

SITUACIONES LEGALES DE DESEMPLEO POR EXTINCIÓN O SUSPENSIÓN DEL CONTRATO: PROPUESTAS DE ACTUALIZACIÓN

LEGAL SITUATIONS OF UNEMPLOYMENT DUE TO DISMISSAL OR SUSPENSION OF CONTRACT: UPDATE PROPOSALS

Cristóbal Molina Navarrete
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén
ORCID: 0000-0001-8830-6941
cmolina@ujaen.es

RESUMEN: Las empresas vuelven a activar numerosos e intensos procesos de reestructuración con un importante impacto en la regulación de empleo. Consecuentemente, se trate de una modalidad de ERTE sea una modalidad de despido, la protección por desempleo vuelve a estar en el centro del debate. Las opciones de gestión empresarial tendrán efectos bien diferentes en orden al régimen de protección por desempleo. En consecuencia, es útil una exposición analítica y crítica de las novedades legales, también jurisprudenciales, en la materia y de sus usos en la práctica. Pero el mercado de trabajo y la gestión empresarial basada en técnicas de flexibilidad ofrecen otros aspectos de novedad que impactan en la protección por desempleo. Se da cuenta de todo ello en este análisis. Con todo, en el estudio se pone de manifiesto la necesidad de afrontar una reforma más global del nivel contributivo de protección por desempleo, una vez que se comprueba sus lagunas de protección y disfuncionalidades. Justamente, el RDL 2/2024 de 21 de mayo parece avistar una reforma global del sistema de desempleo, así como de las políticas activas de empleo.

PALABRAS CLAVE: protección por desempleo, ERTE, despidos, fijos discontinuos, prestaciones indebidas, Carta Social Europea.

Recibido: 9/06/2024; Aceptado: 18/07/2024; Versión definitiva: 19/07/2024.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 8 (2024) 115-146
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2024.i8.05>

ABSTRACT: Companies are once again carrying out restructuring processes with a significant impact on employment regulation. Consequently, whether it is a form of temporary employment regulation (ERTE) or a form of dismissal, unemployment protection is once again at the center of the debate. Business management options have different effects on unemployment protection. Consequently, an analytical and critical exposition of the most relevant legal developments in the matter, also of jurisprudence, and its uses in practice is useful. But the labor market and business management based on flexicurity techniques offer other new aspects that affect unemployment protection. This study accounts for this as well. All in all, the study highlights the need to undertake a more global reform of the contributory level of unemployment protection, once its protection gaps and dysfunctions are verified. Precisely, RDL 2/2024 of May 21 seems to envision a global reform of the unemployment system, as well as active employment policies.

KEYWORDS: unemployment protection, ERTE, layoffs, discontinuous permanent positions, undue benefits, European Social Charter.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO Y REGULACIONES TEMPORALES DE EMPLEO: UNA GARANTÍA SOCIAL DESIGUAL DE FLEXIGURIDAD. 2.2. La modulada “generosidad de la prestación por desempleo” y la socialización de su coste según la modalidad de ERTE. 2.3. La “huida del desempleo” para la protección especial de las personas en ERTE-RED: ¿algo más que una cuestión de nombre?. 2.4. Una anotación sobre la sobrevenida “enmienda” jurisprudencial del régimen de reintegro de prestaciones indebidas: un juicio de convencionalidad silencioso. 3. NUEVAS PRESTACIONES DE SOSTENIBILIDAD PARA LAS PERSONAS TRABAJADORAS AUTÓNOMAS POR ERTE-RED. 4. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO Y DESPIDOS: ¿ES PARTE DEL DERECHO A UNA REPARACIÓN APROPIADA? 4.2. El juicio de convencionalidad de la indemnización tasada por despido injusto y el papel de la prestación por desempleo: ¿extravagancia o justo equilibrio?. 5. PROTECCIÓN POR DESEMPLEO Y REGULACIONES FIJAS DISCONTINUAS: ¿UN AMORTIGUADOR DE LA DÉBIL INTENSIDAD DE SU EMPLEO? 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Desde un punto de vista legislativo la actualidad de la –siempre importante– rama de protección por desempleo se centra, como ilustra el Real Decreto-ley 2/2024, 21 de mayo, en la culminación de la reforma del nivel asistencial. Pero en el plano de la experiencia más cotidiana del mundo del trabajo, la protección contributiva por desempleo encuentra una permanente referencialidad en las nuevas situaciones de regulación de empleo, temporal y definitiva, instadas o anunciadas por las empresas,

como un instrumento amortiguador, en el plano social, de los procesos de reestructuración empresarial. A fin de ilustrar esta afirmación, evitando que caiga en la abstracción de la razón teórica o especulativa, con la práctica bastará con varios botones de muestra de la más reciente actualidad de la gestión de empleo en las empresas, en especial de ciertas dimensiones.

De un lado, y por limitarnos a experiencias recientes, de especial interés resulta, por lo que más abajo se comentará con algo de detalle, muy interesante es el caso del grupo multinacional Ford que, tras anunciar un ERE (Expediente de Regulación de Empleo) ex art. 51 ET para más de 1600 personas trabajadoras en la fábrica de Almussafes (Valencia), ahora se ha inclinado por un ERTE-CETOP (Expediente de Regulación Temporal de Empleo por causas económicas, tecnológicas, organizativas y productivas) ex art. 47 ET. Ciertamente, no era esa la alternativa inicial del grupo multinacional, incluso tampoco de los sindicatos, en la medida en que parecía pretenderse –según informaciones aparecidas en prensa– un ERTE-RED (mecanismo de estabilización-flexibilización de empleo) ex art. 47 bis ET. El Gobierno, sin embargo, ha rechazado esta alternativa, tanto por entender que no se dan los requisitos legales previstos a tal fin, al no implicar ni una crisis cíclica (crisis económica del sistema) ni tampoco sectorial (crisis de la automoción). Porque, en el fondo del problema, habría una cuestión singular de la empresa, que viviría un periodo de transición desde la actual situación de pérdida de carga de trabajo a otra en la que, tras tres años, volverá a tener actividad suficiente, al menos para 1000 personas empleadas de las afectadas por la medida de regulación de empleo, cuando produzca el nuevo vehículo que ya tiene atribuido por la matriz norteamericana. Eso sí, unas 600 personas empleadas actualmente sí se verían afectadas por el ERE. Ahora bien, en vez de medidas de despido propiamente se adoptarían salidas incentivadas (las llamadas “bajas voluntarias” o, más habitualmente, conocidas como “prejubilaciones”). Sería el 4º ERE en 5 años.

En cambio, de otro lado, la multinacional *Zegona* (firma de capital-riesgo de matriz británica¹, principal gran operador que crece trimestre a trimestre en el mercado español) insiste en un nuevo ERE para la empresa de comunicaciones Vodafone, que tiene previsto afectar a un máximo de 1.198 personas empleadas, un 36% de la plantilla. En este caso, la indemnización establecida de inicio para el despido colectivo se situaría en 24 días por año de servicio, muy poco por encima de la mínima legal, lo que está provocando notables críticas sindicales para esta medida de regulación definitiva de empleo. El malestar de la plantilla es mayor si se tiene en cuenta que *Zegona* se comprometió, con su adquisición (con un coste de unos 5.000 millones de €) a reflotar Vodafone España, descartando un ajuste de personal, si bien apuesta por un

1. <https://www.bing.com/videos/riverview/relatedvideo?q=Zegona+se+comprometi%c3%-b3+a+reflotar+Vodafone+Espa%c3%b1a.&mid=03F2A5AE5DD2AFA7305403F2A5AE5DD2AFA73054&FORM=VIRE>

modelo de bajo coste (“*low cost*”), replicando el modelo adoptó para el saneamiento de Jazztel (y, en menor medida, de Euskaltel).

Asimismo, en tercer lugar, una especial reseña merece, máxime en el actual contexto de cambio climático antrópico y su notable impacto en las sequías pertinaces (que en su interacción con una gran sobreexplotación generan estados de estrés hídrico o de escasez), la experiencia del “ERTE-Fuerza Mayor de Grupo Freixenet”². Si bien se presentó como el primer gran ERTE-FM por sequía, por el elevado número de las personas empleadas potencialmente afectadas (más de 600), realmente, aún con una mucha menor afectación, ya había conocido meses antes más de una experiencia en Andalucía, en especial en el Bajo Guadalquivir. El primero fue el ERTE-FM por sequía de la cooperativa arrocera “Arrozúa”. La autoridad laboral sevillana consideró que en el caso concurría causa de fuerza mayor justificativa de la suspensión temporal de 16 contratos por el grave impacto de la sequía. En este sentido, no faltaron las peticiones político-institucionales³ para que todos los ERTE por sequía fueran de fuerza mayor, para promover una mejor protección social de las personas empleadas, y de las empresas empleadoras, dadas las ventajas que conllevan sea en materia de reducción de costes sociales (exenciones de cotización) y sea de reforzamiento de la protección por desempleo estos amortiguadores socioeconómicos de la regulación de empleo (instrumento de flexiguridad en el empleo: flexibilidad de gestión interna para la empresa y más seguridad económica para la persona empleada).

No fueron uniformes todos los criterios de la autoridad laboral al respecto, creando una cierta incertidumbre jurídica. Precisamente, la autoridad laboral catalana en el caso de Freixenet negó esta calificación, que sí había otorgado en otros ERTE-FM por sequía previos, pero de menor dimensión. El resultado ha sido que la conocida empresa catalana de cava, hoy adquirida por un grupo empresarial de matriz alemana, debió renunciar al ERTE-FM, mutándolo en un ERTE-CETOP con reducción de jornada laboral entre el 20 y el 50%, con ayudas complementarias a la prestación de desempleo (parcial).

Finalmente, por no hacer muy dilatada esta lista inicial ejemplificativa de prácticas de gestión reguladora de empleo (suspensiva y/o extintiva) que evidencia la importancia de la protección contributiva por desempleo, como amortiguador socioeconómico eficiente para acompañar estos procesos de reestructuración empresarial, también me parece útil recordar que, pese a la notable bonanza (más cuantitativa que cualitativa) de empleo que vivimos en este tiempo, España sigue siendo uno de

2. Más extensamente MOLINA NAVARRETE, C. “*El impacto del cambio climático en la regulación temporal de empleo: El «ERTE Freixenet por sequía» ¿«fuerza mayor» o «causa productiva?»*”, Diario LA LEY, n.10502, Sección Tribuna, 10 de Mayo de 2024.

3. Vid. PNL relativa a considerar los ERTE motivados por la sequía como de fuerza mayor y a la homogeneización de criterios para su apreciación. BOCG. Congreso de los Diputados, serie D, n. 148, 28/05/2024, pp. 51-52. www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/D/BOCG-15-D-148.PDF

los países de la Unión cuyas empresas más acuden a los despidos individuales, sea por causas disciplinarias sean objetivas. De este modo, las empresas pareciera que siguen normalizando el despido como una técnica de gestión (individualizada, o plural) de empleo, pese a su configuración conceptual como ultima ratio y la apuesta legislativa por la flexibilidad interna (combinación de la técnica de la novación de condiciones de trabajo con la prestación de desempleo). Tanto, que en fechas recientes podíamos leer esta noticia: “Alerta por despidos: siguen rompiendo todos los registros y más de la mitad son ‘gratis’”⁴.

