

LA PRESTACIÓN DE DESEMPLEO EN LA RECIENTE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Luis Fernando De Castro Mejuto

*Magistrado especialista de la Sala de lo Social
del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.*

Doctor en Derecho

Recepción: 15 de mayo de 2010

Aceptación por el Consejo de Redacción: 8 de junio de 2010

RESUMEN:

Crónica de las últimas elaboraciones judiciales del Tribunal Supremo sobre la prestación de desempleo; en concreto, se van a analizar de manera separada la doctrina reiteradísima, la reiterada y también la jurisprudencia en formación; haciendo especial hincapié en el cambio de criterio operado en alguna de las instituciones más importantes sobre este subsidio.

Palabras clave: Desempleo – Tribunal Supremo – Jurisprudencia.

ABSTRACT:

Chronicle of the latest Supreme Court judicial elaborations on the unemployment benefit; in particular, to be analyzed separately the most confirmed, the confirmed and also the creating judicial doctrine, with special emphasis on the change of operating in any of the most important institutions about this benefit.

Keywords: Unemployment benefit – Supreme Court – Judicial doctrine.

La prestación por desempleo en la reciente doctrina jurisprudencial

Sumario: I. Aproximación a la jurisprudencia más reciente sobre el subsidio de desempleo. II. Relación de criterios consolidados en el Tribunal Supremo. 1. Doctrina reiteradísima. 2. Doctrina reiterada. III. Jurisprudencia en formación sobre desempleo

I. APROXIMACIÓN A LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE SOBRE EL SUBSIDIO DE DESEMPLEO

1. La prestación por desempleo es una pieza clave de las políticas del Estado de bienestar, junto a las pensiones y otros servicios, tanto desde el punto de vista de su elaboración práctica, como de su realidad práctica¹. Correlativamente a esta idea, su protección tiene en nuestro país un marcado *carácter compulsivo*², al aparecer específicamente exigida por el artículo 41 de la Constitución Española³, cuya plasmación en la legislación ordinaria se encuentra en los artículos 203 a 234 de la Ley General de la Seguridad Social (todo el Título III), siquiera se complete con una amalgama de regulaciones reglamentarias sobre los diversos regímenes y aspectos dispares. Ahora bien, dos precisiones se imponen a la hora de abordar la institución, pese a que lo sea desde el punto de vista jurisprudencial –que es lo que se pretende en este artículo–; por un lado, el término «desempleo» utilizado por el texto constitucional no puede identificar la contingencia protegida con la mera falta de trabajo y del salario que conlleva o, en general, con la situación de «paro forzoso»⁴ en que se encuentra quien no tiene trabajo por causas ajenas a su voluntad, sino que ha de hacerse –en particular– con quien no tiene trabajo, mas lo ha tenido con anterioridad (reflejo del artículo 203 del texto articulado⁵). Y por otro lado, no ha de olvidarse que originalmente el subsidio de desempleo se relacionaba con la

1 Véase BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M. A., *Curso de Seguridad Social*, 9ª edición, Tirant lo Blanch (Valencia, 2002), pág. 616.

2 Así la califica la doctrina, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X. M., *Derecho de la Seguridad Social*, 2ª edición, Netbiblo (A Coruña, 2006), pág. 167.

3 «Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, *especialmente en caso de desempleo*» (art. 41 CE).

4 Véase REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, Espasa-Calpe (Madrid, 2001), pág. 778.

5 «El presente Título tiene por objeto regular la protección de la contingencia de desempleo en que se encuentren *quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo*, en los términos previstos en el artículo 208 de la presente Ley» (art. 203.1 LGSS).

idea del seguro y un modelo contributivo⁶, esto es, se pretende que el desempleado perciba una renta durante el periodo en que se encuentre sin trabajo y cuya duración dependerá del tiempo que haya trabajado –y, sobre todo, cotizado- anteriormente (por tanto, son prestaciones sustitutivas). No obstante, la crisis desatada en algunos momentos históricos, la amplitud y persistencia de la situación de desempleo y la gran cantidad de demandantes, reveló que aquella idea era insuficiente para subvenir las necesidades e impuso el desarrollo complementario de un sistema de base asistencial⁷, es decir, proporcionar prestaciones a personas sin empleo necesitadas y sin relación con el previo desempeño de un trabajo –y, nuevamente, cotizaciones-, con los que no se trata, empero, de sustituir su nivel de renta anterior, sino unos mínimos de subsistencia. Esta distinción, en principio clara, se complica desde el momento en que en este nivel asistencial se requiere, salvo contadas excepciones, ya una previa conexión con el nivel contributivo –por haber sido beneficiario de prestaciones de ése y haberlas agotado-, ya la acreditación de un periodo mínimo de cotización –en cuantía menor que en el nivel contributivo-.

Entrando ya en materia, debería advertirse que, aunque el problema del desempleo y de las creaciones judiciales, que se puedan haber producido acerca de él, se ven mediatizado a día de hoy por la crítica situación económica y la falta de cobertura de amplios sectores de desempleados o «parados» –estoy utilizando su significado menos jurídico y más corriente-, así como por los efectos⁸ que va a tener en todos los conflictos el Real Decreto-ley 10/2009, de 13/Agosto, por el que se regula el programa temporal de protección por desempleo e inserción –y que fue convalidado el día 17/Septiembre, en votación del Congreso de los Diputados-; y de la Ley 14/2009, de 11/Noviembre, con el mismo título y que sustituye al anterior⁹; no puede olvidarse que la prestación en cuanto tal sigue existiendo y se han producido en el último año más de una cincuenta de

6 Véase DE LA VILLA GIL, L. E. [Dir.], *Derecho de la Seguridad Social*, 3ª edición, Tirant lo Blanch (Valencia, 2002), pág. 587.

7 Sobre la definición y diferencia entre uno y otro nivel, véase MOLINER TAMBO-RERO, G., «Desempleo», en DESDENTADO BONETE, A. [Coord.], *Seguridad Social. Manual de Formación*, 1ª edición, Consejo General del Poder Judicial (Madrid, 2002), págs. 949 y siguientes.

