenta ajena, pues en este caso se permite la compatibilidad, reduciéndose proporcionalmente el salario. Por consiguiente, en supuestos de trabajo por cuenta ajena, regirá la regla de la incompatibilidad si concurren los siguientes tres requisitos: a) que sea un trabajo a tiempo completo, b) que implique necesariamente la inclusión en un Régimen de la Seguridad Social, y c) que no esté expresamente establecida la compatibilidad por algún programa de fomento del empleo³².

Al margen de esta regla general, el art. 228.4 LGSS establece una excepción, pues permite la compatibilización de salario y prestación en trabajos por cuenta propia a tiempo completo siempre que así lo admita expresamente un programa de empleo, es decir, si la finalidad es la de promover el empleo de determinados colectivos con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo, entonces aquella regla general se flexibiliza aún más.

De cualquier forma, del simple examen de los preceptos básicos en esta materia resulta que, sin perjuicio de algunos otros vasos comunicantes entre trabajo y protección por desempleo, los dos grandes bloques de análisis son los que resultan de comparar los

³¹ GONZÁLEZ ORTEGA, S., La protección por desempleo, *Relaciones Laborales*, vol. II, 1993, p. 327.

³² ALZAGA RUIZ, I., Compatibilidades e incompatibilidades de la prestación y el subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta ajena, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, N.º. 99, 2012, p. 92.



supuestos generales de admisión de la compatibilidad de la protección por desempleo con el trabajo propiamente dicho, por una parte, y los supuestos de suspensión del contrato y reducción de jornada por otra, con el desempleo. A ello dedicaremos los dos apartados siguientes respectivamente.

VI. COMPATIBILIDADES (E INCOMPATIBILIDADES) ENTRE TRABAJO Y PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

Como acabamos de señalar, la jurisprudencia ha interpretado el art. 221 LGSS en el sentido de que lo que establece es una incompatibilidad absoluta entre trabajo por cuenta propia y protección por desempleo, mientras que ésta es relativa cuando se trata de trabajo por cuenta ajena (entre otras, la STS 13 de mayo de 2008³³). Éste es el resultado de un paulatino proceso de erosión puesto que, lógicamente, si la protección por desempleo tiene por objeto cubrir la pérdida involuntaria de ingresos derivada de la ausencia de trabajo, entonces es lógico que quien presta sus servicios por cuenta propia o ajena no pueda percibir una prestación que cubra tal contingencia³⁴. Sin embargo, la admisión de tal posibilidad por parte de nuestro ordenamiento jurídico puede obedecer a diversos motivos. Por una parte, resulta patente la de índole financiera ya que, no solamente la prestación se aminora en proporción al tiempo trabajado, sino que por la vía de los ingresos se recaudan unas cotizaciones que, de otra forma no se percibirían (desempleo) o provendrían de las arcas públicas. Pero al margen de esta cuestión, lo cierto es que también existen buenos motivos desde el lado de las políticas de empleo, puesto que se incentiva el mantenimiento de una situación de activo que puede devenir más robusta con el transcurso del tiempo, a la vez que se evitan los efectos indeseados de la inactividad.

En todo caso, aun cuando de estas reflexiones se deduzca que el núcleo central de estudio se centra en el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, lo cierto es que también resulta interesante plantearnos hasta qué punto resulta coherente la incompatibilidad absoluta en relación con el trabajo por cuenta propia, máxime cuando ya se admite en su seno la posibilidad de trabajo autónomo a tiempo parcial³⁵. De ahí que interese distinguir las distintas situaciones que podemos encontrarnos y los diferentes problemas jurídicos que de las mismas se derivan.

³³ Rº. 901/2007

³⁴ ALZAGA RUIZ, I., *Compatibilidades e incompatibilidades de la prestación y el subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta ajena*, cit., p. 92.

³⁵ En virtud de la modificación introducida en el art. 1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo por la Disposición Final X de la Ley 27/2011 de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE 02-08-2011, nº184). No obstante, tal modificación entrará en vigor, de acuerdo con la DF. XII, el 1 de enero de 2013.



Así, en primer lugar, nos adentraremos en la inmutabilidad de la incompatibilidad absoluta del trabajo por cuenta propia, incompatibilidad que no se ve afectada ni por el número de horas dedicadas a la actividad, ni por los resultados económicos ni por la inclusión en algún régimen de la Seguridad Social.

En segundo lugar, y por lo que hace al trabajo por cuenta ajena, los ámbitos de compatibilidad se circunscriben a dos: el trabajo a tiempo parcial y las excepciones auspiciadas por programas de fomento del empleo, entre los que incluiremos la posibilidad recogida en el denominado contrato de apoyo a emprendedores en la última reforma laboral.

Al margen de estos dos grandes bloques de situaciones, lo cierto es que aún podemos encontrar algunas otras actividades que también resultan incompatibles con la protección por desempleo. Tal es el caso de las actividades de investigación o cooperación retribuidas que impliquen dedicación exclusiva y a tiempo completo, el ejercicio por elección o designación de cargos públicos o sindicales retribuidos y que impliquen también dedicación exclusiva y a tiempo completo o la activación de la reserva retribuida de los reservistas voluntarios de las Fuerzas Armadas³⁶.

1. Compatibilidad del trabajo por cuenta propia y la protección por desempleo

Como ya se adelantó, la incompatibilidad establecida por el art. 221 LGSS en relación con el trabajo a tiempo completo es absoluta. El propio precepto se encarga de recalcar que esto es así “aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la seguridad social”, a lo que la regulación reglamentaria añade que, también, “con independencia del número de horas que se dediquen a la actividad y de los resultados económicos obtenidos”.

Esta concepción de la compatibilidad entre el trabajo por cuenta propia y el desempleo apenas ha variado a juzgar por normas mucho más recientes. Así, el art. 12 de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos (en adelante, Ley 32/2010)³⁷, define los supuestos de incompatibilidad con el cese de actividad en términos muy similares. No obstante, en este caso, por primera, vez se deja la puerta abierta a un hipotético cambio de tendencia pues “como excepción los trabajos agrarios sin finalidad comercial en las superficies dedicadas a huertos familiares para el autoconsumo, así como los dirigidos al mantenimiento en buenas condiciones agrarias y medioambientales previsto en la

³⁶ ALZAGA RUIZ, I., *Compatibilidades e incompatibilidades de la prestación y el subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta ajena*, cit., pp. 97–98.

³⁷ BOE 06-08-2010, nº190.



normativa de la Unión Europea para las tierras agrarias. Esta excepción abarcará también a los familiares colaboradores...”

De esta forma se pone remedio, aunque sea parcialmente, a uno de los problemas derivados de tan rígida regulación y que es precisamente el que afecta a los conocidos como trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad. En efecto, la prohibición se plantea en términos tan absolutos que una aplicación literal de la norma implicaría la incompatibilidad, incluso, con estos trabajos marginales, por lo que se ha sugerido una interpretación flexible basada en que no son propiamente “trabajo”³⁸. No obstante, debe notarse que la solución no es completamente satisfactoria, pues la excepción se refiere únicamente a trabajos agrarios y de índole medioambiental.

A salvo esta pequeña excepción, no es que el legislador establezca simplemente la incompatibilidad con el trabajo autónomo, sino que casi parece entreverse el deseo de evitar su compatibilidad con cualquier tipo de actividad, sin duda movido por la preocupación de que puedan producirse supuestos de fraude en los que la protección por desempleo se compatibilice con la percepción de ingresos derivados de trabajos distintos a los de por cuenta ajena, aun cuando no reúnan los requisitos para ser considerado trabajo por cuenta propia. Sólo así puede entenderse la referencia a la no inclusión en alguno de los regímenes de la Seguridad Social.

En los orígenes de esta regulación, se aplaudió la inclusión de esta referencia puesto que permitía impedir conductas fraudulentas por parte de los profesionales liberales que les llevaban a disfrutar de una prestación contributiva a la vez que desempeñaban un trabajo por cuenta propia³⁹. Sin embargo, la evolución y desarrollo actual de la regulación relativa al empleo autónomo, quizá debiera invitar a su reconsideración.

En efecto, la inclusión en un régimen de la Seguridad Social no es más que el resultado de su encuadramiento en tal régimen, lo que implica el deber de contribuir económicamente al sostenimiento del sistema como anticipo de la respuesta protectora que éste propiciará cuando las contingencias se actualicen. No resulta lógico, por tanto, en la actualidad, que el régimen de incompatibilidades atienda también a actividades que no merecen atención por parte del sistema de Seguridad Social, salvo que nos encontremos ante un exceso de celo del legislador, como estamos intentando demostrar.

³⁸ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., Nuevos Vientos Fríos en la protección por desempleo, *Relaciones Laborales*, vol. I, 1994, pp. 362–363. El autor se refiere a la regulación contenida en la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo (BOE 04-08-1984, nº186) tras la reforma de 1993, que coincide a este respecto con la regulación actual. No obstante, la doctrina de nuestros tribunales no ha sido a este respecto homogénea. Así, la STSJ Castilla y León de 17-12-1997 (R°. 547/1997) no detecta incompatibilidad cuando el trabajo por cuenta propia es marginal u ocasional, frente a la TSTJ Comunidad Valenciana de 27-1-1998 (R°. 891/1995) que considera que la incompatibilidad es absoluta, con independencia de la retribución o rendimiento que se produzca.

³⁹ *Ibid.*, p. 362.



La actual crisis económica ha reavivado ese sentimiento. El gobierno, en el marco del Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social para el periodo 2012-2013, ha propuesto un proyecto de ley específico al respecto, que tiene entre sus objetivos “corregir la obtención y el disfrute en fraude de ley de las prestaciones por desempleo, particularmente en aquellos supuestos en que se constituyen empresas ficticias para poder acceder a aquéllas o donde se compatibiliza de manera irregular su percepción con el trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia” al constatar que “resulta evidente que deben intensificarse las actuaciones tendentes a afrontar determinadas conductas, profundamente injustas e insolidarias, que generan la reducción de los ingresos en los recursos económicos del sistema de la Seguridad Social, el deterioro de los derechos de los trabajadores y una indeseable competencia desleal con respecto a las empresas, los emprendedores y los trabajadores autónomos cumplidores de sus obligaciones legales. Las situaciones de economía y de empleo irregulares son siempre reprobables y deben ser objeto de una permanente persecución por parte de los poderes públicos, que deben reforzar los instrumentos de control en una coyuntura como la actual. Esas conductas y esas situaciones atentan contra el principio de solidaridad entre todos los españoles y deben ser combatidas con todos los instrumentos disponibles, de manera que el Estado de Derecho se ponga al servicio y suponga la más firme garantía de nuestro Estado social. Como ha resaltado la Comisión Europea, el empleo sumergido es un «supuesto extremo de segmentación del mercado de trabajo», pues aboca a los trabajadores a una espiral continua de pérdida de sus derechos – al impedir su promoción personal y profesional, entre ellos el derecho a la formación y a la recualificación – y, por otra parte, genera un daño importante para los sistemas de Seguridad Social, tanto por cuotas no ingresadas, como por el pago indebido de prestaciones”⁴⁰.

Es el miedo al fraude lo que ha llevado a una regulación tan rígida, de la que se han derivado no pocos problemas interpretativos que han debido ser resueltos por la jurisprudencia. Son frecuentes, a la hora de tratar estas cuestiones las referencias jurisprudenciales a si la mera situación de alta en el Impuesto de Actividades Económicas, la inscripción en el colegio de abogados o la mera titularidad dominical de fincas rústicas bastan por sí mismas para declarar el carácter indebido de la prestación recibida⁴¹. En general, la respuesta se ha caracterizado por no introducir aún más rigidez

⁴⁰ Exposición de motivos del Proyecto de Ley de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social. BOCG 7 de septiembre de 2012.

⁴¹ LUJÁN ALCARAZ, J., Incompatibilidades en materia de protección asistencial por desempleo, *Aranzadi Social (versión digital)*, vol. I, 1997. LUJÁN ALCARAZ, J., Alcance de la incompatibilidad entre prestaciones por desempleo y trabajo por cuenta propia: los efectos del alta en censos, registros o seguridad social, *Aranzadi Social (versión digital)*, Tomo IV, 1996. DESDENTADO BONETE, A., La situación protegida en el desempleo contributivo. Un recorrido por la jurisprudencia reciente, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, vol. I, 2010, pp. 24–28. BLASCO LAHOZ, J. F., *Protección de las*



en la ya de por sí poco flexible regulación, estableciendo una presunción *iuris tantum*⁴² de ejercicio de actividad por cuenta propia que se destruye por la prueba de la ausencia de desempeño de una “actividad real” o lucrativa como elemento clave para delimitar el campo de la incompatibilidad con el desempleo⁴³.

Es la excesiva amplitud con que se han definido el trabajo susceptible de ser incompatible con la protección por desempleo lo que ha dado lugar a este tipo de problemas, pues no es incompatible solamente el desempeño de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena, sino, como acabamos de ver, prácticamente cualquier tipo de trabajo auto-organizado.

Por consiguiente, una primera línea de mejora, quizá la de menor intensidad, radica precisamente en el tipo de actividades que resultan incompatibles con la protección por desempleo en el marco del trabajo por cuenta propia. No resulta lógico que la Seguridad Social preste atención, en este concreto ámbito, a actividades que de otra forma quedarían fuera de su ámbito de actuación. De ahí que no se entienda la referencia a que resultan incompatibles, incluso, aquellas no encuadradas en ningún régimen⁴⁴.

En segundo lugar, y en una línea de actuación más profunda, el régimen de incompatibilidades no debiera centrarse tanto en la actividad, como en la remuneración o rendimiento que de la misma se obtiene.

Como se ha señalado, haciendo referencia a la distinción entre el trabajo productivo transitivo e intransitivo⁴⁵, es decir, aquél en el que los frutos del trabajo son susceptibles de transmisión a un tercero, respecto del que no, lo verdaderamente relevante es la remuneración o beneficio que se deriva del desempeño de un determinado trabajo. En efecto, la atribución de los frutos del trabajo humano a un tercero mediante precio puede

personas en situación de desempleo : las prestaciones por desempleo de los regímenes general y especiales de la seguridad social : (doctrina, legislación y jurisprudencia), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 180–187.

⁴² QUESADA SEGURA, R., Comentario al art. 221 LGSS, en Monereo Pérez, J. L., Vida Soria, J. (dirs.) *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, vol. I, Comares, Granada, 1999, p. 1857.

⁴³ SSTs 30-04-2001 (Rº. 1789/2000), 13-032000 (Rº.654/1999), 12-04-2004 (Rº. 1739/2003), 19-11-2004 (Rº. 355/2004), 18-03-2007 (Rº. 355/2006), entre otras.

⁴⁴ En el mismo sentido LUJÁN ALCARAZ, J.; SEMPERE NAVARRO, A. V., Trabajo por cuenta propia y protección por desempleo, *Aranzadi Social (versión digital)*, Tomo I, 1996. CERVILLA GARZÓN, M.J., El esperado informe sobre la prestación por cese de actividad: análisis del ámbito subjetivo, hecho causante, dinámica, cuantía y diseño financiero, *Documentación Laboral*, Núm. 89, 2009, p. 104. ARAGÓN GÓMEZ, C., Comentario a la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, *Justicia Laboral. Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Núm. 44, 2010, p. 152.

⁴⁵ ALONSO OLEA, M., *Introducción al derecho del trabajo*, 6ª ed., rev., renovada y amp, Civitas, Madrid, 2002, p. 65.



producirse tanto de los que son producto final del trabajo ejecutado en régimen de auto-organización, como del trabajo prestado por cuenta ajena. El trabajo por cuenta propia tiene siempre como referente la presencia de un tercero que finalmente hará suyos, mediante precio, los frutos o utilidades del trabajo. Ese tercero puede ser indeterminado, lo que le diferencia del trabajo por cuenta ajena, o determinado, en cuyo caso carecerá de título suficiente para desplegar sobre el trabajador los típicos poderes del empresario sujeto de un contrato de trabajo. Enfocado a partir de estas reflexiones el problema de la incompatibilidad con las prestaciones por desempleo del trabajo por cuenta propia, podemos concluir que aquélla no se produce cuando el desempleado realiza lo que antes se ha denominado trabajo productivo intransitivo. “No hay en tales casos, verdadero trabajo por cuenta propia de cuyos frutos pueda apropiarse un tercero a cambio de una remuneración. Y es que, en definitiva es ésta, y no aquél, lo que hace innecesaria o no justificable la cobertura del sistema de protección por desempleo”⁴⁶.

Esto encaja bastante bien con los distintos niveles de protección que integran la Seguridad Social y, en particular, con el asistencial. No obstante, los supuestos de incompatibilidad entre la protección por desempleo pueden derivar de la confluencia con una prestación contributiva, ya sea del Régimen General o del REA (cese de actividad), o bien con un subsidio asistencial.

Comenzando por este último, el elemento clave para su nacimiento es la carencia de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. (art. 215.1 LGSS). Sin embargo, en el concreto ámbito en el que nos encontramos, la incompatibilidad absoluta con que ha definido el legislador los supuestos que venimos analizando ha llevado a rechazar la combinación de protección por desempleo y trabajo por cuenta propia, aun cuando los ingresos derivados de este último fueran inferiores al límite citado y ello aun cuando “la sala es consciente de la incongruencia que supone privar de esta prestación de nivel asistencial a un trabajador que ha acreditado que sus ingresos no alcanzan el 75% del SMI, cuando en teoría podría acceder a tal prestación en estas condiciones aplicando las previsiones genérica del art. 215 LGSS puesto que sus ingresos no alcanzan aquel tope, pero la vinculación al principio de legalidad no permite aceptar otra solución que la expresamente querida por el legislador, tanto más cuando que si de soluciones de futuro se tratara tampoco sería lo más adecuado a la naturaleza de este subsidio asistencial aceptar la compatibilidad entre el trabajo y el subsidio, que es lo que el actor pretende y la sentencia reconoce, sino reconocer al actor la diferencia entre la renta que le proporciona su trabajo y el montante económico de la prestación garantizada, como si que se halla establecido para las prestaciones no

⁴⁶ LUJÁN ALCARAZ, J.; SEMPERE NAVARRO, A. V., Trabajo por cuenta propia y protección por desempleo, cit.



contributivas –art. 145 LGSS–, solución esta que aquel principio constitucional no nos permite arbitrar”⁴⁷.

La superación de tales incongruencias puede llevarse a cabo admitiendo que la incompatibilidad no debiera ser con el trabajo, en este caso por cuenta propia, sino con la percepción de rentas de cualquier naturaleza. Dentro de éstas, como señala el apartado 3.2 del art. 215 se encuentran las derivadas del trabajo, sin especificación alguna, lo que incluye también al trabajo autónomo. Así, siempre que el desempeño del trabajo por cuenta propia, por sí solo o en compañía de otras fuentes de rentas, no supere el determinado umbral, debería ser compatible con la percepción del subsidio asistencial⁴⁸.

En algo parecido debió pensar el legislador cuando en el marco de la Ley 32/2010 propuso el establecimiento de un nivel asistencial que acompañara al cese de actividad. A pesar de que tal propuesta sucumbió a los efectos de la crisis⁴⁹, su eliminación se vería en parte compensada si se sometiera el trabajo por cuenta propia, en este ámbito, a las simples reglas de la asistencialidad.

Al margen quedaría la cuestión si el supuesto ha de tratarse como un caso de incompatibilidad y, por tanto, por debajo de ese límite se recibirá la prestación o subsidio de que se trate o, como sugiere la sentencia mencionada, de compatibilidad parcial, es decir, la protección por desempleo se adicionará a los ingresos hasta alcanzar tal límite. Lo cierto es que la adopción de esta última arreglo, además de aproximar la regulación del nivel contributivo y el asistencial⁵⁰, es más congruente con la finalidad de este último y más eficiente desde un punto de vista presupuestario. De otro lado, la cuantía de las ayudas son tan exiguas, que mantener la primera regla, permitiendo la compatibilidad siempre que los ingresos derivados del trabajo se mantengan por debajo del límite, permitiría mejorar la generosidad del sistema de protección frente al desempleo, a la vez que desincentiva la ocultación de tales rentas⁵¹.

⁴⁷ STS 29 -01- 2003 (R°. 1614/2002)

⁴⁸ En el mismo sentido ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., *Nuevos Vientos Fríos en la protección por desempleo*, cit., p. 363. TOSCANI GIMÉNEZ, D., *El nivel asistencial de protección por desempleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 30.

⁴⁹ La DA. XIII fue derogada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE 18-09-2010, n°227).

⁵⁰ No existe ningún motivo, basado en la distinta naturaleza jurídica de los niveles de protección, que justifique la inaplicación de esta regla al nivel asistencial.

⁵¹ El nivel de renta vigente para tener derecho al subsidio, el 75% del SMI, son 480,75€, mientras que la cuantía de la ayuda son 426€. Para que el incentivo fuera efectivo, la ocultación de datos debería llevar una sanción importante, como la devolución de las ayudas indebidamente percibidas, junto con el interés y sanción pertinente, entre la que se puede encontrar la imposibilidad de acceder al subsidio durante un tiempo determinado. Así, las opciones con que cuenta el desempleado son declarar el trabajo por cuenta propia y percibir la prestación, puesto que ambos son compatibles siempre que el primero no supere



En segundo lugar, es preciso referirse al encaje del nivel contributivo de protección. Aquí de lo que se trataría es de trasladar las reglas generales previstas en el art. 221 LGSS tanto a la prestación por desempleo propiamente dicha, como del cese de actividad. Es más, en cierta medida, podría mantenerse la regla anterior, haciéndola común a ambos niveles de protección, y que la compatibilidad no dependiera tanto de que se ostente un trabajo a tiempo parcial, como que se accediera a un determinado nivel de renta que, para ser compatible, debería ser inferior a la prestación. En el espíritu de la regla actual vigente ya late en cierta forma tal consideración cuando hace articular la compatibilidad en una reducción de la cuantía proporcional a de la jornada. De lo que se trataría es de dar algún paso adicional en esa misma dirección.

Por tanto, en cualquiera de los casos, y partiendo de la base de que la compatibilidad entre prestación y empleo autónomo es deseable por los efectos beneficiosos anteriormente descritos, es posible el encaje aplicando una versión renovada de la regla que se prevé para el trabajo por cuenta ajena. No obstante, esto implica superar las ineficiencias que de esta regla se deriva y a que dedicaremos también el apartado siguiente.

No obstante, lo que sí corresponde aquí es dejar algún argumento adicional acerca de por qué es posible y deseable abrir la puerta a la compatibilización entre trabajo por cuenta propia y desempleo.

De una parte, debe recordarse que, como ya tuvimos ocasión de adelantar, la posibilidad de trabajo autónomo a tiempo parcial se ha ido abriendo paso poco a poco en nuestro ordenamiento jurídico. Así, al disfrute a tiempo parcial del subsidio por razón de maternidad y paternidad (y, también, del correspondiente tiempo de descanso), se le ha unido la configuración del tiempo parcial como una de las posibilidades de desempeño del trabajo autónomo (art. 1 de la Ley 20/2007). Es posible, sin embargo, que la admisión del trabajo autónomo a tiempo parcial no alcance a tener visos de generalidad y que vaya más bien dirigida a facilitar el desarrollo de la jubilación parcial⁵². Sea como fuere, y con independencia del grado de desarrollo que llegue a alcanzar la reforma de la Ley 27/2011, lo cierto es que admitida la posibilidad, aunque sea fragmentaria, del trabajo autónomo parcial, no parece que existan buenos argumentos para admitirlo para unas prestaciones y no para otras.

determinados límites, o arriesgarme a no hacerlo, en cuyo caso puedo sufrir una importante sanción. La decisión última dependerá de la probabilidad de ser pillado, si bien si la sanción es lo suficientemente importante y el individuo adverso al riesgo, la opción más probable será la de declarar.