Es evidente lo sensacionalista del titular y el equívoco que crea esta referencia a la “gratuidad” de más de la mitad de los despidos (que realmente no lo son, porque suelen conllevar una indemnización por despido improcedente, cierto que muy reducida, barata, por lo tanto, sobre todo si se produce en conciliación judicial, algo mayor si se establece por conciliación extrajudicial –más de la mitad de las demandas por despido individual-). Pero, al margen de ello, sí es un buen indicador de la actualidad de analizar la verdadera funcionalidad de la rama de prestación contributiva por desempleo para propiciar, en el marco de los imperativos económicos o de mercado de los procesos de reestructuración empresarial y regulación de empleo constantes, un nuevo modelo o paradigma de gestión del trabajo basado en el ajuste flexible interno, teóricamente primado por la reforma legal laboral, tras el éxito de su uso en la crisis pandémica, o, en cambio, la persistencia del viejo modelo de gestión del trabajo basado en el ajuste numérico (flexibilidad externa). Y ello sea en la modalidad de despidos colectivos, que parecen repuntar, hasta alcanzar un volumen inédito desde que finalizara la Gran Recesión en 2016, sin que por ello pueda concluirse, como a veces se afirma interesadamente⁵, que los ERTE de la reforma hayan fracasado, si que no logran, sin embargo, frenar el favor por los despidos, siendo en tales casos la protección por desempleo para las personas que ven finalizada su relación menor.

4. En el primer tercio del año 2024 se habría producido más de 340.000 despidos, un incremento del 12,4% en los despidos registrados por la Seguridad Social respecto del año 2023, que ya significó un récord en relación con el año 2022, a su vez récord respecto del año 2021. Más de la mitad, el 54,6%, corresponderían a despidos disciplinarios. Una típica modalidad de despido que, por no conllevar indemnización, pudiera hacer pensar que equivaldría al “despido libre expés” y “gratuito” lo que, como es sabido, no es así. <https://www.eleconomista.es/economia/noticias/12851927/06/24/alerta-por-despidos-siguen-rompiendo-todos-los-registros-y-mas-de-la-mitad-son-gratis.html>. Ampliamente, sobre este tema vid. AAVV (2024). *El coste del despido individual sin causa justificada en España. Balance de situación y propuesta de reforma para su adecuación a la Carta Social Europea*, UGT, Madrid. www.ugt.es/sites/default/files/informe%20coste%20del%20despido-OK_0.pdf

5. Cfr. ESTEBAN, J. (2024). “El fracaso de los ERTEs tras la reforma laboral dispara un 51% los despidos colectivos”. <https://www.eleconomista.es/economia/noticias/12697193/02/24/el-fracaso-de-los-ertes-tras-la-reforma-laboral-dispara-un-51-los-despidos-colectivos-.html>. El aumento de despidos colectivos sería del 50,8% en 2023, con una caída del 46,5% de las personas empleadas afectadas por suspensiones y reducciones de jornada. Por lo tanto, la reforma laboral no lograría el cambio radical esperado

Ahondando en este debate, desde un plano a medio camino entre lo económico (coste del despido arbitrario) y lo jurídico (garantía de efectividad frente a la arbitrariedad de los despidos), esta cuestión de la protección por desempleo adquiere una particular relevancia en la cuestión preponderante en nuestros días: la fijación de la indemnización adecuada por despido injustificado mediante el reconocimiento de una cuantía complementaria a la tasada, que resarza los daños reales, conforme al art. 24 CSER y la doctrina del CEDS, según ya asume, sin bien de forma matizada y difusa, una creciente doctrina judicial⁶. En efecto, con amparo jurídico (como explicará brevemente a su tiempo, a mi juicio traído de forma errada) en el art. 12 del Convenio n. 158 OIT, se ha planteado, por un sector de la doctrina científica, que la prestación por desempleo se debería descontar de la cuantía indemnizatoria (en cuanto compensación parcial del lucro cesante). Incluso plantean si debiera ser el ente gestor de la prestación por desempleo el que se beneficiarse de ese plus, especialmente, cuando el efecto disuasorio predicado de la indemnización íntegra ya no impacte en la situación de la persona trabajadora despedida, sino en personas empleadas aún contratadas y que pudieran tener un riesgo efectivo de despido por los bajos costes de la indemnización tasada⁷.

Como vemos, son varios los aspectos (veremos algunos otros a lo largo del estudio, como el relativo a la situación legal de desempleo de las personas fijas discontinuas) de la actualidad jurídico-laboral y socioeconómica en materia de gestión del empleo en las empresas que, en una dimensión u otra, alientan a realizar un estudio del impacto de la reforma laboral (y algunas posteriores en coherencia con ella) en las situaciones legales de protección por desempleo en esa permanente tensión entre los ajustes basados en las regulaciones temporales (suspensión y reducción de jornada laboral) y las centradas en las extinciones (despidos colectivos sobre todo, pero también individuales –para muchos analistas considerado ese “Gran ERE silencioso”). En algunos casos incluso se ha “huido” del encuadramiento de estas situaciones dentro de la protección por desempleo en sentido propio, como ha ocurrido para los ERTE-RED de flexibilidad ex art. 47 bis ET⁸ (con su desarrollo laboral y financiero en el Real Decreto 608/2023, de 11 de julio, por el que se desarrolla el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo), no solo para las personas trabajadoras autónomas (renta de sostenibilidad), sino también para las propias personas

6. Vid. STSJ Cataluña, Social, 469/2023, 30 de enero; doctrina seguida, a su vez, por la SJS n. 1 de Bilbao, 252/2023, 23 de julio, firme por no ser recurrida, si bien en ella –en el caso el despido se produce un año después del contrato indefinido– se cita la STSJ Cataluña 3 de abril de 2021, rec. 5233/2020.

7. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi (2023). “Reconocimiento de indemnización complementaria a la legal tasada en despido improcedente” (SJS\1 Bilbao 23/7/23), Blog, 24 de noviembre de 2023

8. CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El refuerzo de los ERTE como garantía de estabilidad del empleo en la nueva Reforma Laboral 2021”. *NET21*, publicado el 11 de enero de 2022.

asalariadas afectadas por aquéllos, con una prestación “innominada”, si bien análoga a la de desempleo. Aprovecharemos también el momento para dar cuenta de algunas sentencias del Tribunal Supremo especialmente significativas en este ámbito, varias de las cuales se vinculan a situaciones legales de desempleo vinculadas a la crisis pandémica pero que, como se verá, proyectan conceptos y concepciones estructurales y de futuro, desde el cómputo de periodos cotizados hasta el reintegro de prestaciones de esta guisa indebidas, pero debidas a errores de la entidad gestora.

2. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO Y REGULACIONES TEMPORALES DE EMPLEO: UNA GARANTÍA SOCIAL DESIGUAL DE FLEXIGURIDAD

2.1. La inherencia de la protección social por desempleo como garantía del modelo comunitario de flexiguridad en la gestión del empleo

Deslumbrados, o seducidos, en buena medida los interlocutores sociales y el Gobierno por el éxito del escudo sociolaboral desplegado ante la tragedia pandémica, que dieron una nueva los instrumentos de regulación temporal de empleo (ERTE), conocidos desde hace largo tiempo en nuestro sistema jurídico-laboral y utilizados en otras crisis, si bien solo de forma inicial (2009-2010), pero bastante marginados por las empresas, la reforma laboral del año 2021 quiso darles una carta de naturaleza sistémica y prevalente a la hora de gestionar el empleo en las situaciones de dificultad empresarial. De ahí la profunda reforma del art. 47 ET, para situaciones de gestión flexible del trabajo “ordinarias”, más normalizadas o cotidianas, al menos frecuentes, y el art. 47 bis ET, para situaciones más extraordinarias.

Por supuesto no pretendemos aquí volver sobre instrumentos laborales tan conocidos ya, aunque siempre fuente de problemas aplicativos⁹, sino poner de relieve que buena parte del éxito de estos instrumentos reside, más que en la dinámica laboral, en la de protección social, esto es, en la reducción de sus costes sociales, al contemplar importantes exenciones –parciales– de las cuotas patronales de seguridad social durante el tiempo en situación legal de desempleo a que conduce la apertura de un ERTE (art. 267.1 b, 1º y c TRLGSS¹⁰), así como en las ventajas respecto del régimen

9. MOLINA NAVARRETE, Cristóbal (2024). *La reestructuración empresarial mediante la regulación de empleo: nuevas normas y prácticas sobre ERTE y despidos colectivos*, La Ley, Colección Temas, Madrid.

10. Como es bien conocido, el supuesto 1º, de la letra b) del apartado 1 del art. 267 TRLGSS, establece como situación legal de desempleo aquella en la que se “suspenda el contrato por decisión” de la empresa, sea en virtud del art. 47 ET sea en virtud de una resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, en ambos casos en los términos del artículo 262.2 TRLGSS (objeto de protección por desempleo total). Una situación análoga se reconoce, en el supuesto 2º para las víctimas (mujeres) de violencia de género o sexual que suspendan su contrato en virtud del art. 45, n) ET. Por su parte, la letra c) del apartado 1 del art. 267 TRLGSS contempla como situación legal de desempleo la

“común” de la protección contributiva por desempleo previstas, al menos en ciertos casos, para ellas.

Ahora bien, en ambos planos, el de la reducción de los costes sociales empresariales por la garantía de continuidad de empleo en un escenario de regulación novadora de las condiciones de trabajo, por tanto de gestión flexible interna, y el del reforzamiento de la protección por desempleo en tales casos, compensando parcialmente las rebajas que se han ido produciendo a lo largo de estos años (desde 1984, ahora se cumplen 40 años), nos encontraremos sea la rebaja de las condiciones de beneficios y ventajas previas, previstas para los ERTE-COVID19 sea una regulación muy desigual, según la modalidad de ERTE pertinente en cada situación. Precisamente, atendiendo a esta protección fragmentaria y desigual, también más debilitada, se entiende mejor las referencias realizadas más arriba al conflicto entre las pretensiones de las partes, de empresa y representaciones laborales, por lo común dirigidas a demandar un ERTE-FM, o bien un ERTE-RED de flexibilidad, y la opción, más normalizada, de las autoridades laborales, de rebajar, o rechazar sin más, esas expectativas y reconducirlo hacia un ERTE-CETOP (ej. ERTE de Freixenet por la sequía; ERTE de Ford para Almussafes, etc.). Lo que abre dudas sobre su utilidad real

Ha de recordarse, si quiera brevemente, que el recurso a los ERTE mediante la mejora, para la empresa y para las personas trabajadoras, de la protección por desempleo asociada a esas situaciones de regulación temporal de empleo, encontró un significativo apoyo financiero en el denominado mecanismo SURE¹¹. Este instrumento financiero (que tiene como base jurídica el artículo 122.1 TFUE, respondiendo al método comunitario en detrimento del intergubernamental), parte importante de la respuesta europea solidaria frente a la crisis del covid-19, comprometió más de 90.000 millones para ayudar a 18 Estados miembros para contribuir a sostener los ERTE, y el resto de los esquemas nacionales análogos.

Conviene advertir que no se concedieron las ayudas a fondo perdido, sino mediante préstamos ventajosos respecto de las condiciones de mercado. En este sentido, perceptora de más de 20.000 millones a tal fin, España se habría ahorrado en intereses casi 2000 millones de euros (el segundo país, después de Italia).

reducción temporal de la jornada ordinaria diaria de trabajo, por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el artículo 47 ET o por una decisión judicial en el proceso concursal, estando bajo la acción protectora del desempleo parcial.