8 Sobre este programa temporal y su prórroga, pueden verse LUJÁN ALCARAZ, J., «El programa temporal de protección por desempleo e inserción», en *Aranzadi Social*, núm.10 (2009), págs. 11 a 27; ALEGRE NUENTO, M., «La prestación extraordinaria por desempleo», en *Actualidad Laboral*, núm. 5 (2010), pág. 1 y ss.; o FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., «El programa temporal de protección por desempleo e inserción y su prórroga (Ley 14/2009, de 11 de noviembre)», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 324 (2010), págs. 5 a 30.

9 Decisión de protección social excepcional que se ha ido extendiendo progresivamente –en ámbito temporal y subjetivo- a través del Real Decreto 133/2010, de 12/Febrero, por el que se establece la prórroga del programa temporal de protección por desempleo e inserción, regulado por la Ley 14/2009; y el Real Decreto-Ley 02/2010, de 19/Marzo, sobre Reducción del número mínimo de jornadas reales cotizadas para acceder al subsidio por desempleo o a la renta agraria a favor de los trabajadores eventuales agrarios afectados por las inundaciones acaecidas en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura.

Sentencias acerca de distintos aspectos del subsidio, siquiera se han reiterado numerosas puntos. Naturalmente, toda la exposición de este artículo se centrará en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, dadas las funciones reservadas a este órgano en cuanto a unificación de doctrina se refiere (artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral¹⁰), y en un periodo temporal que abarcará desde finales del año 2008 a principios de 2010.

2. Centrado el tema, se pueden hacer tres grandes grupos¹¹: uno, el de la *jurisprudencia reiteradísima*, o de imposible desconocimiento, que está integrada por las resoluciones que inciden en criterios ya muy consolidados; otro, el de la *jurisprudencia reiterada*, en la que se sitúan resoluciones que insisten en la misma línea doctrinal, pero todavía no tan constante; y finalmente, la *jurisprudencia en formación*, donde incluiré aquéllas que han marcado criterio, innovando o modificando una orientación hasta este momento vigente, y han supuesto un cambio de tendencia que –previsiblemente– se mantendrá.

Estas últimas son, en orden cronológico, las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas: (1) 09/06/09 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 3527/08–, sobre el cómputo del importe de la cuota del Convenio Especial a los efectos de determinar el límite obstativo del subsidio para mayores de cincuenta y dos años; (2) 28/04/09 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 1813/08–, que determina que el cese voluntario en el trabajo en país extranjero de un emigrante retornado no impide la aplicación de la teoría del paréntesis (también para subsidio para mayores de cincuenta y dos años); (3) 03/12/08 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 99/08–, que establece el cálculo de la carencia de rentas o ingresos en dicho subsidio; (4) 20/10/08 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 142/07–, acerca del cómputo del plazo previsto en el artículo 145.bis.1, párrafo tercero, de la Ley de Procedimiento Laboral; (5) 09 y 14/10/08 –Recursos de Casación para unificación de la doctrina 3974/07 y 3165/07–, sobre la falta de derecho al desempleo para mayores de cincuenta y dos años del español retornado de un país de la Unión Europea o asimilado, que no haya efectuado ninguna cotización en España; y finalmente, (6) 18/09/08 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 1875/07–, concerniente al derecho a la prestación de desempleo de un trabajador que rescinde su relación laboral al reducir el empresario su jornada laboral con amparo en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. Todas ellas se recogerán y analizarán en el último epígrafe, excepto las (2) y (5), dado que han generado una prolífica jurisprudencia sobre aspectos vinculados y he estimado más sistemático incluirlas en el siguiente apartado.

10 «El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos» (art. 217 LPL).

11 Estoy empleando la clasificación terminológica expresada en MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X. M., *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, Netbiblo (A Coruña, 2006), pág. 25.

II. RELACIÓN DE CRITERIOS CONSOLIDADOS EN EL TRIBUNAL SUPREMO

3. Junto a las citadas se sitúan más de tres docenas de resoluciones que, incidiendo sobre aspectos decisivos de la prestación, refrendan criterios establecidos con anterioridad por el propio Tribunal Supremo. Dentro de este gran conjunto, podemos establecer dos grupos: uno, el de aquellas Sentencias que reproducen aspectos consolidados y que resuelven, casi en todos los casos, cuestiones jurídicas muy similares (doctrina reiteradísima); y otro, el de las que reiteran jurisprudencia menos consolidada (doctrina reiterada).

1. Doctrina reiteradísima

4. Dos son los criterios judiciales que se incluyen en este apartado, por un lado, el que concierne al *reintegro de las prestaciones de desempleo instado por el Servicio Público de Empleo Estatal contra una empresa, por contratación temporal abusiva y fraudulenta*¹², en las que se ha declarado (ya desde la Sentencia del Tribunal Supremo 10/10/07 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 3782/06-) que las irregularidades en la contratación, que no afecten al derecho a la prestación por desempleo, no son causa suficiente que justifique una reclamación a la empleadora de las prestaciones por desempleo abonadas por la entidad gestora. El motivo empleado para llegar a dicha conclusión es –en todas ellas- que la Entidad Gestora ni es un garante de la contratación, ni se puede convertir en un policía en las relaciones laborales. Se entiende en dichas resoluciones, por tanto, que no procede la reclamación mencionada, porque, aunque el trabajador percibió la prestación por desempleo durante los períodos de inactividad por haberse producido formalmente una extinción contractual durante los períodos reclamados, en realidad, le correspondería a aquél la misma prestación si se hubiera efectuado un contrato fijo discontinuo o a tiempo parcial indefinido, los cuales dan derecho asimismo a percibir la prestación por desempleo durante los períodos de inactividad referidos (Sentencias del Tribunal Supremo 08/05/09 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 2369/08-; 05/03/09 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 1225/08-; 26/02/09 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 1237/08-; 27/01/09 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 220/08-; 15/01/09 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 505/08- 27/01/09 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 1160/08-; 22/05/09 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 1620/08-; 11/05/09 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 1421/08-; 18/05/09 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 1917/08-; y 22/05/09 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 1620/08-).

