Laborum

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Nº. Monográfico: Medidas de Seguridad Social de fomento del empleo y su incidencia en la sostenibilidad del sistema en España e Italia

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial
José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

Presentación
Belén García Romero y M. Carmen López Aniorte

Estudios

- Los Incentivos al Empleo Juvenil en el contexto de las Políticas Públicas de Empleo y de Protección Social
  Faustino Cavas Martínez
- Desempleados de larga duración: medidas de incentivación del emprendimiento y del empleo
  Belén García Romero
- El Desempleo Parcial: Algunas cuestiones
  Alberto Cámara Botía
- La función social de la Renta Activa de Inserción en el Siglo XXI
  Alejandra Selma Penalva
- Medidas de apoyo al emprendimiento individual
  Mª Belén Fernández Collados
- Medidas que obstaculizan el aumento de cotizantes: La exclusión del Reta Ex LGSS 2015 de las personas menores que trabajan por cuenta propia
  Mª Monserrate Rodríguez Egío
- Profesiones colegiadas y Seguridad Social: ¿ante el final de un desencuentro?
  María del Carmen López Aniorte
- Medidas dirigidas a prolongar la vida activa: una mirada desde el derecho de la Unión Europea
  Francisco Miguel Ortiz González Conde
- Medidas que desincentivan el incremento del número de cotizantes. Supuestos de compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación
  Guillermo Rodríguez Iniesta
- Trattamenti di Disoccupazione e Strumenti per L'inserimento e la Ricollocazione nel mercato del Lavoro in Italia
  Elena Signorini

Ediciones Laborum

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

Nº. Monográfico: Medidas de Seguridad Social de fomento del empleo y su incidencia en la sostenibilidad del sistema en España e Italia

© Ediciones Laborum, S.L.

Avda. Gutiérrez Mellado, nº 9
Planta 3ª - Oficina 21
30.008 - Murcia

Telf. 968 88 21 81
Fax. 968 88 70 40
Web: www.laborum.es
email: laborum@laborum.es

Depósito Legal: MU 1085-2014
Publicación Impresa: ISSN 2386-7191
Publicación Digital: ISSN 2387-0370

Impreso en España - Printed in Spain

Contacto Revista:

www.laborum.es/revsegsoc
facebook.com/RevSegSoc
@RevSegSoc
revsegsoc@laborum.es

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin autorización previa y por escrito de los titulares del copyright. La infracción de dichos derechos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual.

PRESIDENTE:
Manuel Abadía Vicente

DIRECCIÓN:
José Luis Monereo Pérez

COORDINACIÓN:
Guillermo Rodríguez Iniesta

CONSEJO DE REDACCIÓN:

José Luis Monereo Pérez
Guillermo Rodríguez Iniesta
Faustino Cavas Martínez
Lourdes López Cumbre
Juan Antonio Maldonado Molina
María Nieves Moreno Vida
José Luis Tortuero Plaza
Cristina Sánchez-Rodas Navarro
Francisco Ortiz Castillo

CONSEJO ASESOR:

Mario Ackerman
Jordi Agustí Juliá
Miguel A. Almendros González
María José Añón Roig
Joaquín Aparicio Tovar
Ángel Arias Domínguez
Alberto Arufe Varela
Guido Balandi
Guillermo Barrios Baudor
Francisco Blasco Lahoz
Ángel Blasco Pellicer
Paola Bozzao
Umberto Carabelli
Jo Carby-Hall
María Emilia Casas Baamonde
Lance Compa
María Antonia Castro Argüelles
Wolfgang Däubler
Luis Enrique De la Villa
Mikel De la Fuente Lavín
Ángel Luis De Val Tena
Aurelio Desdentado Bonete
María Teresa Díaz Aznarte
Marco Esposito
Gemma Fabregat Monfort
José Antonio Fernández Avilés
Juan Antonio Fernández Bernat
Juan José Fernández Domínguez
Maximilian Fuchs
Ángel Gallego Morales
Javier Gárate Castro
Juan García Blasco
Carlos García de Cortázar
Joaquín García Murcia
Ignacio García Ninet
María García Valverde
Mario Garmedia Arigón
Rosa González de Patto
Santiago González Ortega
Jesús Lahera Forteza
Juan López Gandía
Belén del Mar López Insua
José Luján Alcaraz
Antonio Márquez Prieto
Jesús Martínez Girón
Carolina Martínez Moreno
Jesús Mercader Uguina
Orides Mezzaroba
Cristina Monereo Atienza
Rafael Muñoz de Bustillo
Antonio Ojeda Avilés
Sofía Olarte Encabo
Mari Carmen Ortiz Lallana
Adrián Osvaldo Goldin
Manuel Carlos Palomeque López
José Antonio Panizo Robles
Rosa Quesada Segura
Margarita Ramos Quintana
Susana Rodríguez Escanciano
Gloria Rojas Rivero
Eduardo Rojo Torrecilla
Santos Miguel Ruesga Benito
Tomás Sala Franco
Fernando Salinas Molina
Carmen Sánchez Trigueros
Carolina San Martin Mazzuconi
Antonio Vicente Sempere Navarro
Andrés Trillo García
Fabio Tulio Barroso
Daniel Toscani Giménez
Fernando Valdés Dal-Ré

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO:

Alejandro Garilli
Jaime Cabeza Pereiro
Carlos Alfonso Mellado
Juan Gorelli Hernández
Arántzazu Vicente Palacio
Borja Suárez Corujo
Carolina Gala Durán

EDITOR:
Francisco Ortiz Castillo

RED EUROPEA DE REVISTAS DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
(Red Europea de RDSS)

Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum
ISSN: 2386-7191
Editorial Laborum, España. Director, Prof. Jose Luis Monereo Pérez.
http://laborum.es/revsegsoc/

EJSS European Journal of Social Security
ISSN: 1388-2627
Editorial Intersentia, Países Bajos.
Editores, Profs. Frans Pennings, Universidad de Utrecht, y Michael Adler, Universidad de Edimburgo
http://www.ejss.eu/

JSSL Journal of Social Security Law
ISSN: 1354-7747
Publisher Sweet and Maxwell, Reino Unido Editor, Prof. Neville Harris, Universidad de Manchester
http://www.sweetandmaxwell.co.uk/

ERIPS e-Revista Internacional de la Proteccion Social
ISSN: 2445-3269
Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Directora, Prof. Cristina Sánchez-Rodas
http://institucional.us.es/revistapsocial/

RDSS Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale
ISSN: 1720-562X
Editorial il Mulino, Italia. Director responsable, Prof. Maurizio Cinelli, Universidad de Macerata
http://www.mulino.it/riviste/issn/1720-562X

Índice

EDITORIAL 11

José Luis Monereo Pérez
Guillermo Rodríguez Iniesta

PRESENTACIÓN 19

Belén García Romero
M. Carmen López Aniorte

ESTUDIOS 23

LOS INCENTIVOS AL EMPLEO JUVENIL EN EL CONTEXTO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE EMPLEO Y DE PROTECCIÓN SOCIAL **25**

Faustino Cavas Martínez

1. EL DESEMPLEO DE LA POBLACIÓN JOVEN EN ESPAÑA 25
2. DE LA ESTRATEGIA DE EMPRENDIMIENTO Y EMPLEO JOVEN A LA GARANTÍA JUVENIL 29
3. LOS NCENTIVOS ECONÓMICOS AL EMPRENDIMIENTO Y EL EMPLEO JOVEN EN LA LEY 11/2013 31
4. MEDIDAS DE APOYO A LA CONTRATACIÓN EN EL MARCO DEL SISTEMA NACIONAL DE GARANTÍA JUVENIL 34
5. EFICACIA DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS PARA LUCHAR CONTRA EL DESEMPLEO JUVENIL EN LA X LEGISLATURA 35
6. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS 38

DESEMPLEADOS DE LARGA DURACIÓN: MEDIDAS DE INCENTIVACIÓN DEL EMPRENDIMIENTO Y DEL EMPLEO **43**

Belén García Romero

1. INTRODUCCION 44
2. VINCULACIÓN DE POLÍTICAS DE EMPLEO PASIVAS Y ACTIVAS PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO POR CUENTA PROPIA Y AJENA 45
3. FOMENTO DEL EMPLEO POR CUENTA AJENA DE DESEMPLEADOS PERCEPTORES DE PRESTACIONES O SUBSIDIOS POR DESEMPLEO 47
4. FOMENTO DEL AUTOEMPLEO DE DESEMPLEADOS PERCEPTORES DE PRESTACIONES O SUBSIDIOS POR DESEMPLEO 56
5. CONCLUSIONES 65

EL DESEMPLEO PARCIAL: ALGUNAS CUESTIONES BÁSICAS **67**

Alberto Cámara Botía

1. EL DESEMPLEO PARCIAL Y LA REDUCCIÓN TEMPORAL DE LA JORNADA DE TRABAJO 68
2. LA REDUCCIÓN COYUNTURAL DEL TIEMPO DE TRABAJO COMO FACTOR DESENCADENANTE DEL DESEMPLEO PARCIAL 69
3. LA DEFINICIÓN DEL DESEMPLEO PARCIAL EN LA LGSS 80

LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN EN EL SIGLO XXI 93
ALEJANDRA SELMA PENALVA

1. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN 93
2. LA NECESIDAD DE ARTICULAR ESTRATEGIAS COORDINADAS CON EL FIN DE ESTIMULAR EL EMPLEO DE LOS COLECTIVOS ESPECIALMENTE VULNERABLES 98
3. PROTECCIÓN POR DESEMPLEO Y RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN. EL PAPEL RESIDUAL DE ESTA MEDIDA ASISTENCIAL 100
4. CONCLUSIONES 103

MEDIDAS DE APOYO AL EMPRENDIMIENTO INDIVIDUAL 107
Mª BELÉN FERNÁNDEZ COLLADOS

1. ASPECTOS PRELIMINARES: AUTOEMPLEO COMO POLÍTICA ACTIVA DE EMPLEO Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO 108
2. SUBVENCIONES PARA LA PROMOCIÓN DEL EMPLEO AUTÓNOMO ENTRE LOS DEMANDANTES DE EMPLEO 111
3. REDUCCIONES Y BONIFICACIONES A LA SEGURIDAD SOCIAL 115
4. INSTRUMENTOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y EL AUTOEMPLEO 130
5. CONCLUSIONES 140

MEDIDAS QUE OBSTACULIZAN EL AUMENTO DE COTIZANTES: LA EXCLUSIÓN DEL RETA *EX* LGSS 2015 DE LAS PERSONAS MENORES QUE TRABAJAN POR CUENTA PROPIA 143
Mª MONSERRATE RODRÍGUEZ EGÍO

1. INTRODUCCIÓN 144
2. EL TRABAJO POR CUENTA PROPIA DEL MENOR DE EDAD 144
3. UNA INADMISIBLE DISCORDANCIA NORMATIVA: LA AUTORIZACIÓN POR LA LETA DEL TRABAJO AUTÓNOMO DE MENORES Y SU EXCLUSIÓN *EX* LGSS 2015 148
4. LA INSUFICIENTE PROTECCIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD DEL MENOR AUTÓNOMO 150
5. CONCLUSIONES 159

PROFESIONES COLEGIADAS Y SEGURIDAD SOCIAL: ¿ANTE EL FINAL DE UN DESENCUENTRO? 163
MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ ANIORTE

1. PLANTEAMIENTO 163
2. EVOLUCIÓN NORMATIVA 164
3. EL VIGENTE RÉGIMEN "DE OPCIÓN" 171
4. BENEFICIOS E INCONVENIENTES DEL RÉGIMEN DE OPCIÓN 177
5. LA COBERTURA MÍNIMA DE LAS MUTUALIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL ALTERNATIVAS AL RETA 183
6. CONCLUSIONES 186

MEDIDAS DIRIGIDAS A PROLONGAR LA VIDA ACTIVA: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA 187
FRANCISCO MIGUEL ORTIZ GONZÁLEZ CONDE

1. INTRODUCCIÓN 187
2. MEDIDAS NACIONALES SOBRE ENVEJECIMIENTO ACTIVO 188

3. MEDIDAS *"SOFT LAW"* SOBRE EL ENVEJECIMIENTO ACTIVO....192
4. LA PARTICIPACIÓN DE ESPAÑA EN EL MÉTODO ABIERTO DE COORDINACIÓN....200
5. CONCLUSIONES....208

MEDIDAS QUE DESINCENTIVAN EL INCREMENTO DEL NÚMERO DE COTIZANTES. SUPUESTOS DE COMPATIBILIDAD ENTRE TRABAJO Y PENSIÓN DE JUBILACIÓN....211
GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

1. INTRODUCCIÓN....212
2. LA JUBILACIÓN PARCIAL....214
3. LA JUBILACIÓN FLEXIBLE....226
4. LA JUBILACIÓN ACTIVA....230
5. LA COMPATIBILIDAD O INCOMPATIBILIDAD DEL EJERCICIO DE OTRAS ACTIVIDADES CON EL DISFRUTE SIMULTÁNEO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN....241
6. LOS TRABAJOS EFECTUADOS TRAS EL ACCESO A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y SU INCIDENCIA EN LA MISMA....265
7. CONSIDERACIONES O REFLEXIONES FINALES....266

TRATTAMENTI DI DISOCCUPAZIONE E STRUMENTI PER L'INSERIMENTO E LA RICOLLOCAZIONE NEL MERCATO DEL LAVORO IN ITALIA....273
ELENA SIGNORINI

1. RETROSPETTIVA CIRCOSTANZIATA DELLE FIGURE INNOVATE DAL JOB ACT....273
2. IL SUPERAMENTO DELLA INDENNITÀ DI DISOCCUPAZIONE, L'ORIGINE DELLA ASPI, L'INDENNITÀ DI MOBILITÀ SINO ALLA NUOVA NASPI....279
3. IL NUOVO IMPIANTO: I DESTINATARI DELLE MISURE PER L'OCCUPAZIONE; LA NOZIONE DI DISOCCUPAZIONE....281
4. IL QUADRO D'INSIEME: LA NUOVA ASSICURAZIONE SOCIALE PER L'IMPIEGO (NASPI)....285
5. ANCORA IN GENERALE SUGLI AMMORTIZZATORI SOCIALI: CENNI SUL REDDITO DI CITTADINANZA O DI BASE E SU ALTRE MISURE DI INCLUSIONE SOCIALE. I TIROCINI FORMATIVI E DI ORIENTAMENTO....293
6. CONSIDERAZIONE CONCLUSIVE: LE INCENTIVAZIONI ALLE ASSUNZIONI....295

Editorial

Laborum

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
DIRECTOR Y COORDINADOR, RESPECTIVAMENTE, DE LA "REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LABORUM"

> *"Lo real es lo que puede figurar en una infinidad de puntos de vista, de combinaciones, de acciones, y es en definitiva una infinidad potencial"*
>
> PAUL VALÉRY[1]

Viene siendo recurrente en los últimos años, y con mayor intensidad en los meses, una noticia común en todos los medios de comunicación (prensa, radio, televisión, redes sociales…). Se hace referencia a que *"La Seguridad Social saca otros 8.700 millones del Fondo de Reserva… Es la mayor cantidad de dinero utilizada hasta ahora por el Gobierno para pagar pensiones…"* (Diario El País, 1-7-2016), o *"La hucha de las pensiones se agotará en 2017 al ritmo actual de retiradas"* (Diario ABC, 5-7-2016), dando la alarma acerca de la situación del Fondo de Reserva de la Seguridad Social y de cómo hemos pasado de tener unos fondos de 66.815 millones de euros en 2011 a 25.167 millones de euros en 2016. A continuación se nos ofrecen estudios, análisis, etc., de las razones por las que hemos llegado a esta alarmante situación y de los peligros a corto plazo que tiene el sistema de Seguridad Social para su supervivencia.

Básicamente casi todos los análisis que se hacen de la situación vienen a coincidir en las causas –conjugadas en plural– por las que hemos llegado a esta situación, a saber:

-El ritmo de crecimiento del gasto de las prestaciones no se frena pese a las importantes reformas llevadas a cabo en 2007 y 2011. Y eso que todas ellas han tenido como horizonte reducir el importe de las pensiones y evitar su crecimiento.

-Las cotizaciones han perdido su valor como fuente del sistema y del Fondo de Reserva. Y ello viene dado por la política de reducción salarial (devaluación salarial), de la contratación temporal y/o a tiempo parcial (uno de los factores determinantes de la precariedad laboral), del favorecimiento del autoempleo con alta en sistema como autónomo con una muy reducida cotización, etc.

-Que las políticas de empleo vayan a cargo de las cotizaciones en forma de reducción en la cotización.

-El uso del Fondo de Reserva para políticas interesadas (por ejemplo para satisfacer –parcialmente– un complemento a mínimos de las pensiones más bajas) que deberían de ser atendidas vía impositiva y no con cargo al mismo.

-Etcétera.

[1] VALÉRY, P.: *Cuadernos (1834-1945)*, Barcelona, Galaxia Gutenberg/Círculo de lectores, Selección e introducción de A. Sáchez Robayma, 2007, pág.148

Y, por otro lado, se realizan sugerencias de cómo afrontar este reto y evitar la dilapidación del Fondo de Reserva entre ellas una se está abriendo camino para las pensiones de supervivencia, su financiación vía impuestos, que evidentemente reducirán el gasto en pensiones, pero que no es otra cosa que una deriva hacia una asistencialización del Sistema con lo que ello lleva consigo. En todo caso, no es aventurado afirmar que toda esta problemática continuará siendo abordada a través de próximas reformas legislativas.

Un análisis más detenido puede verse en nuestro Editorial «La situación de la "Hucha de las Pensiones". A propósito de las últimas disposiciones del Fondo de Reserva de la Seguridad Social y las limitaciones intrínsecas de este instrumento de garantía», al número 5/2015 de esta Revista.

La idea de contribuir al debate con rigor sobre sobre la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, es un acierto. Este número monográfico dedicado al análisis de *"Las medidas de Seguridad Social de fomento del empleo y su incidencia en la sostenibilidad del sistema en España e Italia",* estamos seguros que será un importante referente.

El estudio monográfico dirigido por las profesoras GARCÍA ROMERO y LÓPEZ ANIORTE, se inicia con un análisis de la incidencia de *"Los incentivos al empleo juvenil en el contexto de las política de empleo y protección social"* a cargo del profesor CAVAS MARTÍNEZ. Considera el mismo, que la inserción laboral de los jóvenes siempre ha sido un reto para las políticas de empleo, especialmente en tiempos de crisis, con tasas de paro juvenil que duplican la media de la población adulta. En el plano de las políticas laborales para la activación del mercado de trabajo, los diversos gobiernos que de todo corte o color político ha tenido España se han volcado en luchar contra el desempleo, mayoritariamente, utilizando mayoritariamente medidas de incentivación económica consistentes en reducción de los costes de seguridad social y cuya eficacia en términos de creación de empleo a medio y largo plazo no está contrastada. Sostiene que son numerosas las voces autorizadas que han cuestionado que ésta sea la mejor manera de luchar contra el desempleo juvenil y de invertir los importantísimos fondos europeos recibidos a tal propósito; concluyendo que estos fondo quizás sirvan para espolear la contratación del joven durante un período concreto (mientras dure la bonificación o el contrato subvencionado) pero que difícilmente contribuirán a crear verdaderamente empleo y a insertar de forma definitiva a los jóvenes beneficiarios de tales planes y medidas. Considera en definitiva que la lucha contra el desempleo es prioritario en todas la edades, pero que debería de buscarse otras medidas que no sean cortoplacistas y avanzar en la mejora del sistema educativo general señalando que las mismas debe ir dirigidas a una conexión entre la oferta de títulos y cualificaciones con lo que realmente necesita el mercado de trabajo; a potenciar la formación profesional y las prácticas no laborales en empresa; a potenciar programas que combinen formación-empleo y fortalecer los servicios públicos de empleo como en su papel de facilitadores de oportunidades para los más jóvenes.

El análisis de la situación de los *"Desempleados de larga duración: medidas de incentivación del emprendimiento y del empleo"* es llevado a cabo por la profesora GARCÍA ROMERO. Sostiene que no es absoluta la separación entre políticas pasivas y activas de empleo, sino que la tendencia a fomentar la transición entre el desempleo subsidiado y la actividad laboral por cuenta propia o ajena, permitiendo la compatibilidad –total o parcial– entre ambas situaciones, de modo que se lo que se busca es incentivar la reincorporación por

parte del desempleado, coordinación ambas políticas. El estudio analiza los principales programas y medidas que tienen como destinatarios a beneficiarios de prestaciones o subsidios por desempleo, y que se sirven de la prestación económica que tienen reconocida para subvencionar su contratación como trabajadores por cuenta ajena, o la realización de trabajos de utilidad social. Y termina advirtiendo que cuando dichas medidas se destinan prioritariamente a los desempleados beneficiarios de ayudas públicas, pueden llegar a generar el efecto perverso de lograr un mayor desamparo de la restante población inactiva que carece de cualquier protección. En las páginas que siguen se valorará, asimismo, las consecuencias de la preterición de otros colectivos demandantes de empleo.

Bajo el título *"El desempleo parcial: algunas cuestiones",* el profesor CÁMARA BOTÍA analiza la modalidad de desempleo que es consecuencia de una reducción temporal de la jornada de trabajo y del salario, estudiando su configuración legal. Su autor se hace una pregunta, ¿Hay desempleo parcial al margen de los arts. 47 ET y 262.3 LGSS? Responde sobre un supuesto el de sucesión de contratos y de variación de jornada de los profesores de religión el reconocimiento de prestaciones de desempleo parcial se presenta desvinculado de una previa medida *ex* art. 47.2 ET. Entiende que en este reducido ámbito se rompe, el vínculo establecido por la ley entre regla laboral y norma de seguridad social: la prestación por desempleo parcial no es sólo una medida de acompañamiento a una decisión de ajuste laboral en la empresa sino que se constituye en institución con entidad propia.