11. Reglamento (UE) 2020/672 del Consejo de 19 de mayo de 2020 relativo a la creación de un instrumento europeo de apoyo temporal para atenuar los riesgos de desempleo en una emergencia (SURE) a raíz del brote de COVID 19. Sobre su impacto vid. Informe sobre el Instrumento Europeo de Apoyo Temporal para Atenuar los Riesgos de Desempleo en una Emergencia (SURE) tras el brote de COVID-19 en virtud del artículo 14 del Reglamento (UE) 2020/672 del Consejo. Bruselas, 2 de junio de 2023, COM (2023) 291 final. Es el 5º y último. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023DC0291>

Pero, se trató de un instrumento europeo de apoyo solo temporal para atenuar los riesgos de desempleo en una emergencia (SURE), para atenuar los efectos directos que, sobre el gasto público de los Estados miembros, tenía una situación tan grave y excepcional. Con todo, el art. 26, letra d) del RD 608/2023 prevé, como una de las fuentes de financiación del Fondo RED (FCPJ) las eventuales aportaciones de instrumentos de la Unión Europea orientados al cumplimiento del objeto y fines del Fondo, “siempre que los gastos a financiar sean considerados elegibles o subvencionables por la normativa reguladora de estos instrumentos.”. Entre ellos podrían estar, sin duda, por lo que aquí más interesa, el Fondo de Transición Justa, pues su objetivo es aliviar los costes socioeconómicos que se derivan de los procesos hacia una economía climáticamente neutra y que, como se vio, no son ajenos a la gestión transicional del empleo en numerosos sectores (automoción, el sector agroalimentario, energético, etc.)

Al respecto, debe recordarse que, reconocido en el principio 4, letra a) del Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS) el derecho subjetivo de “toda persona a la transferencia de la protección social (y junto al derecho a la formación) durante las transiciones profesionales”, su letra c) reconoce que las “*personas desempleadas tienen derecho a recibir una ayuda personalizada, continuada y adecuada*”. De manera mucho más específica, dentro del capítulo de principios-derechos de protección social, no ya en el propio de la activación para el empleo, como el citado principio 4, pero con expresa mención igualmente a la dimensión de reactivación (auténtica garantía de renta social para la empleabilidad) se reconoce de forma expresa que las personas desempleadas “...tienen derecho...a prestaciones de desempleo adecuadas de duración razonable, en consonancia con sus propias contribuciones y los criterios de concesión nacionales. Estas prestaciones no deberán desincentivar un retorno rápido al trabajo.” (p. 13)¹²

Con todo, el reconocimiento de un marco comunitario de protección frente al riesgo socioeconómico de desempleo sigue siendo un reto pendiente, si se plantea en un sentido jurídico estricto y con vocación sistémica, no solo para situaciones excepcionales y sobre la fase de únicamente mecanismos de financiación solidaria¹³. Naturalmente, fuera de esta reflexión queda el ámbito regulador del desempleo en el Derecho de la Unión Europea propio de la técnica de coordinación de los sistemas de seguridad social, porque bien sabido es que tal marco normativo (de fuerte activismo jurisprudencial comunitario) no actúa sobre el contenido de las normativas nacionales para su armonización, sino más bien como una norma de conflicto de leyes (sobre

12. Vid. CORTÉS ÁLVAREZ, Juan Carlos (2024). “Capítulo III. La rama de desempleo de los sistemas de seguridad social y el pilar europeo de derechos sociales: otro reto pendiente”. En AAVV. (Dir. Isabel Villar Cañada-Cristóbal Molina Navarrete). *Pilar europeo de Derechos Sociales y progreso jurídico de la Unión y de España: logros y asignaturas pendientes*. Editorial Bomarzo, Albacete, pp. 65-90.

13. De interés como Derecho indicativo, la *Recomendación (UE) 2021/402 de la Comisión sobre un apoyo activo eficaz para el empleo tras la crisis de la COVID-19 (EASE)* <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/covid-19-crisis-recommendations-on-effective-active-support-to-employment.html>

las cuestiones que actúan a modo de obstáculos a la libre circulación de personas trabajadoras ex arts. 45 y ss. TFUE)

Ahora bien, al margen del tratamiento normativo específico, lo que queda bien claro de este proceso es la inherencia que, desde antaño, las instituciones comunitarias de la gobernanza económica han venido otorgado a la protección social por desempleo en el paradigma de flexiguridad que, con mayor o menor intensidad, han venido promoviendo desde hace décadas para las políticas sociolaborales y las reformas legales nacionales¹⁴. Un instrumento cardinal que, en el marco del principio de seguridad económica activa, tuvo una especial elaboración en la *concepción transicional de los mercados de trabajo*, hoy de especial actualidad, aún renovada, dando fuste a aquel «triángulo dorado danés»:

- (i) *flexibilidad* en la gestión laboral, si bien ahora no para facilitar el despido, como en 2012, sino para facilitar la novación contractual de sus condiciones de trabajo (suspensión del vínculo de empleo, reducción de la jornada)
- (ii) *generosidad* en las prestaciones de desempleo, socializando su coste el Estado.
- (iii) «*activación*» de las políticas de mercado de trabajo para mantener a cada vez más sectores de la población activa permanentemente capacitados para hacer frente a los nuevos retos, marcados por las transiciones (verde, digital)

2.2. La modulada “generosidad de la prestación por desempleo” y la socialización de su coste según la modalidad de ERTE

El resultado de la reforma laboral del año 2021 evidencia una opción de política del derecho de protección por desempleo, como amortiguador social de las regulaciones de empleo temporales, muy desigual en lo que concierne a esa “generosidad prestacional”. Apenas existe en relación con el ERTE-CETOP, maximizándose en todas las modalidades de ERTE-FM. Para los ERTE-RED asume (1) una posición intermedia en las exenciones, graduadas a la baja por duración del ERTE, y (2) huye del nombre “prestación por desempleo”, creando situaciones especiales, aún equivalentes, al menos en lo sustancial, con alguna diferencia no desdeñable y, a mi juicio, no suficientemente justificada.

En lo que concierne a la “generosidad en la socialización de los costes” para la empresa del recurso a los ERTE, la marcada diferencia entre unas modalidades y otras de ERTE se reflejan claramente en la Disposición adicional cuadragésima cuarta (DA 44ª del TRLGSS¹⁵). Así:

14. FERNÁNDEZ PROL, Francisca (2015). “Viejos y nuevos contornos de la protección por desempleo. Análisis desde una perspectiva de “activación”: Sobre la reforma del título III de la Ley General de la Seguridad Social”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 41.

15. Añadida por el art. 3.8 del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre fue modificada por la Disposición Final 4.13 del Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia

- a) para los ERTE-CETOP las exenciones en la cotización a la Seguridad Social sobre la aportación empresarial por contingencias comunes (así como por los conceptos de recaudación conjunta a que se refiere el artículo 153.bis TRLGSS) se limitan a un rácano 20 por ciento
- b) para los ERTE-FM se eleva hasta el 90 por ciento, tanto para la modalidad de FM temporal ex art. 47.5 ET (fuerza mayor propia) como para la impeditiva o limitativa ex art. 47.6 ET (fuerza mayor impropia o *factum principis*).
- c) Los ERTE-RED flexiguridad dependen tanto de la modalidad de que se trate, sea cíclica (art. 47, bis. 1 a) ET) o sea sectorial (art. 47, bis. 1 b) ET), como, en el caso de la primera, de la duración de la crisis que da lugar al referido ERTE-RED. Concretamente, esta última se beneficiará de un 40% de exención de cuota social empresarial, en todos los casos, mientras que en la modalidad cíclica va desde el máximo del 60% (desde la fecha en que se produzca la activación, por acuerdo del Consejo de Ministros, hasta el último día del cuarto mes posterior a dicha fecha de activación) hasta el 20% (para los cuatro últimos meses del año como máximo que tiene previsto), pasando por el intermedio 30% para los cuatro meses siguientes a los cuatro primeros

Por supuesto, todas estas exenciones (salvo las previstas para los ERTE-FM), están condicionadas estrictamente a la obligación de desarrollar **acciones formativas** (según el régimen de la disposición adicional vigesimoquinta del ET). Vemos cómo este ámbito de la protección por desempleo se envuelve también en exigencias de activación para la empleabilidad, típicas y reforzadas de toda la protección de desempleo, contributiva y, como se ha visto con el RDL 2/2024, 21 de mayo, asistencial. La Ley de Empleo ha sido también rotunda al respecto. La exclusión de esta obligación formativa como condición para el beneficio social empresarial en las modalidades de ERTE-FM se justificará, en lo sustancial, por lo presumiblemente corta que sería su duración, de modo que no tendría más sentido desplegar el coste, personal y económico, que significa esta obligación, pese a estar igualmente subvencionada (créditos formativos). Con todo, y dado que pueden ser muy variopintas las situaciones de FM, como, por ejemplo, las vinculadas a la sequía, según se ha dicho, o incluso a la transición digital, parecería que no tiene una razón de ser completamente sólida o justificada.

Las exenciones se aplicarán respecto de las personas trabajadoras afectadas por las suspensiones de contratos o reducciones de jornada, en alta en los códigos de cuenta de cotización de los centros de trabajo afectados. Y los eventuales reintegros por no cumplir con la condicionalidad implicaría la obligación de reintegro, eso sí, de forma nominal, es decir, por persona afectada, no general (principio de proporcionalidad).

de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas.

Una diferencia muy notable –y favorable– respecto de lo que se entendió en tiempos de ERTE-COVID. En todo caso, consciente el Gobierno de lo limitado de esta socialización, se habilita por el TRLGSS al Gobierno para ampliar estas exenciones, previa modificación legal, claro está, también para establecer la aplicación de exenciones a la cotización debida por los trabajadores reactivados, en el caso de los ERTE-RED en la modalidad cíclica.

En lo concierne a la “generosidad –intensidad– de la acción protectora” a favor de las personas en situación de ERTE (con desempleo total por suspensión o parcial por –según ahora se prima– reducción de la jornada de trabajo), las diferencias son también notables, mucho, quizás en exceso. Al respecto, y recordado que las exenciones en la cotización carecen de efectos para las personas trabajadoras (manteniéndose la consideración del período en que se apliquen como efectivamente cotizado a todos los efectos), es evidente que la mayor protección la reciben, respecto al ERTE-CETOP, quienes se incluyen en un ERTE-FM.

Así, según la disposición adicional cuadragésima sexta (DA 46ª TRLGSS, introducida por la disposición final 1 del Real Decreto-ley 2/2022, de 22 de febrero –de medidas urgentes para la protección de los trabajadores autónomos, para la transición hacia los mecanismos estructurales de defensa del empleo, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma, y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica–) las personas afectadas por tales ERTE se beneficiarían del:

- a) Mantenimiento de la cuantía del 70 por ciento de la base reguladora durante toda la vigencia del ERTE –si bien parece poco probable que pase de 6 meses, lo que para el régimen común implicaría una reducción al 60%, como en el caso de los ERTE-CETOP–, sin perjuicio de los –poco adecuados– máximos y mínimos que prevé el artículo 270.3 TRLGSS (que conserva la referencia al desafortunado IPREM-
- b) acceso a esta prestación sin que consuma las cotizaciones previamente efectuadas a ningún efecto (el beneficio del “*contador a 0*”)
- c) derecho al reconocimiento de la prestación contributiva por desempleo, aunque carezcan del período de ocupación cotizada mínimo necesario para ello.