Y, por otro lado, el criterio judicial fijado por dos sentencias, que se han dictado en el último año largo: las Sentencias del Tribunal Supremo 09 y 14/10/08 –Recursos de Casación para unificación de la doctrina 3974/07 y 3165/07-. Ese nuevo criterio precisa

¹² Un estudio de la institución puede obtenerse a través de SAMPEDRO CORRAL, M., «La contratación abusiva o fraudulenta temporal y el reintegro por el empleador de la prestación contributiva por desempleo en la Ley 45/2002», en *Revista del Ministerio del Trabajo e Inmigración*, núm. 49 (2004), págs. 61 a 82.

que, tras la Ley 45/2002, de 12/Diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, los trabajadores retornados de países miembros de la Unión Europea, o con los que exista convenio de protección por desempleo, sólo obtendrán las prestaciones de éste en la forma prevista en las normas comunitarias o en los correspondientes convenios; de tal manera que, al suprimirse por esta Ley el subsidio para emigrantes retornados, únicamente tienen subsidio los ajenos a la Unión Europea o a países con convenio sobre desempleo, no pudiendo reconocérsele prestación en España cuando no han cotizado en nuestro país (Sentencias del Tribunal Supremo 26/12/08 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 1677/08-; 23/01/09 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 4549/07-; 29/01/09 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 1308/08-; 13/05/09 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 2607/09-; 19/05/09 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 3516/2008-; y 10/11/09 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 796/09-). El motivo de esta línea interpretativa se fundamenta en que el Tribunal europeo¹³, en interpretación del artículo 67.3 del Reglamento Comunitario 1408/1971, de 14/Junio, ha entendido que *para poder acceder a las prestaciones de desempleo de cualquier país comunitario resulta necesario que el beneficiario hubiera cubierto en último lugar periodos de seguro o empleo con arreglo a la legislación a cuyo amparo se solicita la prestación*; lo que quiere decir que primero se ha de satisfacer el «requisito comunitario» y posteriormente los «requisitos nacionales». De forma tal que los solicitantes del subsidio asistencial de desempleo que no hayan cotizado al desempleo en España tras percibir prestaciones en el extranjero no tendrán derecho al mismo.

5. Completando esta doctrina, se dictan las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas: (a) 26/05/09 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 3001/08-, relativa a subsidio de desempleo de mayores de cincuenta y dos años de trabajadores que han sido perceptores del subsidio para *emigrantes retornados*¹⁴, en la que (reproduciendo jurisprudencia, en concreto, de las Sentencias del Tribunal Supremo 07/05/98 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 4630/96-, 18/06/98 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 2989/1997-, 13/10/98 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 507/1998-, 25/03/99 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 1003/998-; y 07/03/05 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 894/2004-) ha estimado cumplido el requisito cuando el demandante retornado había estado disfrutando

13 Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 25/02/99, Asunto núm. C-C-320/1995.

14 Para una mayor información sobre el emigrante retornado y su protección social, véanse MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X. M., *Derecho de la Seguridad Social*, cit., págs. 293 y ss.; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. y MIRANDA BOTO, J. M., «El subsidio para emigrantes retornados: cuestiones para un debate», en *Temas laborales*, núm. 74 (2004), págs. 109 a 122; y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., «La reforma del subsidio de desempleo para emigrantes retornados: su contraste con los principios constitucionales de los artículos 14 y 42 de la Carta Magna», en *Desempleo: XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Oviedo, 23 y 24 de mayo de 2003*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2004), págs. 1357 a 1376.

de aquel específico «subsidio para emigrantes retornados»; y (b) 21/04/09 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 3407/08-, donde reiterando criterio precedente (para todas, Sentencias del Tribunal Supremo 26/12/08 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 1677/08-; y 23/01/09 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 4549/07-), se establece que el percibo en España de la *prestación exportada* de Alemania no es equiparable al periodo de seguro en los términos exigidos por el artículo 67.3 del Reglamento 1408/1971, de 14/Junio, porque en estos casos la función del Servicio Público de Empleo Estatal es de pagador de la pensión exportada y con ello no se cubre la exigencia de lo que debe entenderse por periodo de seguro en los términos del artículo 1. r) del propio Reglamento.

Y cerrando este grupo sobre emigrantes –ésta supone una innovación- la Sentencia del Tribunal Supremo 28/04/09 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 1813/08- precisa que el *cese voluntario*¹⁵ en el trabajo en país extranjero de un emigrante retornado no impide la aplicación de la teoría del paréntesis, incluso en subsidio para mayores de cincuenta y dos años; al ponderar tanto la diversidad de las legislaciones reguladoras de la relación laboral, que dificultan la calificación del cese, como la dificultad de acreditar en España, años después del cese, el carácter voluntario o involuntario de aquél. Constituyendo esos datos un obstáculo para la vuelta a España contrario al artículo 42 de la Constitución Española, cuando –precisamente- el subsidio percibido en su momento respondía a dicha finalidad. En consecuencia, se considera que el precepto aplicable a este supuesto sería el 208.5 de la Ley General de la Seguridad Social¹⁶ y *declara en situación legal de desempleo a los trabajadores que retornen a España por extinción de la relación laboral en el extranjero, sin exigir que esa extinción lo haya sido por causas ajenas a su voluntad.*

2. Doctrina reiterada

6. En cuanto a las que reiteran doctrina menos consolidada o la puntualizan, se pueden destacar las siguientes once Sentencias del Tribunal Supremo –amén de otras ya citadas- de fechas:

(1) 15/01/10 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 948/09-, acerca de la *aplicación de la doctrina del paréntesis*¹⁷ a las lagunas de cotización en el subsidio de desempleo para mayores de cincuenta y dos años para el cumplimiento de la carencia específica, razonando sobre las interrupciones en la inscripción en la Oficina pública como demandante de empleo y llegando a la conclusión de que el solicitante no presentaba una continuidad de voluntad de permanencia en el mundo laboral. En la resolución se recuerda

15 Acerca de este concepto, puede verse MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La dimisión del trabajador», en *Actualidad Laboral*, núm. 20 (1990), págs. 227 y ss.

16 «Cuando los trabajadores retornen a España por extinguírseles la relación laboral en el país extranjero, siempre que no obtengan prestación por desempleo en dicho país y acrediten cotización suficiente antes de salir de España» (art. 208.5 LGSS).