⁵² BARCELÓN COBEDO, S., El proceso de integración y homogeneización de los Regímenes Especiales. Análisis de los cambios introducidos por la Ley 27/2011, de 2 de agosto, en MERCADER UGUINA, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (DIRS.) *La Reforma de la Seguridad Social 2011*, Lex Nova, 2011, p. 371. TOSCANI GIMÉNEZ, D., *El nivel asistencial de protección por desempleo*, cit., pp. 43-44.



De otra, resulta preciso referirse a la causa última que determina la existencia de una regulación tan rígida para el trabajo por cuenta propia. Como ya hemos tenido ocasión de analizar, las restricciones para compatibilizar el empleo autónomo y la protección por desempleo responden al recelo que despierta el trabajo por cuenta propia en relación a posibles supuestos de fraude. A este respecto, interesa destacar lo siguiente:

En última instancia, y como ya hemos tenido ocasión de analizar las restricciones para compatibilizar el empleo autónomo y la protección por desempleo responden al recelo que despierta el trabajo por cuenta propia en relación a posibles supuestos de fraude. A este respecto, interesa destacar lo siguiente:

En primer lugar, de los datos disponibles no puede deducirse que el fenómeno del fraude en la percepción del desempleo sea ni tan grave ni tan generalizado como en ocasiones pudiera aparecer. El marco del plan contra el fraude anteriormente reseñado, durante el primer semestre del año se realizaron 13.444 las inspecciones en materia de prestaciones por desempleo, que permitieron detectar 6.263 casos de personas que trabajaban y cobraban indebidamente una prestación por desempleo⁵³. De estos datos se deduce que del total de inspecciones, un 46% se saldaron con infracción por compatibilización indebida del desempleo con el trabajo. Sin embargo, esto poco nos dice de cuál es la situación del fraude en la percepción de prestaciones en España, puesto que las actuaciones de la inspección no son aleatorias, sino que se dirigen fundamentalmente a aquellos sectores, colectivos o empresas que, de acuerdo con los datos de que disponen, son más susceptibles de haber infringido lo dispuesto en la Ley⁵⁴. De hecho, ya el CES echaba de menos la existencia de una evaluación previa en materia de fraude que hubiera acompañado al proyecto de Ley de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social.

⁵³ Los datos los ofrece la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en su página web (www.empleo.gob.es/itss) en referencia a la interpelación de la Ministra de Empleo y Seguridad Social en el Congreso de los Diputados de fecha 19 de septiembre de 2012. No obstante, en el Diario de Sesiones no constan la información los datos a los que se ha hecho referencia (Diario de Sesiones 19-09-2012, n°59, pág. 23)

⁵⁴ Por ejemplo, en la Memoria 2010 se priorizan las siguientes actuaciones: 1) supuestos de posible fraude para la obtención indebida de prestaciones que se detecten por las unidades de gestión del SPEE durante el reconocimiento de los expedientes o durante actuaciones de variación de datos derivadas de modificaciones de la situación de los beneficiarios de prestaciones; 2) supuestos de posible fraude detectados con posterioridad al reconocimiento en acciones de control de gestión o control indirecto de prestaciones, como los relacionados con expedientes de pago único, de pago anticipado a trabajadores extranjeros no comunitarios, porcentaje de trabajo efectivo en la compatibilidad de prestaciones con trabajo a tiempo parcial, u otros supuestos; 3) remisión a la ITSS de supuestos de fraude organizado o de grave repercusión social de los que tengan conocimiento las Direcciones Provinciales del Servicio Público de Empleo Estatal, así como de las denuncias presentadas ante el Servicio Público de Empleo Estatal que sean competencia de la Inspección.



En segundo lugar, si la tendencia general es, en el ámbito del trabajo por cuenta propia admitir la compatibilidad y, en el trabajo por cuenta propia, la existencia de protección por desempleo, no parece lógico que el régimen de incompatibilidades permanezca inmutable. Si el grado de confianza, por su control, en el trabajo por cuenta propia ha llegado al nivel de poder reconocer un sistema propio de protección por desempleo, no se alcanza a entender por qué no pueden darse pasos en el camino hacia una compatibilidad de éste o de la protección por desempleo en general con el trabajo por cuenta propia.

En este mismo sentido, debe señalarse que la utilización del criterio del rendimiento o la retribución en vez del de la actividad, transforma el fraude a la Seguridad Social en fraude tributario, económico o de empleo sumergido. Dicho con algo más de precisión, el problema no radica tanto en que se cobre una prestación indebidamente, como en que se compatibilice con una actividad no declarada. Si la actividad se declara, entonces no existe fraude, pues la protección por desempleo se adaptará a tal circunstancia. La Administración simplemente debe velar por la aplicación de la ley y por el correcto cruce de datos entre Administración tributaria, la Seguridad Social y la Inspección. La ilegalidad primigenia y cuya resolución no daría lugar otras posteriores, como es el que cobro indebido del desempleo, es el desempeño de una actividad sumergida.

Por último, debe reconocerse que pueden existir problemas de incentivos. Es decir, en algunas ocasiones el esquema puede invertirse, esto es, la actividad no se declara porque ello implica el cobro o la minoración del desempleo. Pues bien, estos casos, la mejor estrategia es precisamente la compatibilidad, de tal forma que transformemos un juego “ganar-perder” en un juego “ganar-ganar”. Si el desempleado tiene asegurada la percepción de la misma renta o, incluso, algo más, entonces no tiene desincentivos o no declarar el trabajo por cuenta propia, sino más bien todo lo contrario. La propia existencia de incompatibilidades tan rígidas podría estar actuando más como un incentivo a mantener empleo sumergido, que como un obstáculo para que éste no se produzca.

2. Compatibilidad del trabajo por cuenta ajena y la protección por desempleo

En relación con el trabajo por cuenta ajena, la compatibilidad con el empleo es parcial o relativa. De un lado, es posible tal compatibilidad siempre que nos encontremos ante un trabajo a tiempo parcial. De otro, también se permite la compatibilidad en relación con colectivos con especiales dificultades de acceso a un puesto de trabajo en el marco de programas de empleo.



2.1 La compatibilidad con el trabajo a tiempo parcial

Los supuestos de confluencia entre el trabajo y la protección por desempleo pueden agruparse en dos grandes bloques. Por una parte, los supuestos de pluriempleo o pluriactividad en los que la pérdida de uno o varios de los empleos dan lugar al acceso a la prestación o subsidio por desempleo. De otra, los supuestos de empleo sobrevenido, es decir, aquellas situaciones en las que estando bajo el amparo de la protección por desempleo, se accede a un trabajo a tiempo parcial. Dentro de estos dos grupos, a su vez, podemos distinguir distintos tipos de situaciones:

En primer lugar, las situaciones de pluriempleo o pluriactividad pueden ser tres, a) el trabajador que compagina un trabajo a tiempo completo con uno a tiempo parcial y pierde el segundo, no tendrá derecho a compaginar el desempleo con el trabajo pues, como acabamos de ver, la compatibilidad se limita únicamente al trabajo a tiempo parcial⁵⁵; b) en esta misma situación, si por el contrario se pierde el trabajo a tiempo completo, entonces sí que será compaginar el trabajo a tiempo parcial restante con la prestación o subsidio a que se acceda, reduciéndolo en la cuantía proporcional correspondiente; c) por último, si el trabajador desempeña dos trabajos a tiempo parcial y pierde uno de ellos, entonces tendrá derecho, en virtud de lo dispuesto en el art. 15.4 RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo al conjunto de la prestación sin reducción⁵⁶, a percibir la prestación o subsidio por desempleo que le corresponda, sin deducción alguna.

En este último caso, nótese que nos encontramos ante una excepción a la regla general contenida en la ley ⁵⁷ y que tiene su justificación en el fomento del empleo a tiempo parcial. Así, la norma se encarga de aclarar que si el trabajador encontrase posteriormente otro empleo a tiempo parcial, pierde el derecho a la prestación o subsidio de que se trate. Esto va a dar lugar a alguna incongruencia tal y como explicaremos un poco más adelante.

Previamente cabe preguntarse qué ocurriría en el caso, poco frecuente aunque posible, de desempeño de tres trabajos a tiempo parcial. Pues bien, puesto que no existe ninguna

⁵⁵ STSJ Madrid de 29-04-1997 (Rº. 1977/1997): La compatibilidad que el precepto excepcionalmente consistente, no se produce entre la pérdida involuntaria de un trabajo a tiempo parcial y la permanencia en otro empleo a tiempo completo como aquí pudiera suceder, sino al revés. En efecto, el art. 221 LGSS, de conformidad con la finalidad u objeto de la propia protección por desempleo, (...) admite compatibilizar la prestación o el subsidio cuando el trabajo que perdura se realice a tiempo parcial, en cuyo caso, dice la norma, «se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado». Sin embargo, si el fenómeno se produce a la inversa, esto es, cuando se pierde involuntariamente un trabajo a tiempo parcial, pero se conserva el empleo que se disfrutaba a tiempo completo, la incompatibilidad legal opera sin matices ni excepciones

⁵⁶ BOE 07-05-1985, nº109.

⁵⁷ De legalidad dudosa al no existir delegación ni mandato expreso.



previsión reglamentaria expresa, ya que el anterior precepto se refiere exclusivamente a la concurrencia de dos contratos a tiempo parcial, procedería aplicar directamente el art. 221 LGSS, por lo que, si se pierde uno de ellos, se tendría derecho a compatibilizar trabajo y prestación en la proporción que corresponda, siempre que la suma de los anteriores se inferior a la jornada completa.

En segundo lugar nos encontramos con los casos de lo que hemos denominado empleo sobrevenido y que consisten sencillamente en supuestos en los que el trabajador que está percibiendo una prestación o subsidio por desempleo y encuentra un trabajo a tiempo parcial. En tal caso, procederá aplicar la regla general y descontar del subsidio o la prestación la parte proporcional al tiempo trabajado⁵⁸.

En los intersticios de este segundo grupo situaciones, se encuentran aquéllas en las que la pérdida de empleo y la consecución de uno nuevo a tiempo parcial se produce sin solución de continuidad en la misma empresa. Esta situación, no expresamente prevista por nuestro legislador ha sido resuelta por la jurisprudencia en sentido favorable a reconocer la compatibilidad.

Las dudas que se plantean giraban en torno a si nos encontrábamos ante un supuesto de modificación contractual encubierta, para la que entonces vigente regulación exigía autorización administrativa. La respuesta dada por nuestra jurisprudencia, de nuevo, es tendente a la flexibilización, admitiendo la compatibilidad ya que no existe un único contrato, sino dos, uno que sucede al otro sin solución de continuidad⁵⁹. Por tanto, vista la respuesta jurisprudencial, quizá resultaría interesante articularla legalmente y en conexión con lo dispuesto para los supuestos de reducción de jornada y suspensión del contrato a que nos referiremos más adelante.

Un supuesto similar es el de una situación sobrevenida de empleo a la que se adiciona un segundo contrato a tiempo parcial. La situación es la siguiente: suspendida la percepción de la prestación contributiva por percibir dos contratos a tiempo parcial que juntos suman una jornada a tiempo completo, se extingue uno de los dos contratos a tiempo parcial, surgiendo la duda de si se tiene derecho a la reanudación de la prestación compatibilizándola con el empleo a tiempo parcial superviviente. Pues bien, el Tribunal Supremo, una vez más, entiende que sí, sobre la base de considerar que nos

⁵⁸ No obstante, a pesar de esta solución general y que la mayoría de las sentencias discurren en este sentido, pueden encontrarse alguna otra contradictoria. QUESADA SEGURA, R., Comentario al art. 221 LGSS, cit., pp. 1859–1860. Aunque los supuestos no son idénticos, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior que a continuación veremos, podría deducirse la tesis favorable a la compatibilidad.

⁵⁹ STS 5 -05- 2004 (Rº. 391/2003). Algunos autores han llamado la atención sobre el hecho de que ésta se trata de una conducta sobre la que pende la sobra del fraude, pues podría estar utilizándose para evitar la aplicación del art. 41 ET, y ante las que los tribunales estarían actuando con bastante condescendencia. CABEZA PEREIRO, J., Consideraciones sobre el desempleo parcial: con ocasión de la STC 213/2005, 21 de julio, *Actualidad laboral*, 2, 2005, pp. 2383–2384.



encontramos ante dos contratos de trabajo independientes ante los que, al no existir prohibición expresa de contratación plural, no existe impedimento alguno para aplicar las reglas generales de las prestaciones por desempleo⁶⁰.

Ambos casos ponen de manifiesto que el legislador no ha previsto los supuestos de sucesión de situaciones a tiempo parcial y completo. Así, se ha subrayado la aparente contradicción que surge dependiendo de cómo se produzca la parcialidad de la prestación del trabajo. Si se cuenta con dos trabajos a tiempo parcial y se pierde uno de ellos, entonces se tiene derecho a compatibilizar la prestación sin reducción alguna⁶¹, como ya hemos señalado. Por el contrario, si en ese mismo caso se accediera a un nuevo empleo parcial posterior, entonces resultaría incompatible con la prestación; si está disfrutando de una prestación derivada de un empleo parcial y se accede a otro empleo parcial, entonces la compatibilidad es sólo parcial. Por tanto, “un mismo trabajo a tiempo parcial influye de manera distinta según se tenga antes de que sobrevenga la prestación de desempleo o surja cuando ya se ha empezado a disfrutar, por lo que el receptor de desempleo a tiempo parcial puede no considerar ocupación adecuada la ofrecida a tiempo parcial y, menos, si es marginal”⁶².

En definitiva, junto a las situaciones de concurrencia de contratos, cuya regulación ha sido recientemente perfeccionada, debiera preverse la de sucesión de distintas situaciones con relación al empleo, de tal forma que no se desincentive, como en el caso anterior, la aceptación de un empleo a tiempo parcial.

Al margen de lo anterior, lo cierto es que la regulación reglamentaria prevé supuestos especiales de incompatibilidad a que ya tuvimos ocasión de referirnos. Tal es el caso de las actividades de investigación o cooperación retribuidas que impliquen dedicación exclusiva y a tiempo completo, el ejercicio por elección o designación de cargos públicos o sindicales retribuidos y que impliquen también dedicación exclusiva y a tiempo completo o la activación de la reserva retribuida de los reservistas voluntarios de las Fuerzas Armadas. No obstante, a pesar de su mención destacada, no suponen una excepción, por lo que la incompatibilidad surge cuando tales actividades se desarrollan a tiempo completo y decae o se relaja cuando se hace a tiempo parcial. Su regulación

⁶⁰ SSTS 17 -05- 2004 (R^o.) y 21 -03- 2005 (R^o. 4951/2003)

⁶¹ Art. 15.4 RD 625/1985 y STSJ Madrid de 7 -09-1994 (R^o 3680/1994.)

⁶² GANDÍA, J. L., Flexibilidad del tiempo de trabajo y prestación de desempleo (Trabajo a tiempo parcial y reducción de jornada), *Actualidad laboral*, 1, 1996, pp. 333–334. Otros autores también han puesto de manifiesto este tipo de ineficiencias en relación a supuestos de trabajo fijo –discontinuo. La situación sería la de un trabajador que no solicita la correspondiente prestación con la finalidad de acumular periodos de cotización pero que, sin embargo, no es llamado al reiniciarse la actividad laboral. De aplicarse el art. 209.2 LGSS, habría perdido tantos días como los que mediaran entre la fecha de nacimiento de la prestación y el momento de la solicitud. Para evitar este tipo de situaciones bastaría con establecer el cómputo de los 15 días desde el momento de la declaración judicial del despido. DEL REY, 254.



tiene más bien una finalidad didáctica o preventiva, evitando dudas interpretativas y, por tanto, la posibilidad de argüir la compatibilidad⁶³. Por el contrario, si ocurre a la inversa, es decir, si se disfruta de un contrato a tiempo parcial y se cae en desempleo, disfrutando de la prestación correspondiente, y sobreviene un empleo a tiempo parcial posterior, aún marginal, éste resulta incompatible con la prestación

2.2 Ineficiencias del trabajo a tiempo parcial en relación con el desempleo⁶⁴

Como vemos, uno de los principales mecanismos para compatibilizar trabajo y desempleo tiene que ver con la existencia de un empleo a tiempo parcial, ya se trate por ser un supuesto de pluriempleo o pluriactividad, ya nos encontremos en caso de empleo sobrevenido.

De ahí que resulte interesante detenerse, al menos someramente, en algunos de los principales elementos que caracterizan a la protección por desempleo en relación con el trabajo a tiempo parcial. De lo que se trata es de situarse en un estadio temporal previo a la compatibilización para observar en qué medida las normas relativas a la protección por desempleo vinculado al tiempo parcial desincentivan o no la posibilidad de compaginar trabajo con desempleo. En particular, nos estamos refiriendo al supuesto en el que, estando en situación de desempleo, sobreviene un empleo a tiempo parcial. Si el sistema de protección por desempleo en relación a su nueva ocupación no es lo suficientemente flexible, entonces desincentivará la aceptación del nuevo empleo y, de ahí, la posibilidad de compatibilizarlo con la prestación que ya venía percibiendo.

En concreto, interesa referirse a posibles disfunciones que se producen al acceso a la prestación, el cómputo del periodo de carencia y cálculo de la base reguladora. En relación al cálculo de la base de cotización, el desempleo no presenta ninguna especialidad, razón por la cual entendemos que su tratamiento excede del objeto del análisis que ahora abordamos.

Comenzando por los dos primeros, la verdad es que la regulación de los periodos de cotización y la base reguladora ha sido ciertamente rocambolesca⁶⁵. El primer precepto

⁶³ TOROLLO GONZÁLEZ, F.J., Incompatibilidades de la Prestación de Desempleo, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 89, 2010, pp. 131–134. No obstante, dada esa finalidad, no estaría de más actualizar los supuestos y, así, prever expresamente dentro de las actividades investigadoras las becas, máxime cuando los programas de investigación prevén tanto periodos de beca como de contrato o relación laboral (a este respecto, *vid.* STSJ Madrid de 28 de enero de 2005, Rº. 5901/2004)

⁶⁴ Un buen resumen de la difícil relación que se da entre el trabajo a tiempo parcial y la Seguridad Social puede encontrarse en DESDENTADO BONETE, A.; TEJERINA ALONSO, J. I., Contrato a tiempo parcial y prestaciones de la Seguridad Social, *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, Nº. 85, 1998, pp. 88–91.

⁶⁵ A este respecto, *vid.* DESDENTADO BONETE, A.; MERCADER UGUINA, J.R., La protección social en el nuevo contrato a tiempo parcial, *Relaciones Laborales*, vol. II, 1999, pp. 483–487. CABEZA PEREIRO, J.; LOUSADA AROCHENA, J. F., *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*,



de referencia es la disposición adicional séptima de la LGSS, en cuyo apartado primero, párrafo cuarto, en redacción que procede del RDL 15/1998, de 27 noviembre⁶⁶, se declara que “para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones por desempleo se estará a lo que se determine reglamentariamente en su normativa específica”.

Tal normativa específica, a la espera de que se cumpla con el mandato de la mencionada disposición adicional viene dada por una norma previa, el RD 625/1985, de 2 de abril⁶⁷. En particular, nos referiremos a los arts. 3 y 4 relativos a la duración y cuantía de la prestación respectivamente, puesto que al art. 15, dedicado a compatibilidades e incompatibilidades, ya ha sido analizado en el apartado anterior.

Centrándonos en el art. 3, dos son las referencias que contiene el precepto. En primer lugar, su apartado primero, señala que “en el caso de desempleo parcial, el número de días de prestación será el señalado en la escala anterior [duración de la prestación para el caso de desempleo total] en función del período de ocupación cotizada, independientemente de la reducción de la jornada”. Por consiguiente, la duración de la prestación no se ve modulada por el hecho de que el desempleo sea parcial. En cuanto a las cotizaciones que generan esa prestación, el apartado cuarto declara que “cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a un trabajo a tiempo parcial o a trabajo efectivo en los casos de reducción de jornada, cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada”. Esto implica que en materia de cotización, a efectos de duración de la prestación, tampoco existe diferencia alguna con el empleo a tiempo completo, por lo que basta que se acredite la realización de trabajo efectivo, sea cual sea su duración, para que tal día compute como día completo. Y no existiendo novedades ni ninguna norma adicional, basta con aplicar la regla general de los arts. 207 y 210 LGSS para completar la regulación sobre la materia, a saber, que la obligación de tener cubiertos determinados periodos de ocupación cotizada, lo es en los seis años anteriores al hecho causante o al momento en que cesó la obligación de cotizar. Por cierto, nótese que el RD Ley 20/2012, de 13 de julio, de

Comares, Granada, 1999, pp. 178–183. DESDENTADO BONETE, A.; TEJERINA ALONSO, J. I., Contrato a tiempo parcial y prestaciones de la Seguridad Social, cit., pp. 94–101. VIQUEIRA PÉREZ, C., Protección por desempleo y trabajo a tiempo parcial, *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, 85, 1998, pp. 104–107.

⁶⁶ BOE 28-11-1998, nº285.

⁶⁷ BOE 7-05-1985, nº109. Con posterioridad a la reforma del RDL 15/1998 se aprobó una norma específica, el Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial (BOE 27-11-2002, nº284). Sin embargo, su art. 2.2, reproduciendo casi literalmente lo dispuesto en la DA. Séptima de la LGSS, excluye también de su ámbito de aplicación la protección por desempleo. Así, además lo ha entendido en la STS 31 -05- 2000 (Rº. 2717/1999). En contra, DEL REY GUANTER, S., *El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de la Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 2003, pp. 245–249.



medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad⁶⁸ también ha introducido novedades en estos preceptos.

En concreto, en el primero, se dedica una especial atención, de nuevo, a los supuestos de concurrencia de empleo a tiempo completo y a tiempo parcial o trabajos a tiempo parcial entre sí, para señalar que se tendrán en cuenta exclusivamente, a los solos efectos de cumplir el requisito de acceso a la prestación, los períodos de cotización en los trabajos en los que se haya perdido el empleo, de forma temporal o definitiva, o se haya visto reducida la jornada ordinaria de trabajo. Esta incorporación, que no hace más que legalizar el criterio jurisprudencial⁶⁹, supone un importante avance respecto de la redacción anterior por cuanto que prevé una situación en la que existía un cierto vacío normativo. Además, la regla escogida es la lógica, ya que para acceder a la prestación se han de tener en cuenta las cotizaciones del empleo que se ha perdido.

No obstante, podría darse un paso adicional, flexibilizando la regla para permitir que el trabajador pudiera emplear cotizaciones del trabajo que mantiene para lucrar la prestación en el caso de que aquéllas no fueran suficientes. Lógicamente, esas cotizaciones ya no se podrían tomar en cuenta en lo que hace a un hipotético derecho posterior (art. 210.2 LGSS). De esta forma, se facilitaría el acceso a las prestaciones a la vez que se compatibiliza con el trabajo.

De otra parte, el art. 210 LGSS en su nuevo apartado quinto prevé ahora que en el caso de desempleo parcial, la consunción de prestaciones generadas se producirá por horas y no por días. A lo que añade que, “a tal fin, el porcentaje consumido será equivalente al de reducción de jornada decidida por el empresario, al amparo de lo establecido en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores”. En realidad, la novedad no es tal, sino que es un perfeccionamiento técnico del apartado que introdujera la reforma laboral de 2010. En todo caso, debe ser bienvenida puesto que, a efectos temporales, en supuestos de reducción de jornada, a que nos referiremos más adelante, no se produce una consunción total del día por cada día en que se compatibiliza empleo y prestación.