Como puede verificarse fácilmente, estas condiciones de favor sí suponen conservar el régimen de protección social por desempleo reforzada en tiempos de ERTE-COVID19. Ni antes de estos expedientes excepcionales, ni entonces, para ellos, ni ahora, para ningún tipo de ERTE-FM se contempla el beneficio de computar las cotizaciones sociales propias del tiempo de abono de la prestación que efectúe la empresa (en otros casos, lógicamente de cese, la entidad gestora). En principio, el art. 269.2 TRLGSS (modificado, a otros efectos, por el RDL 2/2024, de 21 de mayo) solo contempla una

excepción: cuando la prestación se perciba en virtud de la suspensión de la relación laboral prevista en el artículo 45.1.n) ET (colectivo de mujeres víctimas de violencia de género o violencia sexual¹⁶), como establece el artículo 165.5 TRLGSS.

Como es bien conocido, así lo ha entendido una copiosa, aunque no menos criticable jurisprudencia social. Puede verse, más recientemente, la STS, 4ª, 822/2024, 30 de mayo. En ella se reitera la doctrina según la cual, la regla general o común que excluye del citado cómputo estas cotizaciones durante el periodo que se percibió prestación por desempleo también afecta, pese su carácter excepcional, al ERTE COVID por fuerza mayor¹⁷. No se extenderá tampoco este beneficio a las “*medidas de protección social de las personas trabajadoras afectadas por la aplicación*” del ERTE-mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo (ERTE-RED de flexiguridad), reguladas en la disposición adicional cuadragésimo-primeras (DA 41ª TRLGSS). No obstante, esta regulación guarda una notable novedad al respecto, mejorando la regulación y que hubiera sido coherente extender también, a mi juicio, a los ERTE-COVID, pues según su apartado 8:

El tiempo de percepción de la prestación no tendrá la consideración de periodo de ocupación cotizado, a los efectos de lo previsto en el artículo 269.1. *No obstante, el periodo de seis años a que se refiere dicho precepto se retrotraerá por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera percibido la citada prestación.*

En lo que concierne al procedimiento de gestión de estas prestaciones, el artículo 22 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, ha sido modificado por el citado RD 608/2023, de 11 de julio. Se trata con ello de delimitar el contenido mínimo de las comunicaciones, que han de hacerse electrónicamente, de la forma más coherente posible con las novedades o especialidades establecidas en la regulación laboral, sea en los supuestos de suspensión, sea en los de reducción de jornada, máxime con la flexibilidad ahora introducida, de modo que será posible la afectación-desafectación de las personas trabajadoras en ERTE ex art. 47 ET. En consecuencia, esta variabilidad afectará a la prestación por desempleo y a toda la dinámica y flujos informativos a fin de actualización de las situaciones en cada caso, en un escenario especialmente complejo, como es bien sabido¹⁸.

16. No es ocioso recordar que, pese a la voluntad legislativa de simplificación del sistema asistencial, el RDL 2/2024, de 21 de mayo, ha introducido un nuevo subsidio asistencial para proteger las situaciones de estas personas (en buena medida para compensar la derogación que se hace de la renta activa de inserción).

17. Reitera doctrina STS 16 noviembre 2023, rcud. 5326/2022, SSTS 23 febrero 2024, rcud 606/2023, rcud 5659/2022, rcud 4839/2022 y rcud 695/2023, entre otras.

18. Junto a las obligaciones comunicativas que la autoridad laboral ha de efectuar a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo, conforme a lo dispuesto en los artículos 51.2 del ET y 267.3

2.3. La “huida del desempleo” para la protección especial de las personas en ERTE-RED: ¿algo más que una cuestión de nombre?

Materialmente la situación de las personas afectadas por un ERTE-RED no es muy disímil a la de otra afectada por un ERTE-FM (suspensiva, reducción de jornada), o incluso en ERTE-CETOP. Sin embargo, la ley de seguridad social ha optado por un régimen diferenciado, al menos formalmente, hasta el punto de atribuirle una protección social innominada, por tanto, especial respecto de la protección por desempleo.

A grandes rasgos, el régimen jurídico establecido en la citada DA 41^a es una mezcla entre la protección por “desempleo” del ERTE-CETOP y la propia del ERTE-FM, por lo que constituye un régimen original, típicamente de desempleo, si bien con un estatuto muy singular. Por lo tanto, las diferencias técnicas no están tan solo en el nombre, huyendo no solo de la denominación como prestación por desempleo, sino incluso de cualquier denominación específica (a diferencia de lo que sucede con la prestación para las personas trabajadoras autónomas que se vean afectadas por un ERTE de este tipo, sea cíclico sea sectorial, a las que sí atribuye una denominación concreta, que bien pudiera servir para la protección social especial de las personas asalariadas en un ERTE-RED flexiguridad: prestación o renta social de sostenibilidad económica¹⁹). Al tiempo, presenta también ciertas particularidades reguladoras, en unos casos con cierta justificación, en otras no tanto, por lo que, a mi juicio, se crea una imagen de arbitrariedad legislativa en la configuración del régimen jurídico de protección social en tales casos, cuando, seguramente, lo más adecuado hubiese sido darles el mismo tratamiento que para todas las modalidades de ERTE-FM. Esta opción hubiera tenido también un efecto de economía reguladora, pues no se hubiera precisado regular un régimen completo.

Seguidos los trámites establecidos para el procedimiento de solicitud de este tipo de prestaciones (a cargo de las empresas en representación de las personas empleadas y por vía telemática, en el plazo de un mes máximo desde la notificación por la autoridad laboral de su resolución autorizadora), se exige periodo de carencia previa

TRLGSS, también la empresa deberá comunicar a dicha Entidad Gestora, a través de los medios electrónicos establecidos en las disposiciones de aplicación y desarrollo, y con carácter previo a su efectividad, las medidas de despido colectivo adoptadas conforme al artículo 51 ET, así como las medidas de suspensión de contratos o de reducción de jornada adoptadas de acuerdo con el artículo 47 del ET. La norma, a su vez, diferencia entre la regulación para las decisiones de índole suspensivo y las de reducción de jornada de trabajo. Como es conocido, estas medidas se diferencian notablemente en la configuración de la acción protectora (desempleo total o parcial, respectivamente). Ampliamente, vid. MOLINA NAVARRETE, Cristóbal (2024). *La reestructuración empresarial mediante la regulación de empleo...* ob. cit.

19. Como luego veremos, siquiera brevemente, la Disposición adicional cuadragésima octava (ERTE-RED cíclico) y la Disposición adicional cuadragésima novena (ERTE-RED sectorial), regula lo que denomina “prestación para la sostenibilidad de la actividad de las personas trabajadoras autónomas”.

para acceder a la prestación (además de la inscripción como demandante de empleo en el servicio público correspondiente), si bien regulada con flexibilidad (en los ERTE-FM ya se ha visto que no se precisa periodo previo alguno)²⁰. La cuantía de esta prestación especial de garantía de “renta social de sostenibilidad de la relación de empleo” en situaciones de ERTE-RED, sí converge, en cambio, con la protección para los ERTE-FM, y a diferencia de los ERTE-CETOP: 70 por ciento de la base reguladora que le corresponda, durante toda la vigencia del ERTE-RED. No procede, pues, la correspondiente reducción al 60 por cien a partir del día siguiente de cumplido el sexto mes (180 días) de percepción. Una situación de prolongación que sí será más probable en estos casos que en los ERTE-FM.

Ahora bien, evidenciando la imagen de arbitrariedad antes referida, la regulación de esta prestación especial de sostenibilidad para el empleo mientras dura el ERTE-RED fija el máximo de esta cuantía. En principio, coincide parcialmente con lo previsto para la cuantía de la prestación no contributiva del régimen común y aplicable también a los ERTE-FM. En efecto, prevé que la cuantía máxima mensual a percibir sea la equivalente al 225 por ciento del IPREM mensual vigente en el momento del nacimiento del derecho incrementado en una sexta parte. ¿Qué tiene de raro y, por tanto, de arbitrario esta especial regulación (incomprensiblemente querida extramuros de la protección por desempleo)?

Primero, ha de recordarse que, conforme al art. 270.3 TRLGSS, la cuantía máxima de la prestación por desempleo, del régimen general (también para el ERTE-CETOP) y del régimen especial para ERTE-FM será del “175 por ciento” del IPREM, salvo cuando el trabajador tenga uno o más hijos a su cargo. En tal caso, la cuantía será del 200 por ciento o del 225 por ciento de dicho indicador, respectivamente. Segundo, por lo tanto, la norma especial para los ERTE-RED fija un solo límite máximo, al margen de los hijos/as que se tengan, cuando en el régimen común (por tanto, para el ERTE-CETOP) y para el ERTE-FM sí hay una distinción. Tercero, no se prevé límite mínimo alguno a la cuantía en el caso de la protección en situación de ERTE-RED flexiguridad, cuando sí se prevé para el régimen común y especial indicados, de modo que la mínima cuantía a percibir será del 107 por ciento o del 80 por ciento del IPREM en rentas de efectos múltiples, según que el trabajador tenga o no, respectivamente, hijos a su cargo.

20. Conforme al apartado 3, la base reguladora de la prestación será el promedio de las bases de cotización en la empresa en la que se aplique el mecanismo por contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, excluidas las retribuciones por horas extraordinarias, “correspondientes a los 180 días inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de aplicación de la medida a la persona trabajadora”. Ahora bien, en “caso de no acreditar 180 días de ocupación cotizada en dicha empresa, la base reguladora se calculará en función de las bases correspondientes al periodo inferior acreditado en la misma.”.

Ciertamente, se está ante unos máximos y mínimos muy parcos, que no garantizan la suficiencia protectora. Ahora bien, al margen de esta ameritada crítica, honestamente, no entendemos las razones de estas diferencias de regulación cuando materialmente las situaciones de necesidad personal son las mismas que en el resto de las situaciones. Si es evidente que debe primar, pese a su arbitrariedad, a mi juicio, la regla especial respecto de la regla común por cuanto beneficia claramente a la persona protegida en los supuestos de ERTE-RED, ha de predicarse la aplicación supletoria del límite mínimo previsto para la prestación contributiva por desempleo, por cuanto es manifiesto que no se justificaría una prestación mínima por debajo. La norma especial sí prevé qué sucede cuando la relación laboral sea a tiempo parcial. En este caso, la cuantía máxima se determinará teniendo en cuenta el IPREM calculado en función del promedio de las horas trabajadas durante el período a que se refiere el apartado 3 (180 días)²¹.

Sí gozan del beneficio del “contador a 0”, en línea con los ERTE-FM. Según el apartado 8 de la referida DA 4ª TRLGSS, ni el acceso a esta prestación (garantía social de una renta de sostenibilidad para el empleo) implicará el consumo de las cotizaciones previamente efectuadas a ningún efecto ni el tiempo de percepción de la prestación será considerado como consumido en futuros accesos a la protección por desempleo. El tiempo de percepción de la prestación no tendrá la consideración de periodo de ocupación cotizado, a los efectos de lo previsto en el artículo 269.1. No obstante, como se anticipó, la norma precisa, con mayor corrección técnica y coherencia que el art. 269 TRLGSS, que el período de seis años a que se refiere dicho precepto se retrotraerá por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera percibido la citada prestación. Una aplicación *ex lege* de la construcción jurisprudencial de la doctrina del paréntesis que se ha echado de menos en la jurisprudencia, también referida, respecto de las situaciones en los citados ERTE-COVID. Finalmente, en el caso de reducción de jornada, se entenderá como tiempo de percepción de prestación el que resulte de convertir a día a jornada completa el número de horas no trabajadas en el periodo temporal de referencia.