17 Véase SEMPERE NAVARRO, A., «Base reguladora y “Doctrina del Paréntesis”»: comentario a la STS 1 octubre 2002», en *Aranzadi Social*, núm. 7 (2003), págs. 191 a 198.

la doctrina (expresada, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo 19/07/01 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 4384/00-) de que no cabe reducción de los períodos de carencia o cotización impuestos en las normas legales y reglamentarias; que los intervalos excluidos del cómputo del período o plazo reglamentario anterior al hecho causante son, en principio, aquéllos en que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad, como la situación de desempleo; que cabe excluir de dicho cómputo, a efectos del cumplimiento de los requisitos de alta y cotización, un «interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo» que no revele «voluntad de apartarse del mundo laboral» (Sentencia del Tribunal Supremo 12/03/98 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 2307/97-; y 09/11/99 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 4916/98-); y «La valoración de la brevedad del intervalo de ausencia del mercado de trabajo se ha de hacer en términos relativos, que tengan en cuenta el tiempo de vida activa del asegurado, su “carrera de seguro”, y también en su caso la duración del período de reincorporación al mundo del trabajo posterior a su alejamiento temporal» (Sentencia del Tribunal Supremo 25/07/00 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 2808/99-).

(2) 15/10/09 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 3279/08- en la que se analiza la aplicación del párrafo primero de la regla 4ª del apartado 1 de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre¹⁸, concerniente al pago único de prestaciones de desempleo¹⁹, reiterando el criterio hasta ahora mantenido (para todas, las Sentencias del Tribunal Supremo 25/05/00 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 2947/99-; 07/11/05 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 4697/04-; y 11/07/06 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 2317/05-) y afirmando que una antelación de unos días entre la constitución formal de la sociedad laboral y la presentación de la solicitud del pago único, desde la perspectiva finalista del estímulo al autoempleo, no justifica su denegación, cuando el beneficiario estaba realmente desempleado y tanto el comienzo de las actividades de la sociedad laboral como su inscripción, igual que la del socio/trabajador fue posterior a la petición del pago único²⁰.

18 «[...] La solicitud del abono de la prestación por desempleo de nivel contributivo, según lo establecido en las reglas 1ª, 2ª y 3ª, en todo caso deberá ser de fecha anterior a la fecha de incorporación a la cooperativa o sociedad laboral, o a la de constitución de la cooperativa o sociedad laboral, o a la de inicio de la actividad como trabajador autónomo, considerando que tal inicio coincide con la fecha que como tal figura en la solicitud de alta del trabajador en la Seguridad Social [...]» (DT Cuarta.1, regla 4ª, párr. 1 Ley 45/2002).

19 Sobre el pago único, véanse CAÑAL RUIZ J. M. y RUBIO DE MEDINA, M. D., «El pago único de la prestación por desempleo: régimen jurídico y novedades introducidas por la ley 45/2002, de 12 de diciembre», en *Temas Laborales*, núm. 68 (2003), págs. 105 a 122; o MARTÍN LÓPEZ, S., «La cooperativa de trabajo asociado como fórmula de emprendimiento mediante la utilización de la capitalización del desempleo: un análisis económico financiero», en PINDADO GARCÍA, J. [Coord.], *Estableciendo puentes en una economía global (Vol. 1)*, ESIC (Madrid, 2008), págs. 64 y ss.

20 Véanse, en concreto, ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. y PLAZA ANGULO, J., «El desempleo en su modalidad de pago único como ayuda a nuevos emprendedores», en *Temas*

(3) 26/05/09 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 2410/09-; (4) 25/02/09 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 1877/08-; y (5) 13/04/09 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 2255/08-; se refieren a la *base reguladora de la incapacidad permanente cuando se percibe prestación de incapacidad temporal tras la extinción del contrato*²¹, donde, aplicando abundante doctrina al respecto (entre otras muchas, Sentencias del Tribunal Supremo 23/01/08 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 450/07-; 21/02/08 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 2836/06-; 04/03/08 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 571/07-; 19/05/08 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 1727/07-; 29/05/08 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 2318/07; 14/10/08 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 2651/07-; 05/11/08 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 802/07-; y 25/02/09 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 1877/08-), sostiene nuestro Alto Tribunal que la prestación percibida por el asegurado en situación de incapacidad temporal tras la extinción sigue siendo un subsidio de dicha naturaleza y no una prestación de desempleo, que se abona por la Entidad Gestora en régimen de pago directo sin obligación de cotizar, por lo que en tal período rige la regla del artículo 140.4 de la Ley General de la Seguridad Social²². El Tribunal recuerda que la dicción literal del artículo 222.1 del mismo texto²³ establece dos situaciones: una, la del

Laborales, núm. 95 (2008), págs. 283 a 296; u OLARTE ENCABO, S., «Formalismo ante la situación legal de desempleo de socios trabajadores de cooperativa de trabajo asociado: la parcial desprotección por desempleo en situaciones paradójicas», en *Temas laborales*, núm. 82 (2005), págs. 237 a 248.

21 Sobre la relación entre una y otra situación, véanse BARCELÓN COBEDO, S., «El nuevo contenido del artículo 222 de la Ley General de Seguridad Social: Los problemas de conexión entre las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo», en *Temas Laborales*, núm. 66 (2002), págs. 207 a 232; y ÁLVAREZ CUESTA, H., «La concatenación entre la prestación contributiva por desempleo y la incapacidad temporal. Análisis del artículo 222 LGSS», en *Desempleo: XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Oviedo, 23 y 24 de mayo de 2003*, cit., págs. 739 a 758.