No obstante, de nuevo, la regla podría ir mucho más allá, porque ¿qué ocurre en los supuestos de percepción parcial del desempleo, esto es, aquéllos que técnicamente son desempleo total (art. 203. 1 LGSS) y, sin embargo, no se percibe la totalidad de la prestación? La jurisprudencia se ha pronunciado sobre este asunto, si bien es cierto que al hilo de un supuesto de reducción de jornada autorizada por ERE, pero partiendo de lo dispuesto en el art. 3.4 RD 625/1985. Así, ha señalado que de lo dispuesto en este precepto “se desprende [...] que cuando las cotizaciones acreditadas, correspondan a un trabajo a tiempo parcial cada día trabajado se computará como un día cotizado,

⁶⁸ BOE 14-07-2012, nº168.

⁶⁹ *Ad. Ex.* STS 10 -11- 2010 (Rº 3600/2009)



cualquiera que haya sido la duración de la jornada; con todo lo cual resulta manifiesto, que lo que se tiene en cuenta, para la determinación del período de duración, son los días trabajados, independientemente de la duración de la jornada, porque a efectos de fijar el tiempo o período de duración de la prestación contributiva de desempleo la relación existente es la que se produce entre el trabajo y cotización; la aplicación de lo antes expuesto al caso de autos en donde los actores vieron reducida la jornada en un 50%, correspondiendo sus cotizaciones a los días trabajados, no permite, por no autorizarlo norma alguna, incrementar el período de duración de la prestación a mayor tiempo del que resultando el número de días trabajados y cotizados, que en suma lo que hace la sentencia de suplicación cuando, a efectos del descuento de los días consumidos por desempleo parcial éstos los computa por medios días, en vez de por días enteros pues, ello incrementaría el período de duración de la prestación a mayor tiempo del que resulta el número de días trabajados y cotizados; lo contrario sería hacer de mejor condición al trabajador desempleado que al de activo, al computar períodos de inactividad”⁷⁰.

Es decir, que vinculando cotización y duración, no autoriza a realizar un cómputo parcial de los días de desempleo parcial porque no existe ninguna norma que lo autorice expresamente. Esta conclusión es extensible a los casos de compatibilización distintos de la reducción de jornada⁷¹. En efecto, en casos de compatibilización del desempleo y el trabajo a tiempo parcial como el que ahora analizamos, en los que sólo se percibe una parte de la prestación, desde un punto de vista de la duración, sin embargo, se entiende consumido el día completo, lo que a todas luces resulta injusto. Dicho de otra forma, esta regla desincentiva la aceptación de un trabajo a tiempo parcial posterior cuando se está disfrutando de la protección por desempleo, pues la compatibilización lleva de suyo la pérdida total de cotizaciones que, *de facto*, no se consumen completamente. Por tanto, la extensión de la regla del art. 210.5 LGSS a la percepción parcial del desempleo, sin

⁷⁰ STS 23-12-1994 (Rº. 1507/1994). Existen numerosas sentencias a este respecto. No obstante interesa destacar la STS 28-03-1995 (Rº. 3448/1994) que recoge un voto particular contrario a la doctrina seguida por la Sala y que, en síntesis, viene a señalar que no cabe aplicar analógicamente el art. 3.4 RD 625/1985 porque a) no hay laguna, pues el supuesto sigue las reglas generales que se derivan de la determinación de la duración de la prestación; b) no hay semejanza pues no se trata del cómputo de períodos de ocupación cotizada con jornada reducida, sino del descuento de los días de cotización que sirvieron para el reconocimiento de la prestación anterior de desempleo parcial; y c) no hay identidad de razón, porque no es lo mismo un criterio de cómputo de días de cotización, que tiene la finalidad de facilitar que el trabajador a tiempo parcial pueda acceder a la protección por desempleo, que la restricción de la protección computando como consumidos días enteros cuando lo que se han consumido realmente son sólo medios días; la norma que tiene una función protectora se desvirtúa para que cumpla una función de reducción de la protección.

⁷¹ El art. 15.5 del RD 625/1985 señala que en el caso de compatibilidades de la prestación o subsidio por desempleo y trabajo a tiempo parcial, la reducción de la cuantía de dicha prestación o subsidio no alterará su duración computada en días naturales



duda que sería positivo desde el punto de vista de la equidad, ello por no mencionar que acabaría con este fuerte desincentivo a compatibilizar trabajo y desempleo.

Es más, en uno y otro caso, esto es, en supuestos de compatibilización vía art. 47 ET y vía desempleo *stricto sensu*, podría adoptarse una regla similar a la prevista en el programa de empleo para mayores de 52 (*vid. infra*), vinculando la duración y la cuantía de la prestación. De esta forma, la percepción parcial del desempleo supondría un alargamiento del período durante el cual se compatibiliza salario y prestación equivalente al porcentaje que se deja de percibir. ¿En qué forma podría articularse tal relación? Veámoslo con un ejemplo:

Pensemos en un trabajador que compatibiliza un salario con la prestación a razón del 40% salario y 60% prestación. Pensemos, para simplificar, que la duración máxima de la prestación son 10 días. La relación entre empleo y prestación sería la siguiente:



Tabla 1

	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	Total
Prestación	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10	100
Salario	4	4	4	4	4	4	4	4	4	4	40
Prest. Compatible	6	6	6	6	6	6	6	6	6	6	60

Como puede observarse, habría consumido un 60% de la prestación, por lo que le restaría el 40 restante. Para transformar es cuantía en duración, podemos utilizar la siguiente regla:

$$\text{Prolongación de la prestación} = \text{Total No Consumido} / \text{Total Consumido}$$

En este caso, prolongación de la prestación = $40/60 = 0,6$. Si aplicamos este coeficiente a la duración total de la prestación, resulta que podría prolongar la jornada durante seis días más:

Tabla 2

	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	Total
Salario	4	4	4	4	4	4					
Prest. Compatible	6	6	6	6	6	6					36

Como puede observarse, prácticamente consumiría toda la prestación prevista (96 de 100), manteniendo su cuantía y la del salario, pero traduciendo lo que se deja de percibir de acuerdo con lo dispuesto en el art. 221 LGSS en una mayor duración del período de compatibilidad o de la prestación en sí. Esto implica, lógicamente, considerar la prestación por desempleo como un coste irrecuperable, de tal forma que se consumiría en su integridad. No obstante, se ahorrarían las cotizaciones con cargo a la Entidad Gestora, se obtendrían nuevas derivadas del trabajo y, lo que es más importante, se crearía un fuerte incentivo a compatibilizar trabajo y prestación y, por tanto, a aceptar un empleo a tiempo parcial en caso de estar percibiendo desempleo puesto que en ningún caso se perdería la cuantía máxima que el sujeto puede llegar a obtener en caso de consumir en su integridad el subsidio o prestación.

Pero volviendo a la duración de la prestación, habíamos señalado que, a excepción de las reglas que acabamos de comentar, no existen diferencias entre la cotización por



desempleo a tiempo completo y parcial. La regla del art. 3.4 RD 625/1985, aunque tiene como objetivo fundamental promover el trabajo a tiempo parcial desde el punto de vista de la protección por desempleo, lo cierto es que produce importantes disfunciones según la modalidad de tiempo parcial de que se trate. En efecto, resulta ya clásica la distinción a este respecto entre la situación de los supuestos a tiempo parcial “horizontales” y “verticales”. En el primer caso, en los que se produce una reducción de horas al día, el cómputo de los períodos de carencia se realizará de acuerdo con el principio de día trabajado-día cotizado, con abstracción del mayor o menor número de horas que se presten. En el segundo, referida a los días de trabajo en relación con el año o el mes, la aplicación literal de la misma regla lleva a una consecuencia mucho más desfavorable, pues a igual número de horas totales, es posible tener menos días cotizados, pues por hipótesis es posible trabajar durante más horas por día que en el caso anterior. Es decir, el comúnmente denominado trabajo a tiempo parcial “horizontal” recibe una consideración más favorable que el “vertical”⁷².

Lo cierto es que esta regla dio lugar a un importante debate, con posturas contrapuestas, en la doctrina judicial⁷³, al que intentó poner fin el Tribunal Supremo con sentencia de 3 de noviembre de 1994 (R.º. 3497/1993) que se pronunció en el sentido antes expuesto, únicamente pueden computarse los días efectivamente trabajados y cotizados.

Esto deja el problema sin resolver o, más correctamente, deja la resolución en manos del legislador o del ejecutivo⁷⁴. Sin duda que la regla actual incentiva el empleo a tiempo parcial puesto que, desde un punto de vista temporal, la prestación por desempleo va a tener la misma duración que si se hubiera trabajado a tiempo completo. Sin embargo, si de adoptara el criterio de basar la cotización en el número de horas, ello dificultaría el acceso a la prestación para este tipo de trabajadores, a la vez que, una vez alcanzada, se acortaría su duración.

⁷² Numéricamente explicado en RUIZ SALVADOR, J. A., *Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo: especialidades de su protección social*, 2003, pp. 94-95.

⁷³ Sobre las distintas posturas de la doctrina judicial, *vid.* CABEZA PEREIRO, J., Sobre la prestación de desempleo derivada de la pérdida de un trabajo a tiempo parcial, *Aranzadi social*, N.º. 5, 2000, pp. 518-520.

⁷⁴ Como ha señalado la doctrina, la solución ha de venir necesariamente de una reforma de la normativa aplicable. De ahí que el artículo 3.4 RPD [RD 625/1985] resulte disfuncional, pues acaso contemplara una solución adecuada para los contratos a tiempo parcial en 1985, pero no a fecha de hoy. Quizá se haya mantenido –así se ha pretendido manifestar con mayor o menor claridad por la normativa a partir del RDley 489/1998– a la vista de que, con todo, se trataba de un régimen que, en el común de los casos, facilitaba el acceso a la cobertura y ampliaba su duración. Sin embargo, su mantenimiento constata cierta inercia y pereza legislativa, que deberían superarse. La jurisprudencia no parece que pueda superar estas dificultades sin violentar ostentosamente el tenor legal. *Ibid.*, p. 562. En el mismo sentido, con un alcance más general DEL REY GUANTER, S., *El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de la Seguridad Social*, cit., p. 249.



La solución es ciertamente compleja. Podría optarse, por una parte, por extender la regla de cotización por horas al ámbito de la protección por desempleo, aplicando en sistema de días teóricos de cotización. Las especiales características de estas prestaciones, cuyo ciclo vital es mucho más rápido, aconsejarían una adaptación profunda. Así, podrían establecerse requisitos de acceso a la prestación contributiva y de carencia en relación con la duración específicos y menos estrictos que para el empleo a tiempo completo, que facilitarían la cobertura y cuya aplicación estaría amparada en el objetivo de la promoción de este tipo de trabajo y del fomento del empleo y de la acción protectora del colectivo más estrechamente vinculado a él.

Una submodalidad de la anterior consistiría en aplicar el esquema general, no mediante reglas de acceso y duración propias, sino adaptando las generales. A este respecto, pueden servir de referencia las contempladas para el resto de prestaciones, ampliando el período de referencia de seis años de acuerdo con el porcentaje de trabajo parcial y, lo que quizá es más importante en este tipo de prestaciones, incrementando mediante un coeficiente multiplicador los días efectivamente cotizados a efectos de la duración de la prestación. A este respecto, podría optarse por el 1,5 como multiplicador, hasta alcanzar el total de días cotizados al mes por un trabajador a jornada completa. El problema radica en que desincentiva la realización de jornadas parciales superiores al 70% en términos mensuales⁷⁵. Esta medida, no resolvería del todo el problema, pero paliaría la decisión de utilizar el criterio general.

No obstante, en relación a la utilización de coeficientes multiplicadores se ha dicho que su carácter uniforme implica otorgar más días de cotización a quien también ha acreditado más horas trabajadas, por lo que no beneficia más a quien más dificultades tiene para acceder a la prestación de que se trate⁷⁶. La solución vendría dada por el cálculo de un coeficiente inversamente proporcional, lo cuál puede resultar complejo desde un punto de vista jurídico, aunque es perfectamente posible técnicamente hablando⁷⁷.

Por otra parte, podría mantenerse la situación tal y como está, pues al fin y al cabo la regla vigente beneficia la protección por desempleo de la relación a tiempo parcial estándar. No obstante, sería necesaria adoptar medidas que compensaran el trato diferencial respecto del empleo parcial vertical. A este respecto, podrían tomarse las mismas reglas que en el caso inmediatamente anterior o, al menos, permitiendo que se

⁷⁵ Precisamente el ponderador del 1,5 se ha escogido para que al alcanzar la jornada del 70%, que es a la que hace referencia el art. 203.3 LGSS, se tuvieran tantos días cotizados como un trabajador a tiempo completo. Es también el coeficiente que se utiliza en las pensiones por incapacidad permanente y jubilación.

⁷⁶ DESDENTADO BONETE, A.; MERCADER UGUINA, J.R., La protección social en el nuevo contrato a tiempo parcial, cit., p. 495.

⁷⁷ Bastaría aplicar una función polinómica o exponencial ajustada a la escala que se estimara oportuna.



aplicara el coeficiente multiplicador a los días cotizados. La crítica inmediata que surge ante esta propuesta es que no resuelve tampoco el problema, pues sigue dándose un trato diferenciado al trabajo a tiempo parcial vertical y horizontal. Aunque esto es cierto, no lo es menos que la situación actual y largamente vigente ha mantenido esta diferenciación, que la propuesta al menos contribuiría a mejorar o reducir.

Por último, el art. 3.4 RD 625/1985 tampoco resuelve si han de tenerse en cuenta, a efectos del cómputo, los períodos de descanso. A este respecto la jurisprudencia se ha mostrado a favor de computar la parte proporcional de tales días de descanso en función de la jornada efectivamente realizada⁷⁸. Para un sector de la doctrina, la respuesta aunque “coherente con la normativa sobre cotización, no encaja demasiado bien en la lógica interna del artículo 3.4”, puesto que “si se toma en consideración el día trabajado cualquiera que haya sido la duración de la jornada, debe concluirse que, en la misma línea, se han de computar dichos períodos de descanso con tal de que haya habido el más mínimo devengo por ellos en cualquier día de trabajo”⁷⁹. De nuevo, la respuesta pasa por una reforma de la normativa vigente.

En todos estos casos de lo que se trataría es de superar las ineficiencias detectadas en el acceso a la prestación y su duración, de tal forma que, al menos desde el punto de vista del desempleo, no se desincentive la aceptación de un empleo a tiempo parcial. Pero consideraciones similares, pueden extenderse al cálculo de la base reguladora.

Así, habíamos dejado en un segundo plano el análisis del art. 4 RD 625/1985. Éste, sin embargo, no va a tener el mismo protagonismo que el antecedente, tal y como explicaremos más adelante.

Precisamente por ello, detengamos previamente en la regulación legal. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 211 LGSS, para el cálculo de la base reguladora han de computarse el promedio de bases por la que se haya cotizado durante el período de 180 días anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, especificando que, aún cuando se tengan en cuenta a efectos del cálculo de la base de cotización, debe excluirse la retribución por horas extraordinarias, por lo que tampoco se incluirán en el certificado de empresa. De esta regulación destacan dos elementos. Por una parte, la referida a cómo ha de computarse la base reguladora, en nuestro caso, en supuestos de trabajo a tiempo parcial. De otra, que aún cuando la Ley 3/2012, de 7 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral⁸⁰ ha

⁷⁸ STS de 3 -11- 1994 (R°. 3497/1993)

⁷⁹ CABEZA PEREIRO, J., Sobre la prestación de desempleo derivada de la pérdida de un trabajo a tiempo parcial, cit., p. 562.

⁸⁰ BOE 07-07-2012, nº162.



procedido a levantar la prohibición de realización de horas extraordinarias en relación con el tiempo parcial, tal modificación no se ha dejado sentir en esta concreta materia.

En relación con lo primero, algunos autores han señalado que la falta de adecuación de la base reguladora al tiempo parcial puede constituir un supuesto de discriminación indirecta dada la especial feminización de este tipo de contratos⁸¹. Al margen de esta cuestión, sin duda trascendental, lo cierto es que esta regla planteaba importantes problemas prácticos. Algunos de ellos en supuestos de pluriempleo y empleo sobrevenido, otros por la simple pérdida de un trabajo a tiempo parcial.

Para entender a qué nos estamos refiriendo es preciso tener en cuenta lo dispuesto en los apartados tercero y cuarto de este mismo precepto. En la redacción previa a la reforma introducida por el RD Ley 20/2012, el primero ordenaba, en relación a la determinación de las bases máximas y mínimas, su determinación “en función de las horas trabajadas”; el segundo, señalaba que, con carácter general, la prestación por desempleo parcial se determinaba “en proporción a la reducción de la jornada de trabajo”.

El problema jurídico se planteaba era el siguiente. Puesto que el trabajo a tiempo parcial exige una reducción en proporción a la de la jornada de trabajo, en caso de concurrencia de cotizaciones a tiempo completo y tiempo parcial, surgía la duda de cuál aplicar. En general, la regla que adoptó fue la de tener en cuenta la base reguladora relativa al último trabajo, sea a tiempo completo o a tiempo parcial⁸².

No obstante, a pesar de esta regla general, en la doctrina judicial podemos encontrar resultados muy variados. Así, en supuestos en los que preponderan la cotización a tiempo completo con un último y breve periodo a tiempo parcial, se ha entendido que resultaba injusto ceñirse a este último, por lo que se tomaba en cuenta el promedio correspondiente incluyendo las cotizaciones a tiempo completo⁸³. En caso de que fuera al revés, un trabajo predominantemente parcial en el que las últimas cotizaciones fueran a tiempo completo, se han aplicado las reglas de desempleo parcial⁸⁴.

Estos mismos problemas se harían extensibles a la cuantía máxima y mínima de la prestación o subsidio. En este caso, la jurisprudencia, aún refiriéndose al subsidio por desempleo, estableció un criterio que es extensible a la prestación, pues tomaba como

⁸¹ LÓPEZ GANDÍA, J.; TOSCANI GIMÉNEZ, D., *La Protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos*, Bomarzo, Albacete, 2010, p. 88.

⁸² STSJ Andalucía 17 -02- 2002 (R°. 1826/1999). Por su parte, la STSJ Madrid de 16 -01- 2003 (R°. 5435/2002) entiende que la reducción ha de producirse respecto de la minoración salarial y no de la jornada sobre la base de que la finalidad de la prestación contributiva de desempleo es precisamente la sustitución de rentas dejadas de percibir. En el mismo sentido, poniendo el acento en que se trata de una laguna legal, STS Aragón 4 -11- 2002 (R°. 1044/2002).

⁸³ SSTSJ Navarra de 11-01-2007 (R°. 383/2006), TSJ Madrid de 20-03-2003 (R°. 595/2003), entre otras.

⁸⁴ SSTSJ La Rioja de 8 -07-1994 (R°. 595/2003), TSJ Cataluña de 5-03-1993 (Sentencia nº1371/1993)



referencia el promedio de horas trabajadas a tiempo completo y a tiempo parcial⁸⁵. Aun así, lo cierto es que de nuevo podemos encontrar pronunciamientos dispares en sede de los Tribunales Superiores de Justicia. Algunos toman en cuenta cuál es el período predominante, si tiempo parcial o tiempo completo, dentro del período de ocupación cotizada; otros aplicaban el promedio, cuando el trabajo que se perdía era a tiempo parcial precedido de otro a tiempo completo, incluso cuando aquél ocupaba muy pocos días dentro de la referencia de los ciento ochenta. En caso inverso, hay sentencias que aplicaban las reglas del desempleo parcial, otras la proporcionalidad y otras a tiempo completo⁸⁶.

Pues bien, lo cierto es que el RD Ley 20/2012 ha pretendido poner fin a esta situación dando una nueva redacción al apartado tercero del precepto que estamos analizando. De acuerdo con su nuevo tenor literal, “en caso de desempleo por pérdida de empleo a tiempo parcial o a tiempo completo, las cuantías máximas y mínimas de la prestación, contempladas en los párrafos anteriores, se determinaran teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples calculado en función del promedio de las horas trabajadas durante el período de los últimos 180 días, a que se refiere el apartado 1 de este artículo, ponderándose tal promedio en relación con los días en cada empleo a tiempo parcial o completo durante dicho período”.

Así, la nueva regla atendería tanto a situaciones de concurrencia de contratos a tiempo parcial y/o a tiempo completo, como de sucesión de contratos. En cierta medida, no viene más que a acoger la línea jurisprudencial de la proporcionalidad, integrando la regla primera de la referencia de los seis meses, ya se produzcan las cotizaciones, en este período, a tiempo completo o a tiempo parcial, pero especificando que han de ponderarse los días según cada tipo de cotización. Así, si el 60% de los días lo fueron a tiempo completo, las cotizaciones por tales días supondrán el 60% de la base reguladora. En suma, parece un avance en relación a la regulación anterior y la solución aportada es la más justa de las que se contaba.

No obstante, ha desaprovechado la oportunidad para resolver una cuestión ya clásica, que es la relativa a la naturaleza de los días de referencia impuestos por la norma. En efecto, una duda que se ha venido planteando es si los ciento ochenta días que han de tomarse de referencia son cotizados o naturales. Aquí es donde resurge el art. 4 RD 625/1985. Como el art. 211 LGSS se remite al art. 210.1 del mismo cuerpo legal, la respuesta que se ha dado ha sido la de que se trata de días trabajados y cotizados⁸⁷ dentro de un período de referencia de seis años, como ya hemos indicado en varias

⁸⁵ SSTs de 20 -12- 2002 (R°. 2859/2001) y de 3 -06- 2003 (R°. 3507/2002)

⁸⁶ LÓPEZ GANDÍA, J.; TOSCANI GIMÉNEZ, D., *La Protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos*, cit., pp. 46-47.

⁸⁷ Ad. Ex. STS de 19 -05- 1995 (R°. 3868/1994)



ocasiones. De optar por la interpretación de computar sólo los días cotizados se podría llegar a la paradoja de percibir una prestación superior a las rentas de activo⁸⁸, perjudicándose además comparativamente al trabajador a tiempo completo.

El problema se suscita con trabajadores que, habiendo perdido un trabajo a tiempo completo, ven extinguido un contrato a tiempo parcial posterior, mediando un cierto tiempo entre uno y otro. Cuando así sucede, si se aplica el cálculo de la base excluyendo los días no cotizados, no se obtiene una prestación de desempleo superior a la renta que sustituye, situación que sí se puede producir cuando, habiéndose perdido un trabajo a tiempo parcial por días, se pretenda excluir a los efectos del artículo 211 LGSS los días en que no correspondía trabajar. Por consiguiente, además de la previsión de concurrencia estática o a un mismo tiempo de trabajos a tiempo completo y parcial, sería necesario articular reglas también para los casos de concurrencia dinámica o sucesiva puesto que, como vemos la actual regulación y la interpretación que de ella se hace desincentiva la aceptación de un desempleo a tiempo parcial posterior⁸⁹.

Por lo que respecta a la regla del apartado cuarto, dada el nuevo concepto de desempleo parcial, ahora únicamente debería aplicarse a tales situaciones, es decir, reducciones de jornada diarias⁹⁰. No obstante, este precepto no ha sido modificado, por lo que sigue sin aclarar qué ocurre con aquellos supuestos en los que la reducción de jornada y salario no coinciden. Dada que la reforma articulada tiende a una mayor contributividad, habría que entender que la respuesta correcta es la referenciada en las sentencias a que se han hecho mención y que tienen en cuenta la reducción del salario y no de la jornada⁹¹. Por otra, la reforma tampoco ha aclarado qué ocurre con la base reguladora de los contratos a tiempo parcial cuando estos se presentan aisladamente.

Por último, interesa llamar la atención sobre la incidencia que la regla de la proporcionalidad tiene en los subsidios asistenciales. Ésta es la regla que se ha aplicado tradicionalmente y que planteaba tres tipos de problemas. Por una parte, aunque algunos subsidios del nivel asistencial español son de naturaleza mixta, choca con la finalidad

⁸⁸ Señalado por la jurisprudencia y explicado en DESDENTADO BONETE, A.; MERCADER UGUINA, J.R., La protección social en el nuevo contrato a tiempo parcial, cit., p. 490.