Como es lógico, la duración de la prestación contributiva en tales casos se condiciona a la duración de la situación de ERTE-RED de que se trate, por lo tanto, aquí la regulación diferenciada respecto del régimen común es racional y coherente. Sin que aquí podamos adentrarnos más en este régimen singular, más formal que

21. Aquí si viene a coincidir con la regla del régimen común de la prestación por desempleo contributivo ex art. 270.3 TRLGSS: 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 determinarán 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, ponderándose tal promedio en relación con los días en cada empleo a tiempo parcial o completo durante dicho período

materialmente, extramuros de la prestación por desempleo, sólo queda recordar que la DA 41ª contiene una regulación específica de las vicisitudes de esta prestación (suspensión, extinción), así como de su régimen de compatibilidades e incompatibilidades, en parte diferenciado del régimen del desempleo, también recientemente modificado por el RDL 2/2024, de 21 de mayo, como es sabido²².

2.4. Una anotación sobre la sobrevenida “enmienda” jurisprudencial del régimen de reintegro de prestaciones indebidas: un juicio de convencionalidad silencioso

También precisa esta DA 41ª del TRLGSS no sólo el órgano competente para la gestión de tal prestación especial, atribuyéndola al SEPE (salvo que se trate de personas trabajadoras del régimen especial del mar, en cuyo caso competirá al ISM), clara confirmación de que, a pesar de la huida nominativa (y sin entrar en ninguna disquisición del “nombre de la rosa”, aunque nos atrevemos a bautizarla como una “prestación de paradesempleo” consistente en una garantía social de renta para la sostenibilidad del empleo), sino las funciones y servicios a desarrollar, derivados de la prestación regulada en esta disposición (incluirlá declarar el reconocimiento, suspensión, extinción y reanudación de estas prestaciones, sin perjuicio de las atribuciones reconocidas a los órganos competentes de la Administración laboral en materia de sanciones). Entre esas funciones nomina expresamente “declarar y exigir la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas por las personas trabajadoras y el reintegro de las prestaciones de cuyo pago sea directamente responsable el empresario (apartado 11). Tan importante entiende la normativa esta función de control de la regularidad de las prestaciones que se perciben realmente, que añade un apartado específico (apartado 12) para insistir en que:

Transcurrido el...plazo fijado para el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas o de responsabilidad empresarial sin haberse efectuado el mismo, corresponderá a la TGSS proceder a su recaudación en vía ejecutiva de conformidad con las normas reguladoras de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social, devengándose el recargo y el interés de demora en los términos y condiciones establecidos en esta ley.

El interés legislativo por regular esta cuestión también se ha evidenciado en la citada reforma operada por el RDL 2/2024, 21 de mayo, que no solo afecta al régimen asistencial de desempleo, sino que es común para toda la rama de prestación por desempleo. Así

22. Como en el régimen general, durante la aplicación de las medidas de suspensión o reducción, la empresa ingresará la aportación de la cotización que le corresponda, debiendo la entidad gestora ingresar únicamente la aportación de la persona trabajadora, previo descuento de su importe de la cuantía de su prestación (apartado 5). La prestación se suspenderá cuando la relación laboral se suspenda por una causa distinta de la aplicación del Mecanismo (apartado 9). La prestación se extinguirá si se causa baja en la empresa por cualquier motivo. Igualmente se extinguirá por imposición de sanción, en los términos previstos en el TRLISOS. La competencia de gestión corresponde al SEPE.

ha sucedido con las modificaciones del art. 295 TRLGSS y del RD 625/1985, de 2 de abril (el reglamento de desarrollo de la protección por desempleo). En principio, se dice, para mejorar la seguridad jurídica y la protección de las personas afectadas.

No pretendo ahora entrar aquí en la veracidad de esta pretensión confesada. Lo que entiendo oportuno anotar es la reciente orientación jurisprudencial social que, asumiendo una rectificación en toda regla de su jurisprudencia previa, pese a no expresar con toda la claridad debida el método jurídico empleado, ha llevado a cabo una relectura del art. 55.3 del TRLGSS, a favor de la posición de buena fe la persona perceptora de la prestación, con un alcance general, si bien todos los casos se han producido respecto de la percepción de una prestación por desempleo de personas en situación de ERTE-COVID (art. 25 RDL 8/2020). Sería el caso de las SSTs, 4^a, de 4 y 29 de abril de 2024 (RCUD 1156/2023 y RCUD 858/2022, de forma respectiva). Para esta jurisprudencia, debe descartarse cualquier obligación de reintegro de prestaciones de seguridad social indebidamente percibidas por error tan solo imputable a la Administración (en los casos del SEPE al reconocer la prestación por desempleo a personas que vieron reducida su jornada de trabajo por encima del límite del 70 por ciento previsto legalmente -75%-), sin mediación alguna de actuación incidente en ello de la persona trabajadora.

A tal fin, el fundamento jurídico elegido es una sentencia del TEDH especialmente célebre, la STEDH de 26 de abril de 2018 (asunto *Cakarevic c. Croacia*). En su virtud, se estima el recurso de una trabajadora que demandó al Estado croata por vulneración del derecho de propiedad (artículo 1 del protocolo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) al requerir, concurriendo ciertas condiciones o circunstancias, que reembolsara el importe de las prestaciones por desempleo abonadas por error por la autoridad competente. Y ello en la medida en que supondría una carga individual excesiva para ella, lo que le privaría de la expectativa legítima de mantenimiento de su propiedad sobre la prestación afectada ex artículo 1 del Protocolo (apartados 90 y 91). El TEDH condenó a abonar a la interesada en concepto de daños morales exactamente la misma cantidad que se le reclamaba por percepción indebida de las prestaciones por desempleo. Los requisitos o condiciones establecidos por la jurisprudencia europea serían:

- La constatación de buena fe en la persona beneficiaria (que con su conducta no haya contribuido a la percepción indebida)
- Que se trate de una prestación de satisfacción de situaciones de necesidad básicas de subsistencia, como es la prestación por desempleo, por lo que la cuantía ha de ser relativamente reducida o “modesta”
- Que concurra un error exclusivo de la Administración competente, por lo que no se puede proteger una gestión negligente por parte de la autoridad competente.

En este escenario se impone realizar un juicio ponderativo de “justo equilibrio” de las razones en juego. De un lado, las exigencias del interés general a las que sirve

la norma sobre obligación de reintegro de prestaciones indebidas. De otro, el imperativo de tutela o protección del derecho de la persona beneficiaria al disfrute pacífico de sus bienes, sin que se impongan cargas desproporcionadas, máxime cuando se le obliga al reintegro total de una prestación en la que exclusivamente ha mediado el error de la entidad gestora y la buena fe de la persona beneficiaria. En aras del principio de “buena gobernanza”, que se puede traducir como deber de diligencia de gestión, no se puede imponer la corrección del error institucional a quien se ha mostrado de buena fe en el desarrollo de la relación prestacional. Unas condiciones que concurrirían claramente en los casos conocidos en este asunto (ERTE-COVID) y, en consecuencia, exigiría aplicar la jurisprudencia del TEDH, liberando a la trabajadora de devolver –ya lo hizo– los 1861,24 € que le exigieron

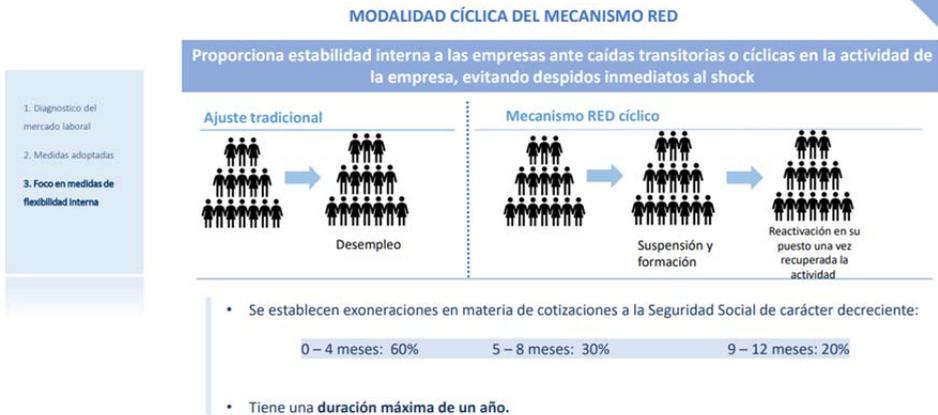
En definitiva, cuando la percepción indebida se deba a culpa exclusiva de la entidad gestora, en el caso del SEPE, no se puede hacer recaer toda la carga del error sobre la persona beneficiaria. Una doctrina absolutamente sensata y racional, muy coherente, que, cierto, ya se estableció por la jurisprudencia social española a mediados de la década de los años 90 y que la ley corrigió al gusto de las entidades gestoras. Pero el principio de la confianza legítima, trasunto del deber de buena fe, amén de la protección complementaria que ahora aporta, algo insólitamente para la mentalidad patria, la garantía multinivel del derecho a la seguridad social mediante el derecho (cívico-económico) de propiedad, ha de tener su repercusión práctica, aunque no guste a la Administración, más cómoda si se puede cubrir los errores descargándolos sobre las personas beneficiarias²³.

3. NUEVAS PRESTACIONES DE SOSTENIBILIDAD PARA LAS PERSONAS TRABAJADORAS AUTÓNOMAS POR ERTE-RED

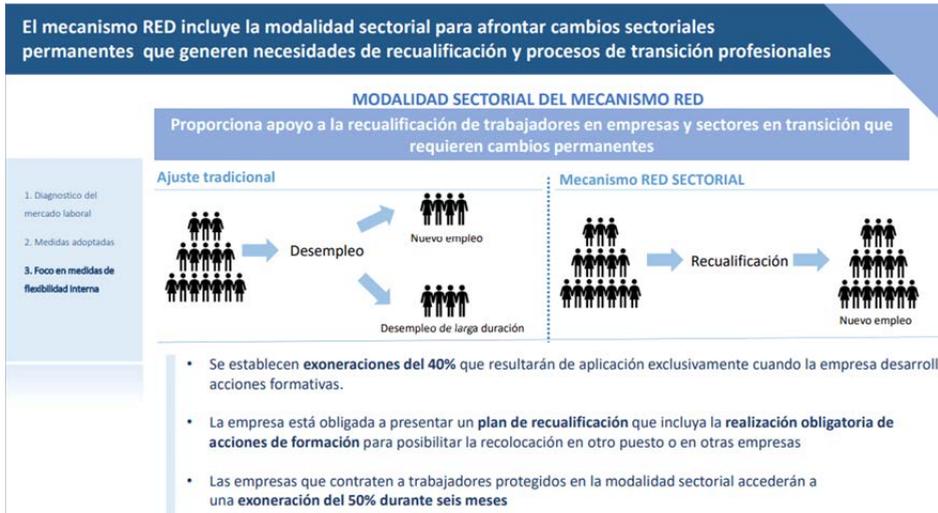
Páginas arriba hemos visto una doble protección especial, innominada, para personas asalariadas afectadas por un ERTE-RED. En síntesis gráfica, la dinámica de protección en el ERTE-RED flexiguridad sectorial la situación quedaría como sigue:

23. Como se ha argumentado con razón, “el reintegro de las prestaciones de seguridad social indebidamente percibidas por error de la Administración *ex* artículo 55.3 LGSS ha saltado por los aires y corresponde a la doctrina científica, junto a los jueces y tribunales, la construcción detallada del nuevo régimen jurídico. Habrá que estar también muy atentos a la reacción de la Administración de la seguridad social, al SEPE y, todavía más, al INSS, que tiene en el reintegro del ingreso mínimo vital indebidamente percibido por exclusivo error administrativo todo un campo de minas”. VIVERO SERRANO, Juan Bautista (2024.). “*Jaque mate al reintegro de prestaciones indebidamente percibidas por error de la Administración. El control de convencionalidad a cargo del Tribunal Supremo* <https://www.aedtss.com/jaque-mate-al-reintegro-de-prestaciones-indebidamente-percibidas-por-error-de-la-administracion-el-control-de-convencionalidad-a-cargo-del-tribunal-supremo/>. No obstante, creo que el nuevo régimen legislativo, que facilita el fraccionamiento, puede ayudar, si bien, parece claro que si media error exclusivo de la Administración no cabrá más que exonerar de la obligación de reintegro

Se introduce el Mecanismo RED en su modalidad cíclica para hacer frente a coyunturas macroeconómicas generales que aconsejen la adopción de instrumentos adicionales de estabilización



Por su parte, en la modalidad de ERTE-RED flexiguridad sectorial la dinámica de protección frente al riesgo de desempleo podría sintetizarse así:



Pues bien, no sólo las personas trabajadoras asalariadas quedan bajo el manto protector de estas situaciones, también determinadas personas y colectivos de personas trabajadoras autónomas que se vean afectadas en la continuidad de su actividad económica o profesional por la situación motivadora de una modalidad u otra de ERTE-RED. No podemos entrar aquí en la relación que esta protección pueda

tener con esa nueva categoría de personas trabajadoras autónomas en sentido jurídico propio (en el caso de la prestación por sostenibilidad se admite que puedan ser beneficiarias las personas autonómicas con personas asalariadas a su servicio, lo que no encaja bien con el colectivo de referencia comunitaria), pero con una situación de vulnerabilidad socioeconómica análoga a la de una persona trabajadora asalariada (STJUE 12 de enero de 2023, C-356/21). Pero sí cabe reseñar que estamos ante una expresión de una línea de política del derecho de protección social asentada en la idea de potenciar el máximo trato equitativo entre el trabajo asalariado y el trabajo autónomo cuando se ven afectados por situaciones de necesidad análogas. Sin duda, sería el caso de las dificultades, crisis y cambios (transiciones –digitales, verdes, demográficas, etc.–) que están en la base del mecanismo de ERTE-RED flexiguridad.

En este caso, la normativa reguladora sí ha dado un nombre específico a este tipo de prestaciones, que se presentarían de forma singular o especial respecto del denominado “desempleo de personas autónomas”, las prestaciones por cese –total o parcial– de la actividad económica (tienen carácter alternativo, pues se exige para acceder a ella que no se perciba una prestación de cese de actividad): *prestación para la sostenibilidad de la actividad de las personas trabajadoras autónomas*. Se contempla tanto para la modalidad sectorial (DA 48ª TRLGSS) como para la modalidad cíclica (DA 49ª TRLGSS). De este modo, se confirma la fortuna que va adquiriendo en la legislación de seguridad social el concepto de “sostenibilidad”, no en su clásica dimensión de sostenibilidad financiera, la que ha venido dominando hasta el momento²⁴, sino también de “sostenibilidad social”, más bien “integral” (económica, social y ambiental). Con algunas singularidades, en sendas disposiciones se establece un régimen completo, que ahora no podemos analizar.

4. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO Y DESPIDOS: ¿ES PARTE DEL DERECHO A UNA REPARACIÓN APROPIADA?

4.1. Breve repaso de las principales novedades de la protección social por desempleo derivada de la extinción de contratos: cambios legales y cambios fácticos

El largo listado de supuestos de situaciones legales de desempleo relativas a estas situaciones de extinción del contrato de trabajo de la letra a) del art. 267.1 TRLGSS (nada menos que 8 supuestos) confirma la relevancia, teórica (dogmática) y práctica

24. Y mantiene una discutible presencia, como el uso que hace la STS, 4ª, 544/2024, 11 de abril (y Criterio de Gestión 11/2024, 13 de junio) del principio de sostenibilidad financiera para abundar en la justificación, muy discutible, de incompatibilidad del trabajo con una situación de IP absoluta o de gran incapacidad (término que debe sustituir el de “gran invalidez”, máxime tras la reforma constitucional del art. 49 CE)

(praxis), de la conexión entre la protección por desempleo y la extinción del contrato de trabajo. Hay algunas novedades en la protección contributiva por desempleo para las situaciones derivadas del cese de una persona trabajadora en general, y de su despido en particular (incluye también las bajas forzosas en cooperativas por parte de las personas socias de trabajo asociado, si está incluida en el RGSS –STS, 4^a, 974/2023, 14 de noviembre), sea procedente o improcedente. Al margen de la reforma que se llevó a cabo en su apartado 1 para adecuar la norma a la reforma laboral, tiene un especial interés, hoy en día, de un lado, debe destacarse, de un lado, la adición del párrafo 8º al apartado 1.a) por el art. 3.2 del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre: la situación legal de desempleo derivada de la extinción del contrato de trabajo de las personas empleadas de hogar (la gran mayoría mujeres), de acuerdo con el profundamente reformado artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre (por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar). Se recordará que esta reforma trae causa de la condena a España por incurrir en una discriminación indirecta por razón de sexo, al no incluir a este colectivo abrumadoramente feminizado entre las situaciones legales de desempleo (ST-JUE 24 de febrero del 2022, C-389/20)

De otro lado, con carácter general, se modificó, a efectos de la acreditación de la situación legal de desempleo, mediante la prueba de la decida voluntad de activarse para el retorno al empleo, la letra b) del ap. 2 por la disposición final 4.3 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo. Como es sabido, esta cuestión ha tenido otra vuelta de tuerca, una más, con la Ley de Empleo, para reforzar la dimensión de empleabilidad de la tutela o garantía social de rentas de desempleo, por lo que razones de coherencia reguladora motivó el cambio. Finalmente, y en esta misma línea de homologación o coordinación de la normativa de seguridad social con los cambios sustantivos, hay que tener en cuenta que se modificó el ya referido apartado 1.b) (suspensión de la relación de trabajo de víctimas de violencia de género y de violencia sexual) y el 3.b) (acreditación de estas situaciones legales de desempleo, suspensivas y extintivas, de víctimas de violencia de género y sexual²⁵), con efectos desde el 7 de octubre de 2022, por la disposición final 16.4 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (LOGLS), la célebre –y polémica– “ley del solo sí es sí”, que no solo tiene interés para el análisis penal, sino también sociolaboral, y mucho, en diferentes ámbitos.

25. b) La situación legal de desempleo prevista en los apartados 1.a).5.º y 1.b).2.º de este artículo cuando se refieren, respectivamente, a los supuestos de los artículos 49.1.m) y 45.1.n) del ET, se acreditará por comunicación escrita del empresario sobre la extinción o suspensión temporal de la relación laboral, junto con la orden de protección a favor de la víctima o, en su defecto, junto con cualquiera de los documentos a los que se refieren el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, o el artículo 37 de la LOGLS

Pero la actualidad de estas situaciones no se vincularía solo a cambios legislativos visibles, formales, sino que también pueden asociarse a cambios sustantivos que pueden tener derivas en la protección por desempleo. Piénsese, por ejemplo, en el caso del despido nulo, pero que, por razones de diversa índole, termina en extinción por la imposibilidad objetiva o legal de readmisión. Una cuestión –aunque aquí no podemos abordar– recientemente reavivada sea por la doctrina constitucional (STC 22/2024, 12 de febrero²⁶) sea por las citadas Conclusiones 2023 del CEDS, 20 de marzo de 2024 (considera disconforme al art. 27 CSER esta posibilidad contemplada en el Derecho español cuando se trata de trabajadoras embarazadas cuya nulidad se ha declarado, pero no se puede ejecutar por imposibilidad sobrevenida, objetiva o legal, dado que solo cabe salarios de tramitación e indemnización topada).

Ciertamente, algunos de ellos adquirirían hoy una renovada dimensión si se tiene en cuenta, por ejemplo, que ni la jubilación ni la incapacidad permanente de la persona del empleador (supuesto 2º) deben suponer necesariamente la extinción del contrato de trabajo, pudiendo incluirse los despidos por esas causas en el despido colectivo, de modo que si no se sigue el procedimiento sería nulo, por lo que no cabría la extinción, habría que readmitir. respecto de la incapacidad permanente (no así respecto de la muerte). Como es sabido, el Auto del TSJ Cataluña de 20 de enero 2023, núm. 1599/2022 ha cuestionado el art. 49. 1 g) ET (como se sabe, dicho sea de paso, aunque no afecte a la prestación por desempleo, sino a la de incapacidad permanente, ha sido declarado discriminatorio por razón de discapacidad –STJUE 18 de abril de 2024–). Se plantea que este tipo de ceses deberían también incluirse en el marco de los despidos colectivos, por lo que no hacerlo así, cuando concurren los umbrales numéricos, serían nulos de pleno derecho. Por tanto, no cabría la extinción, salvo imposibilidad sobrevenida de readmisión.

Asimismo, conocido es que cada vez se cierra más el cerco contra las resoluciones de los contratos durante el periodo de prueba (desistimientos ex art. 14 ET). El aumento más que desmesurado de su número ha determinado que se trabaja, legalmente y también en el plano judicial, en la línea de provocar su nulidad. Lo que obstaría, pues, el acceso a la protección por desempleo (recogido, bajo ciertas condiciones, en especial temporales, como situación legal de desempleo: supuesto 1 a) 7º TRLGSS²⁷), al ser, como se sabe, obligatoria la readmisión.

26. Concluye que constituye una discriminación por razón de sexo la negativa del Estado a abonar los salarios de tramitación a una trabajadora embarazada, cuando se ha superado el plazo de 90 días desde la interposición de la demanda por despido nulo. Una fundada crítica en MIÑARRO YANINI, Margarita (2024).

27. 7.º Por resolución de la relación laboral durante el período de prueba a instancia del empresario, siempre que la extinción de la relación laboral anterior se hubiera debido a alguno de los supuestos contemplados en este apartado o haya transcurrido un plazo de tres meses desde dicha extinción

Pero donde la protección por desempleo ha vuelto a ganar actualidad, en el marco de los procedimientos de despido colectivo (ERE), sin que haya habido cambio legislativo (salvo lo que se dirá respecto de la Disposición final tercera del RDL 2/2024, de 21 de mayo), sino por las nuevas estrategias de regulación definitiva de empleo de las empresas más grandes, ha sido, aunque quizás fugazmente, en la revitalización de la problemática de la llamada “Enmienda Telefónica” (DA 16ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto). Así se evidenció cuando Telefónica anunció hace dos años un nuevo gran ERE.