22 «Si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, dichas lagunas se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años [...]» (art. 140.4 LGSS)

23 «Cuando el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y durante la misma se extinga su contrato, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal en cuantía igual a la prestación por desempleo hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo en el supuesto de que la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 208 y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la prestación por desempleo contributivo que le corresponda de haberse iniciado la percepción de la misma en la fecha de extinción del contrato de trabajo, o el subsidio por desempleo. En tal caso, se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo, como ya consumido, el tiempo que hubiera permanecido en la situación de incapacidad temporal a partir de la fecha de la extinción del contrato de trabajo [...]» (art. 222.1 LGSS).

trabajador que estando en incapacidad temporal ve extinguido su contrato de trabajo y permaneciendo en esa situación no pasa a percibir las prestaciones de desempleo; y otra, la del trabajador que sí percibe estas prestaciones una vez extinguido el contrato. En el primero, que es el decidido por las Sentencias citadas, está previsto seguir percibiendo la prestación de incapacidad temporal, por la que no hay obligación de cotizar, en la cuantía correspondiente a la prestación de desempleo que pudiera haber correspondido, sin disponer nada sobre la regla del artículo 140.4 de la Ley General de la Seguridad Social. En el segundo, y tras finalizar el proceso de incapacidad temporal, el trabajador es dado de alta y pasa a percibir las prestaciones de desempleo de cuyo periodo se descuenta el de la incapacidad temporal, disponiéndose entonces que el Servicio Público de Empleo Estatal cotice a efectos ulteriores por el periodo descontado.

(6) 09/03/09 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 4429/07- (puntualizando el criterio fijado en la Sentencia del Tribunal Supremo 26/03/07 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 1646/06-), en la que se discute *si recae sobre la empresa o el trabajador la obligación de reintegro de la prestación por desempleo percibida indebidamente*²⁴. El supuesto de hecho sobre el que se decide es sencillo: se reconoció prestación al trabajador a partir del cese por despido, pero después dicho cese fue declarado improcedente con opción por la readmisión. Posteriormente y en virtud de incidente de no readmisión, se procede a extinguir la relación laboral con reconocimiento de indemnización y sin salarios de tramitación, por haberlos satisfecho ya la empresa con anterioridad. El Tribunal Supremo llega a la conclusión de que corresponde a la empresa –y no al trabajador- el reintegro al Servicio Público de Empleo Estatal de la prestación correspondiente al periodo coincidente con el débito de salarios de tramitación, según lo dispuesto en el artículo 209.5.b) y c) de la Ley General de la Seguridad Social²⁵. No puede ni compensarse las cantidades ni que, al haberse hecho el pago de los salarios de tramitación por la empresa de buena fe, se libere de la obligación de reintegrar las prestaciones abonadas al trabajador; y ello, porque los salarios de tramitación se han

24 Sobre la mecánica del reintegro, véanse MARTÍNEZ GIRÓN, J., «Régimen de las prestaciones. Automaticidad en el pago. Incompatibilidades. Reintegro de prestaciones indebidas», en SOUTO PRIETO, J. [Dir.], *El desempleo: especial consideración de las prestaciones del nivel de asistencia*, Cuadernos de derecho judicial, núm. 10 (1996), págs. 275 a 308; o JUANES FRAGA, E., «Revisión de actos declarativos de derecho y reintegro de prestaciones», en DESDENTADO BONETE, A. [Coord.], *Seguridad Social. Manual de Formación*, cit., págs. 638 a 688.

25 «En las resoluciones recaídas en procedimientos de despido o extinción del contrato de trabajo: [...] b) Cuando, como consecuencia de la reclamación o el recurso se produzca la readmisión del trabajador, mediante conciliación o sentencia firme, o aunque aquélla no se produzca en el supuesto al que se refiere el artículo 282 de la Ley de Procedimiento Laboral, las cantidades percibidas por éste en concepto de prestaciones por desempleo se considerarán indebidas por causa no imputable al trabajador [...] c) En los supuestos a que se refieren los artículos 279.2) y 284 de la Ley de Procedimiento Laboral el trabajador comenzará a percibir las prestaciones si no las estuviera percibiendo, a partir del momento en que se declare extinguida la relación laboral» [art. 209.5.b) y c) LGSS].

abonado al trabajador, mientras que la prestación por desempleo es debida a un tercero ajeno a la relación laboral (Servicio Público de Empleo Estatal).

(7) 17/02/09 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 739/08-, que trata del *desempleo de un socio trabajador²⁶ de sociedad laboral, que además era consejero delegado no retribuido*. La cuestión litigiosa resuelta en esta Sentencia consiste en determinar si el actor, socio trabajador, con remuneración propia, de sociedad laboral, en la que participa junto a su esposa en un 25% del capital, siendo a su vez consejero delegado (cargo respecto del que no consta retribución), tiene derecho a percibir la prestación de desempleo al cesar en la relación laboral. Trayéndose a colación doctrina previa (expresada, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo 15/05/99 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 3040/98-), se reconoce tal derecho indicando que la inclusión o exclusión del trabajador socio gestor de una sociedad, de la esfera laboral, depende de la verdadera naturaleza del vínculo y de la posición y actividad que, concretamente, realice la persona en el seno de la sociedad; y en este caso, ha quedado probado que realizaba trabajos laborales de naturaleza común con singularidad propia y específica y la legislación sólo excluye de la protección por desempleo a los consejeros y administradores de las sociedades mercantiles capitalistas cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma; aparte de que la condición de trabajador retribuido prima sobre la de consejero no retribuido.

(8) 28/01/09 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 359/08-, que resuelve si tiene derecho a un nuevo período de prestación por desempleo un trabajador que, durante la percepción de la prestación correspondiente, vio interrumpido temporalmente su percibo debido a la realización de diversos trabajos, ninguno de los cuales llegó a doce meses continuados de duración, si bien la suma de todos ellos arroja un total superior a ese período. Para el Tribunal Supremo, *aplicando por extensión alguna jurisprudencia existente en relación con los trabajadores fijos discontinuos* (por ejemplo, las Sentencia del Tribunal Supremo 30/03/00 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 2105/99), «pues la “ratio decidendi” viene a ser, en definitiva la misma», tiene derecho a nueva prestación, ya que para generar ésta sólo es necesario acumular un período de trabajo de doce meses de duración, pudiendo elegir, ante una nueva situación legal de desempleo, entre generar la nueva prestación o reabrir la anterior, si esta no se hubiera agotado con anterioridad.