El apartado 4º de la Disposición Final 5ª de la LGSS de 1994, habilitó al Gobierno para regular dentro de la acción protectora por desempleo, con carácter específico y diferenciado del nivel contributivo y el asistencial el establecimiento de un nuevo nivel de protección, una nueva ayuda, la renta activa de inserción, dirigida a determinados desempleados con especiales necesidades económicas y dificultades para encontrar empleo. Del análisis de las diferentes situaciones controvertidas y de las soluciones judiciales que en torno a la misma se han venido produciendo se encarga el estudio de la profesora SELMA PENALVA, con el título *"Renta activa de inserción para parados de larga duración y especiales dificultades de empleabilidad".* Entiende el autor que a tenor de los datos con los que trabajador que el número de beneficiarios de esta prestación, pese al aumento generalizado de las cifras de contratación laboral y el descenso global que experimenta el número de demandantes de empleo, ha seguido en aumento. Y ello, a pesar del notable endurecimiento de los requisitos de acceso a esta prestación que llevó a cabo el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio. Algo previsible ya que desde el momento en que se combina el incremento de la edad de acceso a la jubilación, con unas elevadísimas cifras de desempleo, la consecuencia directa es sin duda el incremento de desempleados de larga duración, mayores de 45 años y sin ingresos, colectivo de atención preferente por parte de la RAI. Parece que el legislador ha encontrado en esta técnica una forma de reducir el gasto público, pues si el desempleado no puede acceder (al haberse endurecido el presupuesto de la edad) a la pensión de jubilación, aunque la prolongación de la situación de falta de empleo lo convierta en beneficiario de la RAI, al ser esta prestación de escasa cuantía (80% IPREM anual) y duración determinada en el tiempo (en principio, de 11 meses), seguirá suponiendo un ahorro para el Estado, que se evitar tener que hacer frente a la pensión de jubilación, de cuantía generalmente muy superior.

A la vista de ello la autora se cuestiona si a tenor de las diversas propuestas políticas que, en busca de una generalización del Estado del Bienestar, persiguen ampliar de forma

sustancial tanto la cuantía como el elenco de potenciales beneficiarios de la Renta Activa de Inserción, si en el momento actual ¿tendría cabida en nuestro ordenamiento jurídico una Renta de Inserción de aplicación generalizada?

Del análisis de las *"Medidas de apoyo al emprendimiento individual"* se ocupa, por su parte, la profesora FERNÁNDEZ COLLADOS. El estudio se limita al análisis y la reflexión crítica de dos medidas de apoyo directo al autoempleo individual: las subvenciones al programa de promoción del empleo autónomo entre los demandantes de empleo; y las bonificaciones y reducciones en las cotizaciones a la Seguridad Social, y a una medida de apoyo indirecto: los instrumentos de conciliación de la vida familiar y el autoempleo. Finaliza su análisis con una importante batería de conclusiones, como por ejemplo: a) Considera que ha sido un acierto que la Ley 31/2015 haya procedido a la reordenación de los incentivos en las cotizaciones a la Seguridad Social, la armonización de requisitos y obligaciones., si bien resulta discutible la eficacia de la mejora de los incentivos ya existentes y de la implementación de otros nuevos; y b) que si bien los incentivos en las cotizaciones a la Seguridad Social, deberían estar orientados a determinados colectivos con especiales dificultades de inserción en el mercado de trabajo, por el contrario la conocida como "Ley de Emprendedores" hace extensible la mal llamada "tarifa plana para autónomos" a cualquier emprendedor novel, siendo tales ayudas sufragadas prácticamente por la Seguridad Social

Una medidas que se consideran que obstaculizan el incremento del número de cotizantes es la exclusión del RETA de las personas menores –de 18 años– que trabajan por cuenta propia. De su análisis y estudio se ocupa la profesora RODRÍGUEZ EGÍO , con el título *"Medidas que obstaculizan el aumento de cotizantes: la exclusión del RETA ex LGSS 2015 de las personas menores que trabajan por cuenta propia"* concluyendo la falta de un marco normativo adecuado que garantice la protección de las personas autónomas menores de edad supone un abandono del legislador de este colectivo en materia de la seguridad y salud en el trabajo y protección social, dejando en manos del propio menor o de sus representantes su protección, al tiempo que afecta de forma negativa al desarrollo económico y social del país.

La profesora LÓPEZ ANIORTE bajo el título *"Profesiones colegiadas y Seguridad Social: ¿ante el final de un desencuentro?"* analiza la situación de los profesionales tras veinte años después de la aprobación de la Ley 30/1995. Entiende que se ha ido avanzando en el camino hacia la integración en el RETA de los profesionales colegiados; sin embargo, en muchos casos dicha integración continúa siendo opcional, en detrimento de la financiación del sistema de la Seguridad Social. Mantiene que la facultad de optar entre una mutualidad privada y el RETA no casa bien con la obligatoriedad de nuestro Sistema y con el principio financiero de reparto. Recuerda que ya el TC en su sentencia 68/1982 indicaba que la propia naturaleza del Sistema de la Seguridad Social exige que su extensión se produzca de forma obligatoria a amplias colectividades pues, de admitirse la inclusión individual y facultativa, puede distorsionarse su sistema de financiación y de cobertura de riesgos. Sostiene que el régimen de opción, presenta una doble cara: a) La de ser un sistema privilegiado pues les faculta para elegir quedar fuera del Sistema de la Seguridad Social (con la consiguiente pérdida de cotizantes), lo que les permite, por ejemplo, eludir las normas sobre concurrencia con otras pensiones o sobre compatibilidad entre trabajo y pensión; y b) la opción por el mutualismo como cobertura puede suponer un déficit de protección en prestaciones temporales tan relevantes como la maternidad, lo que facilita la perpetuación de los roles de género.

El análisis de las *"Medidas dirigidas a prolongar la vida activa desde la mirada del Derecho de la Unión Europea"*, es el objeto de estudio del investigador ORTÍZ GONZÁLEZ CONDE. Sostiene que las últimas reformas en materia de pensiones aprobadas por España tienen inicio y fin en las recomendaciones europeas, aun siendo competencia nacional la definición del sistemas de pensiones; de ahí la sutileza del método empleado por la Unión Europea. Por otro lado advierte que, en ocasiones, tales recomendaciones son desconcertantes, como la celeridad en la regulación del factor de sostenibilidad (previsto en la reforma de 2011 con entrada en vigor en 2027). Esta celeridad, junto con las cifras macroeconómicas y la revisión abierta y constante del sistema, conducen a las pensiones a un escenario continuo de incertidumbre. No obstante advierte que no se trata de cuestionar tales recomendaciones sino más bien su uso. Los objetivos marcados responden a políticas concretas, y la política no deja de ser según la RAE, el arte o traza con que se conduce un asunto o se emplean los medios para alcanzar un fin determinado. La cuestión verdadera, entonces, estaría –se pregunta– en los fines que realmente se quieren alcanzar. ¿Es posible, en fin, otra política europea?

De las "Medidas que desincentiva el incremento del número de cotizantes. Supuestos de compatibilidad entre el trabajo y la pensión de jubilación" se ocupa el el profesor RODRÍGUEZ INIESTA. Comienza su análisis recordando que tradicionalmente las notas delimitadoras de la jubilación eran el cese total en el trabajo de carácter voluntario al cumplimiento de una determinada edad. Si embargo la situación actual ha cambiado tanto, que difícilmente se puede decir que se mantengan las mismas, al menos, tal y como eran entendidas en los inicios de la protección de esta contingencia. El estudio se centra en una de ellas, en el cese total en la actividad. Y concretamente en las múltiples posibilidades actuales de acceder a la pensión de jubilación y mantener la actividad, bien de forma total o parcial. Se analizan las diversas posibilidades que ofrece actualmente el régimen jurídico de la compatibilizar el disfrute de la pensión de jubilación con el trabajo, así como de las principales controversias que se plantean en torno a ello. Y por último hacen algunas consideraciones o reflexiones finales acerca de las razones o motivaciones de esta tendencia de facilitar la compatibilidad y su incidencia en el número de cotizantes a la Seguridad Social.

Y, por último, un acercamiento al estado de la protección a los trabajadores en situación de desempleo y la reforma en el empleo llevada a cabo en 2015 en Italia nos la ofrece la profesora SIGNORINI de la Universidad de Bergamo, con el título "*Trattamendi di disoccupazione e strumenti per l'inserimento en la ricollocazione en el mercato del lavoro in Italia".* Nos ilustra del complejo y variado sistema de incentivos a la contratación que en el último año se han venido a implantar, así como de la creación de una serie de estructuras organizativas para satisfacer las necesidades de aquellos que perdieron el empleo ofreciéndoles servicios y rutas específicas para su vuelta al mercado de trabajo.

En definitiva, tenemos la satisfacción de que contar con un conjunto de aportaciones de gran calidad sobre un tema de máxima actualidad.

Presentación

Laborum

Bajo el título "Medidas de Seguridad Social de fomento del empleo y su incidencia en la sostenibilidad del sistema en España e Italia", el presente número monográfico de la Revista Derecho de la Seguridad Social recoge parte de los resultados vinculados al Proyecto de Investigación DER2013-47574-P, sobre "El futuro del sistema español de protección social: análisis de las reformas en curso y propuestas para garantizar su eficiencia y equidad" (IV). Particularmente, se analizan las técnicas de Seguridad Social dirigidas a la reducción del desempleo y al fomento de la población ocupada mediante el incentivo del emprendimiento, el autoempleo y la empleabilidad, así como la adecuada cobertura social de las personas emprendedoras, bajo el entendimiento de que en un sistema de reparto, una de las vías a explorar para garantizar la viabilidad futura del Sistema es el incremento de las cotizaciones sociales.

No podemos olvidar que España sigue siendo el país de Europa con el nivel más alto de desempleo, siendo este su mayor problema social. Por ello, el mencionado Proyecto ha tenido como propósito, de un lado, afrontar el análisis y la valoración de las medidas adoptadas en la lucha contra el mismo, y, de otro, realizar propuestas de mejora de la normativa vigente, destinadas a apoyar el emprendimiento y la creación de empleo, teniendo como referente las medidas previstas en el Derecho italiano.

Los estudios realizados permiten concluir que, bajo el argumento principal de la lucha contra el desempleo, el legislador sigue apostando por políticas que dificultan el incremento de las cotizaciones sociales, de nefastos efectos para la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social –como lo evidencia la dramática situación actual de su Fondo de Reserva–, permitiendo, a título de ejemplo, el establecimiento de bonificaciones y reducciones de las cuotas, "la huída" del Sistema a quienes ejercen una profesión colegiada, la compatibilidad de la pensión de jubilación con un trabajo autónomo exento de cotizaciones, o la exclusión del Sistema de las personas menores que trabajan por cuenta propia.

Murcia, 12 julio 2016

BELÉN GARCÍA ROMERO Y M. CARMEN LÓPEZ ANIORTE
INVESTIGADORAS PRINCIPALES DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN
DIRECTORAS DEL NÚMERO MONOGRÁFICO

Laborum

Estudios

Los incentivos al empleo juvenil en el contexto de las políticas públicas de empleo y de protección social[1]

Incentives to youth employment in the context of public employment and social protection policies

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE MURCIA

Resumen

La inserción laboral de los jóvenes siempre ha constituido un reto para las políticas de empleo, especialmente en tiempos de crisis, con tasas de paro juvenil que duplican la media de la población adulta. En el plano de las políticas laborales para la activación del mercado de trabajo, los diversos gobiernos que se han sucedido en España han apostado por atacar el desempleo, también el de los jóvenes, a través de medidas de incentivación económica que mayoritariamente comportan una reducción en los costes de seguridad social y cuya eficacia en términos de creación de empleo a medio y largo plazo no está contrastada.

Palabras clave

jóvenes, empleo, desempleo

Abstract

The employment of young people has always been a challenge for employment policies, especially in times of crisis and high unemployment, with youth unemployment rates that double the average of adult population. In terms of labour policies for activation of the labour market, all governments that have occurred in Spain have focused their efforts betting on economic incentives that mostly involve a reduction in social security costs but whose effectiveness is not evident in the short and long term.

Keywords

youth, employment, unemployment

Sumario: 1. El desempleo de la población joven en España. 2. De la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven a la Garantía Juvenil. 3. Los incentivos económicos al emprendimiento y el empleo joven en la Ley 11/2013. 4. Medidas de apoyo a la contratación en el marco del Sistema Nacional de Garantía Juvenil. 5. Eficacia de las medidas adoptadas para luchar contra el desempleo juvenil en la X Legislatura (2011-2015). 6. Conclusiones y propuestas.

1. EL DESEMPLEO DE LA POBLACIÓN JOVEN EN ESPAÑA

La inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo siempre ha constituido un reto para las políticas de empleo, pero nunca como hasta ahora el futuro de las nuevas generaciones se ha visto tan comprometido por una situación de crisis financiera y económica tan grave como la desencadenada en 2008 con el hundimiento de Lheman

[1] Estudio realizado en el seno del Proyecto DER2013-43121-P "El futuro del Sistema Español de Protección Social: análisis de las reformas en curso y propuestas para garantizar su eficiencia y equidad", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

Brothers y el estallido de la burbuja inmobiliaria. Afortunadamente, los grandes indicadores macroeconómicos sugieren que la recesión ya es cosa del pasado, pero no puede decirse lo mismo de la crisis, cuyas terribles secuelas (elevado desempleo, pobreza, desigualdad) aún perduran.

El desempleo se ha convertido en los últimos tiempos en la principal preocupación de los españoles, al alcanzar unos niveles insólitos en los países desarrollados de nuestro entorno. Pero la notable destrucción de empleo no ha sido homogénea para los diferentes grupos de edad de la población, siendo el colectivo de las personas jóvenes el más afectado por la crisis; la falta de ocupación que afecta a las personas jóvenes ocupa, sin lugar a dudas, un lugar singularmente especial, "casi dramático"[2], por sus especificidades de muy diversa índole.

De acuerdo con las cifras ofrecidas por la OIT, en el año 2012 setenta y cinco millones de jóvenes se encontraban desempleados en todo el mundo –cuatro millones más que en 2007–[3], y su situación no ha mejorado significativamente desde entonces[4]. La situación no era mejor en el conjunto de la UE-28, con una tasa de desempleo juvenil en 2012, según Eurostat, del 23.3% y unos cinco millones de desempleados jóvenes. Se aprecia, no obstante, una vigorosa tendencia a la baja en los últimos tiempos, hasta el punto que en el cuarto trimestre de 2015 la tasa de desempleo para la población menor de 25 años se había situado por debajo del 20% (19,7%) en la Europa de los 28, pero todavía es doble de la tasa de paro general[5].

Pero si hay un Estado de la UE en el que la situación del desempleo global, y el de las personas jóvenes en particular, ha adquirido una dimensión especialmente preocupante por efecto de la crisis, ese Estado es España. Como promedio en el año 2012, nuestro país computó una tasa de desempleo del 52,9% para los jóvenes entre 15 y 25 años, sólo superada por Grecia con un índice de paro juvenil ese año del 55,3%, pero escalamos hasta el 55,5% en 2013; si comparamos este dato con la tasa de desempleo juvenil de 2007 (18%), colegiremos que el desempleo se había triplicado entre los jóvenes españoles desde el comienzo de la Gran Recesión. Con todo, en el año 2014 se inaugura una progresión descendente en los niveles de desempleo juvenil, que permitió concluir el ejercicio con una tasa de paro del 51,7%, registro que se vio sustancialmente mejorado a finales de 2015 con una tasa de desempleo joven del 46,2%, es decir, 9 puntos porcentuales menos que en 2013, pero todavía más del doble que la media europea para esta magnitud. La situación continúa siendo, por tanto, muy preocupante y reclama un estudio serio acerca de sus causas y de las medidas que deben adoptarse para solucionarla.

[2] TASCÓN LÓPEZ, R., "Dificultades en el empleo de los jóvenes (Barreras jurídicas estructurales y otros problemas), en VV.AA., Empleo juvenil: un reto para Europa (Youth Employment: a challenge por Europe), Thomson-Reuters-Aranzadi, 2016, p. 142.

[3] OIT, Tendencias mundiales del empleo juvenil 2012, mayo 2012, resumen ejecutivo.

[4] En 2014, cerca de 74 millones de personas (de entre 15 y 24 años) buscaban trabajo, siendo la tasa de desempleo de los jóvenes casi el triple que la de los adultos. Cfr. OIT, Perspectivas laborales y sociales en el mundo. Tendencias en 2015, resumen.

[5] Los datos ofrecidos por Eurostat para el cuarto trimestre de 2015 revelan que la tasa de paro global se mantenía en el 10,5 % en la zona euro y en el 9,1% en la UE-28. En el caso de España, el volumen de desempleo se situó en el 21% en el último trimestre de 2015, el segundo porcentaje más alto de la UE, por detrás solo de Grecia, donde alcanzó el 24,3 %, si bien la tendencia se mantiene a la baja.

En cuanto a su distribución por edades, si atendemos al desglose de datos de la Encuesta de población Activa (EPA) para el cuarto trimestre de 2012 (tomamos como referencia este año por ser el inmediatamente anterior al de adopción de las medidas comprendidas en la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Juvenil cuya eficacia pretendemos valorar en este trabajo), la tasa de paro se situaba en el 74% en el grupo de población compuesto por jóvenes de entre 16 y 19 años, en el 51,7% entre los jóvenes con edades comprendidas entre los 20 y los 24 años, y en el 34,4% entre los jóvenes con edad comprendida entre 25 y 29 años, todas por encima de las tasas de desempleo de la población total. Las mayores cifras de desempleo –y correlativamente la menor tasa de ocupación[6]– entre los jóvenes menores de 25 años pueden explicarse por estar cursando la mayoría estudios en los diversos niveles educativos, como preparación para su ulterior incorporación al mercado de trabajo. Pero resulta innegable que todos estos datos demuestran que el cambio de ciclo económico ha provocado en España un aumento singular del desempleo juvenil, mucho más intenso que el experimentado en otros Estados europeos[7].

Las anteriores cifras hacen honor a la afirmación de que "los jóvenes son, normalmente, los últimos en ser contratados y los primeros en ser despedidos"[8]. Esta mayor vulnerabilidad de la población joven se debe a que, por un lado, fueron los trabajadores temporales los primeros en acusar el impacto de las decisiones de ajuste de empleo por parte de las empresas, sobre todo en los años iniciales de la crisis, temporalidad que sufre especialmente la población joven. Posteriormente, cuando el ajuste se extendió también a las relaciones indefinidas (a través de EREs y despidos objetivos), modelos legales como el español que basan el cálculo de las indemnizaciones por cese en dos únicos parámetros –salario y antigüedad– fomentan la salida de la empresa de los últimos en ser contratados –normalmente los jóvenes– debido al menor coste de su extinción[9].

Este aumento del desempleo afecta prioritariamente a los jóvenes sin formación o que proceden del fracaso escolar, a los que son parados de larga duración, a los afectados por fenómenos de exclusión social y a aquellos que viven en zonas con una situación económica

[6] En el tercer cuatrimestre de 2015 (último dato disponible), la tasa de empleo en el conjunto de la UE-28 para la cohorte de población entre 15 y 24 años era del 34,1%, mientras que en España el nivel de empleo en ese grupo descendía hasta el 19,6%. La tasa de empleo de la población comprendida entre 15 y 64 años era por entonces del 66,1% (UE-28) y el 58,4% (España). En cambio, se produce una subida para el grupo de 25 a 29 años, alcanzado el 72,6% en el conjunto de la UE-28 y el 61,4% en España. Fuente: Eurostat, Labour Force Survey.

[7] GÓMEZ DOMÍNGUEZ, D., ARÉVALO QUIJADA, Mª. T. Y CALVO GALLEGO, J., "La situación socio-laboral de los jóvenes españoles: algunas notas", en VV.AA. (FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª.F. y CALVO GALLEGO, J., dirs.), La Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven en la Ley 11/2013: desempleo, empleo y ocupación juvenil, Albacete, Bomarzo, 2013, p.40.

[8] Comisión Europea, "Promover el empleo juvenil", Bruselas, 5 de diciembre de 2012, COM (2012) 727 Final, pp. 4 y 5.

[9] Habría que reflexionar seriamente sobre la conveniencia de modificar el actual sistema de cálculo de las indemnizaciones por cese en España, de manera que la decisión del empresario en cuanto a la selección del trabajador o trabajadores que deban verse afectados por la medida extintiva se centre exclusivamente en criterios estrictamente profesionales (productividad, competitividad, iniciativa, talento…) y no, como hasta ahora, quedar en buena medida condicionada por un factor estructural exógeno al propio mérito del trabajador e interés de la empresa: la cuantía que habrá de abonar la organización por la extinción del contrato de trabajo. Cfr. TASCÓN LÓPEZ, R., "Dificultades en el empleo de los jóvenes", cit., p. 173.

desfavorable[10]. En el caso español, adquiere especial significado el estallido de la burbuja inmobiliaria y la destrucción masiva de puestos de trabajo en sectores como la construcción, que durante años vino demandando aportes ingentes de mano de obra con escasos o nulos requerimientos formativos, y que se había convertido en "El Dorado" de miles de jóvenes que decidieron abandonar prematuramente los estudios atraídos por los altos salarios que se abonaban en el sector; unos jóvenes cuyas expectativas de recolocación en otras actividades se presentan ahora especialmente difíciles debido a su baja o nula cualificación, máxime cuando deben competir en un contexto de desempleo masivo.

Pero si la inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo es difícil, a lo anterior se une que la mayoría de ellos carece de los ahorros suficientes para afrontar el desembolso económico inicial que suele conllevar la puesta en marcha de una actividad profesional por cuenta propia como alternativa al desempeño de un empleo asalariado, y tampoco es sencillo que en ausencia de recursos propios puedan acceder a la financiación imprescindible para emprender un proyecto empresarial.