12 años después del ERE que obligó al gran grupo de comunicaciones compensar unos 350 millones al erario, en concepto de gastos en prestaciones por desempleo, al tratarse de una empresa con grandes beneficios que despidió a personas trabajadoras con más de 50 años, volvió a anunciar otro, de características similares, aunque con una menor incidencia (se calculaba que unos 100 millones de euros). Ahora bien, finalmente, no fue necesario acudir a despidos colectivos en sentido estricto, sino que el grupo, tras el debido proceso negociador y alcanzado un acuerdo, prefirió la fórmula, también ensayada más de una vez en el pasado, de las salidas voluntarias, esto es, los acuerdos de prejubilación a través de la adhesión individual a la oferta de bajas voluntarias pactadas²⁸. Con todo, las empresas que están optando por pasar de los ERTE a los ERE, algunas con situaciones de beneficio económico y afectación a personas de más de 50 años (sin perjuicio de que aquí emerja la problemática del edadismo y la lucha contra la discriminación por razón de edad en el momento extintivo, donde tiene una especial incidencia –lo que nos llevaría también al terreno, en ciertas situaciones, de los subsidios por prejubilación, pero esa es otra historia-), vuelven a poner en el primer plano esta cuestión de la socialización de los costes de la protección por desempleo para la reestructuración y modernización de las empresas y qué retornos de solidaridad hay que pedirles a las empresas.

Al respecto, bien sabido es que la dinámica de gestión de esta DA 16ª de la Ley 27/2011 deja mucho que desear. Prueba de ello han sido los muchos conflictos generados en su aplicación, incluso las múltiples situaciones de prescripción de los pagos debidas a la descoordinación entre las dos entidades gestoras que intervienen, el SEPE y, cómo no, la autoridad laboral. Por eso, a fin de agilizar esa gestión, una vez más mediante la ahora ya omnipresente digitalización, se ha llevado a cabo la modificación del apartado 7 de la DA 16ª indicada. Con ello se carga sobre la empresa la obligación de comunicar al SEPE, mediante “Certific@2”, determinadas informaciones sobre la gestión y las personas que se ven afectadas por el despido colectivo,

28. Conviene recordar que, conforme a la STJUE 22 de febrero de 2024, C-589/22, las bajas voluntarias deben incluirse también en el periodo de consultas ex art. 51 ET. Ampliamente, para este análisis renovado MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. (2024). La reestructuración empresarial mediante la regulación de empleo, Ob. cit. pp.

siendo obligación, por su parte, del SEPE, la remisión del certificado a la autoridad laboral competente del despido colectivo en juego.

4.2. El juicio de convencionalidad de la indemnización tasada por despido injusto y el papel de la prestación por desempleo: ¿extravagancia o justo equilibrio?

Ahora bien, a mi juicio, desde esta perspectiva más indirecta o tangencial, si se quiere, sin una previsión legislativa expresa, un aspecto especialmente novedoso, que ha ganado, sorpresivamente, cierta actualidad, es el de la relación existente entre la indemnización prevista para los casos de despidos improcedentes y la protección por desempleo a efectos de configurar el derecho a una reparación apropiada ex art. 24 CSER en estas situaciones legales. En efecto, como es bien conocido, el art. 12 del Convenio 158 OIT, reconoce el derecho, “de conformidad con la legislación y la práctica nacionales”, a la terminación de la relación de trabajo:

- a) una *indemnización por fin de servicios* o a otras prestaciones análogas.
En este caso, la cuantía de esta reparación se fijará en función, “entre otras cosas”, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o “por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores”. Como vemos, se abre claramente la norma internacional social a la llamada “mochila austriaca”, objeto de fuertes críticas, sin embargo, por amplios sectores en España, abanderada, sin embargo, por otros, más marcadamente económico-empresariales.
○ (el uso de la conjunción disyuntiva es claro)
- b) a prestaciones del seguro de desempleo (u otras formas de seguridad social, tales como las prestaciones de vejez o de invalidez, bajo las condiciones normales a que están sujetas dichas prestaciones)
○ (de nuevo la disyuntiva manda en la formulación de este precepto)
- c) a una combinación de tales indemnizaciones o prestaciones.

En su apartado 2, este precepto precisa que, si la persona trabajadora no tiene acceso a las prestaciones de un seguro de desempleo (o de asistencia a los desempleados en virtud de un sistema de alcance general):

no será exigible el pago de las indemnizaciones...por el solo hecho de que el trabajador no reciba prestaciones de desempleo en virtud del apartado b) de dicho párrafo.

Asimismo, cierra su regulación el apartado 3, la terminación de la relación laboral por falta grave (despido disciplinario), permite excluir las indemnizaciones (lo que se prevé en nuestro Derecho). Pero no las prestaciones por desempleo (aunque,

como se acaba de recordar, esta protección es complementaria o alternativa, según decida la ley estatal). Pues bien, ante esta regulación social internacional, mucho más abierta y flexible que la que prevé el Derecho nacional, e incluso el art. 24 CSER, en el actual reto de identificar, conforme a la doctrina del CEDS, en qué consiste el derecho previsto en tal precepto de la norma social europea a “una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada”, unos términos análogos a los del art. 10 Convenio n. 158²⁹.

Pues bien, en este encendido debate, que no podemos afrontar aquí y en su plena ebullición, han surgido voces interpretativas que proponen integrar el derecho a una indemnización adecuada atendiendo tanto a la prevista legalmente como a la protección por desempleo. Ahora bien, sin descartar por completo una opción de este tipo, por cuanto es evidente que las prestaciones por desempleo pueden atender parcialmente (no de forma íntegra) el lucro cesante (el daño emergente debe venir cubierto por el pago obligatorio de los salarios de tramitación), entiendo que esta opción plantea más problemas de las que resuelve y no es conforme plenamente con el imperativo de la doctrina del CEDS. Además, conviene tener en cuenta que el ámbito aplicativo del art. 24 CSER y el del art. 12 del Convenio 158 OIT son diferentes (despido injustificado el primero, justificado e injustificado el segundo)

5. PROTECCIÓN POR DESEMPLEO Y RELACIONES FIJAS DISCONTINUAS: ¿UN AMORTIGUADOR DE LA DÉBIL INTENSIDAD DE SU EMPLEO?

Finalmente, y si bien no se encontraría propiamente ni en el ámbito de las situaciones legales de desempleo por extinción, porque no hay cese, ni de suspensión propiamente, porque tampoco es exactamente esa situación la constitutiva de inactividad, entendemos de especial interés hacer una mención, siquiera breve, a la situación de desempleo de las personas fijas discontinuas. Sin duda, al igual que los ERTE reformados, en el ámbito de la flexibilidad de gestión interna, la fijeza discontinua constituye un instrumento ideado para avanzar en el citado paradigma de la flexiguridad³⁰,

29. Según el art. 10 del Convenio 158 OIT: “Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación...apropiada”.

30. Al igual que el contrato indefinido de obra en el sector de la construcción, del que tampoco ahora me puedo hacer cargo, pero no puedo dejar de mencionar (vid. artículo 24 del VI Convenio colectivo de la construcción). Una regulación, fuertemente remozada por la reforma laboral a partir de las críticas que el TJUE realizara a su predecesor, el contrato “fijo de obra” (STJUE 24/6/21, C-550/19), que no termina de ajustarse al Derecho de la UE

pero ahora desde la flexibilidad de acceso, esto es, de contratación, aunque se proyecte también en la fase de gestión y en la de terminación. Con ello, se trataba de sustituir la flexibilidad empresarial suministrada por la temporalidad por la de la discontinuidad, pero mejorando la calidad de empleo, esto es, no solo su estabilidad, también su intensidad (adecuación de sus condiciones de trabajo y de protección social al estándar de empleo decente de la OIT).

Hoy, como ayer, los célebres (y muy complejos de gestionar a efectos prestacionales) periodos de inactividad dan lugar a una situación legal de desempleo (art. 267.1 c) TRLGSS). Y, antes como ayer, nunca fueron registrados en el servicio público de empleo como propiamente personas desempleadas, porque propiamente no lo son, sino que tenían un tratamiento específico. Por supuesto, cuando su número era menor, casi residual, solo relevante en determinados sectores y/o empresas, esta situación “contradictoria” apenas interesó a nadie. Ahora bien, cuando el número de personas empleadas bajo esta forma se multiplicaba exponencialmente, tras la reforma laboral, la cuestión cambió, abriéndose un agrio debate político-partidista que oculta más de un problema real de desprotección, laboral y social, en especial en el ámbito de la rama de desempleo, pese a las mejoras en 2022 (pero, más bien, y no es casualidad, sí paradójico, en el nivel asistencial, permitiendo el acceso a los subsidios de prejubilación, antes vetados para este colectivo)³¹.

Antes de la reforma laboral, las personas fijas discontinuas arrastraban importantes déficits de protección jurídica, tanto laboral³² como de protección social. La clara ventaja en términos de estabilidad que presentaban respecto de las temporales, en la medida en que sus contratos no se extinguían, pese a la interrupción de actividad, quedaba debilitada por su operatividad como una figura de gestión interna extremadamente flexible (acumulaba un amplio número de medidas de flexibilidad). Además, la difícil distinción con el trabajo a tiempo parcial, inexistente en el ámbito de la protección social, permitía que participara de su cúmulo de lagunas de protección social³³, incluidas más de una discriminación.

31. Vid. LOUSADA AROCHENA, José Fernando (2024). *El contrato fijo discontinuo tras la reforma laboral*, Bomarzo, Albacete.

32. DÍAZ, Eva. (2024). “El Supremo aclara el despido, los ‘bonus’ y los ascensos de los fijos discontinuos. <https://www.eleconomista.es/legal/noticias/12843505/05/24/el-supremo-aclara-el-despido-los-bonus-y-los-ascensos-de-los-fijos-discontinuos.html>”.

33. Por ejemplo, la STS, 4ª, 624/2024, de 29 de abril reafirma que las personas trabajadoras fijas discontinuas, cuya actividad laboral no se desarrolla en fechas ciertas y que han celebrado simultáneamente un contrato de relevo, no pueden acceder a la jubilación parcial si no han alcanzado la edad ordinaria de jubilación, precisamente por tratarse de personas trabajadoras a tiempo parcial (reitera otras, como la STS 1272/2023, de 21 de diciembre). El caso concreto se refiere a una demanda interpuesta por una trabajadora fija discontinua que solicitó una pensión de jubilación parcial tras haber reducido su jornada laboral en un 20%, en asociación con la celebración de un contrato de relevo a tiempo completo y duración indefinida. Se plantea así, aunque aquí no se puede tratar, la cuestión del ajuste de esta regulación al Derecho de la UE sobre discriminación indirecta por razón de sexo.

Con la reforma laboral, la fijeza discontinua pareció encontrar una mejor estrella, de modo que, típica fórmula de flexiguridad (flexibilidad porque permite la interrupción de la actividad sin pago de salario ni de cotización social –a diferencia del ERTE–, cuando la empresa no pueda desplegarla, y seguridad porque garantiza un derecho al llamamiento y la correspondiente protección por desempleo en tanto se produce). Pero de inmediato se vio frustrada esa nueva aurea, con la polémica (algo artificial, porque ya tenía esa consideración previamente) en torno a su calificación en la estadística propia del desempleo, por cuanto ni ahora, ni antes, figuraban como personas desempleadas en sentido estricto, pese a no tener actividad efectiva, porque, en realidad, no están extintos sus contratos, sino que permanecen vivos, de ahí el derecho a llamamiento.