⁸⁹ En el mismo sentido, DEL REY GUANTER, S., *El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de la Seguridad Social*, cit., p. 250.

⁹⁰ Afortunadamente, la definición del desempleo total y parcial, ha enterrado el debate acerca de si nos encontrábamos ante un tipo u otro. La extinción de un contrato a tiempo parcial es un supuesto de desempleo total, por lo que no procede la aplicación del art. 211.4 LGSS y, de ahí, tampoco la de ningún tipo de porcentaje reductor, pues tal reducción ya se produjo en el momento de la cotización y, lo contrario, sería penalizar doblemente al contrato a tiempo parcial, a salvo lo dispuesto en el art. 221 LGSS.

⁹¹ *Vid.* nota 504



asistencial última que lo vertebra⁹². En segundo lugar, no se especifica qué ocurre cuando los períodos previos de cotización lo son a tiempo completo y a tiempo parcial, por lo que tuvo que ser la jurisprudencia quien determinara el criterio a seguir⁹³. Por último, de nuevo, dada la importante feminización del empleo a tiempo parcial, planteaba problemas importantes de discriminación indirecta.

Por estos motivos, la Ley 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad⁹⁴ procedió a modificar el art. 217.1 LGSS, de tal forma que establecía que la cuantía sería la misma que para el salario a tiempo completo. Sin embargo, el RD Ley 20/2012 ha vuelto a la redacción original. Aunque la reforma es plenamente coherente con el sentido general de la norma en relación con el tiempo parcial, lo cierto es que no puede ser valorada positivamente por los motivos anteriormente señalados.

Con carácter general, los motivos expuestos, al que se puede unir el de la promoción del trabajo a tiempo parcial, aconsejan la consideración de estos supuestos del plano de la asistencialidad pura. No obstante, y como reforma menor para el caso en que se insista en mantener la regla actualmente vigente, debería preverse, igual que ocurre en el art. 211 LGSS, los supuestos de concurrencia de diversos tipos de cotizaciones, en la que la respuesta jurisprudencial, como ocurría en aquel caso, puede ser un buen criterio de referencia.

3. *Compatibilidad vía programas de empleo*

El art. 228.4 LGSS también permite la compatibilización del trabajo y la protección por desempleo siempre que lo autorice un “programa de fomento del empleo destinado a colectivos con mayor dificultad de inserción en el mercado de trabajo”. El precepto no dice qué se entiende por tal, por lo que tradicionalmente se han englobado dentro de estas programas, los dos contenidos en la Ley que dio su redacción actual al precepto que ahora estudiamos, es decir, la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad⁹⁵. Así, mientras el apartado nueve del art. 1 establecía la regulación que ahora es objeto de análisis, sus disposiciones transitorias quinta y sexta establecían los programas de fomento del empleo para mayores de 52 años y de sustitución de

⁹² DEL REY GUANTER, S., *El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de la Seguridad Social*, cit., pp. 250–252.

⁹³ SSTs 20 -12- 2002 (R°. 2859/2001) y 3 -06- 2003 (R°. 3507/2002)

⁹⁴ BOE 23-03-2007, nº71

⁹⁵ BOE 13-12-2012, nº298.



trabajadores en formación respectivamente, a los que se podría añadir el programa de fomento de la movilidad geográfica a que se refiere la disposición transitoria séptima⁹⁶.

No obstante, si definimos los programas de fomento del empleo como aquellas medidas en que se traducen las políticas de empleo y que se caracterizan por a) tener como objetivo a la generación de empleo o la contratación de trabajadores, b) estar dirigido a colectivos específicos con especiales problemas de acceso al mercado de trabajo, y c) tener carácter temporal o, no permanente; entonces, podríamos añadir una medida nacida de la última reforma laboral, cual es el conocido como contrato de apoyo a emprendedores⁹⁷.

En efecto, no nos encontramos tanto ante una nueva modalidad contractual, como ante un programa de fomento del empleo articulado a través del mecanismo del contrato. Su finalidad primordial se contribuir a fomentar el empleo indefinido. Aunque puede concertarse con cualquier trabajador, los incentivos que lo acompañan, tanto reducciones fiscales como bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social, lo dirigen fundamentalmente a desempleados jóvenes, mayores de 45 años y, en los casos anteriores, a mujeres. Por último, se prevé su vigencia hasta que la tasa de paro se sitúe por debajo del 15%⁹⁸.

De esta forma, también se salva la aparente contradicción entre los 221 y 228 de la LGSS y esta nueva medida pues, conforme a aquéllos, la compatibilización entre el trabajo por cuenta propia a tiempo completo y las prestación o subsidio por desempleo únicamente es posible en el marco de un programa de fomento del empleo.

3.1 Programa de fomento del empleo para mayores de 52 años.

Este programa se regula en la DT. V de la Ley 45/2002 y tiene como finalidad promover el empleo de uno de los colectivos que más dificultades tiene para retornar al mercado de trabajo. En concreto se refiere a los mayores de 52 años inscritos en la oficina de empleo como demandantes de empleo, cualquiera que el subsidio a que tengan derecho, incluido los subsidios por desempleo eventual agrario, si bien la mente del legislador está pensando en los perceptores del subsidio para mayores de 52 (ahora 55⁹⁹), que en el 96%¹⁰⁰ de los casos no consigue retornar al empleo, sino que conectan

⁹⁶ A este respecto, *vid.* ROJO TORRECILLA, E., Compatibilidad de trabajo por cuenta ajena y prestaciones por desempleo, *Relaciones Laborales*, vol. I, 2003, pp. 407-418.

⁹⁷ Art. 4 de la Ley 3/2012.

⁹⁸ Disposición transitoria IX. 2

⁹⁹ Art. 125.3 LGSS en la redacción dada por el RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (BOE 14-07-2012, nº168).

¹⁰⁰ MOLINA NAVARRETE, C.; CUEVAS GALLEGOS, J., Nuevas reglas del sistema de protección frente al desempleo: comentario del Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Nº. 38, 2002, p. 102. Por su parte, TOHARIA ET AL. Confirman una menor tasa de salida hacia



directamente con la jubilación. Por tanto, de lo que se trata es, bien de evitar que los que inician la percepción de una prestación contributiva o asistencial distinta a la mencionada puedan caer en esta situación; bien que quienes se encuentran en percibiendo el subsidio para mayores de 52, retornen al empleo antes de llegar a la jubilación. La posibilidad de acogerse a este programa es voluntario para los desempleados cualquiera que sea su prestación ¹⁰¹.

Del objeto del programa se extrae ya una primera conclusión de tono menor. Aunque este plan no está específicamente ligado al subsidio para mayores de 52, lo cierto es que la conexión es evidente por lo que, dados los cambios acaecidos en este último, quizá resulte necesario modificar también la edad de referencia del programa.

Además de los requisitos mencionados, el programa exige la concertación de un contrato a tiempo completo (no puede ser de otra forma ya que, si no, nos encontraríamos dentro del ámbito del art. 221 LGSS), ya sea indefinido o temporal, pero de al menos tres meses de duración. Precisamente una de las críticas que se han hecho a este programa conecta directamente con este último elemento. En efecto, existen estudios que ligan la precariedad laboral a la temporalidad. Al permitir que el programa se vincule a la contratación temporal, se está en cierta medida auspiciando el empleo precario bajo la máxima de que es mejor un empleo de baja calidad que el desempleo ¹⁰².

Cumplidos estos requisitos, se acceden a las ayudas en que consiste el programa y que pretenden beneficiar tanto a la empresa como al trabajador. Tales ayudas son de tres tipos:

En primer lugar, el empresario puede acceder a las bonificaciones previstas para la contratación indefinida en el “programa anual de fomento del empleo, o en otras disposiciones vigentes”. Existe un buen número de bonificaciones a las que se puede acceder, concentrándose la mayoría de ellas en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo y en la Ley 3/2012 ¹⁰³. Con buen criterio, el RDL

el empleo de quienes disfrutaban de este subsidio. TOHARIA CORTÉS, L.; ARRANZ, J. M.; GARCÍA SERRANO, C.; HERNANZ, V., *El sistema español de protección por desempleo: equidad, eficiencia y perspectivas*, 2009, p. 189.

¹⁰¹ Frente a la versión primigenia, contenida en el RDL 5/2002, de 24 de mayo, del mismo nombre (BOE 25-05-2002, nº125).

¹⁰² MOLINA NAVARRETE, C.; CUEVAS GALLEGO, J., Nuevas reglas del sistema de protección frente al desempleo: comentario del Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, cit., p. 102. En el mismo sentido, DESDENTADO BONETE, A.; DE LA PUEBLA PINILLA, A., La reforma de la protección por desempleo en la Ley 45/2002, en García-Perrote Escartín, I. (ed.) *La Ley 45/2002 de reforma de la protección por desempleo* □ : (la reforma de la reforma del despido, de los salarios de tramitación y del desempleo), Lex Nova, 2003, p. 63.

¹⁰³ BOE 30-12-2006, nº321; y BOE 07-07-2012, nº126.



20/2012 ha eliminado las que se preveían en materia de contratación temporal y, ello, fundamentalmente porque el incentivo del empleo temporal termina por convertirse, en el mejor de los casos, en un paso previo hacia la contratación estable, lo que resulta del todo incongruente con la finalidad perseguida por los incentivos a la contratación en el marco de los programas de fomento del empleo.

En segundo lugar, también cabe la posibilidad de recibir una ayuda consistente en la cuantía resultante de tres meses de prestación para el caso de que la contratación conlleve un cambio de residencia. Se trata de un incentivo que recibe el trabajador y que tiene por finalidad promover la movilidad geográfica. En caso de ejercer esta ayuda, la cantidad será descontada de la cuantía total de la prestación o de la cantidad que restara por percibir a los efectos de la tercera de las ayudas, que pasamos a describir.

Por último, es necesario hacer referencia a la que constituye la ayuda estrella de este programa y objeto del presente estudio pues consiste en la posibilidad de compatibilizar el 50% del subsidio con el salario, por lo que el empresario únicamente pagará el monto restante hasta completar la cuantía que convencionalmente corresponda. También corre a cargo del empresario las cotizaciones a la Seguridad Social “por todas las contingencias y por el total del salario indicado incluyendo el importe del subsidio”.

La duración de la ayuda viene determinada, en primer lugar, por la propia duración del contrato y, subsidiariamente, por su cuantía, ya que la norma establece como límite máximo el “doble del período pendiente de percibir del subsidio”. Como se destina el 50% de la misma al pago de parte del salario, esto implica que la duración será el doble de la que se tuviera derecho. Dicho de otra forma, lo que se hace es destinar el conjunto del subsidio a las ayudas en que consiste el programa, de tal forma que, restada en su caso la ayuda a la movilidad geográfica, puesto que sólo se aprovecha mensualmente la mitad, ello implica que desde un punto de vista temporal la compaginación de subsidio y salario pueda doblarse. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 216 LGSS, la duración de los subsidios del artículo precedente varía entre los tres y los treinta meses, lo que implica que la duración del programa variará entre seis y sesenta meses. La única excepción es el propio subsidio para mayores de 52 años, cuya duración se extiende, como máximo, hasta alcanzar la edad de jubilación.

Esto entra en aparente contradicción con las reglas generales acerca de la extinción de las prestaciones y subsidios. En efecto, el derecho a la percepción de la prestación o subsidio se extingue (art. 213.1 d) LGSS) por la realización de un trabajo por cuenta ajena por tiempo superior a doce meses. Por consiguiente, de acuerdo con esta regla general, el programa únicamente podría durar como máximo doce meses, pues el ejercicio continuado, aunque sea subsidiado y sin estar suspendido el subsidio, de un trabajo por cuenta ajena determina la extinción del derecho a su percepción. A



diferencia de los trabajos de colaboración social, que son exceptuados expresamente en el apartado tercero del precepto, estos programas no cuentan con una referencia expresa.

No obstante, del propio programa se deduce que nos encontramos ante una de las excepciones a lo dispuesto en el art. 231.d) LGSS. En efecto, en su apartado sexto se regula la reanudación del subsidio en caso de cese en el empleo. En particular se dice que en tales circunstancias, “y siempre que no se reúnan los requisitos de acceso a la prestación contributiva por desempleo, ni se haya agotado la duración del subsidio, el trabajador podrá reanudar su subsidio por el tiempo que restase, para lo que deberá comunicar el cese en la oficina de empleo dentro de los quince días siguientes al mismo y reactivar el compromiso de actividad, y sin perjuicio de la aplicación de las causas de extinción del derecho previstas en los párrafos a, e, f, g y h del artículo 213 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.”. Por consiguiente, la propia disposición transitoria quinta da por hecho que durante el desarrollo del programa el trabajador puede llegar a reunir los requisitos para el acceso a la prestación contributiva, de lo que se deriva necesariamente que el programa puede llegar a tener una duración de al menos 360 días. A ello hay que unir la referencia expresa a que son aplicables todas las causas vigentes de extinción del subsidio salvo expresamente la del apartado d). Por tanto, de todo ello hay que derivar necesariamente que la duración del programa será como máximo, el doble del periodo reconocido en el subsidio y, para el caso de los trabajadores beneficiarios del ahora subsidio para mayores de 55, podrá alcanzar hasta la edad de jubilación.

Por otra parte, continuando con esta misma regla relativa al caso de cese es preciso determinar qué ocurre si no se ha consumido todo el subsidio. En tal caso se considerará como período consumido de derecho la mitad del período en el que se compatibilizó el subsidio con el trabajo. Esta última regla es el lógico reverso de la moneda de la duración: puesto que se utiliza la mitad del subsidio, la duración de la ayuda se dobla; del mismo modo, si se retorna al subsidio, el tiempo consumido será justo la mitad de la duración del programa.

En caso de incumplimiento de los requisitos señalados, procederá la devolución de las cantidades indebidamente percibidas durante el período de contratación y el reintegro de prestaciones de cuyo pago será directamente responsable el empresario, lo que puede conllevar el correspondiente recargo e interés de demora.

Para concluir, es preciso referirse a una cuestión que conecta directamente con la naturaleza misma del subsidio por desempleo. Como hemos visto, el elemento básico de este programa consiste en poder compaginar el 50% e la prestación, esto es, 213€ con carácter general, con el salario que, como mínimo y puesto que necesariamente ha de ser a tiempo completo, será de una cuantía de 641€. Tomando este caso, el de un



trabajador que percibiera el salario mínimo interprofesional, la TGSS aportaría 213€, mientras que la empresa el restante, 428€¹⁰⁴.

Pues bien, debe recordarse que para el acceso a los subsidios por desempleo, se exige, por su propia naturaleza asistencial no percibir rentas superiores al 75% del SMI, es decir, 481€. Este límite tan exiguo produce, en aplicación de la regla del art. 221 LGSS, que los casos de compatibilidad no sean muy frecuentes, pues a pesar de que en este la jornada es a tiempo parcial no es difícil alcanzar la cuantía indicada. En el caso que ahora estudiamos no se hace referencia alguna a este respecto. Lógicamente, la regla no podría aplicarse al conjunto del salario, sumando subsidio y la parte entregada por el empresario, pues se superaría el límite 75% del SMI por imperativo legal, ya que los salarios en España no pueden ser inferiores a este suelo mínimo (art. 27 ET). Cabe la duda de, por analogía a lo que ocurre con el art. 221 LGSS, podría establecerse como límite únicamente a la parte aportada por el empresario.

Sin embargo, esto es ir demasiado lejos de acuerdo con el tenor literal de las normas en juego. El art. 228.4 LGSS señala expresamente que en el marco de los programas de empleo podrá establecerse la compatibilidad “en la cuantía y duración que se determine”. Puesto que la DT. V no establece ninguna salvedad al respecto, ha de entenderse, de nuevo, como una excepción a la regulación general de los subsidios por desempleo. Esto entra en directa contradicción con la naturaleza misma de estas prestaciones asistenciales, dirigidas a aportar rentas a quienes no cuentan con medios económicos suficientes. Dicho de otra forma, se estaría percibiendo una ayuda asistencial, aun cuando el beneficiario supere los límites de renta que marcan a este tipo de prestaciones. Sobre esto volveremos más adelante.

3.2 Programa de sustitución de trabajadores en formación

Se regula en la disposición transitoria sexta de la Ley 45/2002, cuyo apartado primero ha sido recientemente modificado por la Ley 3/2012, como inmediatamente vamos a explicar. A diferencia del programa anterior, no va dirigido a ningún colectivo en particular. Ni siquiera se centra en los beneficiarios de subsidios asistenciales sino que, por el contrario, también son objeto de este programa los beneficiarios de una prestación contributiva.

En concreto, su finalidad es incentivar a las empresas, cualquiera que sea el tamaño de su plantilla, que sustituyan a sus trabajadores en formación con trabajadores desempleados beneficiarios de prestaciones por desempleo durante el tiempo en que

¹⁰⁴ Real Decreto 1888/2011, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2012 y Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, respectivamente para SMI e IPREM (ambos en BOE 31-12-2011, nº315). El SMI mensual es de 641,40€. El IPREM mensual se sitúa en 532,51€



aquéllos participen en acciones formativas, siempre que tales acciones estén financiadas por cualquiera de las Administraciones Públicas. Esto le diferencia también del programa anterior puesto que, lógicamente, aquí la relación laboral incentivada por el programa será de naturaleza temporal.

Por otra parte, el legislador ha decidido introducir cambios en lo que hace a las empresas beneficiarias del programa. En la regulación original el programa se limitaba el programa a empresas de menos de 100 trabajadores, aquellas que carecen de plan de empleo propio. El cambio legislativo a que hemos hecho referencia ha consistido precisamente en extenderlo a cualquier tipo de empresa.

Sin embargo, este no es el cambio más relevante, pues la reforma ha establecido el carácter obligatorio para los trabajadores desempleados. Es decir, aquello que corrigió la Ley 45/2002 respecto de la versión del RD Ley 5/2002, ha sido reintroducido, si bien solo en este programa y no en los otros dos que en esta norma se regulan.

Por otra parte, el objeto mismo del programa es mucho más limitado que en el caso anterior, pues aquí se prevé una única ayuda, que consiste precisamente en que el trabajador desempleado contratado percibirá la prestación contributiva o el subsidio por desempleo a que tenga derecho por el 50 % de la cuantía durante la vigencia del contrato, con el límite máximo del doble del período pendiente de percibir de la prestación o del subsidio. El empresario cubre la diferencia hasta completar el salario y se hace cargo del conjunto de las cotizaciones sociales¹⁰⁵. Por consiguiente, no hay cambios reseñables respecto del programa anterior ni en lo que hace a la compatibilización entre salario y prestación ni en lo que respecta a la duración.

Tampoco existen diferencias en cuanto a los supuestos de incumplimiento de las obligaciones establecidas.

3.3 Programa movilidad geográfica

Se regula en el art. 228.5 LGSS y disposición transitoria séptima de la Ley 45/2002. Ya nos hemos referido a él cuando hemos desarrollado el programa para mayores de 52 años, por lo que bastará ahora con añadir que el programa se extiende también a las prestaciones contributivas, si bien en este caso la ayuda consiste un solo mes de prestación. El programa prevé otras ayudas y subvenciones adicionales, tanto para el empresario como para los trabajadores, que exceden del objeto del presente estudio.

¹⁰⁵ También se impone al empresario una obligación de índole procedimental, pues le corresponde presentar en la oficina de empleo un certificado expedido por la Administración pública o entidad encargada de gestionar la formación, mediante el cual se acredite la participación de sus trabajadores en las acciones formativas programadas, así como el tiempo de duración de las mismas.



3.4 Contrato indefinido de apoyo a emprendedores.

Una de las principales novedades introducidas por la Ley 3/2012 está constituida, sin duda, por el denominado como “contrato indefinido de apoyo a emprendedores”. Recogida en el art. 4.4, se trate sin duda de una medida *sui generis*¹⁰⁶, pues a pesar de su nombre, no es un contrato solamente (ni ha sido incluido en el ET), puesto que con la regulación sustantiva propia de una modalidad contractual, se han incluido otras instrumentales o de fomento del empleo¹⁰⁷. De hecho, son estas últimas medidas de fomento del empleo las que nos han servido de base para afirmar que nos encontramos, al menos en relación con ellas, ante un programa de fomento del empleo, de los que el art. 228.4 LGSS habilita como únicos supuestos en los que se puede compatibilizar trabajo a tiempo completo y percepción de una prestación por desempleo.

En concreto, las medidas integrantes de este programa serían de dos tipos: incentivos, dentro de los cuales encontraríamos a su vez reducciones fiscales y bonificaciones a las cuotas de la Seguridad Social; y la posibilidad de compatibilizar trabajo y prestación por desempleo, que será en la que nos centremos.

Esta acción está fundamentalmente dirigida a perceptores de prestaciones contributivas por desempleo. Es cierto que los incentivos anteriormente mencionados tienen como finalidad la contratación de determinados colectivos y, en particular, jóvenes y mayores de 45 años (y, en ambos casos, también mujeres), pero el único requisito que se establece en relación con esta concreta medida, que es complementaria respecto de las anteriores, es que se sea beneficiario de una prestación contributiva. No obstante, la posibilidad de compaginar salario y prestación depende en exclusiva del trabajador, pues aquí tiene carácter voluntario.

De esta forma, el trabajador contratado bajo esta modalidad contractual que hubiera percibido, a fecha de celebración del contrato, prestaciones por desempleo de nivel contributivo durante, al menos, tres meses, podrá voluntariamente compatibilizar cada mes, junto con el salario, el 25% de la cuantía de la prestación que tuviera reconocida y que estuviera pendiente de percibir.

¹⁰⁶ Cómo híbrido o engendro, ha sido denominado por otros PÉREZ REY, J., El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo, *Revista de derecho social*, 57, 2012, p. 51.

¹⁰⁷ Ésta es la forma en que se ha estructurado la regulación relativa a esta nueva modalidad contractual. GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., Medidas para favorecer el empleo estable: El contrato de apoyo a los emprendedores y la recuperación de la conversión en indefinido por reiteración de contratos temporales, en García-Perrote Escartín, I., Mercader Uguina (coords.) *La Regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*, Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 62. Nos remitimos también a este trabajo para un estudio completo de este contrato



Una diferencia importante respecto del mecanismo mismo de la compatibilización es que, en este caso, a diferencia de los programas anteriores, no se prevé expresamente que el empresario habrá de completar la cuantía restante hasta alcanzar el salario pactado, sino la simple compatibilidad. Esto implica, como bien se ha advertido que, aunque es cierto que este mecanismo puede ser aprovechado indirectamente para justificar menor remuneración, éstas no se produce automáticamente, sino que deberá operarse dentro de los márgenes que en su caso permita la negociación colectiva puesto que la “ley autoriza la compatibilidad entre prestación y salario, pero no la reducción de éste por debajo de los márgenes legales o convencionales aplicables”¹⁰⁸.

El ejercicio de esta facultad por parte del trabajador debe realizarse dentro de los quince días siguientes a la contratación, transcurridos los cuales se pierde el derecho a la compatibilización.

Por lo que hace a la vigencia del programa, la regla es similar a la de los anteriores, pues se corresponde con la del contrato o, como máximo de la duración de la prestación pendiente de percibir. La pregunta surge inmediatamente. Si se emplea sólo el 25% de la prestación, no parece lógico que la duración se corresponda a la de una compatibilidad del 100%. En efecto, no tiene sentido que si el trabajador opta por compatibilizar tan solo el 25% de la prestación, se le tenga por consumido el día completo. Es más, salvo que el salario sea muy bajo en proporción a sus necesidades o exista cualquier otro tipo de presión que le lleve a aceptar la compatibilidad, el trabajador desempleado no a va a tener incentivos aceptarla, puesto que es mucho más lo que pierde que lo que recibe.