Las consecuencias de tan elevadas tasas de desempleo juvenil son gravísimas, y lo son tanto para los jóvenes individualmente considerados, como para el sistema económico y la sociedad en su conjunto. El desempleo juvenil constituye una de las principales disfunciones del mercado de trabajo en España, con implicaciones directas sobre la situación económica presente y futura de los jóvenes parados y su entorno e indirectas sobre el conjunto de la economía. De ahí que urja tanto adoptar medidas eficaces para atajarlo.

En otro orden de consideraciones, no cabe ignorar que el paro juvenil tiene otras consecuencias perniciosas para la sociedad, como son la infrautilización de los recursos humanos en el momento de su mayor potencial productivo y el desaprovechamiento de la inversión pública realizada en su formación[11].

Además de la circunstancias derivadas de la coyuntura económica actual, existen un conjunto de debilidades estructurales –puestas de manifiesto por la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013/2016– que influyen directamente en las cifras de desempleo joven, tales como: una alta tasa de abandono escolar; una marcada polarización del mercado de trabajo, con jóvenes que abandonan sus estudios con escasa cualificación mientras que otros, altamente cualificados, están subempleados; escaso peso relativo de la formación profesional de grado medio; problemas de empleabilidad; altas tasas de temporalidad y de contratación parcial, no deseadas; dificultad para acceder al mercado laboral de grupos en riesgo de exclusión social; necesidad de mejorar los niveles de autoempleo e iniciativa empresarial entre los jóvenes.

Por tanto, las causas del desempleo juvenil en España hay que buscarlas en deficiencias tanto del sistema educativo como del mercado de trabajo. Entre las primeras destacan la magnitud del abandono escolar temprano y la polarización de la educación. Entre

[10] Conclusiones del Consejo, "Promoviendo el empleo juvenil en el contexto de la Estrategia 2020", 17 junio 2011.

[11] FERRANDO GARCÍA, F.Mª., "Incentivos laborales al emprendimiento o autoempleo individual (I)", en VV.AA. (FARIAS BATLLE, M. y FERRANDO GARCÍA, F. Mª, dirs.), Fomento del trabajo autónomo y la economía social, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Reuters, 2015, p. 192.

las segundas sobresalen la segmentación del mercado laboral y la ineficacia de las políticas activas de empleo. Y todo ello sin olvidar que el deterioro de la participación laboral de los jóvenes por un efecto desánimo y la salida al exterior de un importante número de jóvenes talentos buscando una oportunidad de desarrollo profesional que aquí se les niega, están conteniendo el crecimiento del paro dentro de este colectivo.

Pero antes de profundizar en las medidas adoptadas para combatir el desempleo juvenil, con especial incidencia en aquellas que utilizan técnicas propias de Seguridad Social (como la cotización), interesa señalar que no son pocos los jóvenes cuyas condiciones laborales, y en especial el salario, los sumergen en la pobreza, con todo lo que ello implica, pesa a su inserción laboral, convirtiéndose en uno de los colectivos más vulnerables. En 2014, el 27,6% de la población entre 16 y 29 años se encontraba en riesgo de pobreza o exclusión social, lo que supone un incremento de casi 10 puntos desde 2008[12]; un incremento que refleja la incapacidad de las políticas públicas de brindar protección eficaz a este colectivo, que ha pasado a forman parte de esa legión creciente de trabajadores pobres (*working poors*), el "precariado", una condición que en los últimos tiempos prolifera de manera alarmante, incluso en Estados que se consideran avanzados[13]. En su último informe sobre perspectivas de empleo en el mundo, la OCDE apunta que los primeros diez años de carrera son cruciales para la proyección de ingresos y empleo durante toda la vida laboral, por lo que advierte de que «la persistencia del desempleo juvenil y la abundancia de contratos temporales entre los jóvenes españoles podrían estar comprometiendo perspectivas laborales a largo plazo», minando sus expectativas salariales y aumentando la desigualdad futura[14]. La calidad del empleo que se crea no solo no es óptima en el presente sino que, de no mejorar, puede condicionar el futuro laboral de toda una generación. Algunos informes hablan ya del drama de toda una "generación perdida", refiriéndose con esta denominación al colectivo constituido por jóvenes que tienen entre 16 y 29 años, que están en paro y cuentan con estudios primarios o de educación secundaria, los cuales tendrán difícil el acceso o la reincorporación al mercado laboral aunque la situación económica mejore[15].

2. DE LA ESTRATEGIA DE EMPRENDIMIENTO Y EMPLEO JOVEN A LA GARANTÍA JUVENIL

Ante la gravedad de la situación descrita y la creciente preocupación por este tema, los poderes públicos han puesto en funcionamiento una pluralidad de iniciativas con el objetivo de reducir el desempleo juvenil y abordar las causas estructurales que hacen que sea superior al de la población general. Aunque las intervenciones específicas en materia de empleo joven no son en modo alguno exclusivas de la legislatura que aquí se considera (2012-2015), pues se remontan a tiempos atrás, ha sido en los últimos años cuando, a impulsos de la intensa labor desarrollada en este campo por las instituciones europeas (Iniciativa sobre Empleo Juvenil, Programa de Garantía Juvenil, Alianza Europea para la

[12] Fuente: Encuesta de Condiciones de Vida del INE.

[13] Sobre el fenómeno social del "precariado" como clase masiva emergente que ve limitados sus derechos políticos, civiles, sociales y económicos, y caracterizada por una creciente desigualdad e inseguridad, cfr. STANDING, G., El precariado. Una nueva clase social, Barcelona, Pasado & Presente, 2013.

[14] OECD (2015), Employment Outlook 2015, OECD Publishing, Paris.

[15] INJUVE, Un futuro sin generación perdida. Una revisión de la situación de los jóvenes en España, 2013, disponible en http://www.injuve.es/observatorio/formacion-empleo-y-vivienda/un-futuro-sin-generacion-perdida

Formación de Aprendices, impulso de la movilidad transnacional de los jóvenes, calidad de los períodos de prácticas no laborales…)[16], se han multiplicado los programas y las estrategias a fin de reducir las altas tasas de desempleo entre los jóvenes y mejorar su empleabilidad.

Así, el RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral –luego convertido en Ley 3/2012, de 6 de julio–, apostó por potenciar el contrato para la formación y el aprendizaje, introduciendo varios cambios en su régimen jurídico, entre los que sobresalen la ampliación temporal de su ámbito subjetivo de aplicación (permitiendo su celebración con menores de 30 años mientras la tasa de desempleo no se sitúe por debajo del 15%) y el establecimiento de importantes deducciones en las cuotas de Seguridad Social, tanto para empresarios como para trabajadores. La reforma laboral de 2012 también contempla sustanciosas bonificaciones para las empresas que decidan transformar en indefinidos contratos en prácticas, para la formación y el aprendizaje. Asimismo, el nuevo contrato indefinido de apoyo a emprendedores –cuyo polémico período de prueba de hasta un año ha sido validado, al igual que el resto de medidas que conforman la reforma laboral de 2012, por el Tribunal Constitucional[17]– se acompaña de desgravaciones fiscales y de bonificaciones en las cuotas empresariales a Seguridad Social cuando se suscribe con trabajadores menores de 30 años (u otros colectivos vulnerables como mujeres o mayores de 45 años), sean éstos contratados a tiempo completo o a tiempo parcial[18].

Pero el paso decisivo lo dio el Gobierno con la aprobación en febrero de 2013 de la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016, que se convierte en la hoja de ruta de una ambiciosa política orientada a mejorar la empleabilidad y facilitar la inserción laboral o profesional de este colectivo, articulando un centenar de medidas (15 de ellas de choque o de impacto a corto plazo y otras 85 de medio-largo alcance) en torno a la educación, la formación, el conocimiento de idiomas y el manejo de herramientas tecnológicas, el fomento del emprendimiento y el autoempleo, la mejora de la intermediación laboral, los estímulos a la contratación, la flexibilidad en el empleo y la igualdad de oportunidades. De este modo, la EEEJ se sustenta sobre tres grandes pilares: 1) reformas en el sistema educativo y en la formación para mejorar la empleabilidad de los jóvenes; 2) estímulos al emprendimiento y el autoempleo joven; 3) medidas para favorecer la contratación laboral de este colectivo.

Para implementar las quince medidas de choque programadas en la EEEJ, el Gobierno aprobó el RDL 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, que fue posteriormente tramitado como Ley 11/2013, de 26 de julio, con idéntica rúbrica.

[16] Para una visión panorámica de las políticas promovidas por la UE en la materia, cfr. PÉREZ CAMPOS, A.I., "Política comunitaria europea de empleo juvenil", en Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 113, 2014, pp. 13-37.

[17] Cfr. STC 119/2014, de 16 de julio, FJ 3 y STC 8/2015, de 22 de enero, FJ 3.

[18] El art. 4 de la Ley 3/2012 fue objeto de modificación por el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, en el sentido de permitir la celebración a tiempo parcial del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, adaptando a tal fin los incentivos fiscales y de Seguridad Social previstos en la norma

Posteriormente, siguiendo las pautas marcadas por la Recomendación del Consejo Europeo de 22 de abril de 2013 y en cumplimiento del Plan Nacional de Implantación de la Garantía Juvenil que el Gobierno español envió a la Comisión en diciembre de 2013, se crea y regula el Sistema Nacional de Garantía Juvenil mediante RDL 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que luego se transformaría en la homónima Ley 18/2014, de 15 de octubre. Se trata de un programa centrado básicamente en los llamados "ninis" (NEET en la terminología británica) y destinado a que los jóvenes mayores de 16 y menores de 25 años –o menores de 30 si presentan un grado de discapacidad igual o superior al 33%– que no estén ocupados o integrados en los sistemas de educación o formación, puedan recibir en un plazo breve una oferta de empleo, educación continua, formación como aprendiz o un período de prácticas.

3. LOS NCENTIVOS ECONÓMICOS AL EMPRENDIMIENTO Y EL EMPLEO JOVEN EN LA LEY 11/2013

La Ley 11/2013 presta especial atención al colectivo de los jóvenes menores de 30 años, pensando en los cuales articula un conjunto de medidas que persiguen reducir o mitigar las barreras estructurales que limitan su acceso al emprendimiento o el autoempleo (aspecto éste del emprendimiento juvenil singularmente potenciado por la Ley 11/2013), al tiempo que otras buscan facilitar su incorporación al mercado de trabajo mediante contratos indefinidos o temporales[19].

Dentro de su Título I, la Ley 11/2013 dedica su Capítulo I al fomento del emprendimiento y el autoempleo. En esta línea se incluyen medidas de estímulo económico (objeto de atención preferente en este ensayo) como:

-La llamada "*tarifa plana*" para jóvenes emprendedores, que se traduce en bonificaciones y reducciones en las cotizaciones a la Seguridad Social para los menores de 30 años (o de 35 si son mujeres) que causen alta inicial –o la actualicen después de haber estado de baja cinco años– como trabajadores por cuenta propia y siempre que –exigencia mantenida de forma incomprensible hasta el 10 de octubre de 2015– no tuvieran empleados a su servicio[20]. Estos incentivos, previstos originariamente en la Disposición Adicional 35ª LGSS 1994 y que ahora recoge el artículo 31.2 de la Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajo Autónomo (introducido por la Ley 31/2015), se podrán disfrutar durante un periodo total de 30 meses y se aplicarán sobre las cuotas por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal. Tanto la tarifa plana como las bonificaciones y reducciones de cuotas a la Seguridad Social se han extendido a todos aquellos que decidan iniciar una actividad por

[19] Un estudio de conjunto de estas medidas en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., CASAS BAAMONDE, Mª.E. y VALDÉS DAL-RÉ, F., "La huida del derecho del trabajo hacia el "emprendimiento", las reformas de la Reforma Laboral de 2012 y otras reformas: la L. 11/2013 y el RDL 11/2013", Relaciones Laborales, núm. 10, 2013, págs. 1-29; GONZÁLEZ POSADA, E., "Políticas activas de fomento del empleo juvenil en España", Documentación Laboral, núm. 98, 2013, pp. 75-97; SELMA PENALVA, A., "Los trabajadores más jóvenes como colectivo especialmente protegido en el ámbito laboral", Actualidad Laboral, núm. 3, 2014, pp. 1 y ss.

[20] La contratación de trabajadores asalariados era causa de extinción del derecho a la tarifa plana hasta que la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, para fomento del trabajo autónomo y la economía social, vino a suprimir esta limitación. Ciertamente, resultaba poco razonable que una medida destinada a fomentar el autoempleo no pudiera tener como deseable acompañamiento la generación de empleo asalariado.

cuenta propia con independencia de su edad, si bien los menores de 30 años resultan favorecidos[21].

-Reducciones y bonificaciones de cuotas específicas y más favorables para los jóvenes con discapacidad menores de 35 años que quieran constituirse como trabajadores por cuenta propia. Este programa específico de incentivos al emprendimiento de personas discapacitadas menores de 35 años, contenido en la Disposición Adicional 11ª de la Ley 45/2002, de 12 diciembre (*apud* redacción dada últimamente por el art. 30 de la Ley 14/2013) ha sido suprimido por la Ley 31/2015, si bien ello no constituye un retroceso en la protección de las personas discapacitadas pues los derechos que tenían reconocidos los menores de 35 años se han extendido igualmente a los mayores de dicha edad[22].

-La ampliación de los supuestos de capitalización de las prestaciones por desempleo –medida de limitado alcance considerando la reducida duración que por lo general tienen las prestaciones por desempleo de los trabajadores más jóvenes–, la posibilidad de compatibilizar la prestación por desempleo con el inicio de una actividad por cuenta propia durante un máximo de 270 días (o por el tiempo inferior pendiente de percibir el desempleo) y la ampliación de las situaciones de suspensión con posibilidad de reanudación de las prestaciones por desempleo hasta cinco años después de haber iniciado una actividad por cuenta propia determinante de alta en el RETA o en el REM. Posteriormente, estas medidas, al igual que la tarifa plana para autónomos, se han generalizado y hoy es posible acogerse a ellas sin discriminación por razón de edad[23], diluyéndose de este modo su especificidad como medida de fomento del autoempleo juvenil.

-La atribución de carácter opcional o facultativo a la cobertura de las contingencias profesionales por parte de los trabajadores por cuenta propia menores de 30 años, medida carente de efecto práctico al no haber entrado en vigor la obligación de cobertura de los riesgos de accidente de trabajo y enfermedad profesional para los autónomos, ni en 2013 (como había previsto la Ley 27/2011), ni en 2014, y haberse suprimido definitivamente dicho obligación *ad futurum* en la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015.

[21] Tras los ajustes introducidos por la Ley 31/2015, el art. 31.2 LETA prevé para este colectivo una tarifa plana de 50 euros al mes durante los seis primeros meses, una reducción de la cuota equivalente al 50% durante los siguientes seis meses, una reducción del 30% durante los tres meses siguientes y una bonificación del 30% de la cuota en los 15 meses siguientes a la finalización del período de reducción, siendo la cuota a reducir el resultado de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal. En este supuesto, la duración máxima de las reducciones y bonificaciones será de 30 meses.

[22] Conforme a lo dispuesto en el art. 32 LETA –introducido por la Ley 31/2015– estos trabajadores podrán aplicarse las siguientes reducciones y bonificaciones sobre la cuota por contingencias comunes, siendo la cuota a reducir el resultado de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal, por un período máximo de 5 años, según la siguiente escala: a) una reducción equivalente al 80 % de la cuota durante los 12 meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta; b) una bonificación equivalente al 50 % de la cuota durante los cuatro años siguientes.

[23] Vid. art. 33 LETA.

Las medidas destinadas a incentivar la contratación laboral de jóvenes desempleados menores de 30 años –35 en el caso de personas con discapacidad– se contienen en el Capítulo III de la Ley 11/2013. Son las siguientes:

-Un incentivo a la *contratación a tiempo parcial con finalidad formativa*, consistente en una reducción de las cuotas por contingencias comunes del 100%, en el caso de que el contrato (que puede ser temporal o indefinido y por una jornada no superior al 50%) se suscriba con empresas de menos de 250 trabajadores, o del 75% en empresas de igual o mayor dimensión, durante un máximo de 12 meses, por contratar a jóvenes desempleados menores de 30 años (o menores de 35 años si tienen reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%) sin experiencia laboral, o con una experiencia laboral inferior a tres meses, o que procedan de otro sector, o carezcan de título oficial de enseñanza obligatoria, de formación profesional o de certificado de profesionalidad, o sean beneficiarios del Sistema Nacional de Garantía Juvenil (opción añadida por el RDL 8/2014), los cuales deberán compatibilizar el empleo con la formación o justificar haberla cursado en los seis meses previos a la celebración del contrato. Igualmente, podrán ser beneficiarios aquellos jóvenes menores de 30 años que se encuentren desempleados desde hace más de doce meses en los dieciocho meses anteriores y compatibilicen empleo con formación en los términos señalados. Se contempla la posibilidad de que este incentivo se alargue un año más siempre y cuando el joven, también en este segundo año, compatibilice empleo con formación o finalice la formación en los seis meses anteriores a la renovación. En cuanto a la formación, no se exige que esté vinculada específicamente al puesto de trabajo, pues se permite la formación acreditable oficial o promovida por los Servicios Públicos de Empleo o la formación en idiomas o tecnologías de la información por una duración mínima de noventa horas en cómputo anual. En definitiva, pues, ni se exige la coincidencia temporal de la formación con la vigencia del contrato (aquélla se puede haber adquirido previamente, lo que desacredita en buena medida la autoproclamada finalidad formativa de esta modalidad contractual) ni que la formación cursada sirva a los requerimientos específicos del puesto de trabajo desempeñado.

-Reducción del 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes durante el primer año del contrato indefinido, a tiempo completo o parcial, del primer trabajador joven menor de 30 años que se contrate por microempresas (nueve o menos trabajadores) o autónomos. Todo ello junto a un conjunto de obligaciones adicionales: no haber tenido previamente vínculo laboral alguno con el trabajador, no haber despedido improcedentemente al trabajador en los seis meses anteriores, no haber realizado anteriormente un contrato de este tipo, mantener al trabajador en su empleo durante dieciocho meses, como mínimo, y mantener el nivel de empleo creado durante un año, también como mínimo.

-Programa "Primer Empleo" joven: se trata de una peculiarísima modalidad del contrato eventual, cuya causa se encuentra en la ausencia de experiencia del trabajador objeto del contrato (causa de carácter subjetivo), e incentivado en su transformación en indefinido. Las empresas que, transcurrido el plazo mínimo de duración de 3 meses desde su celebración, transformen en indefinidos estos contratos, con una jornada mínima del 50% de la de un trabajador a tiempo completo comparable, tendrán derecho a una bonificación durante tres años en las cuotas empresariales a la Seguridad Social de 500 euros al año o de 700 euros si el contrato se suscribe con mujeres. La desnaturalización que sufre el contrato

eventual en estos casos es notable, pues a su configuración típica como instrumento al servicio de las empresas para dotarse de personal de refuerzo en situaciones coyunturales de acumulación de tareas, circunstancias del mercado o exceso de pedidos [art. 15.1.b) ET] se incorpora esta otra finalidad, impropia si se quiere, vinculada al objetivo de favorecimiento de la inserción laboral de los jóvenes, que bien podría haberse instrumentado a través de una modalidad diversa (sin ir más lejos, el otrora expansivo contrato temporal para fomento del empleo, actualmente reservado para la contratación de personas con discapacidad o empresas de inserción social).

-Incentivos para el contrato en prácticas: cuando el contrato en prácticas se suscriba con jóvenes menores de 30 años, las empresas se podrán aplicar una reducción de la cuota a la Seguridad Social por contingencias comunes del 50%. De igual forma, se incentiva la transformación en contratos en prácticas de becas y prácticas no laborales en empresas.

-Contrato "generaciones": se trata de un contrato indefinido, a tiempo completo o a tiempo parcial, que se incentiva con una reducción de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes del 100% durante el primer año de vigencia del contrato, con el fin de estimular a los jóvenes autónomos a contratar a un desempleado mayor de 45 años que pueda ofrecerles la experiencia necesaria para procurar el éxito empresarial.

-En paralelo con las medidas de capitalización de la prestación por desempleo, la Ley 11/2013 persigue reforzar el papel de las entidades de economía social como vehículo de inserción laboral de los jóvenes. Así, se incentiva la incorporación de jóvenes desempleados menores de 30 años a las cooperativas y sociedades laborales en calidad de socios trabajadores o de trabajo, a través de una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 800 euros anuales durante un total de tres años, cuando se opte por su encuadramiento en un régimen de trabajadores por cuenta ajena. Igualmente, se establece una bonificación de 1.650 euros para las empresas de inserción que contraten a personas jóvenes que se encuentran en riesgo de exclusión social.

-En fin, y por no seguir, se ha legalizado la posibilidad de que las ETTs intervengan como intermediarias para facilitar la contratación de personas jóvenes, bien a través de la puesta a disposición para el desempeño de contratos para la formación y aprendizaje (opción permitida por el art. 12 Ley 11/2013), bien para el desarrollo de un contrato de trabajo en prácticas (posibilidad incorporada por el RDL 16/2013).

4. MEDIDAS DE APOYO A LA CONTRATACIÓN EN EL MARCO DEL SISTEMA NACIONAL DE GARANTÍA JUVENIL

Las medidas de apoyo a la contratación laboral de los jóvenes en el marco del SNGJ se contienen en los artículos 107 a 109 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre (procedente, como se vio, del RDL 8/2014, de 4 de julio), de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

La medida más importante es la previsión de una nueva bonificación mensual en la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social durante seis meses (tiempo completo: 300 euros mensuales; tiempo parcial no inferior al 75% de la jornada a tiempo completo comparable: 225 euros mensuales; tiempo parcial de al menos el 50% de la jornada

a tiempo completo comparable: 150 euros mensuales) para las empresas y autónomos que contraten a beneficiarios del SNGJ de forma indefinida. Si la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social del trabajador que da derecho a la bonificación fuera inferior al importe de ésta, el exceso podrá descontarse de la aportación empresarial final que resulte en la liquidación mensual en la que figure incluido el citado trabajador, siempre que la misma no resulte negativa.