(9) 05/12/08 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 2548/06-, que insiste de nuevo sobre la *composición de la unidad familiar²⁷, excluyendo al nieto, salvo que estuviera en régimen de acogimiento*. En el fondo, la cuestión suscitada consiste en determinar la unidad familiar de un solicitante del subsidio de desempleo y, en particular,

26 Más extensamente, véase MORGADO PANADERO, P. [Coord.], *Lecciones sobre trabajo autónomo y economía social*, 1ª edición, Tirant lo Blanch (Valencia, 2009), págs. 210 y ss.

27 Este concepto puede ampliarse a través de LUELMO MILLÁN, M. Á., «Desempleo y familia», en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 54 (2004), págs. 13 a 34.

si deben tomarse en consideración a estos efectos únicamente los familiares expresamente descritos en el artículo 215.2 de la Ley General de la Seguridad Social²⁸ o bien es posible incluir a otros no citados en dicha norma. En concreto, se pretende incluir a la nieta, que convive con el solicitante de la prestación [pero también con su madre]. Se concluye que la claridad de la norma obliga a una interpretación literal e impide incluir a otros parientes (reitera la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo 03/11/04 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 2345/03). En todo caso, tampoco concurren las circunstancias para una interpretación integradora y que permita una mayor flexibilidad, utilizada, en ocasiones, en relación con el salario mínimo interprofesional (artículo 211.3 de la Ley General de la Seguridad Social²⁹), para la prestación contributiva de desempleo (Sentencia del Tribunal Supremo 13/06/98 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 4718/97), cuando los padres de los menores han fallecido y es el abuelo quien se hace cargo de la guarda y cuidado de aquéllos, teniéndolos en su propio domicilio, conviviendo con ellos y haciéndose cargo del sustento y demás necesidades de tales menores. Y ello, porque no consta que la nieta estuviera en el régimen de acogimiento familiar, simple o permanente, previsto en los artículos 172 y siguientes del Código Civil.

(10) 05/11/08 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 1433/07-, sobre el alcance de la *presunción de no laboralidad de los familiares que conviven*³⁰, en concreto, un hijo y su padre. En el presente caso, se discute el derecho al acceso a prestaciones por desempleo por parte de quien trabajaba para su padre, con quien convivía, y percibía por ello un salario mensual superior al Salario Mínimo Interprofesional. Recordando su jurisprudencia al respecto (expresada, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo 25/11/97 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 771/97-; 19/12/97 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 1048/97-; y 19/04/00 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 770/99-), entiende que la presunción de no laboralidad contenida tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en la de la Ley General de la

28 «A efectos de lo previsto en este artículo, se entenderá por responsabilidades familiares tener a cargo al cónyuge, hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados, o menores acogidos, cuando la renta del conjunto de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. No se considerará a cargo el cónyuge, hijos o menores acogidos, con rentas de cualquier naturaleza superiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias» (art. 215.2 LGSS).

29 «La cuantía máxima de la prestación por desempleo será del 175 por 100 del indicador público de rentas de efectos múltiples, salvo cuando el trabajador tenga uno o más hijos a su cargo; en tal caso, la cuantía será, respectivamente, del 200 por 100 o del 225 por 100 de dicho indicador. La cuantía mínima de la prestación por desempleo será del 107 por 100 o del 80 por 100 del indicador público de rentas de efectos múltiples, según que el trabajador tenga o no, respectivamente, hijos a su cargo» (art. 211.3 LGSS).

30 Esta presunción es objeto de estudio en ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L. M., LÓPEZ GANDÍA, J. y SALA FRANCO, T., *Derecho del Trabajo (Tomo II. Contrato Individual)*, 4ª edición, Tirant Lo Blanch (Valencia, 2002), págs. 39 y 40.

Seguridad Social tiene carácter *iuris tantum*, por lo que cabe prueba en contrario. Al no discutirse la realidad de la prestación de servicios ni el percibo de una retribución, que no puede calificarse como «dinero de bolsillo» o «paga semanal», ha de entenderse suficientemente acreditada la relación de trabajo existente y, en consecuencia, el derecho a percibir la prestación por desempleo, en caso de jubilación del padre sin continuidad de la actividad empresarial.

Y (11) 08/10/08 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 2581/07-, *sobre el desempleo en su modalidad de pago único y, en concreto, para el desembolso de una aportación obligatoria inicial para ser socio de una Cooperativa*³¹. El demandante había solicitado la prestación de desempleo en su modalidad de pago único, habiendo desembolsado el 25% del total de la aportación obligatoria inicial para ser socio de una Cooperativa. Posteriormente desembolsó el resto del capital social, que debía haberse ingresado en un plazo máximo de cuatro años, es decir que llegó a desembolsar la totalidad de la aportación obligatoria inicial para ser socio. El Servicio Público de Empleo Estatal le había reconocido la prestación de desempleo, pero con un importe máximo de la cuantía que corresponda a la aportación obligatoria a la Cooperativa. El actor pretende que se le abone la prestación en su totalidad capitalizando aquella y el Tribunal Superior de Justicia había estimado la demanda. El Tribunal Supremo, reiterando doctrina (expresada en las Sentencias del Tribunal Supremo 04/10/07 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 3925/06-; y 16/01/08 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 908/07), considera que se deben diferenciar claramente entre «la aportación obligatoria inicial para ser socio» y «la parte de la misma que debe desembolsarse en el momento de la suscripción», teniendo en cuenta que la cualidad de socio se adquiere por la suscripción de la aportación obligatoria. Por ello, la Ley 27/1999, de 16/Julio, hace referencia al desembolso inicial para ostentar la cualidad de socio, no a la totalidad del capital dinerario que se suscribe y que ha de ingresarse aplazadamente; y el resto de la prestación será abonable trimestralmente para subvencionar la cotización del trabajador a la Seguridad Social.