Dos años después, las críticas arrecian y las dudas crecen, incluso entre los sindicatos y el Gobierno, no solo en la patronal ¿El relativo fracaso –real o pretendido– de estos contratos fijos discontinuos es ahora un lastre para la calidad del empleo incompensable con las mejoras de protección por desempleo? Apenas constituye un 5% de los empleos, pero su pase o tránsito a la inactividad está en la causa del 22% de las bajas en seguridad social, muy por encima de otras causas como dimisiones, despidos o jubilación, cuando antes de la reforma apenas llegaban al 3%. A este porcentaje habría que sumarle los ceses de personas fijas discontinuas (volatilidad al alza de la fijeza discontinua). La apuesta por la fijeza discontinua como “empleo de transición” desde la temporalidad a la estabilidad, desde la precariedad a la calidad parece fallida, al menos habría tocado techo. Y ello en la medida en que ni puede “aspirar a reemplazar el peso de los temporales en el mercado laboral, que hoy casi triplica el suyo” (conviene advertir que la pretensión no es sustituir la temporalidad solo por fijeza discontinua, sino por fijeza, incluso a tiempo completo, no a tiempo parcial), ni intensifica la calidad del empleo

Además, también se derivan algunos usos inesperados, porque a cierre del año 2023 los contratos de fijeza discontinua suponían el 46% del total de contratos de puesta a disposición que firman las ETT (140.999, una cifra que equivale al 94% del total de contratos fijos discontinuos firmados en diciembre). En la media anual, el porcentaje es el 75%³⁴. El debate sobre la calidad de los empleos fijos discontinuos parece ensombrecido por la polémica sobre la situación del colectivo de los fijos discontinuos inactivos. Si bien no trabajan, pueden inscribirse en los servicios públicos de empleo, aunque no computen como personas desempleadas registradas, y reciben prestación de desempleo. A inicios del año 2024 era 735.996, un 14% más que un año

34. El cambio es relevante si tenemos en cuenta que, antes de la reforma laboral, la jurisprudencia había vetado esta posibilidad contractual (STS de 30 de Julio del 2020, Rec. 3898/2017). De forma paradójica, este sector, a diferencia de otros productivos, sí han visto en este instrumento una vía para abandonar un uso masivo de los contratos temporales y crear una apariencia de estabilización de plantillas, mejorando la imagen de mercado de estas empresas.

antes y un 213% más que en el mismo mes de 2019 (unos 234.000). Esto es, han pasado del 7% al 15,2 del total de personas que perciben prestación por desempleo.

¿Maquillaje estadístico del desempleo y nuevos frentes para el abuso o el fraude? El principal, la calidad de la protección social que reciben estas personas trabajadoras, aún en situación de inactividad. Más allá de su peso estadístico real, hoy discutido, entre las personas receptoras de la protección por desempleo (apenas suponen un 0,05% del total de perceptores del nivel contributivo), **su impacto es más modesto aún, porque estas personas cobran prestaciones de escasa cuantía y corta duración**, lo que trae causa de la volatilidad contractual. La mayoría ni siquiera tiene derecho a subsidio (tras agotada la prestación contributiva), pese a que se reforzó tal posibilidad tras la reforma laboral³⁵.

Por tanto ¿estaría esta figura degenerando desde una suerte de “fórmula mágica” para mutar el exceso de temporalidad (precariedad) en estabilidad (calidad del empleo) a una auténtica “oveja negra” de la que el Gobierno renegaría por no conseguir traducir la indefinición o fijeza de la relación en una efectiva calidad del empleo? La figura no solo habría tocado techo como alternativa de creación de empleo fijo, aún discontinuo o interrumpido (del 6,56% de mayo del año 2023 habría pasado al 5,04% en mayo del año 2024). Un peso estadístico marginal que tendría una lectura más negativa si se compara con el peso que se sigue encontrando en los eventuales (más del doble, el 12,7%)³⁶.

Las campañas antifraude específicas habrían alentado la parálisis de esta contratación, por la complejidad de la figura y por las crecientes dificultades de negociación colectiva, con muchos ámbitos abiertos a tal fuente de autorregulación, al tiempo que los usos poco adecuados de la figura, acumulando todo tipo de flexibilidad (irregularidad, parcialidad, la interrupción, etc.), así como la ausencia de previsión específica de indemnizaciones en el paso de la actividad a la inactividad (a diferencia de lo que sucede en la temporalidad, que también da lugar a la protección por desempleo), hace que tampoco las personas que deben beneficiarse de estos contratos lo

35. Como se vio, **el pase a la inactividad es la segunda causa de baja de afiliación, tras el fin de un contrato temporal**. Por lo tanto, no cotizan lo suficiente para percibir ninguna ayuda. La retirada de las medidas excepcionales durante la pandemia, que permitían cobrar prestaciones sin consumir derechos, también ha tenido un efecto a la baja en su protección. Por ello la cifra de “personas demandantes con relación laboral”, la categoría en la que figuran las personas fijas discontinuas inactivas al inscribirse como demandantes de empleo, (coloquialmente conocido como ‘apuntarse al paro’), es muy superior a la de los perceptores de prestaciones con este tipo de contrato. Cfr. ESTEBAN, Javier (2023). “¿Dónde están los fijos discontinuos que cobran el paro? Se disparan un 108,4% tras la reforma laboral”. <https://www.eleconomista.es/economia/noticias/12586329/12/23/donde-estan-los-fijos-discontinuos-que-cobran-el-paro-se-disparan-un-1084-tras-la-reforma-laboral-.html>

36. ESTEBAN, Javier (2024), El fracaso de los fijos discontinuos se convierte en un lastre para la calidad del empleo, *El Economista*, <https://www.eleconomista.es/economia/noticias/12713125/03/24/el-fracaso-de-los-fijos-discontinuos-se-convierte-en-un-lastre-para-la-calidad-del-empleo-.html>

vean de forma positiva. En suma, es evidente que la gran estrella de la reforma, una de esas fórmulas que, junto a los ERTE (en modo alguno es infrecuente que aparezcan ambas figuras interrelacionadas³⁷), aparecían como expresión de ese nuevo “pretendido milagro laboral español”, hoy ofrece muchas señales de necesidad de una reforma mucho más reflexiva y profunda. Y en esa reforma una clave fundamental, por lo que aquí más interesa, dejando las propias de carácter laboral³⁸, será las mejoras en protección social, también en la rama contributiva por desempleo, no ya solo la asistencial.

6. CONCLUSIONES

Es momento de finalizar este estudio. Por supuesto, no es nuestra intención repetir lo ya afirmado, de forma más abreviada. En las páginas precedentes se ha hecho un análisis de los aspectos que se han considerado más relevantes y novedosos en torno la dinámica de las situaciones legales de desempleo asociadas a la extinción y a la suspensión de las relaciones de trabajo, especialmente las vinculadas a los procesos de reestructuración de las empresas y su impacto en la regulación de empleo. Algunas novedades traen una causa directamente de reformas legales, pero otras tienen que ver con estrategias adoptadas, en unos casos viejas, pero reemergidas, y en otros casos innovadoras, que ponen en el centro del debate algunas importantes cuestiones, relativas a la suficiencia sea de socialización de los costes sociales de estas regulaciones de empleo sea de la intensidad protectora.

Más allá de las limitaciones que se han observado en la actual regulación del régimen de protección por desempleo para las diferentes situaciones de ERTE, en especial fuera de los ERTE-FM, cuya desigualdad y fragmentación lastran su uso, de ahí que crezcan las decisiones de regulación extintiva de empleo (despidos colectivos, bajas voluntarias o salidas incentivadas –la técnica de la prejubilación, significativamente apoyada, como se sabe, en la prestación por desempleo-), así como la arbitrariedad que supone, a mi juicio, que las situaciones de inactividad en los ERTE-RED se canalice fuera de la prestación por desempleo, al menos formalmente, lo importante, a mi juicio, es evidenciar que ya ha llegado el tiempo de una profunda reforma de la prestación contributiva de desempleo. El sistema español, surgido como eminentemente contributivo, se ha convertido netamente, tras la última reforma legal (RDL 2/2024, de 21 de mayo), en eminentemente asistencial. Cuando en noviembre entre en vigor la misma, se consumará un volumen de protección asistencial

37. Ej. ATS, 4ª, 21 de mayo del 2024, RCU 3587/2023.

38. Como las relativas a clarificar aspectos tales como el cálculo de la indemnización por despido, a fin de corregir la persistente doctrina jurisprudencial contraria a tener en cuenta todo el periodo del vínculo de empleo, anclándose en el trabajo efectivo (STS 13 de marzo 2024, rec. 53/2022)

notablemente superior a la contributiva. La artificialidad del nivel asistencial se pone de manifiesto de forma radical y las lagunas de protección del contributivo están en su base.

En consecuencia, estamos en un escenario que llama a una necesaria, incluso urgente, reforma general del nivel contributivo, no solo del nivel asistencial, como ha sucedido. Así lo augura, si bien a dos años vista, la propia Disposición Adicional 4 del tan referido RDL 2/2024, en la que se pone de manifiesto su voluntad de dar cumplimiento al sabido compromiso comunitario en materia asistencial, contraído dentro de los hitos para poner en práctica el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR), pero:

sin perjuicio de que en el marco del diálogo social se aborde un análisis del sistema de protección por desempleo en su conjunto, incluidas las políticas activas de empleo

Veremos.

7. BIBLIOGRAFÍA

Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi (2023). “Reconocimiento de indemnización complementaria a la legal tasada en despido improcedente” (SJS\1 Bilbao 23/7/23), Blog, 24 de noviembre de 2023. <https://ignasibeltran.com/2023/11/24/reconocimiento-de-indemnizacion-complementaria-a-la-legal-tasada-en-despido-improcedente-sjs1-bilbao-23-7-23/>

Cavas martínez, F: “El refuerzo de los ERTE como garantía de estabilidad del empleo en la nueva Reforma Laboral 2021”. NET21, publicado el 11 de enero de 2022.

Cortés álvarez, Juan Carlos (2024). “Capítulo III. La rama de desempleo de los sistemas de seguridad social y el pilar europeo de derechos sociales: otro reto pendiente”. En AAVV. (Dir. Isabel Villar Cañada-Cristóbal Molina Navarrete). Pilar europeo de Derechos Sociales y progreso jurídico de la Unión y de España: logros y asignaturas pendientes. Editorial Bomarzo, Albacete.

Esteban, Javier. (2024). “El fracaso de los ERTes tras la reforma laboral dispara un 51% los despidos colectivos”. <https://www.economista.es/economia/noticias/12697193/02/24/el-fracaso-de-los-ertes-tras-la-reforma-laboral-dispara-un-51-los-despidos-colectivos-.html>

Esteban, Javier (2023). “¿Dónde están los fijos discontinuos que cobran el paro? Se disparan un 108,4% tras la reforma laboral”. <https://www.economista.es/economia/noticias/12586329/12/23/donde-estan-los-fijos-discontinuos-que-cobran-el-paro-se-disparan-un-1084-tras-la-reforma-laboral-.html>

- Fernández Prol, Francisca (2015). “Viejos y nuevos contornos de la protección por desempleo. Análisis desde una perspectiva de “activación”: Sobre la reforma del título III de la Ley General de la Seguridad Social”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 41.
- Lousada Arochena, José Fernando (2024). *El contrato fijo discontinuo tras la reforma laboral*, Bomarzo, Albacete.
- Molina Navarrete, C. “El impacto del cambio climático en la regulación temporal de empleo: El «ERTE Freixenet por sequía» ¿«fuerza mayor» o «causa productiva?»”, *Diario LA LEY*, n.10502, Sección Tribuna, 10 de Mayo de 2024.
- Molina Navarrete, Cristóbal (2024). *La reestructuración empresarial mediante la regulación de empleo: nuevas normas y prácticas sobre ERTE y despidos colectivos*, La Ley, Colección Temas, Madrid.