El resto de medidas se dedican fundamentalmente a mejorar aspectos ya previstos en las normas sobre fomento del emprendimiento y el empleo joven, cuando las empresas recurren a la contratación de beneficiarios del SNGJ. Así, se extiende a este colectivo la bonificación del contrato a tiempo parcial con vinculación formativa regulado en el art. 9 de la ley 11/2013 –en cuyo caso, se permite ampliar además la jornada hasta el 75% de la jornada habitual– y se prevén deducciones adicionales a la prevista en dicha norma para los contratos formativos que se realicen con personas beneficiarias del SNGJ.

La Ley 18/2014 también prevé (remitiendo a una orden futura) el aumento de las cuantías máximas de las bonificaciones en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social para financiar los costes de la formación inherente al contrato para la formación y el aprendizaje y, por otro lado, una bonificación adicional para financiar los costes derivados de la tutorización de estos trabajadores[24].

Por último, se modifica el régimen del contrato indefinido "tarifa plana" creado por el RDL 3/2014, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida, extendiendo la medida a los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas y a los socios trabajadores de las sociedades laborales. Asimismo, a partir del 1-8-2014, se bonifica el 100% en la cotización por las prácticas curriculares externas de los estudiantes universitarios y de formación profesional[25].

5. EFICACIA DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS PARA LUCHAR CONTRA EL DESEMPLEO JUVENIL EN LA X LEGISLATURA

Entre los objetivos de la EEEJ 2013/2016 están la mejora del empleo del colectivo joven, lo que debería reflejarse en un incremento de las tasas de empleo y en una significativa disminución de las tasas de desempleo.

[24] A tal efecto, mediante Orden ESS/41/2015, de 12 de enero, se modifica la Orden ESS/2518/2013, de 26 de diciembre, por la que se regulan los aspectos formativos del contrato para la formación y el aprendizaje, elevando la cuantía máxima de las bonificaciones inherentes a la actividad formativa cuando éstos sean celebrados con personas beneficiarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil y previendo la compensación de los costes inherentes a la formación, incluyendo los derivados de la necesaria tutorización del trabajador así como los de formación complementaria.

[25] A propósito de este último tema, el Gobierno ha aprobado un reglamento –el Real Decreto 592/2014, de 11 de julio–, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios, que reitera, con algunas modificaciones, el contenido del RD 1707/2011. Dado el carácter formativo de estas prácticas, de su realización no se derivarán obligaciones propias de una relación laboral, ni su contenido podrá dar lugar a la sustitución de la prestación laboral propia de puestos de trabajo, si bien los estudiantes quedarán encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social.

No es fácil medir el impacto que las medidas expuestas en los apartados anteriores están teniendo en el nivel de ocupación del colectivo juvenil, tanto porque no son las únicas que intervienen para potenciar –o lo intentan– la incorporación de jóvenes al mercado de trabajo, como por el escaso el tiempo transcurrido desde su implantación (que se fija un horizonte temporal de 4 años) y por la falta de datos desagregados de la población joven en relación a determinadas medidas o aspectos objeto de análisis[26].

A pesar de lo anterior, y de los datos que hemos podido recabar, obtenemos la información que a continuación se detalla:

a) Según Eurostat, la tasa de empleo de los jóvenes españoles entre 15 y 24 años durante el primer trimestre de 2013 era del 16,3%, habiendo mejorado desde entonces hasta situarse en el 17,9% a finales de 2015. Son, con todo, unos niveles de empleo muy bajos, lo cual, como ya se anticipó, debe ponerse en relación con el hecho de que este grupo de población, por el ser el más joven, todavía no ha abandonado en muchos casos la etapa formativa y es el que menos experiencia posee. El comportamiento es mejor para el grupo de población de edad comprendida entre 25 y 29 años, cuya tasa de actividad ha pasado del 56,5% en el primer trimestre de 2013 al 61,6% en el cuarto trimestre de 2015, lo que supone una subida de cinco puntos porcentuales, pero muy lejos todavía del 72,6% ´de promedio registrado en la UE[27].

b) Con relación a las tasas de desempleo, y según la misma fuente estadística, el paro entre los españoles menores de 25 años era del 55,7% en el tercer trimestre de 2013, y desde entonces se ha reducido en más de 9 puntos, con una tasa de desempleo del 46,2% en el último cuatrimestre de 2015. Si tomamos como horquilla de edad la comprendida entre los 16 y los 29 años, la tasa de desempleo a finales de 2015 era del 35,8%, lo que revela que a partir de la finalización de los estudios superiores se incrementa el ritmo de incorporación al mercado laboral.

c) En la EEEJ, además del objetivo de aumentar el empleo y reducir el desempleo del colectivo joven, se pone el énfasis en la mejora de la calidad del empleo de este colectivo. La Estrategia contempla dos indicadores para medir la calidad del empleo creado: la tasa de trabajo a tiempo parcial involuntario y la tasa de temporalidad.

En cuanto al primer indicador, los datos suministrados por Eurostat revelan no sólo un mayor porcentaje de empleo a tiempo parcial sobre el empleo total en la población más joven de España con respecto a la UE[28], sino también que esa más elevada parcialidad en el empleo de los más jóvenes se combina con un alto porcentaje de empleo involuntario en esta

[26] Para una primera valoración, ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., "Aspectos cuantitativos e impacto de los incentivos y bonificaciones a la contratación y el emprendimiento establecidos en el desarrollo legislativo de la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven", en VV.AA. (dir. RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M.C.), Transiciones laborales y reformas del mercado de trabajo: su influencia sobre el empleo de jóvenes y mayores, Albacete, Bomarzo, 2014, pp. 227-264.

[27] Dato referido al tercer trimestre de 2015, último disponible.

[28] El empleo a tiempo parcial en España de la población comprendida entre 15 y 29 años equivalía al 28,1% del empleo total referido a este colectivo en el cuarto trimestre de 2015, frente al 23,2% del conjunto UE-28. Se observa, además, que esta variable ha crecido dos puntos porcentuales desde el año 2013. Fuente: Eurostat, Labour Fource Survey.

modalidad de contratación. Si partimos del año de referencia para este indicador en la EEEJ, que es el 2011, se habría producido un aumento del empleo a tiempo parcial involuntario en la población joven (15-29 años) de más de 10 puntos en solo tres años, pasando del 58% en 2011 al 68,5% en 2014, que es el doble de la UE-27 para esa horquilla de edad.

Otra característica de nuestro mercado laboral, que se acentúa especialmente en el caso de los más jóvenes, es la alta temporalidad. La tasa de temporalidad de la población joven (menores de 30 años) mantiene una diferencia acusada con respecto a la UE y además esa diferencia ha ido en aumento. Así, mientras los datos del primer trimestre de 2013 reflejaban una diferencia de algo más de 16 puntos, la brecha se había ampliado hasta los 23 puntos en el tercer trimestre de 2015. El último dato disponible, correspondiente al cuarto trimestre de 2015, sitúa la tasa de empleo temporal de los jóvenes españoles en el 55,1%, cinco puntos por encima de la registrada dos años antes. Aunque la inestabilidad en el empleo y la rotación laboral son circunstancias que pueden tolerarse –y hasta resultar positivas– en los primeros estadios de una vida profesional, la situación resulta preocupante por el contraste que se observa con el comportamiento de esta variable en otros países de nuestro entorno y por el riesgo que se corre de enquistamiento en una temporalidad desprovista de ese componente generacional.

d) La EEEJ hace especial hincapié en el autoempleo y el fomento de la actividad emprendedora de los jóvenes como vehículos de acceso al mercado laboral. Si acudimos a la estadística del MEySS sobre afiliación en el RETA[29], se observa que el último día del mes de diciembre de 2015 había 6.414 jóvenes entre 16 y 19 años afiliados a este régimen, 415 menos que en el mismo mes de 2013. En el tramo de edad comprendido entre los 20-24 años, el número de afiliados al RETA ha pasado de 63.937 en diciembre de 2013 a 61.346 a finales de 2015, lo que supone un decremento de 2.591 personas en dos años, que es aún más acusado si se compara con el registro de junio de 2015 (65.224 afiliados). Lo anterior podría estar indicado que las medidas adoptadas en 2013 (tarifa plana, capitalización de la prestación por desempleo) para promover el autoempleo joven han tenido un efecto dinamizador de las altas en el régimen especial de autónomos pero sólo durante el período de disfrute de la bonificación y especialmente en los primeros meses de aplicación de la medida (cuando los incentivos son más sustanciosos), pero han sido insuficientes para consolidar las iniciativas de emprendimiento puestas en marcha al colocarse bajo un régimen de cotización menos favorable.

En definitiva, podemos concluir que se vienen registrando en los últimos tiempos mejoras tanto en las tasas de empleo como en las de desempleo para la población joven, en todas las horquillas de edad[30]. En cambio, no se ha mantenido la tendencia de recuperación del autoempleo joven que se inició a mediados de 2013. Por otro lado, el crecimiento del empleo a tiempo parcial involuntario y la temporalidad –no sólo entre la población joven–, estarían reflejando que el empleo que se está creando en el proceso de salida de la crisis es

[29] http://www.empleo.gob.es/series.

[30] Más ampliamente sobre el tema, con análisis de otros indicadores (tasa de abandono escolar, población joven en riesgo de exclusión social…), ARÉVALO QUIJADA, Mª. T. y GÓMEZ DOMÍNGUEZ, D., "Evolución de los indicadores de impacto en la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven", en VV.AA. (dir. MORALES ORTEGA, J.M.), Jóvenes y políticas de empleo. Entre la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven y la Garantía Juvenil, Albacete, Bomarzo, 2014, pp. 119-148.

un empleo precario, cuando el objetivo debería ser el trabajo decente y de calidad[31], y a ello pueden estar contribuyendo medidas como el contrato a tiempo parcial con finalidad formativa, el contrato eventual primer empleo joven o la potenciación de los contratos formativos –permitiendo incluso su concertación por empresas de trabajo temporal–.

6. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Una de las fórmulas que los diferentes gobiernos de España han considerado tradicionalmente como motivadoras o favorecedoras de la contratación laboral y últimamente también de la actividad emprendedora es la rebaja de las cotizaciones a la Seguridad Social. Este formato revisten, en efecto, la mayoría de los incentivos o estímulos que la EEEJ, el SNGJ y sus correspondientes desarrollos normativos destinan a fomentar el emprendimiento y el empleo de los jóvenes. Nos movemos, importa señalarlo, en el ámbito de incentivos (de Seguridad Social) para cuyo establecimiento sólo es competente el Estado, pero no debemos olvidar en este momento la contribución que al fomento del autoempleo y a la contratación de la población joven prestan también las políticas de empleo regionales mediante otro tipo de incentivos económicos, generalmente subvenciones, que suelen declararse compatibles con las bonificaciones y reducciones en cuotas de seguridad social hasta cierto límite.

Si bien las políticas activas de empleo (PAE) constituyen un instrumento fundamental para mejorar la empleabilidad del conjunto de la población activa, su relevancia para los jóvenes –especialmente, entre aquellos que abandonaron sus estudios antes de finalizar la educación secundaria superior– es capital dada su escasa formación específica, su falta de experiencia y su menor tasa de cobertura de las prestaciones por desempleo. Por este motivo, resulta altamente preocupante el escaso grado de participación de los jóvenes en las acciones de incentivación que prevé el SNGS[32], ya sea por falta de información suficiente y adecuada, ya sea por el escaso atractivo y la orientación errónea de algunos de los programas e instrumentos de activación del empleo que se ofertan.

Tanto la Ley 11/2013 como la ley 18/2014 han apostado por una política de fomento del empleo juvenil "a la vieja usanza", articulada en torno a rebajas en los costes de seguridad social y la potenciación de modalidades de contratación clásicas, como los contratos formativos, el contrato a tiempo parcial y el contrato eventual, cuya causalidad se redefine (sobre todo en el caso del contrato eventual) para incrustar la de inserción laboral de jóvenes sin previa o escasa experiencia profesional.

Aunque se trata de medidas preñadas de buenas intenciones, son numerosas las voces autorizadas que han cuestionado que ésta sea la mejor manera de luchar contra el desempleo

[31] CALVO GALLEGO, J., "El impacto de las medidas «contractuales» en la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven: un primer intento de evaluación", en VV.AA. (dir. MORALES ORTEGA, J.M.), Jóvenes y políticas de empleo…, cit., pág. 183. Para este autor, el único "consuelo" es que "los jóvenes, en especial los altamente cualificados, han sufrido normalmente esta temporalidad como parte de un proceso más lento de inserción, y no como una trampa que los encaja en ella permanentemente".

[32] Transcurrido un año desde la implantación del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, el número total de solicitudes aprobadas había alcanzado las 120.000 en septiembre de 2015, lo que representa un pobre 8,5% de los casi 1,4 millones menores de 30 años que se encontraban por entonces en situación de desempleo.

juvenil y de invertir los cuantiosos fondos europeos recibidos a tal propósito[33]; unos fondos que quizás sirvan para espolear la contratación del joven durante un período concreto (mientras dure la bonificación o el contrato subvencionado) pero que difícilmente contribuirán a crear verdaderamente empleo y a insertar de forma definitiva a los jóvenes beneficiarios de tales planes y medidas[34].

Sin embargo, es fundamental tener en cuenta que solo un cambio estructural podrá dar frutos en este ámbito. Los problemas son profundos y las soluciones dependen de estrategias en el largo plazo que vayan cumpliendo los objetivos. Ciertamente, no es fácil atisbar soluciones alternativas a un modelo tan sólidamente asentado en nuestra legislación, pero, sea como fuere, el fracaso sistemático de las medidas arbitradas en tiempos pasados para dinamizar el mercado de trabajo de los más jóvenes obliga a redoblar los esfuerzos a fin de hallar una respuesta eficaz a tan grave problema. En consecuencia, las medidas que contribuyan a lograr tal fin han de convertirse en una prioridad absoluta para cualquier gobierno, sea del signo que sea, pero tratando de lograr un acierto y una eficacia superiores a los que, por desgracia, se han podido alcanzar hasta el momento.

Desde luego, y vistos sus pobres resultados, no parece que la Ley 11/2013, desarrollo parcial de la EEEJ, sea una norma que, por sí misma, pueda llegar a convertirse en la "panacea" que permita resolver de forma rápida y definitiva el problema del desempleo juvenil[35]. Es sobradamente conocida la tesis que cuestiona la eficacia y la eficiencia de los incentivos de Seguridad Social como instrumentos de política de empleo, al menos en el modo que esta medida ha sido utilizada hasta el momento. No deja de ser llamativo comprobar cómo unos instrumentos tradicionalmente criticados por la doctrina o incluso por la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (AEVAL)[36], como los beneficios en las cotizaciones a la Seguridad Social, y que en julio de 2012 el propio Gobierno situaba entre "aquellos gastos más superfluos o con efectos más débiles sobre los incentivos de los agentes económicos"[37], hayan vuelto a convertirse en la herramienta principal de los programas de fomento del empleo y de promoción de la actividad autónoma[38]. Medidas como el contrato indefinido tarifa plana creado en 2014, o la fijación de un mínimo exento de cotización a la Seguridad Social de 500 euros para favorecer la contratación indefinida en el RDL 1/2015 sobre segunda oportunidad, apuntan a que una

[33] RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, Mª.E., "El Real Decreto Ley 8/2014: Garantía Juvenil y nuevo marco territorial de las políticas de empleo", Relaciones Laborales, núm. 9, 2014, pp. 4 y ss.

[34] CABASÉS PIQUÉ, M. y PARDELLL VEA, A., Una visión crítica del Plan de Implantación de la Garantía Juvenil, Bomarzo, 2014, pp. 32 y ss.

[35] CALVO GALLEGO, J.: "La lucha contra el desempleo y la garantía juvenil en la Unión Europea y en España", en VV.AA. (M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, dir.), Transiciones laborales y reformas del mercado de trabajo: su influencia sobre el mercado de jóvenes y mayores, Albacete, Bomarzo, 2014, pág.136.

[36] AEVAL, La política de bonificación y reducción de cuotas de la Seguridad Social, Ministerio de Presidencia, 2009, disponible en http://www.aeval.es/comun/pdf/evaluaciones/E14.pdf

[37] Preámbulo del RDL 20/2012, de 13 de Julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. Este RDL vino a suprimir el derecho de las empresas a la aplicación de bonificaciones por contratación, mantenimiento del empleo o fomento del autoempleo, en las cuotas a la Seguridad Social y, en su caso, cuotas de recaudación conjunta, que estuvieran aplicando a la entrada en vigor del mismo (con las excepciones previstas en el apartado 2 de la DT 6ª).

[38] CALVO GALLEGO, J., "La lucha contra el desempleo y la garantía juvenil en la Unión Europea y en España", cit., pág. 138.

política de incentivos generalizados, que no selecciona bien sus objetivos o colectivos diana, difícilmente puede llegar a tener la concreción e intensidad suficientes para evitar que, en un buen número de ocasiones, dichos incentivos sigan teniendo –como en su momento fue denunciado– un efecto "peso muerto", con escasa capacidad de sustitución o de selección específica entre demandantes[39], sin despreciar el efecto sustitución que pueden producir de trabajadores no bonificados por trabajadores incentivados, e incluso de éstos por otros igualmente bonificados cuando expire el programa de incentivación al que se hubieran acogido.

Por otro lado, al haber coincido en el tiempo la adopción de las medidas de fomento del emprendimiento y el empleo joven que se han expuesto con la inversión del ciclo económico y el comienzo de la salida de la crisis, no es fácil determinar en qué proporción la recuperación de los indicadores de empleo y desempleo entre los jóvenes se debe a la implantación de dichas medidas o a la mejora de la situación económica general. En fin, más allá de sus efectos inmediatos en términos de creación de empleo y reducción del desempleo, no puede obviarse en este análisis la preocupación por el impacto que a medio y largo plazo pueda tener sobre la viabilidad del sistema de protección social –que desde 2011 arroja un déficit creciente–, un diseño de políticas activas de empleo como el descrito que persigue fundamentalmente la ampliación del número de ocupados a base de incentivos que suponen renunciar, en mayor o menor medida, y aunque sea temporalmente, a las aportaciones por cuotas de los nuevos empleos, y en determinados casos –cuando adoptan la forma de reducciones– sin compensación a cargo del presupuesto del SEPE. Y ello, como decimos, en un momento extraordinariamente delicado en el que los ingresos que se recaudan por cotizaciones resultan insuficientes para financiar las prestaciones que el mismo debe abonar[40].

En todo caso, teniendo en cuenta que las evaluaciones realizadas sobre las políticas de incentivos han puesto de relieve su escaso impacto macroeconómico –en términos de creación de empleo y reducción de paro–, y su escasa eficacia cuando la población destinaria es excesivamente amplia, se plantea la conveniencia de abordar un rediseño de la política de incentivos que restrinja su ámbito subjetivo y focalice su atención en aquellos grupos o colectivos que corren un mayor riesgo de quedar atrapados en las redes del desempleo y la marginalidad, que en el caso específico de los jóvenes, debería centrarse en el impulso al empleo estable (contratación inicial indefinida o conversión de contratos temporales) para no ahondar en la precariedad que tradicionalmente caracteriza al empleo de este colectivo.

[39] En esta línea se movía el trabajo de TOHARIA CORTÉS, L. y otros: El efecto de las bonificaciones de las cotizaciones a la Seguridad Social para el empleo en la afiliación a la Seguridad Social: un intento de evaluación macroeconómica, microeconómica e institucional, MTIN, disponible en http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/115801.pdf

[40] En el año 2015, según datos hechos públicos por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas el pasado 1 de marzo de 2016, el déficit del sistema de Seguridad Social fue del 1,26% del PIB. Pese a que las afiliaciones crecieron un 3,18%, el flujo de cotizaciones sólo aumentó el 1,3%, muy lejos del 6,8 presupuestado, circunstancia imputable a la precariedad de los nuevos empleos y a que las cotizaciones se proyectan sobre salarios más bajos. Por otro lado, el magro superávit del Servicio Público de Empleo Estatal (0,47%) no ha permitido compensar el déficit del sistema de Seguridad Social.

El formato de esta contribución, que está a punto de concluir, no permite exponer con detalle las claves de la que, a nuestro juicio, debería ser una política de empleo multidimensional, integradora y coordinada, con actuaciones en muy diversos campos (educación, formación, contratación laboral…) que procuren una transición fluida del sistema educativo al productivo y permitan combatir eficazmente el desempleo juvenil mediante la creación de puestos de trabajo estables y de calidad. Recientemente, el Consejo de la UE ha insistido en que España sigue presentando un nivel de desempleo entre sus jóvenes muy elevado (sólo superado por Grecia), así como una tasa de abandono escolar superior a la media, destacando la importancia de la implantación efectiva de la formación profesional dual, si bien critica que "sigue habiendo considerables diferencias entre las Comunidades Autónomas en lo que respecta a su aplicación"[41]. Combatir el drama del desempleo constituye una indiscutible prioridad, en todas las franjas de edad, pero también es cierto que deben analizarse adecuadamente el diseño y los efectos de las medidas que se pongan en práctica y que consumen elevados recursos públicos, de modo que se obvien actuaciones cortoplacistas que pueden servir para procurar un empleo fugaz a los jóvenes y mejorar los indicadores laborales de este colectivo, pero no les libra de incurrir en el círculo vicioso del subempleo, la temporalidad y, en el peor de los casos, la exclusión social.