III. JURISPRUDENCIA EN FORMACIÓN SOBRE DESEMPLEO

7. Del examen de aquellas Sentencias del Tribunal Supremo, que podemos calificar como más innovadoras, en cuanto que modifican doctrina anterior o responden a aspectos que hasta este momento no se habían planteado o resuelto, se pueden extraer las siguientes conclusiones, que se indicarán al hilo de las de fecha:

(1) 09/06/09 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 3527/08-, donde se cuestiona el alcance que, sobre las rentas anuales de un trabajador despedido y a los efectos de la obtención del subsidio por desempleo para los mayores de cincuenta y dos años, pueda tener el abono que haga la empresa, directamente o a través de una aseguradora,

31 Sobre este extremo puede mencionarse a MARTÍN LÓPEZ, S., «La cooperativa de trabajo asociado como fórmula de emprendimiento mediante la utilización de la capitalización del desempleo: un análisis económico financiero», cit., págs. 64 y ss.

de la suma destinada al pago del Convenio Especial³², que el trabajador suscriba con la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez finaliza la percepción de la prestación contributiva de desempleo. Resolviéndose, en interpretación del artículo 215.3.2 de la Ley General de la Seguridad Social³³, que como la indemnización legal se puede abonar a tanto alzado o mediante otra fórmula que garantice su percepción por el trabajador afectado por un despido, y con independencia del método, el importe legal de la indemnización (no así el que lo supere) no computa a los efectos del límite obstativo del subsidio por desempleo. Cuando indemnización por despido y cuota del Convenio Especial han sido garantizadas a través de una misma póliza de seguro colectivo, se estima que *no procede computar como renta el importe de esas cuotas a los efectos de determinar el límite obstativo del subsidio*, descontando ambos conceptos de las cantidades percibidas por el trabajador con cargo a la empresa y abonadas mediante póliza de seguro colectivo.

(2) 03/12/08 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 99/08-, que concierne al cálculo de la carencia de rentas o ingresos en el subsidio de desempleo asistencial, insistiéndose en lo ya indicado en el párrafo anterior (1), dado que, en concreto, se trata de determinar si las cantidades percibidas por trabajadores de una empresa de telecomunicaciones despedidos mediante el *Expediente de Regulación de Empleo*³⁴, donde se ha establecido una indemnización de despido colectivo superior a la establecida en el

32 Con respecto a esta institución, pueden consultarse MAGALLÓN ORTÍN, M. y PÉREZ ALONSO, M. A., *El convenio especial en el sistema de la Seguridad Social*, 1ª edición, Tirant lo Blanch (Valencia, 1997); GALA VALLEJO, C., *El convenio especial y sus modalidades en la seguridad social*, 1ª edición, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2005); y PANIZO ROBLES, J. A., «El aseguramiento voluntario en el Sistema de la Seguridad Social (la nueva regulación del Convenio Especial)», en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 49 (2004), págs. 83 a 126.

33 «Se considerarán como rentas o ingresos computables cualesquiera bienes, derechos o rendimientos de que disponga o pueda disponer el desempleado derivados del trabajo, del capital mobiliario o inmobiliario, de las actividades económicas y los de naturaleza prestacional, salvo las asignaciones de la Seguridad Social por hijos a cargo y salvo el importe de las cuotas destinadas a la financiación del convenio especial con la Administración de la Seguridad Social. También se considerarán rentas las plusvalías o ganancias patrimoniales, así como los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio, aplicando a su valor el 50 por 100 del tipo de interés legal del dinero vigente, con la excepción de la vivienda habitualmente ocupada por el trabajador y de los bienes cuyas rentas hayan sido computadas, todo ello en los términos que se establezcan reglamentariamente. No obstante lo establecido en el párrafo anterior, el importe correspondiente a la indemnización legal que en cada caso proceda por la extinción del contrato de trabajo no tendrá la consideración de renta. Ello con independencia de que el pago de la misma se efectúe de una sola vez o de forma periódica. Para acreditar las rentas la Entidad Gestora podrá exigir al trabajador una declaración de las mismas y, en su caso, la aportación de copia de las declaraciones tributarias presentadas» (art. 215.3.2 LGSS).

34 Sobre la delimitación de las competencias entre el orden jurisdiccional social y el contencioso-administrativo, véase DE CASTRO MEJUTO, L. F., «Delimitación de la competencia sobre los conflictos posteriores a la aprobación de un expediente de regulación de empleo», en *Aranzadi Social*, número 20 (2010), págs. 113 a 122.

artículo 51.8 del Estatuto de los Trabajadores³⁵, computan para el cálculo del citado requisito de carencia de rentas en la cuantía excedente del importe de la indemnización legal. La solución otorgada es la misma que en el supuesto anterior: dicho exceso ha de computar, desdeñándose la aplicación de la Disposición Transitoria 3ª de la Ley 45/2002, de 12/ Diciembre, sobre medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad³⁶, porque la existencia de normas de Derecho comunitario y de Derecho nacional que imponen un marco de libre competencia entre operadores, donde antes había situaciones de monopolio o de restricción de competencia no configura al sector de las telecomunicaciones en un sector en reestructuración «en el ámbito de la Unión Europea», no comporta –por sí misma– la existencia de un plan de reestructuración de una empresa determinada. En otras palabras, una empresa o un sector en reestructuración derivan de una «crisis de empleo» que no se ha dado en sector de las telecomunicaciones, que es, con toda evidencia, un «sector en expansión al amparo de las nuevas tecnologías».

(3) 20/10/08 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 142/07–, mantiene que *el plazo de tres meses, que concede artículo 145.bis.1 de la Ley de Procedimiento Laboral³⁷ a la Entidad Gestora para reclamar la devolución de las prestaciones de desempleo indebidamente percibidas*, debe contarse de fecha a fecha, no procediendo el descuento del plazo del mes de agosto, al menos, cuando dicho mes esté comprendido, en todo o en parte, en el plazo aludido y no expire dentro de ese mes (supuesto este último que no se contempla, por ser ajeno al hecho enjuiciado, pero que ofrecería solución diversa –vía artículo 133.4 de la Ley

35 «Los trabajadores cuyos contratos se extingan de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo tendrán derecho a una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades» (art. 51.8 ET).