Por este motivo, una novedad importante introducida en el trámite parlamentario de conversión de la reforma en ley es el relativo al cese en el trabajo. A este respecto, la norma ha mejorado sustancialmente pues ahora se permite optar entre solicitar una nueva prestación o bien reanudar la prestación pendiente de percibir. En este supuesto, se considera como período consumido únicamente el 25% del tiempo en que se compatibilizó la prestación con el trabajo. Por consiguiente, no se permite que un consumo parcial de la prestación, suponga una prórroga del período durante el cual se compatibiliza salario y prestación, que sigue siendo igual a la duración de la relación laboral o de la prestación, pero, al menos, en caso de tener que ejercitar el derecho de opción no se entienden por consumidos los días completos.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que otro 50% de la prestación se empleo en utiliza como referencia para calcular la reducción fiscal a que se refiere el art. 43 de la LIS, pero no existe una consunción de esa cuantía estrictamente hablando. Por consiguiente,

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 88.



el Estado se ahorra el 75% de la prestación con la compatibilización. Desde un punto de vista global, si pudiera establecerse una conexión directa entre lo que el Estado deja de gastar en prestación y el coste de la reducción fiscal, el ahorro neto sería del restante 25%. En suma, como mínimo, el ahorro neto para el Estado asciende a tal cantidad.

Por lo que hace a la cotización durante la situación de desempleo, el precepto que estudiamos establece que tanto la Entidad Gestora como el beneficiario están exentos de la obligación de cotizar a la Seguridad Social, dicho de otro modo, se establece aquí una excepción a lo dispuesto en el art. 214 LGSS. Se entiende que tal exención se refiere a la parte de la prestación que se percibe el beneficiario, pues como trabajador sigue obligado a cotizar por la parte de salario que percibe¹⁰⁹. En relación con la empresa, se entiende que, a diferencia de lo que ocurre en los otros programas *ex art. 228.4*, únicamente está obligada a cotizar por el salario. No se alcanza a entender por qué el programa se aparta a este respecto de sus predecesores, cuando se trata sin duda de una medida de co-responsabilización de la empresa, que ve reducidos sus costes salariales pero, a la vez, contribuye soportando las cotizaciones a la Seguridad Social.

Por último, cuando el trabajador no compatibilice prestación y salario, mantiene el derecho a las prestaciones por desempleo que le restasen por percibir en el momento de la colocación, siendo de aplicación lo establecido en los artículos 212.1.d) y 213.1.d) de la LGSS.

En definitiva, las diferencias que se establecen respecto de los planes anteriores son notables, destacando quizá entre todas ellas su focalización en las prestaciones contributivas. A las dificultades que plantea esta nota en particular y el programa en su conjunto, nos referiremos en el siguiente apartado.

3.5 Crítica a los programas de empleo y propuestas de mejora

Por otra parte, nos encontramos con una serie de dificultades que entroncan directamente con la naturaleza contributiva o asistencial de la prestación ante la que nos encontremos. En efecto, en algunas ocasiones el programa se dirige específicamente a beneficiarios de subsidios asistenciales; en otras, de prestaciones contributivas. La opción entre una y otra tiene importantes consecuencias.

Comenzando por los programas de fomento del empleo relacionados con el nivel asistencial de protección podemos señalar una ventaja importante. Nos encontramos ante un nivel, en numerosas ocasiones subsidiario del contributivo, un segundo anillo de

¹⁰⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, F., Contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores (arts. 4 y 17 RDL. 3/2012), en Mercader Uguina, J.R., García-Perrote Escartín, I. (coords.) *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 89.



protección ante el desempleo y, en todo caso, ante el instrumento específico con el que se intenta garantizar un nivel mínimo de rentas de quienes no cuentan con un sustento suficiente. Por tanto, en este sentido, los programas estarían dirigidos a aquellos que más lo necesitan, especialmente cuando del colectivos de beneficiarios de subsidios se seleccionan los que cuentan con mayores dificultades de acceso al empleo, como es el caso de los trabajadores mayores de 52 años, a que nos hemos referido con anterioridad.

No obstante, del otro lado, nos encontramos con dos tipos principales de dificultades. La primera tiene que ver con la naturaleza misma del nivel asistencial. Como hemos señalado con anterioridad, el programa para mayores de 52 años es una excepción clara a la regla de acceso a este nivel de protección que determina que quedan fuera de él quienes superan el umbral del 75% del SMI. Es cierto que la excepción está justificada por la propia existencia de un programa que pretende fomentar el empleo de este colectivo con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo, pero no lo es menos que es posible lograr el mismo objetivo a través de otros mecanismos que no pongan en cuestión la naturaleza misma del nivel asistencial.

De otra parte, también nos encontramos ante un problema de incentivos¹¹⁰. En este mismo programa es posible compaginar el 50% del subsidio con el salario. Esto implica que la cantidad aportada por el SEPE es siempre fija. En el peor de los casos se aportarán 213€¹¹¹. El problema de la cuantía fija es que, como el empresario tiene que aportar el resto hasta cubrir el salario completo, cuanto más alto sea el salario, menor es el incentivo. Retomemos el ejemplo del trabajador que percibe el salario mínimo. En caso de que se acogiera a este programa, su sueldo vendría dado por 213€ de subvencionados con su subsidio y 428 aportados por el empresario. Por consiguiente, su subsidio supone en torno al 33% del salario. Pensemos ahora en un trabajador que cobra 1.213€ mensuales. En este caso, la subvención en que se convierte su subsidio supone sólo el 17% del salario.

¹¹⁰ Ya en el nacimiento de la norma algunos autores pusieron de manifiesto lo que se ha venido a denominar ineficacia formal, que es aquél desincentivo que presentan algunas políticas de empleo y que se centra en la existencia de ciertas dificultades fácticas de acreditación de la circunstancia que dan lugar a la ayuda y que hacen que, a la postre, el incentivo o medida de que se trate se convierta en un regalo sorpresa que el empresario únicamente conocerá, si es que la conoce, después de haber realizado la contratación. En particular, se dijo que queda aquí sin revolver (...), la forma en que el empleador conocerá la cuantía de la prestación o subsidio a que le trabajador tiene derecho mientras compatibiliza la misma con el trabajo... ROJO TORRECILLA, E., *Compatibilidad de trabajo por cuenta ajena y prestaciones por desempleo*, cit., p. 416. Sobre el concepto de ineficacia formal, *vid.* PÉREZ DEL PRADO, D., *Los instrumentos económicos de fomento del empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 92–101.

¹¹¹ El 50% del IPREM.



Estos sencillos cálculos vienen a reforzar la crítica que se ha hecho a este tipo de programas en torno a que potencian el empleo precario¹¹². En efecto esto es así, pero no solamente porque en el programa se incluya al empleo temporal, sino porque aunque nos refiramos sólo a los contratos fijos, la propia estructura de la ayuda incentiva a que se dediquen a empleos con sueldos bajos.

Por lo que respecta al programa ligado al contrato de apoyo a emprendedores, hemos subrayado como uno de sus rasgos más destacados que va dirigido exclusivamente a beneficiarios de prestaciones contributivas. Aunque este elemento bastaría por sí mismo para sustentar las objeciones que expondremos más adelante, creemos conveniente aunar a la parte del programa consistente en la compaginación de salario y prestación, la relativa a los incentivos, al menos en parte, pues una y otra tienden a una misma finalidad y difícilmente puede entenderse el programa de fomento del empleo ligado a esta nueva modalidad contractual analizando cada uno de sus elementos de forma aislada.

Pues bien, de entre los incentivos que forman parte del programa, y que lo dirigen a determinados colectivos como ya tuvimos ocasión de explicar, destaca uno, de índole fiscal, que está especialmente vinculado a la posibilidad de compatibilizar salario y prestación por desempleo. Éste incentivo consiste básicamente en que la cuantía de la ayuda fiscal se hace depender de la prestación contributiva que al trabajador le restara por percibir o tuviera reconocida hasta un máximo de doce mensualidades. La medida tampoco es una novedad, pues se previó un mecanismo similar en el artículo 5 de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas¹¹³, si bien existen algunas diferencias que resulta preciso destacar.

En aquella ocasión no se trataba de una deducción fiscal sino de una bonificación, que se extendía a todo tipo de prestaciones por desempleo, y no únicamente a la contributiva. Esta bonificación ascendía al 100% de la cuota empresarial por contingencias comunes durante un período máximo de tres años, siempre que lógicamente la cuantía de la prestación por desempleo lo permitiera. Por el contrario, la medida actual es equivalente a una cantidad fija, consistente en 50% de la cuantía de la prestación y hasta un máximo de 12 mensualidades.

Sobre esta bonificación de la Ley 27/2009 se dijo, y con razón, que la medida beneficiaba a aquellos trabajadores que habían mantenido una trayectoria profesional

¹¹² MOLINA NAVARRETE, C.; CUEVAS GALLEGO, J., Nuevas reglas del sistema de protección frente al desempleo: comentario del Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, cit., p. 102.

¹¹³ BOE 29-12-2009, nº315.



larga y con altas bases de cotización¹¹⁴, pues sus prestaciones por desempleo son las que implicaban un mayor ahorro para el empresario, por su mayor cuantía, incentivando su contratación frente a aquellos otros con prestaciones más bajas, ligadas a salarios más bajos, o que percibían subsidios del nivel asistencial o la Renta Activa de Inserción, que normalmente se encuentran en situaciones, en relación con el empleo, mucho más complicadas, pero cuyos bajos subsidios resultan mucho menos interesantes desde el punto de vista del funcionamiento de la bonificación..

Así, nos encontrábamos ante una medida formalmente positiva, por cuanto constituía un claro instrumento de «activación» de las políticas de empleo, pero con resultados tan negativos desde el punto de vista de la equidad que únicamente resultaba interesante como medida de crisis, para tiempos de crisis y que sólo tiene sentido en tal contexto.

Lo cierto es que, bien porque se pensara que estábamos emprendiendo el camino de la recuperación durante el primer semestre de 2010, o más bien por las consecuencias negativas a que venimos haciendo referencia, unida a su escaso uso, el caso es que el anterior Gobierno optó por acabar con esta medida mucho antes de la finalización del plazo inicialmente previsto para su vigencia¹¹⁵.

Pues bien, la reforma introducida por la Ley 3/2012 no sólo recupera este incentivo, sino que lo une a la posibilidad de poder compaginar desempleo y salario. Es cierto que por los motivos que acabamos de explicar, el empresario ya iba a tener incentivos más que suficientes para contratar a estos desempleados en detrimento de los beneficiarios de un subsidio asistencial o de la Renta Activa de Inserción, pero lo que hace la norma es cerrar cualquier posibilidad al respecto.

Así, lo que hace la reforma no es solamente recuperar una medida que había sido cuestionada, sino acentuar precisamente aquellos aspectos más criticables desde el punto de vista de la equidad. El sistema de protección por desempleo se pone al servicio de una doble finalidad. La primera es patente, pues de lo que se trata es de ahorrar costes al Estado. Las prestaciones contributivas por desempleo suponen un coste mayor que las del nivel asistencial pues su cuantía es también mayor al estar moduladas por el principio de contributividad. Con este tipo de medidas el Estado antepone la reducción del gasto y déficit público a las necesidades de los desempleados pues, como ya se indicó, no son los beneficiarios de una prestación contributiva quienes suelen

¹¹⁴ CAVAS MARTÍNEZ, F.; FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., Medidas urgentes para el fomento y el mantenimiento del empleo y para la protección de las personas desempleadas, *Aranzadi Social (versión digital)*, N° 2, 2009, pp. 4-5.

¹¹⁵ Disposición derogatoria única.1.b) de la Ley 35/2010.



encontrarse en una situación de mayor precariedad o de mayores dificultades de acceso al empleo¹¹⁶.

En uno y otro tipo de programas, se han puesto también de manifiesto argumentos no solamente jurídicos, que enraízan con la función misma del sistema de protección por desempleo en sus distintos niveles, sino que alcanzan también a lo ético, y que tienen que ver precisamente con el hecho de que se destine dinero público, dirigido a cubrir la ausencia de rentas derivadas del desempleo, a la reducción de costes laborales, llegándose a señalar que es el desempleado “quien subvenciona su propia contratación”¹¹⁷. En efecto, este tipo de medidas son enormemente atractivas, puesto que suponen la tan ansiada “activación” de las políticas pasivas de empleo¹¹⁸, pero lo cierto es que tal activación no puede realizarse a cualquier costa o, mejor dicho, no debe realizarse en perjuicio de la efectividad de la protección otorgada por el conjunto del sistema. El argumento que existe de fondo es que siempre es preferible gastar en empleo que en desempleo, aunque la otra cara de la moneda es que esto implica una socialización de los costes laborales, que el empresario deja de asumir, en un contexto, además, de cuestionamiento de la viabilidad financiera del sistema de Seguridad Social.

Asimismo, también se ha puesto de manifiesto la incidencia que medidas como éstas pueden tener sobre el libre funcionamiento del mercado, incluso en el plano de la normativa comunitaria, puesto que no vienen más que a fortalecer la posición de unos empresarios, que producen a salarios inferiores a los de mercado, frente aquellos otros que no pueden hacerlo en las mismas condiciones¹¹⁹.

Hecha esta crítica, se hace imprescindible realizar alguna propuesta alternativa. Nuestro ordenamiento jurídico cuenta ya con experiencias suficientes de lo que podemos denominar “subvención salarial”. En caso de que se desee persistir en este tipo de políticas, deberían introducir, desde nuestro parecer, algunos cambios significativos. El modelo debe ser el del programa de mayores de 52 años (o 55 si se prefiere) y no el del contrato de apoyo a emprendedores. Al dirigirse a determinados colectivos dentro de los que perciben subsidio asistencial se está atendiendo a aquellos que más dificultades de acceso tienen a un puesto de trabajo. Es cierto que el ahorro para las arcas públicas será

¹¹⁶ En el mismo sentido PÉREZ REY, J., El contrato de apoyo a los emprendedores, cit., p. 67.

¹¹⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., Los elementos asistenciales en la protección por desempleo, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2, 2002, p. 31. En el mismo sentido, ROJO TORRECILLA, E., Compatibilidad de trabajo por cuenta ajena y prestaciones por desempleo, cit., pp. 409–416. DESDENTADO BONETE, A.; DE LA PUEBLA PINILLA, A., La reforma de la protección por desempleo en la Ley 45/2002, cit., p. 63.

¹¹⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., Los elementos asistenciales en la protección por desempleo, cit., p. 32. DESDENTADO BONETE, A.; DE LA PUEBLA PINILLA, A., La reforma de la protección por desempleo en la Ley 45/2002, cit., p. 63.

¹¹⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., Los elementos asistenciales en la protección por desempleo, cit., p. 32.



menor que en el caso de los programas dirigidos a prestaciones contributivas, pero no lo es menos que el objetivo del ahorro, aunque loable, eficiente, exigido por nuestro ordenamiento y uno de los criterios seguidos por este trabajo, no tiene por qué ser el preponderante. Sobre esta base, deben introducirse mecanismos que nos permitan superar las ineficiencias a que hacíamos referencia.

Por una parte, es posible desligar la subvención del subsidio. Una política no es más activa que otra por el hecho de que se vincule al subsidio o la prestación, puesto que no hay mayor activación que el trabajo. Basta simplemente con conceder una subvención (aunque habría que el procedimiento de concesión fuera lo más ágil posible) que se compagine con el salario, exactamente igual que ocurre en la actualidad, y que tenga carácter creciente con el salario hasta un determinado tope. De esta forma, conseguiríamos superar la incongruencia que implica que la cuantía del salario (incluida la subvención) sea superior al nivel de renta que el subsidio asistencial establece como límite para tener acceso a él.

Asimismo, sería necesario que el programa se vincule al empleo fijo, exigiéndose una duración mínima de un año o de tres como ocurre con carácter general con las bonificaciones. Por lo que hace a la duración máxima del programa, podría conservarse parcialmente la fórmula actual. Así, se seguiría tomando como referencia la duración del contrato y del subsidio pero teniendo en cuenta, en este último caso, el tiempo consumido, de tal forma que el límite máximo sería el doble de la duración consumida. De nuevo, se exceptuaría el subsidio para mayores de 52, cuya duración máxima sería la del contrato o la edad de jubilación. En cuanto a la cuantía debiera ser una proporción del salario, pero estableciendo en todo caso un tope máximo tomando como referencia el IPREM. Con todo ello, conseguiríamos focalizar el programa en quienes más lo necesitan a la vez que se desincentiva el empleo precario.

Por último, en cuanto al coste aproximado del programa, lo cierto es que en cuanto al gasto lo único que existe es una traslación desde lo que antes era subsidio a lo que ahora es subvención, con el añadido de que el presupuesto de la TGSS se ve beneficiado por las cotizaciones derivadas de la contratación del desempleado.

VII. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO Y REDUCCIÓN DE JORNADA Y EL DESPIDO COLECTIVO

La suspensión del contrato y la reducción de jornada han sido dos instituciones cuyo impulso ha sido un objetivo básico de las últimas reformas en el ámbito laboral. Frente a la importante destrucción de empleo que vivimos, se ha intentado frenar esa sangría facilitando que las empresas recurran preferentemente a la suspensión y la reducción de



jornada frente al mecanismo del despido, imitando el conocido como modelo alemán o *kuzerbeit*¹²⁰.

Ello exige, como ocurre en aquel modelo, la adopción de medidas en el ámbito laboral, modernizando el art. 47 ET, pero también en el de la Seguridad Social, si bien esto último se ha solido llevar a cabo de una forma complementaria y subsidiaria a la anterior, es decir, en ausencia de una estrategia integral de reforma de la Seguridad Social articulada de cooperativa y bilateral con la anterior¹²¹.

Se como fuere, lo cierto es que tanto la suspensión del contrato como la reducción son dos instituciones que han sufrido importantes modificaciones a las que es preciso referirse, aunque sea brevemente, antes de adentrarnos en las implicaciones que tal transformación ha tenido en el plano de la Seguridad Social y, en particular, de la protección por desempleo.

La suspensión del contrato se regula en el art. 47.1 ET, según el cuál, el empresario podrá suspender el contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. La delimitación estas causas, paralelamente a lo que ocurría en el despido colectivo, con quien las comparte, ha sido una de las dos principales tareas de las dos últimas reformas laborales. Ésta y la modificación del procedimiento que ha de seguirse para poder adoptar esta medida y la reducción de jornada.

Este procedimiento, que será aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por la suspensión o la reducción de jornada, se iniciará mediante comunicación a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de duración no superior a quince días. Eliminado por la reforma de 2012 el instrumento jurídico en que consistía el ERE, hoy se deja la decisión última en manos del empresario.

Por lo que respecta a la reducción de jornada, desde la reforma de 2010 se define como la disminución temporal de entre un 10 y un 70 % de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual, adoptada por las mismas

¹²⁰ Sobre este modelo y la inspiración que tuvo sobre las reformas de la Ley 27/2009 y la Ley 35/2010, *vid.* GONZÁLEZ ORTEGA, S., La fascinación por los modelos o el *kurzarbeit* a la española, en Mercader Uguina, García-Perrote Escartín, I. (coords.) *La reforma del mercado de trabajo* □ : Ley 35/2010, de 17 de septiembre, Lex Nova, Valladolid, 2010 (Cap. 7).

¹²¹ GONZÁLEZ ORTEGA, S., Seguridad Social y reforma del mercado de trabajo, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 107, 2010, p. 409.



causas y por el mismo procedimiento que el anterior y prohibiéndose en tales circunstancias la realización de horas extraordinarias salvo fuerza mayor¹²².

Ambas instituciones tienen su traslación, aunque no mimética, en el ámbito de la Seguridad Social a través del desempleo total y parcial, regulados en el art. 203.2 y 3 LGSS en la redacción dada por las dos últimas reformas laborales. El primero se define como aquella situación en la que el trabajador cesa, con carácter temporal o definitivo, en la actividad que venía desarrollando, siendo privado, consiguientemente, de su salario.

En particular, se especifica que se “entenderá por desempleo total el cese total del trabajador en la actividad por días completos, continuados o alternos, durante, al menos, una jornada ordinaria de trabajo, en virtud de suspensión temporal de contrato o reducción temporal de jornada, ordenados al amparo de lo establecido en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores”. Por consiguiente, lo verdaderamente relevante a la hora de hablar del desempleo total es que se produzca un cese total en la actividad laboral, siendo indiferente que se produzca de forma temporal o definitiva, por días continuos o alternos. De acuerdo con esta definición nos encontramos con tres tipos de situaciones en relación con el desempleo:

En primer lugar, lo que podemos denominar como situación de desempleo estándar o cese total en el trabajo con carácter definitivo. Es segundo lugar, el cese total con carácter temporal y continuado. Esta situación encaja con la suspensión del contrato de trabajo en términos laborales (art. 47.1 LGSS). Por último, nos encontramos con el cese total, es decir, por días completos, pero de forma alterna o intermitente, que desde un punto de vista de la norma laboral es propiamente reducción de jornada (vertical) (art. 47.2 ET).

Por lo que hace al desempleo parcial, se refiere a aquella situación en la que el trabajador vea reducida temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo, entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70 %, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción. Esta definición encaja perfectamente con la reducción de jornada (art. 47.2 ET) cuando el cómputo de comparación se establece en días a la semana (horizontal)

A partir de ahí, el art. 203.3 LGSS establece dos importantes excepciones, ambas criticadas por la doctrina¹²³. Así, no están comprendidas dentro del desempleo parcial,

¹²² Para un análisis en profundidad de ambas, además del título anteriormente reseñado, *vid.* GONZÁLEZ ORTEGA, S., Suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, en Mercader Uguina, García-Perrote Escartín, I. (coords.) *Reforma Laboral 2012: Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2012.

¹²³ GONZÁLEZ ORTEGA, S., Seguridad Social y reforma del mercado de trabajo, *cit.*, p. 412.



ni las reducciones de jornadas definitivas, ni las que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo.

En el primer caso, se ha justificado la crítica en que nos encontramos ante una reducción real de trabajo que justificaría la intervención de la protección por desempleo, máxime si se tiene en cuenta su naturaleza temporal. Sin embargo, frente a estos argumentos puede contraponerse que el desempleo parcial surge con una concreta finalidad, que es la de compensar la pérdida de ingresos derivada de la reducción de jornada en el objetivo de evitar la pérdida de empleo. Aquí estos condicionantes no existen, lo que excluiría la protección¹²⁴.

Del lado de los trabajadores temporales, el argumento del legislador es probablemente el mismo. Puesto que la finalidad de estas medidas es mantener el empleo, no parece que tenga sentido aplicarles a relaciones laborales que por su propia naturaleza carecen de fijeza y que, precisamente por ello, suelen ser las primeras de las que se suele prescindir. No obstante, visto desde el prisma de la protección por desempleo, lo cierto es que la situación de necesidad de la trae causa se produce con independencia de la modalidad contractual de que se trate y, por tanto, en situación de desempleo parcial se encuentran, fácticamente y desde un punto de vista conceptual, tanto los trabajadores fijos como los temporales, por más que desde un punto de vista jurídico sólo lo puedan estar aquéllos.

Por otra parte, dos de las críticas a las que tradicionalmente han tenido que hacer frente los supuestos de suspensión de contrato y reducción de jornada se refieren por una parte al empresario, y por otra al trabajador. Del lado empresarial, el art. 214.2 LGSS recuerda la obligación empresarial de cotizar en la parte que le corresponda durante estas situaciones. Del lado del trabajador, la relativa a la pérdida de cotizaciones y, ello, en varios sentidos.

En primer lugar, como ya tuvimos ocasión de señalar, si nos referimos en general a la compatibilización entre desempleo y trabajo, a tiempo parcial, cada día de compatibilización de la prestación, aunque sea parcial, computa como consumido. Esta regla se extiende, en el campo que ahora abordamos, a los casos de empleo parcial vertical, que se engloban dentro del concepto de desempleo total. De ahí que, si posteriormente el trabajador deviene en desempleo total, las cotizaciones sean descontadas por días enteros.