A tal efecto, debe avanzarse en la mejora del sistema educativo general –poniendo en relación la oferta de títulos y cualificaciones con las demandas reales de un mercado de trabajo en permanente cambio–, potenciar la formación profesional y las prácticas no laborales en empresas (sin consentir abusos), fortalecer los programas que combinan formación con empleo y reforzar el papel y la capacidad global de los servicios públicos de colocación como agentes pro-activos en la búsqueda de oportunidades laborales para los más jóvenes. Como nos ha advertido la UE en el documento al que venimos aludiendo, urge "(t)omar medidas para aumentar la calidad y eficacia de la ayuda y del asesoramiento para la búsqueda de empleo, especialmente como parte de la lucha contra el desempleo juvenil"(pág. 7). Y es que, como ha señalado la OIT, ayudar a las personas jóvenes a tener un buen comienzo contribuye a favorecer que sus trayectorias laborales sigan la vía del trabajo decente. Cuanto más tiempo lleve emprender esa vía, o si no existe tal vía, más difícil resultará el desafío[42].

[41] Consejo de la UE, Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2015 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2015 de España. Bruselas, 13.5.2015. COM(2015) 259 final, p. 3.

[42] ROCHA SÁNCHEZ, F., El desempleo juvenil en España. Situaciones y recomendaciones políticas, Fundación 1º de Mayo, informe nº 50, p. 29.

Desempleados de larga duración: medidas de incentivación del emprendimiento y del empleo*

Long-term unemployed: incentive measures of entrepreneurship and employment

BELÉN GARCÍA ROMERO

PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE MURCIA

Resumen

La separación entre políticas pasivas y activas de empleo no es absoluta, sino que se observa una clara tendencia a fomentar la transición entre el desempleo subsidiado y la actividad laboral por cuenta propia o ajena, permitiendo la compatibilidad –total o parcial– entre ambas situaciones, de modo que se incentiva económicamente la reincorporación por parte del desempleado, gracias a la coordinación de ambos ejes de la política de empleo. En las páginas que siguen analizaremos los programas de fomento de empleo destinados a desempleados beneficiarios de prestaciones, empezando por los que se centran en la conversión de aquellos en personas asalariadas, para después estudiar los programas que utilizan la prestación como incentivo al emprendimiento individual.

Palabras clave

Prestacion por desempleo, fomento empleo, emprendimiento individual

Abstract

The separation between passive and active employment policies is not absolute, but a clear tendency to encourage the transition between unemployment and subsidized labor activity or self-employment is observed, allowing a total or partial compatibility between both situations, so that economically it encouraged the return by the unemployed to the work market, through the coordination of both axes of employment policy. In the pages that follow there will be analysed the current programs to promote employment for unemployed benefit recipients. First, the focus it will put on the conversion of those in employees, then we will study those programs that use the provision as an incentive to the self-employment.

Keywords

employement entreprendeurship incentives, long-term unemployed

Sumario: 1. Introducción. 2. Vinculación de políticas de empleo pasivas y activas para el fomento del empleo por cuenta propia y ajena. 3. Fomento del empleo por cuenta ajena de desempleados perceptores de prestaciones o subsidios por desempleo**.** 3.1. El contrato indefinido de apoyo a los emprendedores 3.2. Programa de fomento del empleo para desempleados mayores de 52 años, beneficiarios del subsidio por desempleo. 3.3. El programa para desempleados de larga duración beneficiarios del PAE. 3.4. Programa de sustitución de trabajadores en formación por trabajadores beneficiarios de prestaciones por desempleo. 3.5. Trabajos de colaboración social. 4. Fomento del autoempleo de desempleados perceptores de prestaciones o subsidios por desempleo. 4.1. Medidas que incentivan la conversión de antiguos trabajadores por cuenta ajena en trabajadores

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER2013-47574-P, sobre "El futuro del sistema español de protección social: análisis de las reformas en curso y propuestas para garantizar su eficiencia y equidad" (IV), incluido en el Programa Estatal de Investigación Científica y Técnica de Excelencia (2013-2016), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

** Su autora es Miembro del Comité Ejecutivo del la Spanish Unit of UNESCO Chair in Bioethics (Haifa)

autónomos. 4.1.1. Posibilidad de compatibilizar la prestación y/o subsidio por desempleo con el empleo por cuenta propia 4.1.2. Reanudación de la prestación por desempleo tras el cese de una actividad por cuenta propia. 4.1.3. Capitalización o pago único de la prestación por desempleo. 4.2. Medidas de segunda oportunidad para antiguos autónomos: la Capitalización o pago único de la prestación por cese de la actividad. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCION

El desempleo de larga duración, que afecta a casi tres millones de personas, es uno de los graves problemas del mercado de trabajo español. Además, tras la crisis de 2008, no solo el número de parados de larga duración es mucho mayor que antes de la misma, sino que se ha incrementado enormemente la dificultad de este colectivo para encontrar empleo.

Por ello es necesario establecer como prioritarias políticas encaminadas a la recolocación de las personas afectadas, y, al mismo tiempo, es imprescindible mejorar el sistema de protección social para que quienes hayan perdido su empleo gocen de cierta garantía de rentas de sustitución hasta que logren encontrar una nueva fuente de ingresos primarios mediante el desarrollo de una actividad profesional por cuenta propia o ajena.

En lo que se refiere a la garantía de rentas, la misma depende fundamentalmente de las prestaciones y subsidios por desempleo. Junto a estas, los parados de larga duración pueden, en su caso, acceder a otras ayudas extraordinarias como las previstas en el Programa de Renta Activa de Inserción, el Programa Prepara o el de Activación del Empleo (PAE). Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la configuración del sistema de protección social, de carácter eminentemente contributivo, provoca que no todos los desempleados tengan derecho a percibir alguna prestación o subsidio por desempleo[1]. Además, año tras año y como consecuencia de la grave crisis económica, está aumentando el número de desempleados de larga duración que pierden toda cobertura económica, ya que tanto la prestación de desempleo de nivel contributivo como los subsidios por desempleo, la renta activa de inserción y las ayudas extraordinarias tienen establecida una duración máxima. Así, a título de ejemplo, en 2015, de los 7.776.930 beneficiarios que causaron baja, 2.904.100 estuvo motivada por el agotamiento de las prestaciones. Otras causas fueron la colocación (donde se incluye también la capitalización de la prestación), la emigración y la sanción[2].

Una vez agotadas las posibilidades que ofrece el sistema de protección por desempleo, la única opción de cobertura económica a la que pueden recurrir las personas sin empleo para evitar la exclusión social se reduce a las rentas mínimas de inserción autonómicas, ámbito en el que cabe lamentar las importantes diferencias que se observan entre las regulaciones regionales en cuanto a requisitos de acceso, cuantía y duración de las prestaciones.

[1] Así, se observa una disminución del total de beneficiarios: en 2014 fueron 2.542.977 y en 2015 2.224.172. Por lo tanto, las variaciones sobre el año anterior –en términos absolutos– fueron las siguientes: -76.908 (en 2013); -322.176 (en 2014), y -318.805 (en 2015). (http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/anuarios/2015/PRD/PRD.pdf; consultado el 21.04.2016).

[2] De los 7.776.930 beneficiarios que causaron baja, 4.635.829 eran beneficiarios de la prestación de nivel contributivo; 2.540.143 del nivel asistencial; 519.545 de la RAI y 81.424 del PAE. (http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/anuarios/2015/PRD/PRD.pdf; consultado el 21-04-2016)

Además de las limitaciones del sistema de protección social desde el punto de vista del beneficiario, en el sentido de que no le garantiza una seguridad de ingresos durante todo el tiempo en que aquel se encuentre desempleado, hay que tener en cuenta que algunos estudios revelan que el cobro de una prestación o subsidio por desempleo desincentiva la búsqueda de empleo o la aceptación de ofertas de empleo. Lógicamente, esto debe llevar a diseñar mecanismos que no produzcan ese efecto disuasorio de la salida hacia el empleo y que la alternativa del trabajo resulte siempre más favorable a la de estar parado, lo que no sucede cuando la oferta se reduce a empleos precarios, a tiempo parcial y con retribuciones muy bajas.

Sin perjuicio de la necesaria mejora de las condiciones laborales y de la derogación de medidas de reforma laboral que ha traído consigo el surgimiento de la categoría de "trabajadores pobres", se trata de fomentar el empleo vinculando las prestaciones por desempleo con las políticas activas. En este punto, serán objeto de estudio los programas que utilizan la prestación o el subsidio por desempleo como palanca para incentivar la contratación de tales desempleados como trabajadores por cuenta ajena, y de manera particular, los incentivos al autoempleo o emprendimiento individual de aquellos.

2. VINCULACIÓN DE POLÍTICAS DE EMPLEO PASIVAS Y ACTIVAS PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO POR CUENTA PROPIA Y AJENA

De acuerdo con el art. 1 del nuevo Texto Refundido de la Ley de Empleo, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre (en adelante, LE)[3], la política de empleo es el conjunto de decisiones adoptadas por los poderes públicos competentes con vistas al "desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo, a la reducción y a la debida protección de las situaciones de desempleo". En cada país europeo, su política de empleo debe desarrollarse en función del contenido de la Estrategia Europea de Empleo, pero teniendo en cuenta la situación concreta del país y sus cifras económicas a la hora de definir objetivos y establecer las medidas necesarias para su consecución. En este sentido, si bien todos los Programas nacionales de reformas coinciden en los objetivos de creación de empleo y correlativa reducción del desempleo, las medidas a adoptar pueden ser muy variadas, pues su logro depende de factores de muy diversa índole como son la estructura y regulación del mercado de trabajo y de las relaciones laborales de cada país, su sistema educativo y de formación profesional, la organización del sistema financiero, etc.[4]

Tradicionalmente, se ha distinguido entre las políticas de empleo pasivas y políticas activas. Las primeras, pretenden dispensar una protección a los desempleados que cumplan determinados requisitos, por medio de una renta sustitutoria de los ingresos de actividad. Medidas pasivas de empleo que tienen como posibles beneficiarios a desempleados mayores o de larga duración son actualmente: el subsidio por desempleo en sus distintas modalidades, en

[3] Ley de Empleo, cuyo texto refundido ha sido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre (BOE 31-10-2015).

[4] FERNÁNDEZ DOCAMPO, M.B., "Funciones y disfunciones de la política nacional de empleo", en AAVV., Políticas de Empleo (CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ PROL, Coord.), editorial Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 399-403.

especial el llamado de "prejubilación", la renta activa de inserción, el Programa Prepara y el Programa de Activación del Empleo. Por su parte, las segundas se dirigen a mejorar las posibilidades de inserción de los desempleados en el mercado de trabajo, a adaptar la formación y cualificación para el empleo de los trabajadores y a fomentar el espíritu empresarial, a través de un conjunto de programas y medidas llevadas a cabo por los poderes públicos. Así pues, las políticas activas constituyen instrumentos destinados a fomentar la creación de empleo y a luchar contra el desempleo, bien mediante estímulos económicos directos, como es el caso de las bonificaciones, reducciones o exenciones de las cuotas de Seguridad Social, exenciones fiscales, subvenciones y préstamos, bien mediante la formación.

Ahora bien, la separación entre políticas pasivas y activas de empleo no es absoluta. En efecto, en los últimos años se observa una clara tendencia a fomentar la transición entre el desempleo subsidiado y la actividad laboral, permitiendo la compatibilidad –total o parcial– entre ambas situaciones, de modo que se incentiva económicamente la reincorporación por parte del desempleado, sin perjuicio de eventuales bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social y/o deducciones fiscales para el empresario.

En el caso de España, esta tendencia a intensificar la interdependencia entre políticas de empleo activas y prestaciones por desempleo queda patente en la Ley de Empleo[5]. Así, en primer término, el artículo 36.2 LE, dispone que las políticas activas "se complementarán y se relacionarán, en su caso, con la protección por desempleo", que comprende las prestaciones por desempleo de nivel contributivo y asistencial. En segundo lugar, en el capítulo III, cuyo rótulo es precisamente "La coordinación entre las políticas activas y la protección económica frente al desempleo". Por último, la aludida tendencia se refleja en la disposición adicional quinta de la LE, rubricada "Vinculación de políticas activas de empleo y prestaciones por desempleo", que ordena al Gobierno a que, tan pronto el empleo inicie su recuperación, adopte las medidas necesarias para reformar la normativa que regula las prestaciones por desempleo con el objetivo de aumentar la vinculación de éstas con las políticas activas de empleo[6].

En definitiva, en las políticas de empleo se otorga prioridad a la reinserción de desempleados con derecho a prestaciones frente a la de otros colectivos de parados y de excluidos sociales que carecen de empleo y también de cualquier renta de sustitución[7]. Ciertamente, se han puesto en marcha diferentes medidas que tratan de fomentar el empleo tanto por cuenta ajena como por cuenta propia de los parados subsidiados.

En las páginas que siguen analizaremos los programas de fomento de empleo destinados a desempleados con derecho a prestaciones, empezando por los que se centran en

[5] El nuevo TRLE recoge en varias de sus disposiciones las previsiones contenidas en otras normas dispersas. Así, Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo (DA 6ª y 16ª); RD-L 3/2011, de 18 de febrero, de Medidas Urgentes para la mejora de la Empleabilidad y la reforma de las Políticas Activas de Empleo (DA 1ª, D.A 2ª, último párrafo y DF 1ª); Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral (DA 15ª).

[6] Dicha disposición, incluye con idéntico título el contenido de la Disposición adicional sexta de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre.

[7] GARCÍA ROMERO, MB., "Incentivos laborales al autoempleo individual (II).Prestación por desempleo y fomento del autoempleo", en AAVV, Fomento del trabajo autónomo y la economía social, (Mercedes Farias Batlle y Francisca Mª Ferrando García, Dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 211-212.

la conversión de aquellos en personas asalariadas, para después estudiar los programas que utilizan la prestación como incentivo al emprendimiento individual.

3. FOMENTO DEL EMPLEO POR CUENTA AJENA DE DESEMPLEADOS PERCEPTORES DE PRESTACIONES O SUBSIDIOS POR DESEMPLEO

En el ordenamiento español, el derecho a la prestación por desempleo se condiciona a la observancia de un determinado comportamiento o a la ejecución de ciertas obligaciones de hacer. Además, fundamentalmente a partir del año 2002, se han regulado algunos programas que permiten compatibilizar parcialmente la prestación o el subsidio por desempleo con el trabajo asalariado o con trabajos temporales de colaboración social.

Para el desempleado, la participación es, salvo excepciones, obligatoria, y serviría para aumentar sus posibilidades de inserción social, económica y profesional. Así, desde el punto de vista de la inserción social, se trata de ayudar a los beneficiarios de las políticas pasivas a recuperar o a desarrollar su autonomía social y a asumir mejor su vida personal y familiar. De otro lado, la inserción profesional se lograría incrementando la empleabilidad de los beneficiarios a través de la mejora de la cualificación profesional mediante la formación y la propia experiencia laboral. Por último, desde el punto de vista económico, se pretende incentivar la inserción laboral del beneficiario permitiéndole obtener unos ingresos netos más elevados durante el tiempo que compatibiliza el cobro del subsidio o prestación con las actividades de interés general en el sector público o asociativo, o con las actividades derivadas de un contrato de trabajo.

Sin embargo, dichas medidas, cuando se destinan prioritariamente a los desempleados beneficiarios de ayudas públicas, generan el efecto perverso de lograr un mayor desamparo de la restante población inactiva que carece de cualquier protección.

En efecto, de un lado, hay programas y medidas que tienen como destinatarios a beneficiarios de prestaciones o subsidios por desempleo, y que se sirven de la prestación económica que tienen reconocida para subvencionar su contratación como trabajadores por cuenta ajena, o la realización de trabajos de utilidad social. Los principales programas son: 1. El contrato indefinido de apoyo a los emprendedores. 2. Programa de fomento del empleo para desempleados mayores de 52 años, beneficiarios del subsidio por desempleo. 3. El programa para desempleados de larga duración beneficiarios del PAE. 4. Programa de sustitución de trabajadores en formación por trabajadores beneficiarios de prestaciones por desempleo. 5. Los trabajos temporales de colaboración social. En otras ocasiones, se permite el cobro anticipado de la prestación por desempleo reconocida para financiar el autoempleo.

Como se verá, tan solo uno de ellos se destina de forma específica a desempleados de larga duración.

3.1. El contrato indefinido de apoyo a los emprendedores

Este contrato está destinado a empresas con menos de 50 trabajadores. Ha de concertarse a jornada completa y en modelo oficial. Cuenta con un período de prueba de un

año de duración. Además puede celebrarse con cualquier trabajador, sea beneficiario o no de prestaciones por desempleo[8], al no existir ninguna limitación subjetiva expresa.

Sin embargo, en el supuesto de que el empresario aspire a obtener los incentivos fiscales, así como las bonificaciones previstas, será condición ineludible que el contrato se celebre con determinados sujetos.

En cuanto a los incentivos fiscales, de acuerdo con el art. 43 RDL 4/2004, sobre Impuesto de Sociedades, únicamente la contratación de personas pertenecientes a uno de los dos colectivos expresamente mencionados puede generar deducciones fiscales. Así, de un lado, pueden tratarse de menores de 30 años, desempleados o no, inscritos o no en la oficina de empleo (la norma no distingue)[9], y de otro lado, desempleados beneficiarios de una prestación contributiva de desempleo.

En este segundo caso, el incentivo consiste en una deducción de la cuota íntegra del 50% del menor de los siguientes importes: a) el de la prestación pendiente de percibir en el momento de la contratación; b) el correspondiente a doce mensualidades de dicha prestación.

La deducción fiscal aplicable en el supuesto de contratación de beneficiarios de prestaciones se rige por determinadas reglas: 1º) El trabajador deberá haber percibido la prestación durante, al menos, tres meses y habrá de proporcionar a la entidad un certificado del SPEE sobre el importe de la prestación pendiente de percibir. 2º) La deducción resultará aplicable hasta que la empresa alcance una plantilla de 50 trabajadores, y siempre que en los doce meses siguientes al inicio del contrato se produzca un incremento de la plantilla media total.

Ambas deducciones fiscales se aplicarán en la cuota íntegra del período impositivo correspondiente a la finalización del periodo de prueba, y se condicionarán al mantenimiento de la relación laboral durante al menos tres años. La inobservancia de cualquiera de los requisitos fijados en el art. 43 RDL 4/2004 determinará la pérdida de la deducción, pero no se considerará incumplimiento la extinción del contrato, transcurrido el periodo de prueba, por causas objetivas o despido disciplinario declarado o reconocido como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador.

Junto a los citados incentivos, la norma incluye una medida dirigida al trabajador contratado que hubiera percibido, a fecha de celebración del contrato, prestaciones por desempleo de nivel contributivo durante, al menos, tres meses, a quien se le da la opción de compatibilizar cada mes, "junto con el salario, el 25 por cien de la cuantía de la prestación que tuviera reconocida y que estuviera pendiente de percibir". Ello supone una excepción al

[8] Sin embargo, por el lado empresarial, no podrán concertar este contrato aquellas empresas que en los seis meses anteriores a la celebración del mismo hubieran realizado decisiones extintivas improcedentes producidas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, y para la cobertura de puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción y para el mimo centro o centros (art. 4.6 L 3/2012).

[9] BLASCO PELLICER, A., CAMPS RUÍZ, L.M., GOERLICH PESET, J.M., ROQUETA BUJ, R. y SALA FRANCO, T., La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 91; FERRANDO GARCÍA, F.Mª., GARCÍA ROMERO, M.B. y LÓPEZ ANIORTE, M.C., "Reflexiones sobre la aplicación en España de la Estrategia Europea de Empleo", en AAVV., Políticas de Empleo (CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ PROL, Coord.), editorial Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 415.

principio general de incompatibilidad entre la percepción de la prestación o el subsidio y el trabajo, establecido en el art. 282 LGSS. Este derecho surtirá efecto desde la fecha de inicio de la relación laboral, siempre que se solicite en el plazo de quince días desde la misma, sin que sea posible hacerlo con posterioridad.

La compatibilidad se mantendrá exclusivamente durante la vigencia del contrato, con el límite máximo de la duración de la prestación pendiente de percibir. El cese en el trabajo que suponga situación legal de desempleo permite al beneficiario optar por solicitar una nueva prestación o por reanudar la pendiente de percibir; en este último supuesto se considerará como período consumido sólo el 25% del tiempo en que se compatibilizó la prestación con el trabajo. Pero, si el trabajador no compatibiliza prestación y salario, mantiene íntegramente su derecho a las prestaciones por desempleo que le restasen por percibir en el momento de la contratación.

Por último, el art. 4.5 de la Ley 3/2012 reconoce bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social –durante tres años– en el supuesto de la contratación de dos colectivos de desempleados con especiales dificultades para su inserción laboral inscritos en la Oficina de empleo, a saber: a) Jóvenes entre 16 y 30 años, ambos inclusive; y b) Mayores de 45 años. En ambos casos, se contemplan incrementos de las bonificaciones cuando los contratos se concierten con mujeres en ocupaciones en las que este colectivo esté menos representado.

3.2. Programa de fomento del empleo para desempleados mayores de 52 años, beneficiarios del subsidio por desempleo

Un segundo ejemplo de desarrollo del art. 282.3 LGSS, lo encontramos en la DT 5ª de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre (en adelante LMU), que modificó parcialmente la redacción contenida en la DT 5ª del RDL 5/2002. En ella se regula un programa de fomento de empleo destinado a concretos colectivos de desempleados, cuyo ámbito personal y material es bastante limitado.

En efecto, de un lado, sus destinatarios son los desempleados mayores de 52 años que sean beneficiarios de cualquiera de los subsidios recogidos en el art. 274 LGSS quedando excluidos otros colectivos de parados con dificultades de inserción. De otro lado, dicho programa sólo prevé la compatibilidad del trabajo por cuenta ajena con los subsidios asistenciales de desempleo, pero no con la prestación por desempleo.