36 «A efectos del reconocimiento de los subsidios por desempleo y no obstante lo establecido en el artículo 215.3.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, no se computarán como renta ni el importe de la indemnización por extinción del contrato de trabajo derivada de expediente de regulación de empleo autorizado mediante resolución de la autoridad laboral, ni las prestaciones públicas, consecuencia de dicho expediente, cuyo objeto sea reponer la parte de prestación por desempleo contributiva que el trabajador tuviera consumida a la fecha de extinción de su contrato o contribuir a la financiación de un convenio especial con la Seguridad Social o atender situaciones de urgencia y necesidad sociolaboral que permitan facilitar los procesos de reestructuración de empresas que pudieran conllevar el cese total o parcial de las mismas o contribuyan al mantenimiento del empleo, siempre que el expediente se hubiera iniciado con anterioridad al 26 de mayo de 2002, y dicho expediente fuera la causa de acceso a la prestación por desempleo contributiva cuyo agotamiento permite el acceso al subsidio. Lo dispuesto en el párrafo anterior será igualmente de aplicación cuando el expediente, aun iniciado con posterioridad al 26 de mayo de 2002, traiga causa de planes en sectores en reestructuración en el ámbito de la Unión Europea aprobados antes de dicha fecha» (DT 3ª Ley 45/2002).

37 «[...] La comunicación podrá dirigirse a la autoridad judicial en el plazo de los tres meses siguientes a la fecha en que se hubiera formulado la última solicitud de prestaciones en tiempo y forma» (art. 145.bis.1, pár. tercero, LGSS).

de Enjuiciamiento Civil³⁸). Se razona que resulta aplicable al caso el artículo 5.1 del Código Civil³⁹ (si los plazos estuvieren fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha), sin que resulten aplicables ni el artículo 43.4 de la Ley de Procedimiento Laboral⁴⁰ (restringido a las actuaciones judiciales) ni el artículo 128 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa⁴¹ (pues, subsidiariamente, ha de aplicarse la Ley de Enjuiciamiento Civil y no ésa –Disposición Adicional Primera.1 de la Ley de Procedimiento Laboral⁴²-).

(4) 18/09/08 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 1875/07-, donde se discute si tiene derecho a percibir las prestaciones de desempleo una trabajadora que, *ante la decisión empresarial de reducir la jornada laboral durante seis meses, opta por rescindir el contrato percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio*⁴³. Se sostiene que se trata de una extinción del contrato por una modificación sustancial de las condiciones de trabajo adoptada al amparo del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores⁴⁴, que genera derecho a desempleo total, porque la eventual voluntariedad de la decisión de la trabajadora es meramente formal, dado que no puede obligarse a

38 «Los plazos que concluyan en domingo u otro día inhábil se entenderán prorrogados hasta el siguiente hábil» (art. 133.4 LEC).

39 «Siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente; y si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes» (art. 5.1 CC).

40 «Los días del mes de agosto serán inhábiles, salvo para las modalidades procesales de despido, extinción del contrato de trabajo de los artículos 50 y 52 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, vacaciones, materia electoral, conflictos colectivos, impugnación de Convenios Colectivos y tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales. Tampoco serán inhábiles dichos días para las actuaciones que tiendan directamente a asegurar la efectividad de los derechos reclamados o para las de aquellas que, de no adoptarse, puedan producir un perjuicio de difícil reparación» (art. 43.4 LPL) [redacción del art. previa a la entrada en vigor de la Ley 13/2009, de 03/Noviembre].

41 «Durante el mes de agosto no correrá el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo ni ningún otro plazo de los previstos en esta Ley salvo para el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales en el que el mes de agosto tendrá carácter de hábil» (art. 128.2 LJCA).

42 «En lo no previsto en esta Ley regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil» (DA Primera.1 LPL).

43 Sobre el particular, véase SOLÁ MONELLS, X., «La situación legal de desempleo por reducción de jornada», en *Desempleo: XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Oviedo, 23 y 24 de mayo de 2003*, cit., págs.1417 a 1436.

44 «[...] En los supuestos previstos en los párrafos a), b) y c) del apartado 1 de este artículo, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50, apartado 1 a), si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses» (art. 41.3 ET).

alguien a trabajar de forma distinta a la pactada en el contrato. Dicho precepto reconoce al trabajador afectado por la decisión de la empresa el derecho a rescindir el contrato y percibir una indemnización, sin condicionar ese derecho a una impugnación judicial sobre la corrección de la medida adoptada, de manera que sólo cabe cuestionarse el derecho al desempleo si se hubieran incumplido las exigencias propio artículo 41 y el trabajador no hubiese combatido esa circunstancia judicialmente alegando un fraude de ley que nunca puede presumirse. Además, la de la Ley General de la Seguridad Social (artículo 203.1) considera en situación legal de desempleo al trabajador en las condiciones descritas que opta por resolver voluntariamente su contrato. Y

(5) 13/05/08 –Recurso de Casación para unificación de la doctrina 901/07-, en este supuesto se discute acerca de si resulta legalmente *compatible el percibo el subsidio por desempleo para mayores de cincuenta y dos años con la realización de un trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial cuando por esta actividad se percibe una cantidad superior al 75% del salario mínimo interprofesional*⁴⁵. Pues bien, se establece que de la aplicación conjunta de los preceptos en juego, los artículos 221.1 y 215.1 y 3 de la Ley General de la Seguridad Social, resulta que la primera condición que ha de reunir el beneficiario del subsidio es la de carecer de rentas de cualquier naturaleza superiores en cómputo anual al referido límite, de manera que si a causa del empleo a tiempo parcial se supera ese límite, no cabe la concesión del subsidio. Insiste el Tribunal Supremo en que el carácter asistencial del subsidio le viene dado, no porque se otorgue sin previa contribución al sistema, sino porque su reconocimiento se condiciona en todos los casos a la existencia de un auténtico estado de necesidad que se manifiesta en la carencia de rentas de cualquier naturaleza superiores al salario mínimo interprofesional, y no cabe moderar un requisito legal cuya interpretación gramatical es clara, no siendo, por ende, ajustado a derecho afirmar que en caso de que se presten servicios por cuenta ajena en la modalidad de a tiempo parcial, ese requisito de inexistencia de ingresos ha de moderarse proporcionalmente a la duración o extensión temporal del trabajo realizado.

45 Más en general, puede consultarse SALINAS MOLINA, F., «Prestación o subsidio por desempleo: ¿es compatible con el trabajo?», en *La Revista*, núm. 19 (2000), págs. 13 y ss.