¹²⁴ Éste es quizá el argumento central utilizado por la STC 213/2005. No obstante, la cuestión no deja de ser polémica, máxime si se tienen en cuenta las modificaciones introducidas tanto en el art. 41 como en el art. 47 ET. Sobre esta cuestión, *vid.* CABEZA PEREIRO, J., Consideraciones sobre el desempleo parcial, cit.



Sin embargo, en caso de desempleo parcial, la situación es diferente, puesto que como señalamos más arriba, el art. 210.5 LGSS señala, desde la reforma de 2010, que el consumo de la prestación se producirá por horas y no por días, de tal forma que su duración se prolongará en proporción al tiempo de trabajo diario que resta¹²⁵.

Nótese, que de nuevo aquí el ordenamiento jurídico da un tratamiento distinto a dos supuestos muy similares. Lo previsto en el artículo 210.5 LGSS no se aplica, como vimos, a los casos de compatibilidad de las prestaciones con un contrato a tiempo parcial en los que se desarrolla un trabajo a tiempo parcial y simultáneamente se percibe la prestación por desempleo total con su cuantía reducida. Por tanto, en esos casos no se amplía proporcionalmente el período de percepción de la prestación sino que se computan en días naturales, considerándose cada día percibido en desempleo con cuantía reducida como un día completo consumido de la duración del derecho. He aquí un argumento más para permitir una mayor flexibilidad entre duración y cuantía, de tal forma que el tratamiento fuera idéntico tanto si las circunstancias provienen *ex art. 47 ET*, como de la simple compatibilidad.

Al margen de esto, y aun considerando la mejora, los supuestos de suspensión de jornada y reducción tienen en común que los días de compatibilización del desempleo y el trabajo, ya sean alternativa o cumulativamente, se extinguen, cada uno en la forma en que acabamos de explicar.

Por consiguiente, en teoría, la suspensión de contrato y la reducción de jornada lleva aparejada para el empresario, el mantenimiento de la obligación de cotizar; para los trabajadores, la pérdida de cotizaciones por desempleo, que no podrán utilizarse en un hipotético desempleo posterior. Tales circunstancias implicaban un fuerte desincentivo a la aplicación de estas medidas de flexibilidad interna.

Por este motivo, el RDL 2/2009, de 2 de marzo sobre medidas urgentes para el mantenimiento del empleo y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas¹²⁶ vino a establecer dos medidas principales, que las reformas de 2010 y 2012 han venido manteniendo sin cambios sustanciales.

Así, en el caso del empresario se compensa tal obligación mediante el establecimiento de bonificaciones, que en la actualidad ascienden al 50% de las cotizaciones empresariales por contingencias comunes durante la situación de desempleo del trabajador, sin que en ningún caso pueda superar los 240 días por trabajador. Por lo que respecta a los trabajadores, se instauró la denominada como “reposición del derecho a la

¹²⁵ GONZÁLEZ ORTEGA, S., Seguridad Social y reforma del mercado de trabajo, cit., p. 413.

¹²⁶ BOE 07-0-2009, nº57. Posteriormente, Ley 27/2009, de 30 de diciembre, del mismo nombre (BOE 31-12-2009, nº315).



prestación por desempleo”¹²⁷, y que está dirigida a aquellos casos en los que tras haber estado en suspensión o reducción de jornada, se extingue definitivamente la relación laboral pasando a situación legal de desempleo. En tales casos, el trabajador tiene derecho a a) que se reintegren en la nueva y última prestación por desempleo derivada de la extinción, la duración de la prestación que hubiera recibido durante el tiempo de la suspensión o reducción de jornada, aunque con el límite de 180 días; b) a sumar tales días al tiempo de la primera prestación no agotada por la se optara; o c) a reiniciar el disfrute de la prestación, si se hubiera agotado durante el tiempo de suspensión o de reducción de jornada, y no hubiera habido ocasión de generar un nuevo derecho a prestación contributiva.

Una característica común de ambas medidas es su carácter coyuntural, es decir, han nacido en un contexto de crisis y su duración parece estar determinada por la misma y la persistencia de sus efectos sobre el desempleo. De hecho, lo prolongado de depresión económica que venimos sufriendo ha llevado a renovar la medida en dos ocasiones, estando prevista su finalización el 31 de diciembre de 2013. En todo caso, interesa destacar que a la luz de los datos parece que la medida ha surtido efectos, anulando los mencionados desincentivos y fomentando el uso de estos mecanismos como medida alternativa a la destrucción de empleo¹²⁸.

Así las cosas, la pregunta que cabe hacerse es si estas medidas han de seguir teniendo naturaleza coyuntural o si, por el contrario, debiera devenir estable. Lo primero está indudablemente relacionado con el coste llevan aparejadas, que fue la causa que llevó a la derogación de una medida similar que contenía el art. 8.3 de la Ley de reguladora de la protección por desempleo por el RD Ley 1/1992, de 3 de abril¹²⁹. Lo segundo entronca con el hecho de que la regulación actual, sin ninguna corrección, es completamente desincentivadora para ambos lados de la relación laboral, como ya hemos señalado, por lo que el impulso de medidas de flexibilidad interna exige sin duda emprender algún tipo de modificación.

¹²⁷ Art. 15 y 16 de la Ley 3/2012 respectivamente.

¹²⁸ GONZÁLEZ ORTEGA, S., Suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, en *La regulación del mercado laboral: un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*), Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 283–287.

¹²⁹ BOE 30-06-1996, nº156. Luego Ley 22/1992, de 30 de julio. El mencionado precepto decía Cuando se autorice a una empresa a reducir el número de días y horas de trabajo o a suspender los contratos, de forma continuada o no, por tiempo inferior a seis meses, y posteriormente se autorice por resolución administrativa la extinción de los contratos, los trabajadores afectados por dichas autorizaciones tendrán derecho a la prestación por desempleo sin que se compute a efectos de la duración máxima del mismo el tiempo durante el que percibieron el desempleo parcial o total en virtud de aquéllas, siempre que no medie un plazo superior a un año desde que finalizo la suspensión o reducción y la efectividad de la extinción autorizada



En caso de optar por la primera opción, quizá sería deseable al menos consolidarlo como un mecanismo de crisis económica, de tal forma que se activara superado un determinado umbral, como puede ser alcanzar una determinada tasa de desempleo¹³⁰ o alcanzado un determinado volumen de destrucción de empleo. Es más, la norma podría territorializarse y aplicarse sólo en aquellas Comunidades Autónomas donde tales topes fueran rebasados.

Si lo que se pretende es que la suspensión y la reducción de jornada sean mecanismos flexibles de uso alternativo al despido, entonces es necesario transformar los desincentivos a que hicimos referencia en oportunidades. Así, del lado empresarial, es cierto que como la relación laboral pervive, también la obligación de cotizar, pero no lo es menos que la relación laboral está suspensa, en todo o en parte, lo que tiene su inmediata traducción en las obligaciones de las partes y lo que tendría también que trasladarse al ámbito de la Seguridad Social, suspendiéndose también la cotización empresarial cuando no hubiera trabajo o, al menos moderándose.

De lado de los trabajadores, es cierto que la protección por desempleo en su evolución ha terminado por dar cobertura también no de ausencia total de empleo, sino de simple mengua de las rentas de activo. Pero no lo es menos, que el mantenimiento de la relación laboral puede terminar por incidir negativamente en la prestación que se cobre en caso de que finalmente la relación laboral se extinga y, por consiguiente, una situación más grave desde un punto de vista económico recibe un tratamiento inferior al que le correspondería por haber intentado mantener la relación laboral previa. Es más, desde el punto de vista del empleo, las oportunidades de recualificación son menores, puesto que la prestación ha resultado menguada desde un punto de vista temporal. Por estas razones, debiera sopesarse mantener la reposición tal y como la conocemos si se pretende que la suspensión y la reducción de jornada sean mecanismos eficaces frente en la crisis de empresa.

VIII. CONCLUSIONES

A lo largo de estas páginas hemos visto que la compatibilidad del trabajo con la protección por desempleo pivota en torno a tres núcleos básicos: el trabajo a tiempo parcial, los planes de empleo y los supuestos de crisis de empresa, esto es, suspensión y reducción de jornada.

Con carácter general y transversal nos encontramos con una normativa muy fragmentada, cuando no desfasada, poco conectada entre sí y, por consiguiente, mal

¹³⁰ Éste es el caso del ya mencionado contrato de apoyo a emprendedores, cuya aplicación, en principio, está prevista mientras la tasa de desempleo supere el 15%. Disposición Transitoria novena Ley 3/2012.



integrada. Así, supuestos análogos dan lugar a reacciones distintas por parte del ordenamiento jurídico según nos encontremos, por citar un ejemplo, ante un caso de reducción de jornada o ante un supuesto de compatibilidad con un contrato a tiempo parcial. Es más, como vimos, incluso cuando se compatibilizan varios contratos a tiempo parcial con el desempleo, la respuesta es diferente según se trate de un supuesto de pluriempleo o de empleo sobrevenido.

Por consiguiente, sería deseable una actualización de la normativa que regula la compatibilidad del empleo con la protección por desempleo de una forma integral, que permita dar una respuesta coherente y, por tanto previsible, a cualquier situación de compaginación, sea cual fuere su origen. A este respecto, se ha dicho que el criterio más idóneo sería el que tuviera en cuenta el nivel de ingresos o salarios, de tal forma que la prestación sería compatible en la medida en que no se sobrepasaran. A salvo quedarían los subsidios por desempleo, cuya naturaleza asistencial obligaría a tomar como referencia el límite que en cada momento determine lo que se entienda por situación de necesidad.

De esta forma se articularía una relación más fluida entre trabajo y prestación, donde lo importante no es cuánto se reduce la jornada en términos verticales u horizontales, cuántos días está en suspenso el contrato de trabajo, sino cuánto retroceden las rentas a las que se sustituye o en qué nivel se sitúa el sujeto en relación con el nivel mínimo de subsistencia de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

Esta regla, además, permitiría una mayor flexibilidad entre cuantía y duración de la prestación, lo que hemos visto frecuentemente da lugar a situaciones injustas, cuando no simples desincentivos a la compatibilización de trabajo y desempleo.

Al margen de esta cuestión central y compartida, lo cierto es que parcialmente también pueden emprenderse importantes reformas.

Así, hemos abogado por un avance en el plano de la compatibilidad del trabajo autónomo con la protección por desempleo, que va desde una delimitación menos estricta de los supuestos de incompatibilidad hasta la completa extensión, bajo los criterios que acabamos de describir, de la compatibilidad del trabajo autónomo con la protección por desempleo, poniendo de relieve que, lejos de fomentar el fraude, puede ser un incentivo para declarar empleo sumergido.

En segundo lugar, hemos puesto de manifiesto las importantes incongruencias que aún persisten en la regulación de la compatibilidad con el empleo parcial. A este respecto, hemos visto cómo a pesar de que el RD Ley 20/2012 ha cubierto numerosas lagunas especialmente en el ámbito de la concurrencia de varios empleos parciales, aún persisten algunas otras, especialmente en los casos en que las distintas vicisitudes en relación con el empleo se dan de forma sucesiva.

Asimismo, se han subrayado las ventajas y desventajas que los distintos programas de empleo plantean respecto del objetivo de fomento del empleo y se ha formulado una propuesta de reconversión de los distintos programas hoy vigentes.



Por último, en el ámbito de la suspensión de contrato y reducción de jornada se han puesto al descubierto las incoherencias respecto de situaciones semejantes como las relativas a la compatibilización con el empleo parcial y se han puesto sobre la mesa las distintas alternativas que se plantean de cara a evitar que la regulación en materia de Seguridad Social se conviertan en un desincentivo a la adopción de estas medidas.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALZAGA RUIZ, ICÍAR, “Compatibilidades e incompatibilidades de la prestación y el subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta ajena”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, no. N.º. 99, 2012, pp 89–110.
- ARAGÓN GÓMEZ, CRISTINA, “Comentario a la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos”, *Justicia Laboral. Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, no. 44, 2010, pp 125–159.
- BARCELÓN COBEDO, SUSANA, “El proceso de integración y homogeneización de los Regímenes Especiales. Análisis de los cambios introducidos por la Ley 27/2011, de 2 de agosto”, en Mercader Uguina, García-Perrote Escartín, I. (coords.) *La Reforma de la Seguridad Social 2011*, Lex Nova, 2011.
- BLASCO LAHOZ, JOSÉ FRANCISCO, *Protección de las personas en situación de desempleo : las prestaciones por desempleo de los regímenes general y especiales de la seguridad social : (doctrina, legislación y jurisprudencia)* Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- CABEZA PEREIRO, JAIME, “Consideraciones sobre el desempleo parcial: con ocasión de la STC 213/2005, 21 de julio”, *Actualidad laboral*, no. 2, 2005, pp 2376–2385.
- CABEZA PEREIRO, JAIME, “Sobre la prestación de desempleo derivada de la pérdida de un trabajo a tiempo parcial”, *Aranzadi social*, no. N.º. 5, 2000, pp 555–570.
- CABEZA PEREIRO, JAIME; LOUSADA AROCHENA, JOSÉ FERNANDO, *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, Comares, Granada, 1999.
- CAVAS MARTÍNEZ, FRANCISCO; FERNÁNDEZ ORRICO, FRANCISCO JAVIER, “Medidas urgentes para el fomento y el mantenimiento del empleo y para la protección de las personas desempleadas”, *Aranzadi Social (versión digital)*, no. N.º 2, 2009.
- CERVILLA GARZÓN, MARÍA JOSÉ, “El esperado informe sobre la prestación por cese de actividad: análisis del ámbito subjetivo, hecho causante, dinámica, cuantía y diseño financiero”, *Documentación Laboral*, no. 89, 2009.
- DESDENTADO BONETE, AURELIO, “La situación protegida en el desempleo contributivo. Un recorrido por la jurisprudencia reciente”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, vol. I, 2010.



- DESDENTADO BONETE, AURELIO; MERCADER UGUINA, JESÚS RAFAEL, “La protección social en el nuevo contrato a tiempo parcial”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 1999, pp 481–515.
- DESDENTADO BONETE, AURELIO; DE LA PUEBLA PINILLA, ANA, “La reforma de la protección por desempleo en la Ley 45/2002”, en García-Perrote Escartín, I. (coord.) *La Ley 45/2002 de reforma de la protección por desempleo* : (la “reforma” de la reforma del despido, de los salarios de tramitación y del desempleo), Lex Nova, 2003, pp. 17–90.
- DESDENTADO BONETE, AURELIO; TEJERINA ALONSO, JOSÉ IGNACIO, “Contrato a tiempo parcial y prestaciones de la Seguridad Social”, *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, no. N.º. 85, 1998.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, RICARDO, “Nuevos Vientos Fríos en la protección por desempleo”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 1994, pp 334–374.
- GÓMEZ ABELLEIRA, FRANCISCO JAVIER, “Contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores (arts. 4 y 17 RDL. 3/2012)”, en Mercader Uguina, J.R., García-Perrote Escartín, I. (coords.) *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2012.
- GÓMEZ ABELLEIRA, FRANCISCO JAVIER, “Medidas para favorecer el empleo estable: El contrato de apoyo a los emprendedores y la recuperación de la conversión en indefinido por reiteración de contratos temporales”, en García-Perrote Escartín, I., Mercader Uguina (coords.) *La Regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 52–76.
- GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO, “La fascinación por los modelos o el “kurzarbeit” a la española”, en Mercader Uguina, García-Perrote Escartín, I. (coords.) *La reforma del mercado de trabajo* : Ley 35/2010, de 17 de septiembre, Lex Nova, Valladolid, 2010 (Cap. 7).
- GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO, “La protección por desempleo”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 1993, pp 324–363.
- GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO, “Seguridad Social y reforma del mercado de trabajo”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, no. 107, 2010, pp 407–439.
- GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO, “Suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor”, en Mercader Uguina, García-Perrote Escartín, I. (coords.) *Reforma Laboral 2012: Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 241–266.
- GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO, “Suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor”, en Mercader Uguina, García-Perrote Escartín, I. (coords.) *La regulación del mercado laboral: un análisis de la Ley 3/2012 y de*



- los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*), Lex Nova, Valladolid, 2012.
- LÓPEZ GANDÍA, JUAN, “Flexibilidad del tiempo de trabajo y prestación de desempleo (Trabajo a tiempo parcial y reducción de jornada)”, *Actualidad laboral*, no. 1, 1996, pp 321–334.
 - LÓPEZ GANDÍA, JUAN; TOSCANI GIMÉNEZ, DANIEL, *La Protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos*, Bomarzo, Albacete, 2010.
 - LUJÁN ALCARAZ, JOSÉ, “Alcance de la incompatibilidad entre prestaciones por desempleo y trabajo por cuenta propia: los efectos del alta en censos, registros o seguridad social”, *Aranzadi Social (versión digital)*, no. Tomo IV, 1996.
 - LUJÁN ALCARAZ, JOSÉ, “Incompatibilidades en materia de protección asistencial por desempleo”, *Aranzadi Social (versión digital)*, vol. I, 1997.
 - LUJÁN ALCARAZ, JOSÉ; SEMPERE NAVARRO, ANTONIO VICENTE, “Trabajo por cuenta propia y protección por desempleo”, *Aranzadi Social (versión digital)*, no. Tomo I, 1996.
 - MOLINA NAVARRETE, C.; CUEVAS GALLEGO, J., “Nuevas reglas del sistema de protección frente al desempleo: comentario del Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, no. N^o. 38, 2002, pp 47–106.
 - PÉREZ DEL PRADO, DANIEL, *Los instrumentos económicos de fomento del empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
 - PÉREZ REY, JOAQUÍN, “El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo”, *Revista de derecho social*, no. 57, 2012, pp 51–70.
 - QUESADA SEGURA, ROSA, “Comentario al art. 221 LGSS”, en Monereo Pérez, J. L., Vida Soria, J. (coords.) *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, vol. I, Comares, Granada, 1999, pp. 1856–1865.
 - DEL REY GUANTER, SALVADOR, *El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de la Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 2003.
 - RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, MIGUEL, “Los elementos asistenciales en la protección por desempleo”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, no. 2, 2002, pp 19–36.
 - ROJO TORRECILLA, EDUARDO, “Compatibilidad de trabajo por cuenta ajena y prestaciones por desempleo”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 2003, pp 407–418.
 - RUIZ SALVADOR, JOSÉ ANTONIO, *Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo: especialidades de su protección social*, 2003.
 - TOHARIA CORTÉS, LUIS; ARRANZ, JOSÉ MARÍA; GARCÍA SERRANO, CARLOS; HERNANZ, VIRGINIA, *El sistema español de protección por desempleo: equidad, eficiencia y perspectivas*, 2009.
 - TOROLLO GONZÁLEZ, FRANCISCO JAVIER, “Incompatibilidades de la Prestación de Desempleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, no. 89, 2010, pp 127–156.



- TOSCANI GIMÉNEZ, DANIEL, *El nivel asistencial de protección por desempleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- VIQUEIRA PÉREZ, CARMEN, “Protección por desempleo y trabajo a tiempo parcial”, *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, no. 85, 1998, pp 104–112.



CONCLUSIONES

La conclusión principal de este estudio se concreta en la elaboración de un modelo que sugiere las líneas que debieran guiar una propuesta de modificación normativa que defina, con carácter general, un **régimen de compatibilidad entre el trabajo y el devengo de una pensión, bien de jubilación bien de invalidez**, articulado a través de la siguiente regla general: **la disminución progresiva de la renta prestacional a medida que se incrementen los ingresos de activo**. El cese en la actividad lucrativa supondría la recuperación de la prestación originaria, con lo que se evitaría la “trampa del subsidio”, esto es, se mitigaría el riesgo de que una persona permaneciera al margen del mercado laboral ante el riesgo de perder su pensión.

La articulación de un sistema de compatibilización de pensiones con la percepción de ingresos del trabajo (medidos por la variable más fácilmente conocida por la administración de Seguridad Social que es la Base de Cotización) debe conciliar la naturaleza de renta indemnizatoria de los ingresos perdidos por la jubilación con los incentivos al mantenimiento de la actividad, que redundan en beneficio de la dignidad del trabajador –que puede mantener un grado elevado de capacidad pese a su edad– y adicionalmente liberan recursos económicos del sistema, lo que no es de importancia menor en una situación como la actual. Para ello, debe evitarse introducir distorsiones excesivas y desincentivos al trabajo.

Evidentemente, cualquier minoración de la prestación reducirá el beneficio percibido por el trabajador (o en caso de que exista fraude, su voluntad de declararlo), pero es especialmente dañina la existencia de “saltos”, que supongan que un euro adicional afecte en gran medida a la pensión. Por ello, resulta aconsejable establecer un sistema de disminución progresiva de la prestación a medida que se incrementen los ingresos.