Como se sabe, el acceso al subsidio de desempleo está restringido a ciertas categorías de desempleados. Concretamente, pueden ser beneficiarios de estos subsidios aquellas personas desempleadas que, además de figurar inscritas como demandantes de empleo y carecer de ingresos en una cuantía determinada –el 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias–, se hallen en alguna de las circunstancias descritas en la normativa vigente. Estas situaciones pueden clasificarse del siguiente modo:

a) Aquéllas que permiten el nacimiento del derecho al subsidio una vez agotada la prestación por desempleo, en virtud de que concurren en el beneficiario determinadas circunstancias personales o familiares[10].

b) Aquéllas que originan el nacimiento del subsidio cuando la cotización era insuficiente para la obtención de la prestación contributiva por desempleo[11].

c) Aquéllas que contemplan los problemas concretos de colectivos específicos de desempleados con especiales dificultades para reinsertarse en el mercado de trabajo; supuesto éstos en lo que puede también estar subyacente la idea de cotización.

La variedad de situaciones contempladas hace que el subsidio pueda ser percibido por categorías muy heterogéneas de desempleados:

1º- Los desempleados con responsabilidades familiares que han agotado la prestación contributiva de desempleo.

2º- Los desempleados mayores de 45 años que han agotado la prestación contributiva de desempleo, aunque no tengan responsabilidades familiares.

3º- Los desempleados que no tengan derecho a la prestación contributiva por no haber cubierto el período mínimo de cotización, siempre que hayan cotizado de 3 a 12 meses, cuando tengan responsabilidades familiares, o entre 6 y 12 meses, en caso contrario.

4º- Los desempleados sin derecho a prestación de edad avanzada (actualmente mayores de 55 años) que reúnan todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a la pensión de jubilación y siempre que acrediten al menos seis años de cotización a desempleo[12].

5º- Los emigrantes retornados que hubieran trabajado un mínimo de 6 meses en el extranjero desde su última salida de España; los trabajadores que hayan perdido su pensión de incapacidad permanente por mejoría de su incapacidad tras un proceso de revisión; personas liberadas de prisión que no tengan derecho a las prestaciones y siempre que la privación de libertad haya sido por tiempo superior a seis meses. Estos subsidios son independientes de la existencia de responsabilidades familiares.

En cuanto a la incorporación de los potenciales beneficiarios al programa, debe señalarse que la misma tendrá carácter voluntario[13]. Además, se exige que los trabajadores

[10] Este primer grupo de supuestos tienen un carácter contributivo incuestionable: la exigencia de haber agotado la prestación por desempleo del nivel contributivo, supone condicionar indirectamente el subsidio del nivel asistencial a una previa cotización; sólo si previamente se ha cotizado –lo que implica también la previa inclusión en el campo de aplicación de la protección contributiva y consiguiente afiliación– se habrá podido agotar la prestación.

[11] En relación con estos supuestos, la exigencia expresa de una previa cotización para el derecho al subsidio del nivel "asistencial" no deja lugar a dudas acerca de su carácter indirectamente contributivo.

[12] Resulta evidente que este subsidio participa de un claro carácter contributivo, como lo demuestra el requisito de cotización previa exigido.

[13] La voluntariedad de la incorporación es consecuencia de la modificación operada en la anterior regulación de la DT 5ª contenida en el RDL 5/2002, por la LMU, y que establecía el carácter obligatorio para los beneficiarios del subsidio por desempleo para mayores de 52 años regulado en el artículo 215.1.3) LGSS.

sean contratados a jornada completa y de forma indefinida o temporal, siempre que la duración del contrato sea superior a tres meses.

Las ayudas previstas son:

1ª- Abono mensual al trabajador, durante la vigencia del contrato, del 50 % de la cuantía del subsidio, con el límite máximo del doble del período pendiente de percibir.

2ª- Abono al trabajador, en un solo pago, de tres meses de la cuantía del subsidio si el trabajo que origina la compatibilidad obliga al beneficiario a cambiar de lugar habitual de residencia.

3ª- Bonificación que corresponda en caso de contratación indefinida según la regulación vigente del Programa anual de fomento del empleo, o en otras disposiciones vigentes, siempre que el contrato celebrado cumpla los requisitos establecidos en cada caso.

En cambio, el RDL 20/2012 ha suprimido el derecho a la aplicación de bonificaciones por contratación temporal de desempleados, anteriormente regulada en el apartado 3º de la DT 5ª LMU.

Desde el punto de vista empresarial, este programa pretende incentivar la contratación de trabajadores perceptores del subsidio por desempleo, mediante la rebaja del salario a abonar, ya que durante este tiempo en que se compatibiliza el subsidio por desempleo con el trabajo, el empresario "tendrá cumplida la obligación del pago del salario que corresponde al trabajador, completando la cuantía del subsidio recibido por el trabajador (el 50% del importe correspondiente al subsidio inicialmente reconocido) hasta el importe de dicho salario", siendo asimismo responsable de las cotizaciones a la Seguridad Social por el total del salario indicado, incluyendo el importe del subsidio. Además, la cotización empresarial se encuentra bonificada, aunque sólo en caso de contratación indefinida.

Desde el lado de los desempleados, su participación les garantiza la percepción íntegra del subsidio inicialmente reconocido, si bien en un período de tiempo más amplio. El abono mensual del subsidio lo percibirá el trabajador en pago directo de la Entidad Gestora durante todo el período de compatibilidad. Además, durante el período en que tiene lugar la compatibilidad con el trabajo por cuenta ajena, sus ingresos experimentan normalmente una mejora hasta alcanzar la cuantía del salario que corresponda.

La duración del contrato de trabajo concertado con el beneficiario del subsidio es independiente de su período de percepción, por lo que, en caso de extinción del subsidio durante la vigencia del contrato, el empresario habrá de asumir el abono íntegro del salario pactado.

En el caso de cese en el trabajo, y siempre que no se reúnan los requisitos de acceso a la prestación contributiva por desempleo, ni se haya agotado la duración del subsidio, el trabajador deberá comunicar el cese en la Oficina de Empleo dentro de los quince días siguientes al mismo y reactivar el compromiso de actividad, obteniendo, siempre que se reúnan los requisitos exigidos al efecto, dicho subsidio por el total de su cuantía; en tal caso se considerará como período consumido del derecho la mitad del período en el que se compatibilizó el subsidio con el trabajo.

3.3. El programa para desempleados de larga duración beneficiarios del PAE

El Programa de Activación del Empleo (PAE) fue aprobado por el RDL 16/2014, de 19 de diciembre. Este programa está destinado a los trabajadores desempleados de larga duración con cargas familiares que hayan agotado todas las ayudas existentes y hayan pasado al menos 6 meses desde que agotaron la tercera RAI, el Plan Prepara o el PRODI, la Renta Mínima de Inserción o cualquier ayuda de asistencia social concedidas por cualquier Administración Pública[14].

Este programa comprende políticas activas de empleo, actuaciones de intermediación laboral y una ayuda económica de acompañamiento gestionada por el Servicio Público de Empleo Estatal y vinculada a la participación en las mencionadas políticas de activación para el empleo (art. 1). La ayuda, de cuantía equivalente al 80 por cien del IPREM [art. 7.b)], se puede recibir durante 6 meses, no prorrogables (art. 7.a).

De acuerdo con el art. 8 del RD 16/2014, de 19 de noviembre, las personas beneficiarias del PAE podrán compatibilizar la ayuda de acompañamiento con el trabajo por cuenta ajena, a tiempo completo o parcial y de duración indefinida o temporal, hasta un máximo de cinco meses, siempre que el mismo se desarrolle en empresas o entidades que no formen parte del sector público.

Durante este tiempo, el empresario descontará la cuantía de la ayuda económica del importe del salario que corresponda percibir al trabajador. En el supuesto de contratación a tiempo parcial, la cuantía de la ayuda económica a descontar del importe del salario será proporcional al tiempo efectivamente trabajado[15].

Además, a esta contratación, le serán de aplicación las bonificaciones o reducciones en las cuotas a la Seguridad Social que correspondan. No obstante, la cuantía de la ayuda económica a descontar del importe del salario, en concurrencia con medidas de apoyo público distintas de las citadas bonificaciones o reducciones en las cuotas a la Seguridad Social, no podrá superar el 80 % del coste salarial anual correspondiente al contrato que se hubiera formalizado, sin incluir las cuotas a la Seguridad Social.

En el caso de extinción del contrato antes de finalizar la participación del beneficiario en el programa, y siempre que no se reúnan los requisitos de acceso a una prestación contributiva o subsidio por desempleo, el trabajador deberá comunicar la citada extinción del contrato a la oficina de prestaciones del Servicio Público de Empleo Estatal dentro de los quince días siguientes a la misma, y reactivar el compromiso de actividad para mantener la

[14] En el caso de la RAI, implica haber agotado "el tercer derecho a la misma", es decir, que hayan transcurrido 33 meses de percibo más 24 de espera entre cada una de las anualidades. Además, para poder acceder al programa PAE es necesario ser parado de larga duración (estar inscrito 12 meses como demandante de empleo) y estar 6 meses sin protección alguna.

[15] Desde que se solicita, el programa dura siete meses, de los cuales el primero se dedica a realizar acciones de activación sin cobertura económica y los otros 6 con percepción de la ayuda y, en caso de celebrarse un contrato, se vampirizaría la prestación durante cinco meses. En este sentido, ROJO TORRECILLA, E., Empleo y protección social ante situaciones de exclusión. Reflexiones generales y análisis de los programas PREPARA y PAE", en Documentación Laboral, núm. 104, 2015, p. 31.

participación en el programa y la percepción por el tiempo que reste de la ayuda económica de acompañamiento.

3.4. Programa de sustitución de trabajadores en formación por trabajadores beneficiarios de prestaciones por desempleo

El párrafo 3º del art. 282.3 LGSS (añadido por RDL 5/2002), contempla un supuesto específico de compatibilidad entre el cobro de la prestación por desempleo y el trabajo por cuenta ajena, cuya finalidad declarada es "hacer efectivo el derecho a la formación de los trabajadores ocupados e incrementar las posibilidades de empleo de los trabajadores desempleados". En aplicación de lo previsto en el mismo, la LMU, en su DT 6ª, reguló el programa de sustitución de trabajadores en formación por trabajadores beneficiarios de prestaciones por desempleo, que ha sido modificado por el RDL 3/2012 y por la Ley 3/2012 (art. 2.6).

A diferencia de las previsiones contenidas en la DT 5ª de la LMU, destinada a los desempleados mayores de 52 años, el Programa de sustitución de trabajadores regulado en la DT 6ª del mismo cuerpo legal, será aplicable a los desempleados, cualquiera que sea su edad (mayores o menores de 52 años)[16]. De otro lado, la expresión "beneficiarios de la prestación por desempleo" debe ser interpretada en sentido amplio, comprensiva tanto de los perceptores de prestaciones de nivel contributivo como del nivel asistencial, de acuerdo con lo previsto en el punto 2º de la DT 6ª de la LMU. Por el contrario, los desempleados que no tengan derecho a percibir prestación alguna, no podrán ser contratados al amparo de este específico programa.

Tras la reforma laboral de 2012 se amplían las posibilidades de celebrar contratos de interinidad al amparo de este programa, ya que, si anteriormente sólo podían acogerse al mismo las empresas de hasta 100 trabajadores, ahora podrán utilizarlo todas las empresas, cualquiera que sea el tamaño de sus plantillas[17]. Otra novedad es que la participación en este programa, deja de ser voluntaria para los perceptores de prestaciones de desempleo, pasando a considerarse obligatoria.

El contrato de trabajo habrá de formalizarse por escrito, en el modelo específico establecido para el contrato de interinidad, con las siguientes particularidades: a) la celebración de estos contratos se encuentra incentivada; b) podrán suscribirlo las empresas que sustituyan a sus trabajadores con desempleados beneficiarios de prestaciones por desempleo durante el tiempo en que aquéllos participen en acciones formativas, siempre que tales acciones estén financiadas por cualquiera de las Administraciones; c) las empresas deberán presentar en la Oficina de Empleo un certificado, expedido por la Administración o entidad encargada de gestionar la formación, mediante el cual se acredite la participación de sus trabajadores en las acciones formativas programadas, así como su duración.

[16] ROMÁN VACA, E., SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., GÓMEZ ALVAREZ, T., "La nueva regulación del desempleo en la Ley 45/2002", en AAVV (J. Gorelli Hernández, Director), El nuevo régimen jurídico del despido y del desempleo (Análisis de la Ley 45/2002)", Editorial Laborum, Murcia, 2002, pág. 128.

[17] GARCÍA ROMERO, B., "Medidas para favorecer la empleabilidad de los trabajadores", en AAVV (F. Cavas Martínez coordinador), Análisis de la Reforma Laboral de 2012, Editorial Laborum, Murcia, 2012, págs. 58-60.

Los incentivos previstos son los siguientes: 1º- Durante la vigencia del contrato, el desempleado percibirá la prestación o el subsidio a que tenga derecho por el 50% de la cuantía, con el límite máximo del doble del período pendiente de percibir (medida idéntica a la del programa regulado en la DT 5ª LMU). 2º- El empresario, durante el período de percepción de la prestación o subsidio que se compatibiliza, deberá abonar al trabajador la diferencia entre la cuantía de la prestación o subsidio recibida por el trabajador y el salario que le corresponde, siendo asimismo responsable de la totalidad de las cotizaciones a la Seguridad Social por todas las contingencias y por el total del salario indicado, incluyendo el importe de la prestación o del subsidio por desempleo. En este supuesto no se prevén bonificaciones de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social.

De no reunirse los requisitos exigidos, procederá la devolución de las cantidades indebidamente percibidas durante el período de contratación. Si la duración del contrato es inferior al del derecho reconocido, una vez finalizado aquél, para percibir la prestación o el subsidio correspondiente será preciso que se comunique el cese a la Oficina de Empleo y se reactive el compromiso de actividad[18].

3.5. Trabajos de colaboración social

Entre las obligaciones establecidas en el art. 299 LGSS para los trabajadores, solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo, figura la de participar en los trabajos de colaboración social que determinen los servicios públicos de empleo, o las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de su colaboración con aquéllos.

El RD 1445/1982, de 25 de junio, por el que se regulan diversas medidas de fomento del empleo, dedica su capítulo V a los trabajos temporales de colaboración social (arts. 38 y 39).

De acuerdo con el art. 38.1 RD 1445/1982, las Administraciones Públicas podrán utilizar trabajadores perceptores de las prestaciones o subsidios por desempleo en trabajos de colaboración temporal, sin pérdida para éstos de las cantidades que en tal concepto vinieran percibiendo. Para ello se deben cumplir las siguientes condiciones: 1ª) Los trabajos han de ser de utilidad social y redundar en beneficio de la comunidad[19]. 2ª) La duración máxima del trabajo ha de ser la que le falte al trabajador por percibir de la prestación o subsidio por

[18] ROMÁN VACA, E., SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., GÓMEZ ALVAREZ, T., "La nueva regulación del desempleo en la Ley 45/2002", cit., pág. 130.

[19] No tienen tal carácter los trabajos administrativos de índole permanente en un Ayuntamiento, [STCT 12 mayo 1987 (RTCT 1987, 9797)]. Asimismo, consideran que existe fraude de ley en la asignación de sucesivas tareas de apoyo administrativo de carácter normal y permanente, sin formalización de contrato de trabajo [STSJ Andalucía/Granada 12-11-2008 (AS 2009, 80) y STSJ Canarias, 29-11-2010 (AS 2011, 1802)]. Por el contrario, otras sentencias consideran que tienen carácter social las tareas que se correspondan con funciones propias de gestión de la Administración local, desde las especializadas consistentes en revisiones y liquidaciones del impuesto sobre plusvalías hasta las más comunes. Por todas, STS de 15-7-1998 (RJ 1998, 6867) y STSJ Extremadura, de 13-3-2000 (AS 2000, 1699). El art. 8.4 del RDL 25/2012, de 7 de septiembre (BOE 8-7-2012), incluye expresamente las obras de reparación de los daños causados por incendios forestales y otras catástrofes naturales entre los trabajos de colaboración social a realizar por perceptores de prestaciones por desempleo a solicitud de las Administraciones Públicas y las entidades si ánimo de lucro.

desempleo. 3ª) Que no suponga cambio de residencia habitual del trabajador[20]. 4º) Que coincida con las aptitudes físicas y profesionales del desempleado.

A tal efecto, las Administraciones públicas deberán solicitar de las correspondientes Oficinas de Empleo los trabajadores desempleados que necesiten, con indicación de sus especialidades, acompañando a su solicitud la documentación acreditativa de algunos aspectos, entre los que interesa destacar el compromiso de abonar a los trabajadores la diferencia entre la prestación o el subsidio por desempleo y las cantidades que deban abonar de acuerdo con el art. 38.4 RD 1445/1982, así como costear los desplazamientos que los trabajadores tuvieran que realizar (art. 39 RD 1445/1982).

Los trabajadores perceptores de las prestaciones por desempleo vendrán obligados a realizar los trabajos de colaboración social para los que hubieran sido designados. La renuncia no motivada dará lugar a la suspensión de las prestaciones por desempleo durante un período de seis meses[21].

Para los trabajadores desempleados, la participación en la realización de los trabajos de colaboración social les da derecho a percibir con cargo al SEPE la correspondiente prestación o subsidio por desempleo. Las Administraciones complementarán, mientras realicen tales trabajos, la prestación o el subsidio hasta el importe total de la base reguladora para el cálculo de la prestación contributiva que estuviere percibiendo o que hubiere agotado antes de percibir el subsidio. En todo caso, se garantizará el 100 % del SMI vigente en cada momento.

La relación existente entre la Administración y el perceptor de prestaciones por desempleo –formalizada a través de un contrato temporal de colaboración social– no es de naturaleza laboral (art. 272.2 LGSS), sino que constituye una relación "sui generis", regulada por su normativa específica (arts. 38 y 39 RD 1445/1982) y no por el ET y demás disposiciones complementarias. Como señala la jurisprudencia "… existe un elemento coactivo que impide hablar de la existencia de un verdadero contrato de trabajo, y sí una fórmula de ayuda en los casos de desempleo, mediante una prestación social suficiente, prevista en el art. 41 CE"[22]. Esta misma doctrina pone en tela de juicio la naturaleza contractual de la relación de servicios derivada de la sustitución de trabajadores en formación por perceptores de prestaciones por desempleo, en la medida en que, tras la reforma de 2012, es obligatoria la participación de dichos beneficiarios de prestaciones, por más que se formalice mediante un contrato de interinidad.

[20] En cambio, en el marco del Programa de fomento del empleo para desempleados mayores de 52 años perceptores del subsidio por desempleo (DT 5ª LMU), se prevé una ayuda de movilidad igual al importe de 3 meses de la cuantía del subsidio si el trabajo que origina la compatibilidad obliga al beneficiario a cambiar de lugar habitual de residencia.

[21] Sin embargo, el trabajador desempleado estará legitimado para negarse a aceptar su adscripción a unas tareas impropias del carácter que, en apariencia, se les concedía de trabajos de utilidad social, pero esta circunstancia es insuficiente para convertir en contrato de trabajo lo que no era sino una relación jurídica "sui géneris" (STCT 12 mayo 1987 (RTCT 1987, 9797).

[22] STSJ Extremadura, de 13-3-2000 (AS 2000, 1699); STSJ de Andalucía/Sevilla 8 enero 1998 (AS 1998, 207) y 29 mayo 1998 (AS 1998, 2860).

4. FOMENTO DEL AUTOEMPLEO DE DESEMPLEADOS PERCEPTORES DE PRESTACIONES O SUBSIDIOS POR DESEMPLEO

Junto a los programas destinados al fomento del empleo por cuenta ajena mencionados anteriormente, otras medidas se dirigen al fomento del autoempleo del colectivo de desempleados perceptores de prestaciones o subsidios por desempleo, como son:

- La posibilidad de compatibilizar la prestación o el subsidio por desempleo con el trabajo del emprendedor autónomo

- La capitalización de la prestación por desempleo

- Aplicación de reducciones y bonificaciones de las cotizaciones sociales a la Seguridad social.

Nuestro análisis se centrará en las medidas que utilizan la prestación por desempleo para fomentar el emprendimiento individual, sin entrar en aquellas otras que se basan en la aplicación de bonificaciones o reducciones de las cuotas empresariales a la Seguridad Social.

4.1. Medidas que incentivan la conversión de antiguos trabajadores por cuenta ajena en trabajadores autónomos

4.1.1. Posibilidad de compatibilizar la prestación y/o subsidio por desempleo con el empleo por cuenta propia

Esta medida tiene por objeto garantizar al emprendedor un mínimo de ingresos al inicio de su actividad por cuenta propia, permitiendo mantener el cobro de la prestación por desempleo mientras se realiza un trabajo como autónomo.

Al respecto, debemos avanzar que dicha posibilidad existe en el caso de la prestación contributiva por desempleo y, en cierta medida en el de la renta activa de inserción. En cambio, tratándose del subsidio por desempleo, solamente se admite la compatibilidad del mismo con el trabajo por cuenta ajena, pero no con el trabajo por cuenta propia.

a) Compatibilidad de la prestación por desempleo y el trabajo del emprendedor autónomo

La compatibilidad de la prestación por desempleo y el trabajo autónomo constituye una excepción a la regla general establecida en el art. 282.1 LGSS y está condicionada a que algún programa de fomento del empleo la permita.

En este sentido, el art. 282.4 LGSS prevé que "cuando así lo establezca algún programa de fomento al empleo destinado a colectivos con mayor dificultad de inserción en el mercado de trabajo, se podrá compatibilizar la percepción de la prestación por desempleo pendiente de percibir con el trabajo por cuenta propia, en cuyo caso la entidad gestora podrá abonar al trabajador el importe mensual de la prestación en la cuantía y duración que se determinen, sin incluir la cotización a la Seguridad Social".