Una primera opción que puede plantearse es una reducción progresiva de la pensión en función de la base de cotización obtenida, de tal modo que partiendo de la situación en que su base de cotización es cero (es decir no compatibiliza la prestación con el trabajo) percibirá el total de la pensión que haya generado, y en el extremo opuesto, cuando en su actividad laboral alcance la máxima prestación la pensión percibida será de cero euros. Esta situación puede describirse conforme a la siguiente fórmula:

$$P_t = \begin{cases} \text{Si } BC_{t-1} \leq BM & P_0 - \frac{P_0}{BM} BC_{t-1} \\ \text{Si } BC_{t-1} > BM & 0 \end{cases}$$

Siendo:

P_0 =Pensión reconocida inicialmente

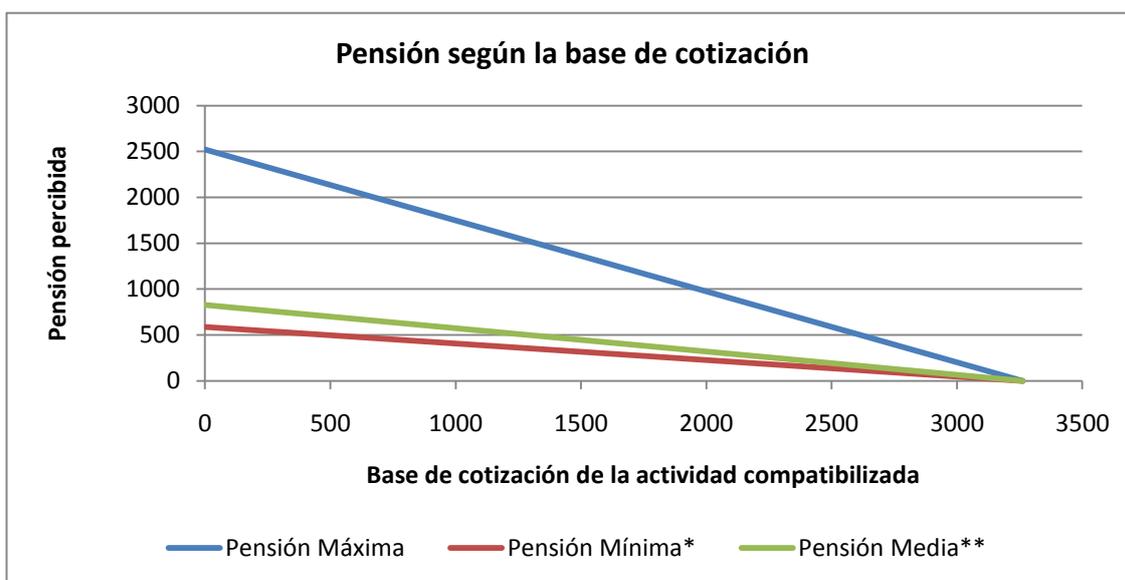
P_t = Pensión que se percibirá en el año t

BC_t = Base de cotización promedio del año t



BM= Base máxima de cotización

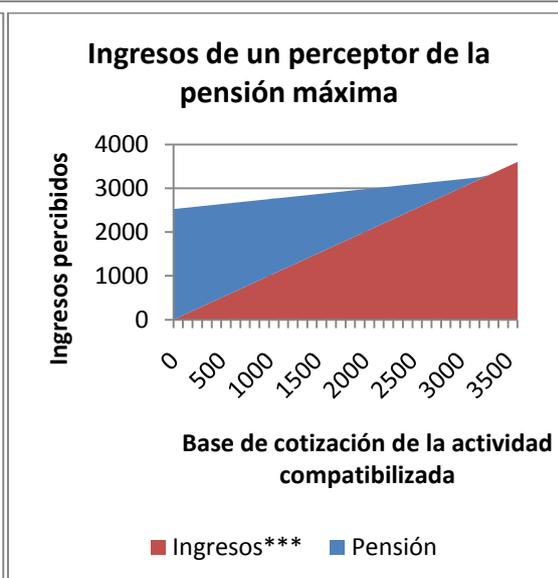
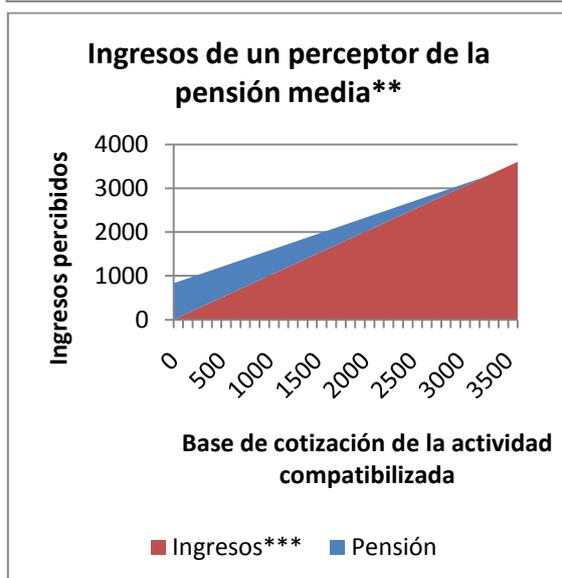
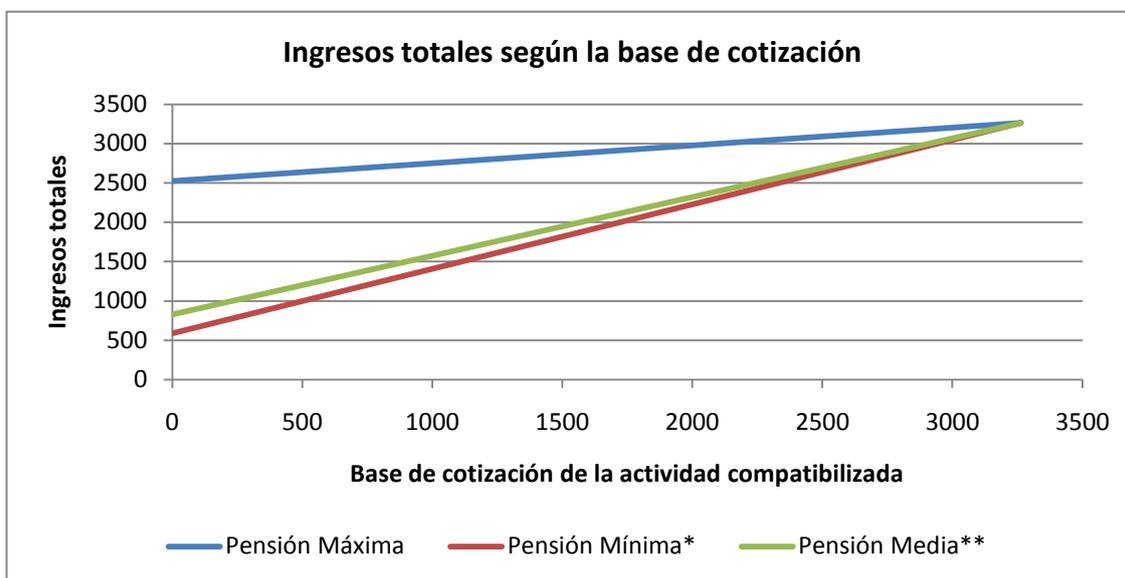
Conforme a esta sencilla regla se obtiene una prestación decreciente en función de la base de cotización percibida, que tiene efectos progresivos, pues la cantidad de la que el trabajador dispone efectivamente (es decir, la suma de prestación e ingresos del trabajo¹³¹) será menor cuanto mayor sea la pensión de la que parta¹³².



¹³¹ Por simplicidad de gestión se ha considerado oportuno identificar base de cotización y salario, aunque en la práctica no tienen por qué coincidir, por la existencia de conceptos salariales que no se incluyen en la base y viceversa. Los supuestos de rendimientos por encima de la base son irrelevantes a nuestros efectos, por cuanto que en la propuesta que se plantea a partir de ese nivel deja de percibirse la prestación.

¹³² Todos los supuestos que se presentan a continuación parten de los niveles vigentes en 2012:

- Base máxima de cotización: 3262,50€ mensuales
- Base mínima de cotización: 748,20€ mensuales
- Pensión máxima: 2522,89€ euros mensuales
- Pensión media: 828,61€ euros mensuales (para el conjunto de pensiones, de enero a octubre de 2012, último dato publicado)



*Pensión de jubilación de mayor de 65 con cónyuge no a cargo

** Enero a octubre de 2012, todas las pensiones del sistema

*** Asumiendo que los ingresos son los mismos que se computan en la Base de Cotización

De este modo, un trabajador que perciba la pensión de jubilación de mayor de 65 con cónyuge no a cargo (587 euros), verá incrementados sus ingresos (al margen de los efectos tributarios que correspondan) en 0,82€ por cada euro que crezca su base de cotización, mientras que quien parta de una situación de pensión máxima sólo percibirá 0,23€ por euro adicional.

Una segunda vía, manteniendo modelos lineales (otro tipo de formulaciones restarían claridad al sistema y posiblemente lo harían de difícil comprensión para el trabajador y para los empresarios, dificultando la gestión sin aportar un valor añadido suficiente) es la de contemplar dos tramos diferenciados. En el primero de ellos la pendiente sería menor, de modo que se premiara la participación en el mercado de trabajo del



pensionista, pero una vez alcanzado cierto nivel (lo que garantizaría una renta que se considere suficiente) la pensión se reduciría drásticamente. Este modelo se caracterizaría por una función condicional, y tendría dos parámetros fundamentales, la fijación del punto de inflexión (la base de cotización a partir de la cual se acelera la reducción de la pensión) y la proporción de pensión que se conserva en ese punto. La expresión matemática que refleja este modelo es la siguiente:

$$P_t = \begin{cases} \text{Si } BC_{t-1} \leq D & P_0 - \frac{P_0}{D} \times (1-n) \times BC_{t-1} \\ \text{Si } D < BC_{t-1} \leq BM & \frac{n \times P_0 \times BM}{BM - D} - \frac{n \times P_0}{BM - D} \times BC \\ \text{Si } BC_{t-1} > BM & 0 \end{cases}$$

Siendo:

- P_0 =Pensión reconocida inicialmente
- P_t = Pensión que se percibirá en el año t
- BC_{t-1} = Base de cotización promedio del año anterior a t
- BM = Base máxima de cotización
- D = Punto de inflexión
- n = proporción de la pensión que se percibe en el punto de inflexión

Una vez descrita la formulación general del modelo, se hace preciso, para articular una política concreta, fijar los parámetros del mismo (esto es, el punto de inflexión a partir del cual se acelerará el descenso de la prestación –D– y la proporción de la pensión inicial que se percibirá en ese punto –n–). Para ello, debe tenerse en cuenta que la fijación del parámetro n debe hacerse de tal modo que en el primer tramo la reducción de pensión conforme al incremento de salario sea menor que en el segundo. En expresión formal:

$$\frac{n \times P_0}{BM - D} > \frac{P_0}{D} (1-n) \quad \text{lo que implica que} \quad n > \frac{BM - D}{BM}$$

Por otra parte, debe asegurarse que en ningún caso el trabajo suponga un rendimiento neto negativo, o lo que es lo mismo, que la reducción de la pensión no supere en ningún caso el incremento de base de cotización: no tiene sentido fijar un modelo en el que un incremento de los rendimientos de la actividad laboral del trabajador supongan una minoración de sus ingresos totales por el efecto de la reducción de la pensión. Para ello debe asegurarse que la pendiente del segundo tramo no supere la unidad:

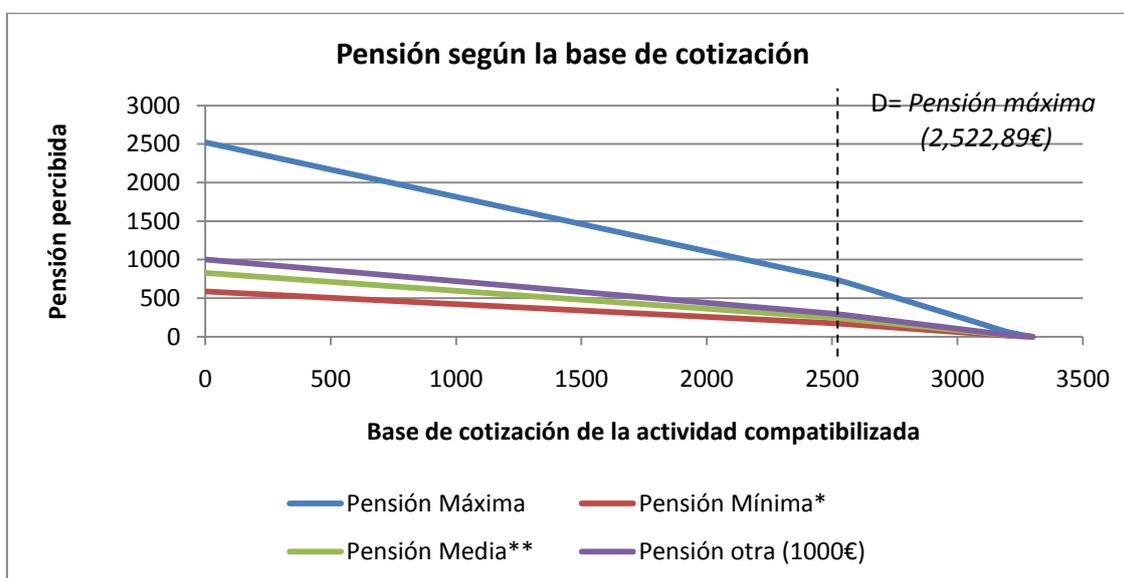
$$\frac{n \times P_0}{BM - D} < 1 \quad \text{lo que implica que} \quad n < \frac{BM - D}{P_0}$$

Dado que esta propiedad del parámetro debe cumplirse para cualquier pensionista del sistema y el cociente será menor cuanto más elevada sea la pensión inicial del trabajador, para que el parámetro n cumpla la propiedad exigida en todo caso debe tomarse como valor de referencia el mayor posible, esto es, la pensión máxima (P_{MAX}), de modo que

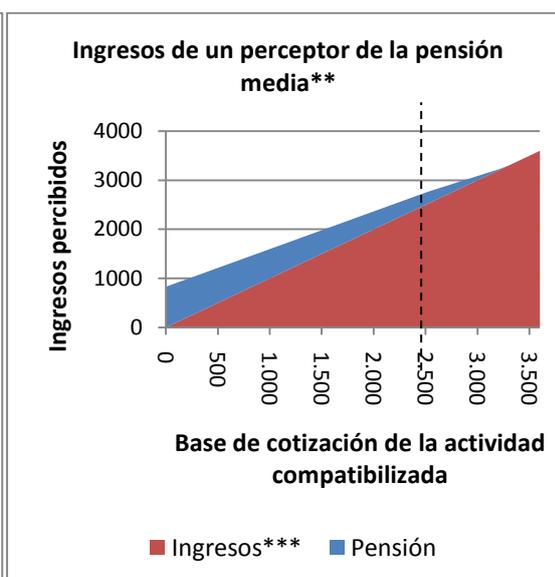
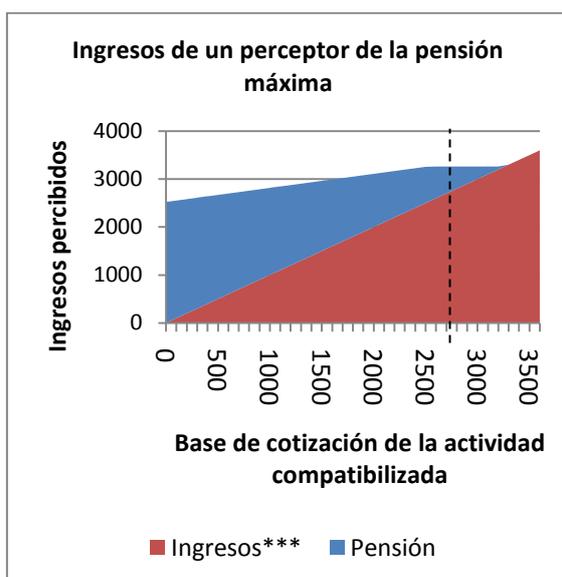
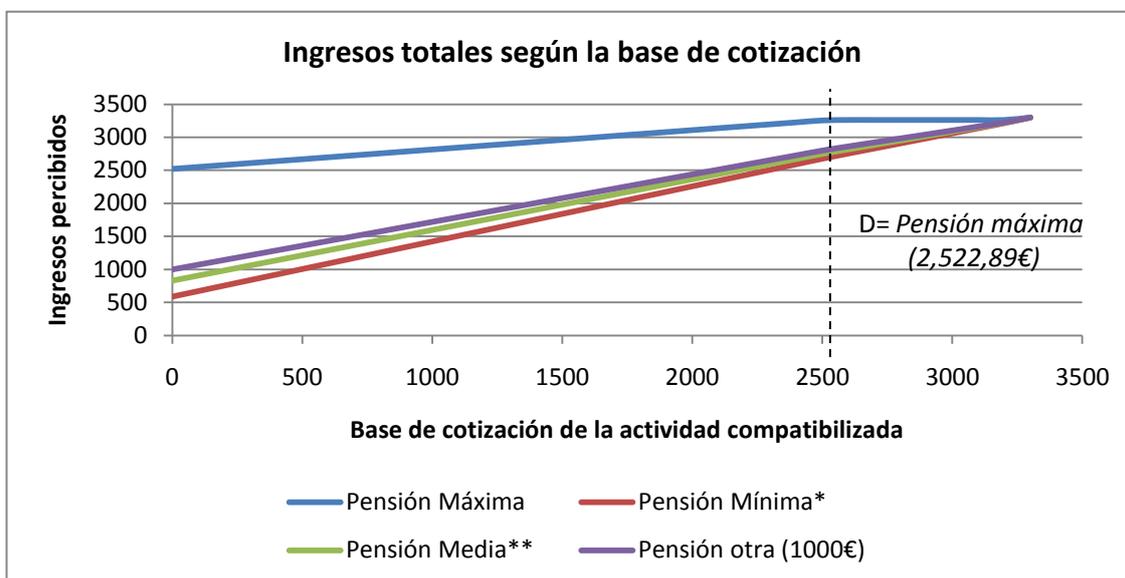


$$\frac{BM - D}{P_{MAX}} > n > \frac{BM - D}{BM}$$

La determinación de un valor de D próximo a la pensión máxima (es decir, que la aceleración no se produjera hasta que el pensionista obtiene una remuneración igual a dicha cantidad) supondría la existencia de muy poco espacio para la reducción acelerada de la pensión, lo que en la práctica lo diferenciaría poco del modelo de un solo tramo. A favor de esta opción, el tramo en el que la rentabilidad por trabajar para perceptores de pensiones elevadas es casi nulo, se reduce. Así, asignando el valor de la pensión máxima actual a D (lo que nos permite un intervalo de para n entre el 22,67% y el 29,31% de la pensión inicialmente reconocida) los gráficos mostrados para el primer modelo quedarían del siguiente modo¹³³:



¹³³ Se muestran con el n máximo, pues es el que más se aleja de la linealidad; con el n mínimo estaríamos en el primer modelo, con idéntica pendiente en los dos tramos. Debe recordarse que para ese nivel, a partir del punto de inflexión (en este caso la pensión máxima del sistema) cada euro adicional supondría la reducción de un euro de pensión, por lo que cualquier incremento de la base de cotización se vería anulado. No obstante, el trabajador/pensionista podría incrementar sus ingresos una vez que superara la base máxima de cotización, con pensión de cero euros, lo que equivaldría en la práctica a una suspensión de su derecho



*Pensión de jubilación de mayor de 65 con cónyuge no a cargo

** Enero a octubre de 2012, todas las pensiones del sistema

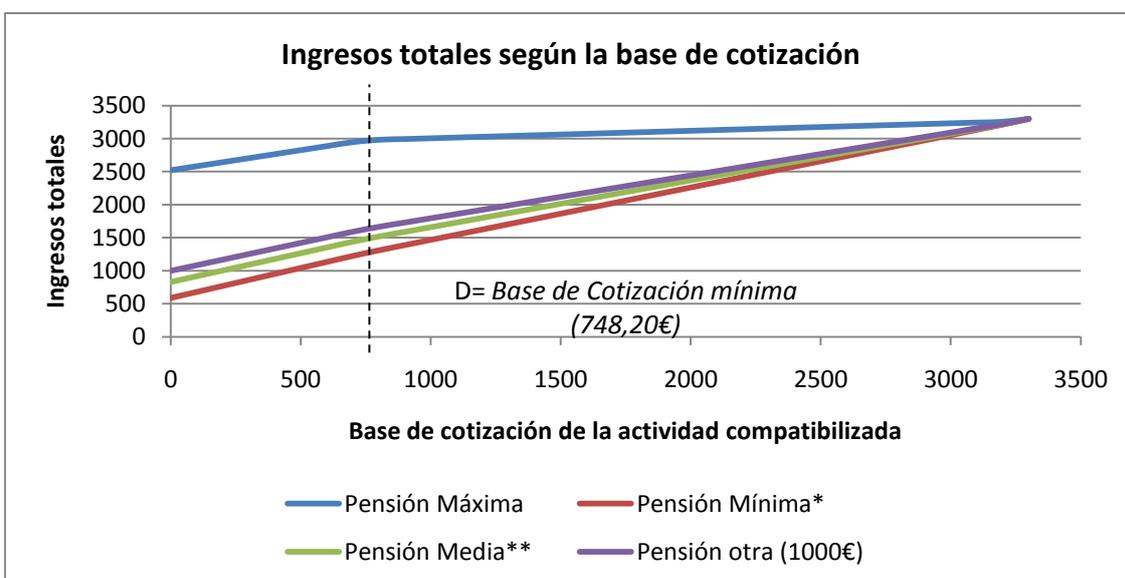
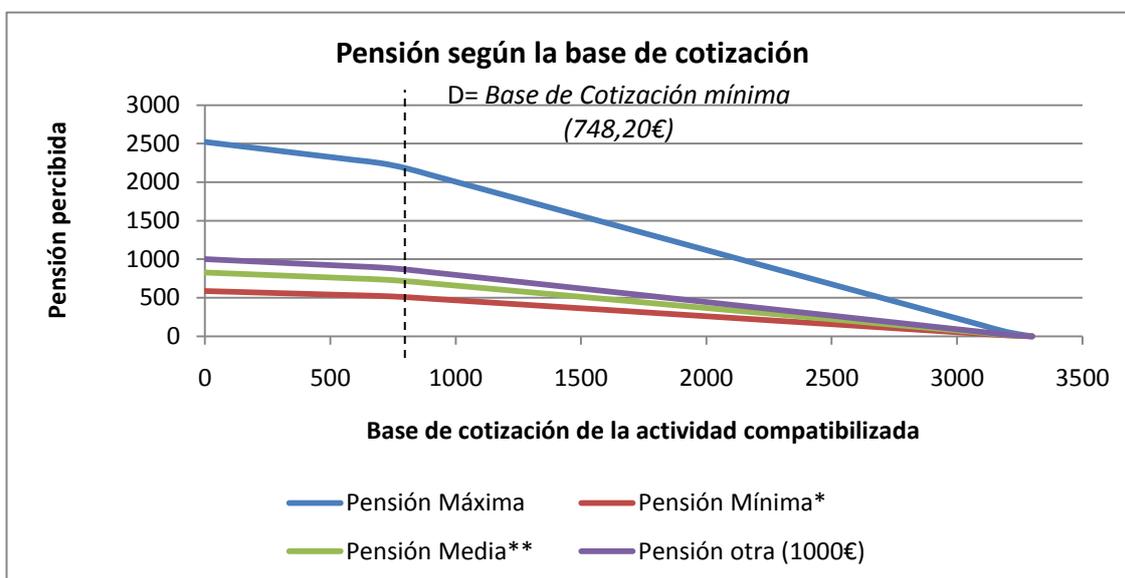
*** Asumiendo que los ingresos son los mismos que se computan en la Base de Cotización

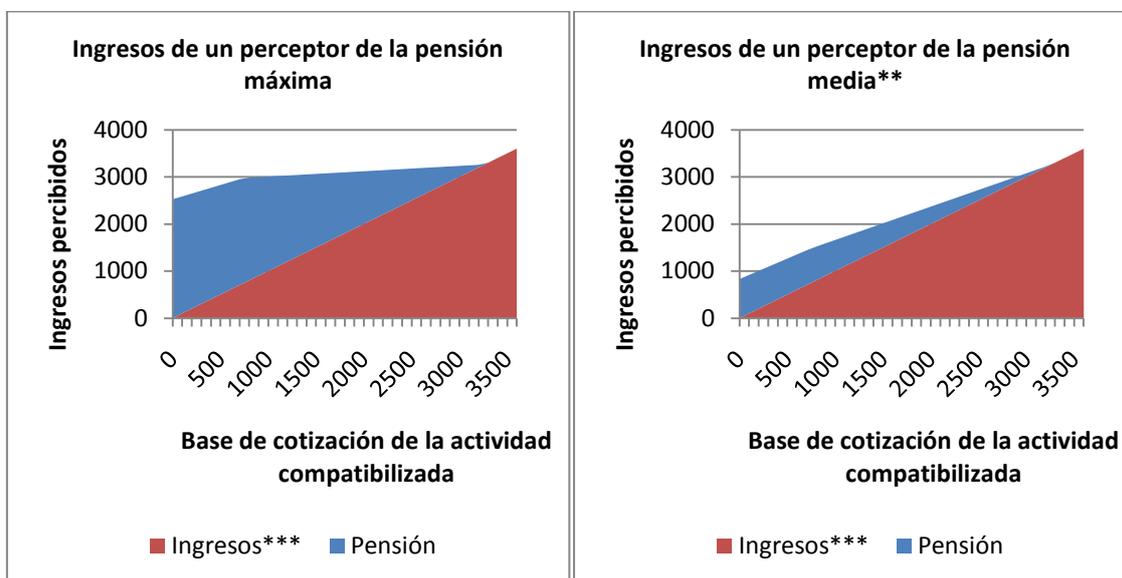
En el extremo opuesto, un punto de inflexión muy reducido generaría un mayor ahorro al sistema de pensiones, pero a costa de hacer menos atractivo para el trabajador compatibilizar la prestación con el trabajo, o eventualmente a declararlo legalmente. Un elemento razonable de referencia para una D baja puede ser la base de cotización mínima, lo que permitiría (siempre en relación a los valores que la ley de PGE vigente da a los parámetros del sistema) una mayor discrecionalidad para fijar el valor de n que cumpla las condiciones impuestas (entre 77% y el 99% de la pensión); con un valor intermedio (88%) el perceptor de la pensión media vería reducida su prestación en el primer tramo en un 13% de la base de cotización que genere con su actividad



compatibilizada y en el segundo en un 29%; el pensionista que parta de la máxima prestación obtendrá un 1% de cada euro que obtenga hasta el punto de inflexión – 748,20 euros de base de cotización– y tan sólo 11,3% hasta el máximo de base de cotización –3.262,50 euros.