Esta posibilidad existe desde 2013, con la Ley 11/2013, de 26 de julio, de Emprendedores y ha sido ampliada en la LETA, en virtud de la modificación por la Ley 31/2015, de 9 de septiembre.

La Ley 11/2013, de 26 de julio, en su artículo 3, reguló la posibilidad de compatibilizar por un máximo de 9 meses (270 días) la percepción de la prestación por desempleo con el ejercicio de una actividad por cuenta propia. Podía acogerse a esta medida únicamente el colectivo de menores de 30 años, sin trabajadores a su cargo, siempre que solicitaran la compatibilización en la oficina de prestaciones en el plazo de 15 días a contar desde la fecha de inicio de la actividad por cuenta propia.

Tras la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, el nuevo art. 33 de la LETA, elimina la barrera de edad hasta entonces existente, permitiendo a todos los autónomos la compatibilización de la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta propia durante un plazo máximo de 270 días, con la finalidad de ayudar al profesional al inicio de su actividad por ser éste el período en el que sus ingresos suelen ser más reducidos garantizándole, al menos, el percibo de la cantidad que representa la prestación por desempleo de la que es beneficiario.

No obstante, el mismo precepto, establece en su apartado 2 una serie de exclusiones, que impiden acceder a esta medida a:

- Las personas cuyo último empleo haya sido por cuenta propia
- Quienes hayan hecho uso de la compatibilidad en los 24 meses anteriores
- Quienes hayan obtenido el pago único en los 24 meses anteriores
- Quienes se constituyan como autónomos y suscriban un contrato por actividad profesional con el empleador para el que hubiese prestado sus servicios por cuenta ajena con carácter inmediatamente anterior al inicio de la situación legal de desempleo o una empresa del mismo grupo empresarial de aquella[23].

b) Renta Activa de Inserción y fomento del trabajo por cuenta propia

En relación al régimen de compatibilidad de la RAI con el empleo por cuenta propia, hay que señalar que, al igual que sucede con la prestación y subsidio por desempleo, la regla general es la de incompatibilidad, por lo que se causará baja temporal en el desarrollo del programa, sin consumo de la duración de la renta, en caso de trabajo por cuenta propia por un período inferior a seis meses[24].

[23] Como se ha puesto de manifiesto, esta exclusión tiene como objetivo evitar el fraude, evitando la proliferación de los "falsos autónomos". En este sentido, ROLDAN MARTÍNEZ, A. "La protección por desempleo como palanca hacia el emprendimiento", en AAVV., La protección por desempleo en España, ob.cit., p. 578.

[24] Asimismo son causas de suspensión: el trabajo por cuenta ajena a tiempo completo por un periodo inferior a seis meses; la superación del límite de rentas, por un período inferior a seis meses; el traslado al extranjero para la búsqueda o realización de trabajo o perfeccionamiento profesional o cooperación internacional por un período inferior a seis meses.

Producida la baja en el programa por alguna de las causas previstas, se producirá la reincorporación a aquél por solicitud del interesado en los 15 días siguientes al cese en el trabajo por cuenta propia, o al retorno a España, previa inscripción como demandante de empleo y reactivación del Compromiso de Actividad en la fecha de la solicitud. La solicitud fuera del plazo señalado supondrá la pérdida de tantos días de renta como medien entre la fecha en que hubiera tenido lugar la reincorporación al programa de haberse solicitado en tiempo y forma y aquella en que efectivamente se hubiese formulado la solicitud.

Ahora bien, el programa de RAI comprende medidas de fomento del empleo, reguladas en los artículos 6 y 7, respectivamente, como "ayudas para incentivar el trabajo" y "acciones de inserción laboral".

En cuanto a las ayudas para incentivar el trabajo (art. 6), si el beneficiario de la RAI realiza un trabajo por cuenta propia recibirá una ayuda equivalente al 25 por cien de la prestación durante un período máximo de seis meses, sin que su percepción reduzca la duración de la RAI. Esta ayuda no se aplicará a los contratos subvencionados por el Servicio Público de Empleo Estatal.

De otro lado, entre las acciones de inserción laboral contempladas en el artículo 7, se incluye el asesoramiento al autoempleo.

4.1.2. Reanudación de la prestación por desempleo tras el cese de una actividad por cuenta propia

El inicio de una actividad por cuenta propia fuera del marco de un específico programa de fomento del empleo que lo autorice comporta la suspensión de la prestación –con posibilidad de reanudar su cobro– o la extinción de la prestación, en función de la duración del período de actividad realizado.

La posibilidad de reanudar la prestación, constituye una medida de estímulo del autoempleo a través de la prestación por desempleo, que se configura como un salvavidas o red futura de protección en caso de no viabilidad de la actividad emprendida. En efecto, esta previsión legal puede suponer una garantía importante para quien decide iniciar una aventura empresarial a sabiendas de que si el nuevo negocio o actividad fracasa, se podrá reanudar la prestación que dejó de percibir al causar alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social tras darse de baja en el RETA, siempre que no haya transcurrido el plazo máximo de suspensión previsto.

La posibilidad de reanudarla o no, depende del tiempo que dure la actividad, aplicándose diferentes criterios temporales en caso de trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia (art. 269.3 LGSS).

En el caso de realización de un trabajo por cuenta ajena, la línea que marca la frontera entre suspensión y extinción coincide con el período de carencia que permite lucrar una nueva prestación. De este modo, si el contrato de trabajo tiene una duración inferior a doce meses, se suspende la prestación por desempleo reconocida, que podrá reanudarse al finalizar la nueva actividad, mientras que si la duración del empleo es igual o superior a doce meses, y por tanto permite causar una nueva prestación por desempleo, se extingue la primera, aunque se reconoce el derecho de optar entre reabrir el derecho anterior o percibir la prestación generada por las nuevas cotizaciones efectuadas (art. art. 273.3 LGSS).

En cambio, en el caso del trabajo por cuenta propia el plazo de suspensión es mayor por la necesidad de conceder un período de tiempo más amplio para evaluar la viabilidad económica de la actividad iniciada[25]. Además, tras la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, se ha ampliado, el período de suspensión de 24 a 60 meses para que opere la suspensión de la prestación por desempleo en lugar de la extinción por ejercicio de una actividad autónoma (art. 271 d) LGSS)[26]. La razón de esta ampliación de dos a cinco años, que se explicita en el propio Preámbulo de la citada Ley, no es otra que "evitar que la cercanía de la fecha en que se extinguiría la prestación por desempleo por superar los plazos de suspensión previstos legalmente le condicionen a la hora de mantener su actividad en aquellos casos en los que puedan existir dudas sobre su viabilidad".

En definitiva, teniendo en cuenta el dato contrastado por los estudios del Instituto Nacional de Estadística (INE) de que la mitad de las actividades empresariales iniciadas resultan no viables al cabo de los cinco años, el legislador ha ampliado en igual medida el período máximo de suspensión de la prestación, con vistas a garantizar que, en caso de fracaso, el beneficiario pueda reanudar la prestación suspendida[27].

Para la reanudación de la prestación el interesado habrá de presentar, junto con la solicitud de la reanudación, el alta y la baja de autónomo, en el plazo de 15 días hábiles desde la finalización del trabajo.

4.1.3. Capitalización o pago único de la prestación por desempleo

La posibilidad de capitalizar la prestación por desempleo para financiar determinados gastos asociados al inicio de una actividad por cuenta propia se introdujo por primera vez en el ordenamiento español por Ley 31/1984, de 2 de agosto (art. 23.3), como una excepción a la regla general de incompatibilidad entre prestación y trabajo prevista en el art. 282.1 LGSS[28], condicionada a que así esté previsto en algún programa de fomento del empleo (art. 282.4 LGSS).

Tras la modificación de la LETA llevada a cabo por la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, esta medida se incluye ahora, junto al resto de incentivos laborales, en el nuevo capítulo II del Título V de la LETA, concretamente en su artículo 34, si bien se mantiene la aplicación de lo previsto en el RD 1044/1985, de 19 de junio[29].

Se trata de una medida que se justifica en la necesidad de fomentar y facilitar iniciativas de empleo autónomo a través del abono del valor actual del importe de la

[25] ROLDAN MARTÍNEZ, A. "La protección por desempleo como palanca hacia el emprendimiento", est. cit., p. 573.

[26] Con arreglo a la anterior regulación, la barrera que marcaba la frontera entre la suspensión y la extinción de la prestación se fijaba en 24 meses, excepto en el caso de los menores de 30 años que hubieran causado alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o en el de los Trabajadores del Mar, a los cuales se les permitía reanudar siempre que el trabajo por cuenta propia hubiera tenido una duración inferior a 60 meses. Con la Ley 31/2015, el periodo de suspensión es de 60 meses cualquiera que sea la edad del autónomo que cause alta como tal en uno de los dos Regímenes de Seguridad Social mencionados.

[27] GUINDO MORALES, S. "El fomento público del autoempleo", est. cit., pp. 505-506.

[28] FERRANDO GARCÍA, F.Mª, GARCÍA ROMERO, M.B. y LÓPEZ ANIORTE, M.C., "Reflexiones sobre la aplicación en España", est. cit., pp. 421-423.

[29] Con anterioridad a la reforma de la LETA, la capitalización de la prestación por desempleo se regulaba por RD 1044/1985, de 19 de junio, así como por la DT 4ª Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de LMU.

prestación por desempleo de nivel contributivo, a las personas beneficiarias de prestaciones de esta naturaleza que pretenden incorporarse, de forma estable, como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales o mercantiles, constituirlas, o que quieren desarrollar una nueva actividad como trabajadores autónomos[30].

En 2015, 142.753 beneficiarios de prestaciones contributivas por desempleo se acogieron al sistema de capitalización. La gran mayoría, la destinaron a constituirse como trabajadores autónomos (136.030 personas), mientras que el resto, lo usaron para subvencionar sus aportaciones para constituirse como socios de cooperativas (3.039 personas), de sociedades anónimas laborales (3.101 personas) o entidades mercantiles (523 personas)[31].

Los requisitos exigidos para poderse acoger a esta medida, según se infiere del articulado del RD 1044/1985, son los siguientes:

1) Ser beneficiario de una prestación contributiva por desempleo[32].
2) Tener pendiente de recibir a fecha de solicitud, al menos, tres mensualidades de la prestación.
3) No haber obtenido el reconocimiento de este derecho, en cualquiera de sus modalidades, en los cuatro años inmediatamente anteriores.
4) Acreditar la realización de una actividad como trabajador autónomo o la incorporación como socio trabajador a una cooperativa de trabajo asociado o sociedad laboral o mercantil, de nueva creación o en funcionamiento, de forma estable, aunque el interesado haya mantenido un vínculo contractual previo con las mismas, independientemente de su duración.
5) Tener menos de 30 años si la actividad que pretende realizar es en una entidad mercantil, bien sea de nueva creación o bien que se haya constituido dentro de los 12 meses inmediatamente anteriores a la fecha de la aportación, siempre que no haya mantenido vínculo contractual previo con dicha entidad.
6) Iniciar la actividad en el plazo máximo de un mes desde la resolución de concesión del derecho y, en todo caso, con fecha posterior a la solicitud[33], considerando que tal inicio coincide con la fecha que como tal figura en la solicitud de alta del trabajador en la Seguridad Social.

[30] DEL VAL TENA, A.L., "Capitalización de la prestación por desempleo", en AAVV., La protección por desempleo en España, ob. cit., pp. 463-478.

[31] Datos extraídos del Anuario de estadísticas Laborales, consultado el 21.04.2016: http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/anuarios/2015/PRD/PRD.pdf

[32] En cambio, los subsidios por desempleo, la RAI o el Prepara no dan derecho a la capitalización.

[33] Debe tenerse en cuenta que, con la finalidad de facilitar que el trabajador inicie lo más pronto posible los trámites para salir de la situación de desempleo, "una jurisprudencia flexible viene admitiendo la solicitud de capitalización en momento posterior a la formalización del alta en el RETA", en este sentido, y citando, entre otras, STS 11 de julio 2006 (RJ 2006, 8338), FERRANDO GARCÍA, F.Mª, GARCÍA ROMERO, M.B. y LÓPEZ ANIORTE, M.C., "Reflexiones sobre la aplicación en España", est. cit., p. 423.

7) Que se haya producido el cese definitivo en el trabajo. En caso de haber impugnado ante la jurisdicción social el cese de la relación laboral origen de la prestación por desempleo cuya capitalización se pretende, la solicitud de pago único deberá ser posterior a la resolución del procedimiento correspondiente.

El nuevo art. 34 de la LETA, comprende básicamente tres modalidades de abono de la prestación, a las que podrá acogerse el interesado en función del tipo de actividad que pretenda realizar y la finalidad de la ayuda. Dichas modalidades, que ya existían en la anterior regulación, han experimentado, sin embargo, importantes modificaciones en virtud de la Ley 31/2015, de 9 de septiembre.

1ª. La entidad gestora podrá abonar a los beneficiarios de prestaciones por desempleo de nivel contributivo hasta el 100 por cien del valor actual del importe de dicha prestación, en los siguientes supuestos:

a) Cuando pretendan constituirse como trabajadores autónomos, cualquiera que sea su edad, pueden obtener en un solo pago la cantidad que justifique como inversión necesaria para poner en marcha la actividad por cuenta propia, incluido el importe de las cargas tributarias para el inicio de la actividad. Para evitar el fraude y la proliferación de falsos autónomos, se introduce la cautela de que no se incluirán en este supuesto quienes se constituyan como trabajadores autónomos económicamente dependientes suscribiendo un contrato con una empresa con la que hubieran mantenido un vínculo contractual previo inmediatamente anterior a la situación legal de desempleo, o perteneciente al mismo grupo empresarial de aquélla.

b) Se extiende a todos los autónomos la posibilidad de capitalizar la prestación para destinar hasta el 100 por cien de su importe a realizar una aportación al capital social de una entidad mercantil de nueva constitución o constituida en un plazo máximo de doce meses anteriores a la aportación. Para ello, se exige que vayan a poseer el control efectivo de la misma, conforme a lo previsto en el art. 305.2 b) LGSS[34]. Merece destacarse la desaparición de la posibilidad de que el autónomo se incorpore a la sociedad mercantil como trabajador por cuenta ajena[35]. Asimismo, con el fin de evitar que se utilice la prestación por desempleo para la aparición de falsos autónomos, se excluyen de este supuesto aquellas personas que hayan mantenido un vínculo laboral previo inmediatamente anterior a la situación legal de desempleo con dichas sociedades u otras pertenecientes al mismo grupo empresarial.

[34] De acuerdo con lo previsto el nuevo art. 305. 2b) LGSS, "Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:1.º Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios con los que conviva y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado; 2.º Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo; 3.º Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad".

[35] Con ello se trata de "evitar el fraude en la contratación de trabajadores desempleados y, al mismo tiempo, fomentar el autoempleo real". De ahí la exigencia de que se posea el control efectivo de la sociedad que se constituye o a la que se incorpora el beneficiario de la prestación por desempleo o su alta como trabajador por cuenta propia. En este sentido, ROLDAN MARTÍNEZ, A. "La protección por desempleo como palanca hacia el emprendimiento", est. cit., p. 572.

En ambos casos, todos los autónomos que capitalicen la prestación por desempleo, podrán destinar la misma a los gastos de constitución y puesta en funcionamiento de una entidad, así como el pago de las tasas y tributos. Además, podrán destinar hasta el 15 por ciento de la cuantía de la prestación capitalizada al pago de servicios específicos de asesoramiento, formación e información relacionados con la actividad a emprender.

2ª. La entidad gestora podrá, cuando así se solicite, abonar exclusivamente el importe total de la prestación pendiente de percibir para subvencionar la cotización del trabajador a la Seguridad Social, en los siguientes términos:

a) La cuantía de la subvención, calculada en días completos de prestación, será fija y corresponderá al importe de la aportación íntegra del trabajador a la Seguridad Social en el momento de inicio de la actividad sin considerar futuras modificaciones, salvo cuando el importe de la subvención quede por debajo de la aportación del trabajador que corresponda a la base mínima de cotización vigente para cada régimen de la Seguridad Social; en tal caso se abonará esta última.
b) El abono se realizará mensualmente por la entidad gestora al trabajador, previa comprobación de que se mantiene en alta en la Seguridad Social en el mes correspondiente.

3ª. Se podrá obtener como mezcla de las dos fórmulas anteriores, es decir, como una especie de modalidad mixta. Así, cuando no se obtiene la prestación por su importe total, porque la cantidad justificada como inversión es inferior a la prestación capitalizada, el importe restante se podrá obtener a través de subvenciones en las cuotas a la Seguridad Social.

Como ya se ha señalado, la solicitud de la capitalización en cualquiera de las modalidades descritas, se puede presentar conjuntamente con la solicitud de la prestación contributiva por desempleo o en cualquier momento posterior, siempre que el interesado tenga pendiente de percibir, al menos, tres mensualidades y no se haya iniciado la actividad como autónomo o como socio de la entidad mercantil (que se presume que coincide con la de alta del trabajador en la Seguridad Social). Si el beneficiario capitaliza por la modalidad de abono en un solo pago de la prestación, en el mismo acto podrá pedir el abono del resto para subvención de cuotas de Seguridad Social. De no hacerse así, no podrá solicitar con posterioridad este abono. Del mismo modo, si sólo se solicita la subvención de cuotas de Seguridad Social, el interesado no podrá acceder con posterioridad a la capitalización en pago único de la prestación pendiente de percibir.

De otro lado, se establece que si el trabajador o los representantes de los trabajadores en caso de despido colectivo, hubieran impugnado el cese de la relación laboral origen de la prestación por desempleo, la solicitud deberá ser posterior a la resolución del procedimiento correspondiente.

Los efectos económicos del abono del derecho solicitado se producirán a partir del día siguiente al de su reconocimiento, salvo cuando la fecha de inicio de la actividad sea anterior, en cuyo caso, se estará a la fecha de inicio de esa actividad.

El art. 34.4 de la LETA establece que "no tendrán derecho a percibir la prestación por desempleo en su modalidad de pago único [en cualquiera de las modalidades descritas] quienes en los 24 meses anteriores a la solicitud hayan compatibilizado el trabajo por cuenta propia con la prestación por desempleo de nivel contributivo".

Por último, se contempla el supuesto de que un trabajador desempleado haya iniciado una actividad por cuenta propia sin haber extinguido la prestación por desempleo de nivel contributivo (cabe entender que bien por no haber solicitado la compatibilidad ni la capitalización la prestación, o bien, por haber hecho uso de esta última posibilidad tan solo parcialmente) y tras el cese involuntario en el trabajo por cuenta propia (antes de los cinco años, por ser este el plazo de suspensión del derecho a la prestación por desempleo por realización de una actividad por cuenta propia), el trabajador tuviera también derecho a la prestación por cese de actividad. En tal caso, aquel "podrá optar entre percibir esta o reabrir el derecho a aquella. La opción por una u otra protección implicará la extinción de la prestación por la que no se opta".

4.2. Medidas de segunda oportunidad para antiguos autónomos: la Capitalización o pago único de la prestación por cese de la actividad

La posibilidad de capitalizar la prestación por cese de la actividad, de modo análogo a lo que ya existía respecto a la prestación por desempleo, se reguló inicialmente en la DA 4ª del RD 1541/2011, de 31 de octubre, dictado en desarrollo de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, que contempla su articulación.

Esta regulación fue derogada por la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, la cual tiene como objetivo unificar en un texto normativo el conjunto de medidas de fomento del trabajo autónomo. En consecuencia, dicha ley procede a modificar la ordenación de la prestación por cese en la actividad y a incorporarla en el artículo 39 del nuevo capítulo II del Título V de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo para los casos en que los beneficiarios de esta prestación pretendan iniciar una actividad por cuenta propia o destinen todo el importe a realizar una aportación al capital social de una entidad mercantil, y en el artículo 12 de la Ley 11/2011, de 29 de marzo de Economía Social cuando la nueva actividad se quiera realizar como socios trabajadores de una cooperativa o sociedad que tenga carácter laboral.

El citado artículo art. 39 de la LETA, regula el "Pago único de la prestación por cese de la actividad", que permite capitalizar el 100 por 100 de esta prestación para realizar una actividad por cuenta propia, o para realizar una aportación al capital social de nueva constitución sobre la que vayan a tener el control efectivo y en la que vayan a ejercer una actividad profesional, encuadrados como trabajadores por cuenta propia en el Régimen de la Seguridad social que corresponda por razón de la actividad.

Los paralelismos entre la regulación del pago único de esta prestación y la establecida para la prestación por desempleo son más que evidentes, y obedecen a que, en ambos casos, el objetivo es poner a disposición del beneficiario de una u otra, una cantidad de dinero que le sirva para financiar todo o parte del coste de la puesta en marcha de una actividad por

cuenta propia[36]. En este caso, se trata de ofrecer a los autónomos una segunda oportunidad, tras el fracaso de su actividad anterior y la obtención de la prestación por cese de actividad, permitiéndoles capitalizar esta última para volver a invertir en un nuevo proyecto empresarial.

Como en el caso de la prestación por desempleo, en este supuesto se admiten también las mismas modalidades de capitalización. Así, el abono de la prestación se realizará de una vez por el importe que corresponda a la inversión necesaria para desarrollar la actividad como trabajadores autónomos, incluidas las cargas tributarias para el inicio de dicha actividad. Además, se podrá destinar hasta el 15 por ciento de la cuantía de la prestación capitalizada al pago de los servicios específicos de asesoramiento, formación e información relacionados con la actividad a emprender. Asimismo, el órgano gestor, a solicitud de los beneficiarios de esta medida, podrá destinar todo o parte del pago único de la prestación por cese de actividad a cubrir los costes de cotización a la Seguridad social. Ello significa que el interesado puede optar bien por percibir toda la prestación para cubrir costes de cotización a la Seguridad Social, bien una parte para financiar los costes asociados al inicio de la actividad y el resto para compensar la cotización del trabajador a la Seguridad Social. Cuando su destino sea compensar las cotizaciones, la entidad gestora abonará mensualmente una cantidad fija, correspondiente al importe de la aportación íntegra del trabajador a la Seguridad Social en el momento del inicio de la actividad sin considerar futuras modificaciones y previa comprobación de que se mantiene el alta en la Seguridad social en el mes correspondiente.