Como se puede ver en los gráficos bajo estas líneas, sin perjuicio de que pueda fijarse un nivel para n diferente del propuesto –siempre que se encuentre dentro de los límites señalados– se producen los efectos descritos: una primera zona de ingresos reducidos en los que la pensión se reduce relativamente poco (más para quienes mayor pensión obtienen) y a partir de ahí una mayor reducción, garantizando que en todo caso al pensionista le genere algún beneficio el incremento de sus ingresos (medidos por la base de cotización).





*Pensión de jubilación de mayor de 65 con cónyuge no a cargo

** Enero a octubre de 2012, todas las pensiones del sistema

*** Asumiendo que los ingresos son los mismos que se computan en la Base de Cotización

Sobre este modelo sería necesario determinar algunos aspectos accesorios pero muy relevantes desde el punto de vista práctico relacionados con su gestión. En particular, se hace preciso fijar el mecanismo de ajuste de la pensión que el trabajador tiene derecho a percibir, de modo que sea viable la administración pero al mismo tiempo no dé lugar a situaciones transitoriamente injustas, que pudieran generar enriquecimientos o empobrecimientos injustos. Los primeros se darían en las fases en que los rendimientos del trabajo fueran mucho mayores que en el periodo anterior que se ha tomado como elemento para el cómputo (típicamente cuando se pase de una situación de total inactividad a la vuelta al trabajo), mientras que los empobrecimientos se producirían al cesar definitiva o temporalmente en el trabajo (pues no se percibiría salario pero la pensión se encontraría reducida por efecto de las cotizaciones pasadas).

La aprobación de esta reforma engazaría además con un **eje prioritario de actuación para la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social**, destacado sistemáticamente en las resoluciones del Pacto de Toledo y que ha recibido la reciente atención del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, cual es la **necesidad de idear fórmulas que permitan la compatibilidad entre el trabajo y la percepción de algún tipo de prestación de Seguridad Social**. A mayor abundamiento, esta línea de tendencia se encuentra entre las más significativas recomendaciones aprobadas por el Congreso de los Diputados el 25 de enero de 2011 en la Comisión de seguimiento del Pacto de Toledo, según la cual la citada Comisión “considera que debe mejorar la coordinación entre la legislación laboral y la de seguridad social respecto al objetivo de ocupación de los mayores; en particular, sobre las pensiones de incapacidad y su conexión con el empleo, sobre la regulación del contrato de relevo, sobre la cotización del empleo a tiempo parcial o sobre las entradas y salidas del empleo de los pensionistas, entre otros extremos”. A ello añade que: “hay que introducir esquemas de mayor permeabilidad y convivencia entre la vida activa y pasiva, que permitan e incrementen la coexistencia de



salario y pensión. Resulta adecuada, en la misma línea que otros países de nuestro ámbito, una mayor compatibilidad entre percepción de la pensión y percepción del salario por actividad laboral, hoy muy restringida y que no incentiva la continuidad laboral”.

A pesar de estas declaraciones programáticas, la realización de la presente investigación nos ha servido para constatar que el **marco normativo vigente presenta notables deficiencias** para la consecución de objetivo, de ahí que propongamos una **ambiciosa modificación legislativa** a este respecto, cuyas líneas definitorias serían las siguientes:

En lo que hace a la **compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo** debiera impulsarse una reforma que contemplase, con carácter general, la expresa **compatibilidad de la actividad laboral a tiempo parcial con una jubilación también parcial –jubilación parcial diferida y jubilación flexible-**, si bien sería necesario adoptar algunas medidas para, por una parte, asegurar el equilibrio entre la reducción de gasto que pueden suponer de modo inmediato para el sistema de la Seguridad Social y el incremento de costes que generan sobre las futuras pensiones de jubilación total, y, por otra, para dar cumplimiento a su finalidad, cual es aprovechar la experiencia profesional de los trabajadores maduros, prolongando su vida activa.

Con este objetivo, hemos propuesto el modelo ya referido de compatibilidad entre trabajo y pensión que contempla una **reducción progresiva de esta última en función de la base de cotización obtenida en el trabajo realizado tras alcanzar la edad de jubilación o, en su caso, tras el reconocimiento de la prestación de invalidez**, de tal modo que partiendo de la situación en que su base de cotización es cero (es decir no compatibiliza la prestación con el trabajo) percibirá el total de la pensión que haya generado, y en el extremo opuesto, cuando en su actividad laboral alcance la máxima prestación la pensión percibida será de cero euros. Conforme a esta regla, explicada con profundidad en la introducción de las presentes conclusiones, **se obtiene una prestación decreciente en función de la base de cotización percibida, que tiene efectos progresivos, pues la cantidad de la que el trabajador dispone efectivamente (es decir, la suma de prestación e ingresos del trabajo) será menor cuanto mayor sea la pensión de la que parta.**

La generalización de esta propuesta **solventaría además la diferencia de trato** en relación a los profesionales encuadrados en **Mutualidades alternativas**. Con la regulación actualmente vigente, solo algunos mutualistas pueden compatibilizar la condición de pensionista con el de mutualista de una entidad alternativa mientras que otros se ven penalizados debiendo suspender el devengo de dicha prestación porque en su ámbito profesional no se había erigido antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1995 una Mutualidad que concediese prestaciones “equiparables” a las del Sistema de Seguridad Social. Es decir, se trata de un tratamiento diferenciado, por circunstancias exclusivamente históricas que, de *lege ferenda*, debería superarse, otorgando un tratamiento en condiciones de igualdad a estas, ahora, dispares situaciones.

De extenderse la propuesta aquí planteada, la nueva regulación sería, en todo caso, compatible con otras figuras que tienen como finalidad el favorecimiento de la prolongación de la vida activa, como es el caso de la jubilación demorada o la exoneración de cotizaciones en los casos de trabajadores con 65 o más años que



acrediten un período de cotización equivalente al que permite alcanzar los derechos máximos de la pensión de jubilación.

Esta modificación tendría también que extenderse a los **empleados públicos** para lo cual hemos propuesto que la reforma en este ámbito debiera guiarse por el principio de compatibilidad, es decir, se admitiría, con carácter general, que la pensión de jubilación de los funcionarios públicos sea compatible con la realización de una actividad laboral (por cuenta ajena o propia) en el sector privado, más allá del elemento de marginalidad que caracteriza la situación actual. De otro lado, debería otorgarse autonomía a la incapacidad permanente, de forma que se configure como una prestación independiente del supuesto de la jubilación para lo cual resulta necesario conceder un tratamiento uniforme a la incapacidad permanente que tome como referencia la regulación del régimen general que sí distingue los grados de incapacidad frente al especial en que no existen.

Se propone, entonces, en lógica común a toda esta investigación rediseñar esta prestación de incapacidad permanente como una renta transicional que tenga por objetivo la reinserción laboral del funcionario incapacitado y que una vez logrado esto se extinga. Para ello se deben establecer, en primer lugar, medios internos por parte de la propia Administración empleadora dirigidos a facilitar la situación de activo del empleado bien en el mismo centro u otro. Solo si la propuesta de recolocación deviene imposible debido al propio estado de salud del empleado o por las dificultades organizativas existentes en el centro, el siguiente paso debería ser potenciar el reciclaje profesional del empleado, de forma que pueda desempeñar un puesto de trabajo adecuado a su situación de incapacidad. Una vez alcanzado dicho objetivo, dejaría de percibir la prestación de incapacidad permanente.

El sistema de pensiones no debería, a nuestro juicio, impedir la **compatibilidad entre el trabajo y las pensiones por invalidez**, pues tal regla disuade al beneficiario de este tipo de prestaciones de su inserción en el mercado laboral. Para que las personas con discapacidad tengan un incentivo al trabajo es necesario que los ingresos que perciban, incluyendo todas las transferencias recibidas, sean mayores para las personas con discapacidad que trabajen que para aquellas que se encuentran fuera del mercado laboral. La protección social de las personas con discapacidad, por parte del sistema público de pensiones, debería articularse de tal forma que ni hiperprotegiera, ni impidiera la compatibilidad entre el trabajo y las pensiones por invalidez, pues ambas opciones desincentivan la incorporación al mercado laboral y pueden perpetuar la segregación laboral y, en consecuencia, social de las personas con discapacidad.

La propuesta pasa entonces por **permitir la compatibilidad entre el trabajo y la pensión por incapacidad permanente en los grados de absoluta y gran invalidez**, pero su cuantía debería coordinarse con las rentas procedentes de aquél, de forma que disminuyera progresivamente, a medida que se incrementan los ingresos de activo; si bien, el cese en la actividad lucrativa supondría la recuperación de la prestación en su cuantía originaria

A nuestro juicio, el sistema público de pensiones no debería representar un desincentivo a la inserción profesional de las personas con discapacidad y de ahí que nos parezca acertado que la cobertura del sistema, en el caso de la incapacidad permanente total, no



sea plena y únicamente alcance el 55% de la base reguladora. De hecho, en **determinados casos, la protección debería limitarse a un subsidio temporal de adaptación**, pues no es razonable que trabajos profesionales que se desarrollan en exclusiva en una parte de la vida generen pensiones vitalicias.

Además, la **incapacidad permanente total debería reconducirse nuevamente a la regulación previa a la reforma operada por la Ley 27/2011**, pues la nueva redacción del art. 141.1 LGSS, fruto de dicha modificación legislativa, otorga un trato claramente privilegiado a un concreto colectivo de trabajadores que pueden ser destinados a una segunda actividad, ya que percibirán una prestación económica sustitutiva de las rentas de activo cuando su contrato de trabajo no se ha extinguido, su clasificación profesional no ha variado y su retribución no ha sufrido ninguna disminución; o dicho en otros términos, el sistema otorgará una protección a quien no se encuentra en una situación de necesidad materializada en un incremento de los gastos o en un descenso de los ingresos. Una regulación carente de toda lógica, teniendo en cuenta la actual situación financiera del sistema y la urgencia de realizar una asignación eficiente del gasto, destinando los escasos recursos disponibles a los verdaderamente necesitados.

Al margen de lo expuesto, resulta cuestionable que se mantenga la prestación por incapacidad permanente total, en su cuantía íntegra, cuando se compatibiliza la percepción de la pensión con un salario elevado, por lo que conviene valorar la modulación de su importe en función de los ingresos de activo. Ahora bien, hemos de tener en cuenta que este porcentaje del 55% puede resultar insuficiente con respecto a los beneficiarios de la prestación por incapacidad permanente total que no hayan alcanzado la edad para la cualificada y no han encontrado otro empleo. Al objeto de evitar estos supuestos de infraprotección, **la cuantía de la pensión por incapacidad permanente total debería modularse en función de determinadas variables**.

Partiendo de un mínimo general, que podría concretarse en un 50% de la base reguladora, la cuantía de la pensión por incapacidad permanente total podría incrementarse hasta un máximo de un 75% por la aplicación de diferentes coeficientes correctores que tomasen en consideración la edad del trabajador en el momento de sobrevenir la situación de necesidad, el tipo de discapacidad y la cualificación profesional del trabajador, con base en su formación y su experiencia previa. La percepción de este importe adicional, fruto de la aplicación de los diferentes coeficientes multiplicadores, sería incompatible con el desempeño de otro trabajo, salvo que la suma de la prestación y el salario percibido con ocasión del trabajo no superara un determinado nivel de rentas.

La regla general de **incompatibilidad también se proyecta sobre el subsidio de incapacidad temporal** en el que se parte de una perspectiva de absoluta protección de la salud, obviando los potenciales efectos positivos que sobre esta variable (y sobre otras de naturaleza productiva y de gasto público) pueda tener la gradual incorporación al trabajo o la compatibilización de la percepción de la prestación con la realización de ciertas actividades dentro del propio empleo. En efecto, los escasos supuestos en los que se permite percibir la prestación de modo simultáneo a la realización de una actividad productiva son los de pluriactividad o pluriempleo; sin embargo, la compatibilización de prestación y trabajo no es una realidad extraña en otros sistemas de nuestro entorno,



y así lo reflejan múltiples experiencias, que en mayor o menor medida, persiguen el mantenimiento de la actividad profesional durante la incapacidad temporal. Así, resulta más conveniente trasladar una lógica de adaptación del puesto o/y funciones antes que la completa suspensión de la prestación del trabajador.

La **compatibilización de la prestación por incapacidad temporal** (sin distinción según su origen tenga lugar por contingencias profesionales o comunes con el trabajo) debe arbitrarse como **un mecanismo de retorno o mantenimiento de la actividad laboral durante la enfermedad o lesión**. Para ello se propone un modelo que con relativamente pocas modificaciones normativas y manteniendo la lógica general de la gestión de la prestación, facilite esta compatibilidad. Con este objetivo, el médico al que corresponda reconocer la incapacidad (sea del Sistema Público de Salud o de una MATEP) valorará, en los casos de enfermedades o lesiones de particular relevancia, la capacidad que el trabajador tiene para realizar alguna actividad laboral, estableciendo si la incapacidad temporal es completa, o si por el contrario mediante alguna adaptación cuantitativa o cualitativa puede realizar alguna actividad sin perjudicar a su salud.

El empresario, a la luz de las conclusiones diagnósticas, evaluará la viabilidad de realizar las correspondientes adaptaciones. En caso de que estas se limiten a la reducción de jornada (en un 25, 50 ó 75%), simplemente abonará la parte proporcional de salario, correspondiendo a la entidad gestora de la IT el abono de la porción restante de prestación. Si el ajuste es cualitativo (adaptación o cambio de puesto, modificación de horario), el trabajador percibirá íntegramente su salario, pero para compensar los potenciales costes organizativos y aprovechando el ahorro para el sistema de protección social, se establecerá una reducción de la mitad de las cuotas por contingencias comunes mientras dure esta situación de Incapacidad temporal parcial.

La determinación de la gravedad de la enfermedad que justifique este régimen de compatibilidad puede hacerse por dos vías: o bien se atiende a la duración (previsible) de la patología, o bien a su gravedad en los efectos sobre la salud. La primera opción, que permitiría el acceso a la IT parcial para enfermedades de duración estimada superior a 15 días, tendría un mayor alcance, aunque también un mayor riesgo de fraude. La segunda, que limitaría esta nueva forma de prestación a los trabajadores que padezcan enfermedades de particular gravedad, primando una función social de evitación de la exclusión del trabajador que la sufre. Para estos enfermos, el trabajo parcial puede suponerles un soporte anímico importante, por lo que la **institución de la IT parcial cumpliría una importante función social de protección de la dignidad y apoyo, con la ventaja añadida de suponer un ahorro para el sistema de protección social al minorarse la pérdida de rentas que este compensa**. Paralelamente a lo anterior, se propone la introducción de una prestación de ayuda temporal al transporte para quien por razón de su enfermedad o lesión tenga particulares dificultades para desplazarse hasta el centro de trabajo, aunque una vez allí sí pueda prestar sus servicios.

Esta regla de expresa compatibilidad también se pretende extender a las situaciones de **suspensión del contrato por riesgo del embarazo o durante la lactancia natural**, teniendo siempre presente que lo está en juego es el derecho a la vida y a la integridad física de la mujer en un período especialmente sensible de su ciclo biológico. Aún así, hemos valorado pertinente avanzar en una propuesta normativa que contemple la



suspensión parcial del contrato de trabajo **si puede acreditarse que una menor exposición al riesgo puede ser suficiente para evitar los riesgos perjudiciales para la salud de la trabajadora**. Obviamente una solución como la descrita debería siempre articularse a través de una gestión integral de la prevención, en cuyo caso, se permitiría la aptitud parcial para el trabajo, acreditada dicha circunstancia con la certificación expedida por los servicios médicos de la Mutua en el que se constatase que las condiciones del puesto de trabajo desarrollado por la trabajadora influyen negativamente en su gestación o para ejercer su derecho a la lactancia natural pero que sí esta prestación no alcanzase la totalidad de la jornada sería posible una **aptitud parcial para el trabajo, en cuyo caso, solo se suspendería parcialmente el contrato, percibiendo de manera simultánea la prestación en proporción al tiempo de jornada reducida**.

En relación a la compatibilidad del trabajo, por cuenta ajena o propia, con el disfrute de la **prestación de maternidad o paternidad a tiempo parcial**, no parece que la regulación plantee especiales deficiencias (salvedad hecha de la incongruencia respecto a la automaticidad con la que opera el art. 37.5 ET) pues en ella subyace la existencia de dos intereses jurídicamente protegibles: de un lado, el de atender al menor en el tiempo inicial de incorporación a la familia (y, en el caso de la maternidad, también a la de procurar la recuperación física de la madre); de otro, la libertad de empresa. Para lograr la conciliación de ambos derechos, parece especialmente conveniente que la norma remita a los interesados, esto es, a trabajador y empresario para que logren un acuerdo que suponga una adecuación razonable de los intereses en juego. Cuestión distinta es el **severo régimen de incompatibilidades establecido en la DA 1ª –apdo 7- RD 295/2009**, especialmente en lo que hace al disfrute del permiso por lactancia o la reducción de jornada por guarda legal, pues, a nuestro juicio, no tiene una justificación objetiva en tanto que incrementa y multiplica inexplicablemente los mecanismos de garantía frente al fraude en el disfrute de la maternidad o paternidad a tiempo parcial al tiempo que proyecta una clara desconfianza ante el disfrute de la prestación en este régimen.

Finalmente en lo que hace a la compatibilidad del trabajo, por cuenta ajena o propia, con la **reducción de jornada por cuidado de hijo enfermo**, partiendo de la valoración positiva que merece el RD 1148/2011, en él observamos una importante carencia, cual es que no toca el punto central de los problemas que viene planteando su aplicación. Es decir, si, en defecto de negociación colectiva o acuerdo con el empresario, el derecho individual de los trabajadores, hombres y mujeres, a disponer de la reducción de jornada por esta causa **puede calcularse en cómputo anual**. Con la normativa vigente, esta posibilidad no es posible si no se alcanza tal acuerdo o existe una previsión convencional expresa si bien conforme al interés jurídico protegido, consideramos que sería necesaria impulsar una **modificación normativa en el sentido de eliminar la exigencia de la previsión convencional para proceder a la concreción horaria de la reducción**, habida cuenta que se trata de una cuestión en la que debiera primar la urgencia de la atención al menor que exclusivamente debieran valorar el facultativo y sus padres, teniendo que alcanzar, en según qué circunstancias, a la totalidad de la jornada.



En lo que hace a la **posible compatibilidad entre el trabajo y la percepción de algún tipo de prestación de desempleo**, hemos sostenido que el **criterio más idóneo** para admitir esta posibilidad debiera quedar vinculado al **nivel de ingresos o salarios**, de tal forma que la prestación sería compatible en la medida en que no se sobrepasaran. A salvo quedarían los subsidios por desempleo, cuya naturaleza asistencial obligaría a tomar como referencia el límite que en cada momento determine lo que se entienda por situación de necesidad. De esta forma se articularía una relación más fluida entre trabajo y prestación, donde lo importante no es cuánto se reduce la jornada en términos verticales u horizontales, cuántos días está en suspenso el contrato de trabajo, sino cuánto retroceden las rentas a las que se sustituye o en qué nivel se sitúa el sujeto en relación con el nivel mínimo de subsistencia de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

Se insta, en consecuencia, a la actualización del RD 625/1985 que desarrolla la protección por desempleo en nuestro país. En particular, se propone establecer la regla de la cuantía como criterio delimitador de la compatibilidad entre trabajo y prestación. En el caso del nivel contributivo, la cuantía de la prestación se reduciría proporcionalmente hasta alcanzar la cuantía total que se tuviera reconocida. Por lo que hace al nivel asistencial, se seguiría la misma regla pero con la diferencia de que en este caso el tope, lógicamente, debe estar en el 75% del SMI. Superados tales límites, trabajo y protección por desempleo resultan incompatibles

Asimismo hemos abogado por un **avance en el plano de la compatibilidad del trabajo autónomo con la protección por desempleo**, que va desde una delimitación menos estricta de los supuestos de incompatibilidad hasta la completa extensión, bajo los criterios que acabamos de describir, poniendo de relieve que **esta modificación, lejos de fomentar el fraude, puede ser un incentivo para declarar empleo sumergido**.

De otra parte, hemos puesto de manifiesto las importantes incongruencias que aún persisten en la regulación de la compatibilidad con el empleo parcial. A este respecto, hemos visto cómo a pesar de que el RD Ley 20/2012 ha cubierto numerosas lagunas especialmente en el ámbito de la concurrencia de varios empleos parciales, aún persisten algunas otras, especialmente en los casos en que las distintas vicisitudes en relación con el empleo se dan de forma sucesiva, estableciendo en la presente investigación una sistematización de las posibles soluciones a este respecto.

Finalmente se han subrayado las ventajas y desventajas que los distintos programas de empleo plantean respecto del objetivo de fomento del empleo y **se ha formulado una propuesta de reconversión de los distintos programas hoy vigentes**. Se apuesta por la sustitución del elenco de programas de empleo por uno solo. El nuevo programa de empleo para la compatibilidad entre trabajo y desempleo se basaría en la técnica del subvención salarial y descansaría sobre tres vectores básicos: a) se dirigiría a las prestaciones asistenciales, especialmente en relación con los colectivos con especiales dificultades de acceso al empleo; b) su cuantía sería proporcional hasta el tope que se estimara conveniente; y c) el programa está concebido para que no suponga aumento del gasto.

Desde una perspectiva más general y a la luz de la situación socio económica actual, hemos considerado pertinente incluir un capítulo destinado al análisis de **las pensiones de viudedad y orfandad, asumiendo la necesidad de una profunda revisión de**



ambas prestaciones que, con carácter general, son compatibles con el trabajo. Por lo que respecta la viudedad, nuestra propuesta parte de la base de seguir considerándola una pensión de derecho derivado, pero sólo en su acceso, introduciendo un refuerzo en el periodo de carencia. No obstante, su mantenimiento debiera condicionarse a una serie de elementos que determinarán la temporalidad y el tipo de pensión. En este sentido el sujeto beneficiario podrá mantener el derecho a la pensión en función de la edad, de las posibilidades de acceso al mercado de trabajo, y de los ingresos y/o recursos propios que tenga o pueda tener. La propuesta de una nueva pensión de viudedad pasa por una reformulación completa. En primer lugar se propone la existencia de una pensión de viudedad temporal para la franja de edad comprendida entre los 18 y los 49 años; una pensión vitalicia para la franja de edad comprendida entre los 50 y los 65 o 67 años, modulando su cuantía en función del volumen de ingresos del beneficiario pudiendo ocurrir que con esta modulación se pudiese llegar a la práctica extinción de la misma, y condicionada a la inscripción como demandante de empleo; y una pensión vitalicia a partir de los 65 ó 67 años sin condicionantes salvo que haya que seguir modulándola en función de los ingresos del beneficiario. Por último, y para el caso de falta de cumplimiento de los requisitos contributivos y/o asistenciales, hemos previsto la creación de una pensión de viudedad de adaptación o ajuste.

En la misma línea de propuesta que guía la presente investigación, es decir, que el disfrute de pensiones no pueda desincentivar el acceso al mercado de trabajo, se propone una reforma en materia de orfandad que respetando la dualidad de edades actuales refuerce la exigencia de ingresos. De este modo, sería posible diferenciar dos situaciones: a) para el caso de huérfanos hasta los 21 años ese límite de ingresos habría de situarse en el doble del salario mínimo interprofesional, y en caso de superarse aplicar las reglas de modulación de la cuantía de la pensión; y b) para el caso de huérfanos a partir de los 22 y hasta los 25 años, habría de mantenerse el límite actual de ingresos, esto es, SMI, si bien en todo caso, entrarían en juego las mismas reglas de modulación. Esta diferenciación de trato se justifica por la propia diferencia de la situación de partida, ya que, en el primer supuesto (tomando como referente siempre el estándar de joven a esa edad) su posible acceso al mercado de trabajo será menor y generalmente de peor calidad, dado que aún no se han completado los estudios (universitarios o de formación profesional) que le permitan adquirir esa cualificación.