Los requisitos exigidos para obtener el pago único de la prestación por cese de actividad para quienes deseen establecerse como autónomos son:

- Que tenga pendientes de percibir al menos seis meses de la prestación que desean capitalizar. En este punto se halla una de las diferencias más reseñables entre el régimen de capitalización de la prestación por cese de actividad con respecto al pago único de la prestación por desempleo, supuesto este en el que el número de meses de prestación pendientes de percibir se limita a tres[37].
- La solicitud de abono anticipado debe ser de fecha anterior al inicio de la actividad como trabajador autónomo, considerando como tal la que figura en la solicitud de alta del trabajador en la Seguridad Social.
- Debe acompañar a su solicitud una memoria explicativa sobre el proyecto de inversión a realizar y actividad a desarrollar, así como cuanta documentación acredite la viabilidad del proyecto.
- Una vez percibida la prestación, debe iniciar, en el plazo máximo de un mes, la actividad para cuya realización se le hubiera concedido y darse de alta como trabajador por cuenta propia en el correspondiente régimen de la Seguridad Social, o acreditar en su caso que está en fase de iniciación.

[36] TALÉNS VISCONTI, E., "La capitalización de la prestación por cese de actividad. Problemas prácticos", en AAVV., La protección por desempleo en España, ob. cit., p. 533.

[37] El período máximo de percibo de la prestación por cese de actividad es de 12 meses, y para obtener un derecho de tal duración es preciso haber cotizado 48 meses o más. Por lo tanto, la exigencia de que le queden al menos 6 meses de prestación pendientes de percibir obliga a tomar la decisión de emprender una actividad por cuenta propia muy al inicio del reconocimiento de la citada prestación.

Con todo, la propia configuración de la prestación por cese de actividad, tanto en lo que se refiere a su duración como a su cuantía, hacen poco atractivo este instrumento de estímulo del trabajo autónomo[38]. En efecto, teniendo en cuenta los datos facilitados por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, se puede observar que la duración media de estas prestaciones es de 7,75 meses y la cuantía media de las mismas de 787,35 euros. Por lo tanto, de acuerdo a estas cifras, en caso de capitalización de esta prestación, la cantidad media que se obtendría oscilaría entre 4.724 euros (si se capitalizan estrictamente los seis meses que exige la ley) y 9.448,2 euros (de capitalizarse el total de la prestación, es decir doce meses).

5. CONCLUSIONES

Existe una clara tendencia a situar a los desempleados con cobertura económica pública en el centro de las políticas activas de empleo, financiando las mismas mediante la transferencia de recursos anteriormente destinados a atender las políticas pasivas.

Junto a razones económicas y estadísticas, en la base de las últimas reformas, subyace la llamada "trampa del desempleo". De un lado, cierta presunción respecto del carácter acomodaticio que se deriva de la situación de desempleo subsidiado, en la medida en que desincentiva la aceptación de puestos de trabajo por parte del beneficiario durante el período de su percepción, si la misma no le reporta una ventaja económica significativa. Ciertamente, se constata que el cobro del subsidio de desempleo, bien sea contributivo o asistencial, desincentiva la búsqueda de empleo o la aceptación de ofertas recibidas. Ello debería llevar a diseñar mecanismos que no produjeran este efecto de disminución de la salida hacia un empleo. Para ello, es necesario que los parados de larga duración reciban tratamientos de formación y recolocación, y que la alternativa del empleo resulte siempre más favorable a la de estar parado. De otro lado, la teoría según la cual, a mayor duración de la situación de desempleo, mayor dificultad encontrará el desempleado en lograr su reinserción laboral, como consecuencia de la reducción de su capital humano en términos de formación profesional. En efecto, cuando la situación económica desfavorable se prolonga en el tiempo a consecuencia del contexto de crisis económica, la imposibilidad de reinserción en un empleo estable y con una remuneración adecuada, termina inevitablemente por provocar la exclusión de las personas afectadas.

Respecto a las medidas de fomento de la contratación por cuenta ajena, debe señalarse que, desde el punto de vista de la persona desempleada, la participación es, salvo excepciones, obligatoria, y serviría para aumentar sus posibilidades de inserción social, económica y profesional. Así, desde el punto de vista de la inserción social, se trata de ayudar a los beneficiarios de las políticas pasivas a recuperar o a desarrollar su autonomía social y a asumir mejor su vida personal y familiar; la inserción profesional se lograría incrementando la empleabilidad de los beneficiarios a través de la mejora de la cualificación profesional mediante la formación y la propia experiencia laboral; en fin, desde el punto de vista económico, se pretende incentivar la inserción laboral del beneficiario permitiéndole obtener unos ingresos netos más elevados durante el tiempo que compatibiliza el cobro del subsidio o prestación con las actividades de interés general en el sector público o asociativo,

[38] TALÉNS VISCONTI, E., "La capitalización de la prestación por cese de actividad. Problemas prácticos", est. cit., p. 534.

o con las actividades derivadas de un contrato de trabajo, suficientes para compensar el esfuerzo laboral. En otras ocasiones, se permite el cobro anticipado para financiar el autoempleo, así como la compatibilidad o la reanudación de la prestación por desempleo o la prestación por cese de actividad.

Sin embargo, dichas medidas, cuando se destinan prioritariamente a los desempleados beneficiarios de ayudas públicas, generan el efecto perverso de lograr un mayor desamparo de la restante población inactiva que carece de cualquier protección.

El desempleo parcial: algunas cuestiones básicas[*]

Partial unemployment: some questions

ALBERTO CÁMARA BOTÍA

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ACREDITADO A CATEDRÁTICO DE UNIVERSIDAD

UNIVERSIDAD DE MURCIA

Resumen

El desempleo parcial es consecuencia de una reducción temporal de la jornada de trabajo y del salario. En este estudio se analizan algunas cuestiones relativas a la configuración legal de la situación de desempleo parcial (elementos, ámbito excluido, situaciones extravagantes de desempleo parcial) y su relación con las normas laborales.

Palabras clave

Seguridad Social, Jornada de trabajo, Reducción de la jornada de trabajo, Desempleo parcial

Abstract

Partial unemployment is due to a temporary reduction in working hours and wages. In this study some questions concerning the legal configuration of partial unemployment (elements, excluding field, extravagant situations of partial unemployment) and its relation to labor standards are analyzed.

Keywords

Social Security, Working time, Short time working, Partial unemployment

Sumario: 1. El desempleo parcial y la reducción temporal de la jornada de trabajo. 2. La reducción coyuntural del tiempo de trabajo como factor desencadenante del desempleo parcial. 2.1. La reducción temporal de la jornada de trabajo como medida típica de ajuste laboral. 2.2. La situación normativa anterior a la reforma laboral de 2010. 2.2.1. Las normas laborales. 2.2.2. Las normas de seguridad social. 2.3. La reforma laboral de 2010: la opción por la flexibilidad interna. 2.4. La reforma laboral de 2012 y la articulación de diferentes medidas de reducción del tiempo de trabajo. 2.4.1. La concurrencia de los artículos 12.4.e), 41.1.a) y 47.2 ET. 2.4.2 El encuadramiento de los diferentes supuestos de reducción de jornada. 3. La definición del desempleo parcial en la LGSS. 3.1. La situación del trabajador afectado por la reducción temporal de la jornada de trabajo como situación legal de desempleo. 3.2. El ámbito excluido de la situación de desempleo parcial. 3.2.1. La exclusión de la reducción definitiva de jornada. 3.2.2. La exclusión de las reducciones de jornada que se extiendan a todo el período de vigencia del contrato de trabajo. 3.3. Elementos de la situación legal de desempleo parcial. 3.3.1. Los límites mínimo y máximo de la reducción de jornada y salario. 3.3.2. La incidencia de la reducción sobre la jornada diaria ordinaria del trabajador. 3.3.3. El procedimiento: la decisión empresarial "al amparo del art. 47 ET". 3.4. ¿Desempleo parcial al margen de los arts. 47 ET y 262.3 LGSS? 3.4.1. Sucesión de contratos. 3.4.2. Reducción de jornada de los funcionarios interinos. 3.4.3. La variación de jornada de los profesores de religión. 3.4.4. Observaciones finales.

[*] Proyecto de Investigación DER2013-47574-P, sobre "El futuro del sistema español de protección social: análisis de las reformas en curso y propuestas para garantizar su eficiencia y equidad"(IV), incluido en el Programa Estatal de Investigación Científica y Técnica de Excelencia (2013-2016), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación".

1. EL DESEMPLEO PARCIAL Y LA REDUCCIÓN TEMPORAL DE LA JORNADA DE TRABAJO

El desempleo parcial aparece configurado en el art. 262.3 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS) como el resultado de una decisión empresarial (art. 47 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores [en adelante, ET])[1] de reducción temporal de la jornada diaria ordinaria de trabajo entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70 por ciento, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción, sin que estén comprendidas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo[2]. De este modo desempleo parcial y reducción temporal de jornada forman una institución que presenta dos caras o aspectos: el de seguridad social y el laboral. El buen funcionamiento de la institución requerirá la convergencia de sus dos facetas. Dicho de otro modo, los objetivos de eficiencia y equidad que debe cumplir el sistema de seguridad social difícilmente se conseguirían en caso de divergencia de las normas laborales y de seguridad social: si quedaran desprotegidas situaciones de reducción de jornada o si accedieran a la protección supuestos distintos de los de reducción temporal de la jornada de trabajo.

La estrecha conexión existente entre las normas de seguridad social y las normas laborales, función de la seguridad social es sustituir salarios por prestaciones públicas, justifica que antes de examinar las normas pertinentes de seguridad social se analicen las normas laborales de las que puede provenir la situación de desempleo parcial que reclama nuestra atención.

En estas páginas se intentará responder a estas dos preguntas: 1º) Si hay vías distintas a la prevista en el art. 47 ET para efectuar una reducción temporal de la jornada de trabajo; 2º) Si las prestaciones de desempleo parcial se reconocen en supuestos distintos de los derivados del art. 47 ET. Si las respuestas de ambas cuestiones son negativas (no hay vías distintas del art. 47 ET para efectuar una reducción temporal de jornada y no hay prestaciones de desempleo parcial al margen del art. 262.3 LGSS) quedará confirmada la idea inicial que vincula con carácter indisoluble y exclusivo las normas de trabajo y seguridad social. Por el contrario, si alguna de las respuestas es afirmativa (hay vías alternativas al art. 47 ET para efectuar una reducción temporal de la jornada de trabajo o se reconocen prestaciones de desempleo parcial para supuestos distintos del art. 47 ET) habría que ver cómo se recompone la figura inicialmente trazada. Esas hipotéticas reducciones temporales de jornada *extra* art. 47 ET: ¿tendrían acceso al desempleo parcial?; ¿por qué deberían reconocerse prestaciones de desempleo parcial a casos no subsumibles en el art. 47 ET? En definitiva, de lo que se trata es de comprobar si nos encontramos ante una medida empresarial de superación de una "crisis" laboral (la reducción temporal de jornada) a la que

[1] En su caso, resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal (art. 262.3 LGSS).

[2] De acuerdo con el art. 267.1.c) LGSS, se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores incluidos en el siguiente supuesto: "Cuando se reduzca temporalmente la jornada ordinaria diaria de trabajo, por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o en virtud de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, en ambos casos en los términos del artículo 262.3 de esta ley".

acompaña de modo inescindible una medida de seguridad social (prestaciones de desempleo parcial)[3] o, por el contrario, aquélla y ésta pueden llevar vidas independientes, sólo concurrentes en algún caso.

2. LA REDUCCIÓN COYUNTURAL DEL TIEMPO DE TRABAJO COMO FACTOR DESENCADENANTE DEL DESEMPLEO PARCIAL

La LGSS define el desempleo parcial como el resultado de una reducción temporal de la jornada de trabajo decidida por el empresario de acuerdo con el art. 47 ET. Interesa ahora determinar si esa es la única vía para conseguir una reducción temporal del tiempo de trabajo o si hay otras innominadas por la norma de seguridad social. En este último caso habría que determinar su posible encaje en las normas de protección del desempleo parcial.

2.1. La reducción temporal de la jornada de trabajo como medida típica de ajuste laboral

Las empresas pueden sufrir desajustes coyunturales entre su capacidad productiva, que en lo que aquí interesa podemos identificar con su capacidad de trabajo medida en unidades de tiempo (las horas, semanas, meses o años de prestación de sus trabajadores) y la producción demandada por el mercado. En tales casos el mantenimiento de la eficiencia empresarial requiere el correspondiente ajuste entre capacidad productiva y producción. El supuesto descrito es sólo uno de los que pueden encuadrarse en las tradicionalmente llamadas crisis laborales y ahora, con terminología menos acuciante, causas económicas, técnicas, organizativas o productivas para cuya superación el ordenamiento jurídico atribuye al empresario un conjunto de poderes. Despidos (arts. 51 y 52 ET), suspensiones (art. 47.1 ET), reducciones de jornada (art. 47.2 ET) y modificaciones de las condiciones de trabajo (arts. 40 y 41 ET) forman un elenco de medidas a las que el empresario puede legítimamente recurrir para mantener la eficiencia empresarial. Limitándonos al supuesto inicialmente descrito, la medida adecuada para superar una situación coyuntural de exceso de capacidad laboral no sería el despido ni la reducción definitiva del tiempo de trabajo, ambas contradictorias con el carácter temporal de la disfunción empresarial. La medida idónea debe ser la reducción del tiempo de trabajo durante un período determinado, mientras dure la situación de "crisis" que se quiere superar.

Actualmente el art. 47 ET recoge dos medidas típicas de reducción coyuntural del tiempo de trabajo por causas económicas, técnicas organizativas y productivas: la suspensión de la relación laboral (art. 47.1 ET) y la reducción temporal de la jornada de trabajo (art. 47.2 ET) a la que, como se ha visto, reenvían los arts. 262.3 y 267.1.c) LGSS. La tipificación legal de la reducción de jornada (art. 47.2 ET) es una medida bien reciente: procede de la reforma laboral de 2010[4]. Sin embargo la legislación de seguridad social ya operaba con el concepto de reducción de jornada antes de su incorporación expresa en el Estatuto de los Trabajadores.

[3] Véase, con carácter general, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "El papel de los instrumentos de protección social en los procesos de reestructuración empresarial", en MARTÍN JIMÉNEZ, R.; SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.): *Aspectos laborales de la reestructuración empresarial*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

[4] Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Inicialmente Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio.

2.2. La situación normativa anterior a la reforma laboral de 2010

La reducción temporal de jornada por causas empresariales, carente de tipicidad legal hasta la reforma laboral de 2010, encontró genérica acogida en diferentes normas laborales y de seguridad social.

2.2.1. Las normas laborales

La legislación laboral contenía, y mantiene, una pluralidad de preceptos que sin referirse expresamente a la reducción temporal de la jornada de trabajo la posibilitan. Tanto los acuerdos contractuales [art. 12.4.e) ET, en su caso], como las decisiones empresariales de modificación sustancial de condiciones de trabajo en materia de tiempo de trabajo [art. 41.1.a) ET] y las suspensiones de la relación laboral por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas (art. 47 ET) pueden abocar en una reducción de la jornada de trabajo.

Precedente inmediato de la reducción de jornada (art. 47.2 ET), supuesto del que se desgaja, es la suspensión del contrato de trabajo (art. 47.1 ET). La suspensión típica del contrato de trabajo, "cesación temporal de las prestaciones básicas de ambas partes de la relación jurídica"[5] (art. 45.2 ET), implica una reducción total del tiempo de trabajo y del salario (una disminución del 100 por 100 o reducción a cero) durante el período afectado. Pero junto a ese supuesto, suspensión total, también podría hablarse de una suspensión parcial del contrato de trabajo (disminución inferior al 100 por 100)[6]. De este modo la práctica administrativa de los expedientes de regulación de empleo autorizó las reducciones temporales de jornada y salario[7]. Con toda naturalidad la STC 213/2005, de 21 de julio afirmó que dentro del art. 47 ET "se ha considerado pacíficamente amparado, aunque careciendo de un tratamiento específico en la norma laboral, el supuesto de reducción temporal de la jornada de trabajo" por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas (FJ 2).

[5] MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 36ª ed., Tecnos, Madrid, 2015, p. 440.

[6] A suspensiones "en régimen de jornada completa o a tiempo parcial" se refiere el art. 48.6 y 7 ET.

[7] SOLÀ MONELLS, X. ("La situación legal de desempleo por reducción de jornada", en VV. AA.: *Desempleo, XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2004, p. 1421) señalaba que aunque no estaba "expresamente contemplada a nivel legal ni reglamentario, los datos estadísticos facilitados por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales evidencian que las autorizaciones administrativas de reducción de jornada constituyen una realidad". De este mismo autor: "La suspensión del contrato y la reducción de la jornada de trabajo tras la reforma laboral de 2010 y a la luz de la futura reforma del reglamento de procedimientos de regulación de empleo", en VV. AA.: *XXII Jornadas Catalanas de Derecho Social. Las reformas laborales del 2010*, 2011, p. 4 [disponible en http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/ponencies/any-2011-2/]. Pero téngase en cuenta que después de la reforma laboral de 1994 "la Administración laboral no tiene en nuestro Derecho competencia para autorizar reducciones de jornada. Puede que en la práctica algunas reducciones de jornada se negocien en los períodos de consultas y que los acuerdos se homologuen por la Administración, pero no cabe iniciar un procedimiento administrativo solicitando la autorización de una reducción de jornada" [DESDENTADO BONETE, A.: "La situación protegida en el desempleo contributivo. Un recorrido por la jurisprudencia reciente", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 89 (2010), p. 26].

2.2.2. Las normas de seguridad social

La legislación de seguridad social ha configurado el desempleo parcial como situación legal de desempleo vinculada a la reducción de la jornada del trabajador[8]. El art. 208.1.3) LGSS-1994[9], en versión anterior a la reforma laboral de 2010, definía en situación legal de desempleo a los trabajadores "cuando se reduzca en una tercera parte[10], al menos, la jornada de trabajo, en los términos que se establezcan reglamentariamente"[11]. El 203.3 LGSS-1994 decía que "el desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada ordinaria de trabajo, al menos en una tercera parte, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción" y que "a estos efectos, se entenderá por reducción temporal de la jornada ordinaria aquella que se autorice por un período de regulación de empleo, sin que estén comprendidas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo". La única vía de reducción de jornada que según la legislación laboral entonces vigente requería autorización administrativa era la de la suspensión (parcial) recogida en el art. 47 ET, pues la modificación sustancial de condiciones de trabajo, suponiendo que fuera aplicable para reducir la jornada de trabajo, ya no la requería[12]. De este modo indirectamente la reducción de jornada gozaba de una cierta autonomía dentro del ordenamiento laboral español.

[8] Ya en el art. 172 LGSS-1974 (Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social) se definía el desempleo como "la situación en que se encuentran quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su ocupación, sin causa a ellos imputable, o vean reducidas de igual forma, en una tercera parte, al menos, sus jornadas ordinarias de trabajo". La Ley Básica de Empleo de 1980 (Ley 51/1980, de 8 de octubre) definía específicamente el desempleo parcial: "el desempleo será parcial cuando la jornada o el número de días y horas de trabajo normales experimenten una reducción de al menos una tercera parte, siempre que la renta de trabajo sufra análoga disminución". La Ley de Protección por Desempleo de 1984 (Ley 31/1984, de 2 de agosto) también definía el desempleo parcial ("el desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada ordinaria de trabajo, al menos en una tercera parte, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción" [art. 1.3]) y configuraba la correspondiente situación legal de desempleo ("cuando se reduzca, en una tercera parte, al menos, la jornada de trabajo, previa la correspondiente autorización administrativa" [art. 6.1.3]).

[9] Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social.

[10] Recuérdese que el art. 12 ET-1980 (Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores) definía el trabajo a tiempo parcial del siguiente modo: "El trabajador se entenderá contratado a tiempo parcial cuando preste sus servicios durante un determinado número de días al año, al mes o a la semana, o durante un determinado número de horas, respectivamente, inferior a los dos tercios de los considerados como habituales en la actividad que se trate en el mismo período de tiempo".

[11] El derogado art. 1.4 RD 625/1985, de 2 de abril, de desarrollo de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo disponía que la situación legal de desempleo se acreditaría "cuando se reduzca temporalmente la jornada ordinaria de trabajo en, al menos, una tercera parte, en virtud de la autorización conferida al empresario para reducir la jornada de trabajo de sus trabajadores por resolución dictada por la autoridad laboral competente en expediente de regulación de empleo".

[12] Desde la reforma laboral de 1994. Véase MONTOYA MELGAR, A.: "La nueva configuración del poder de dirección del empresario", en VV.AA: *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 195.

2.3. La reforma laboral de 2010: la opción por la flexibilidad interna

La reforma laboral de 2010[13] no se limitó a dar tipicidad legal en el art. 47.2 ET a lo que era práctica legal atípica[14]. Junto a la pretensión sistemática asumió como valor propio la facilitación de la flexibilidad interna en la empresa como medida alternativa a la extinción de los contratos. El texto del preámbulo de la Ley 35/2010 es explícito en este sentido al señalar como uno de los objetivos de la reforma "reforzar los instrumentos de flexibilidad interna en el desarrollo de las relaciones laborales y, en particular, las medidas de reducción temporal de jornada, como mecanismo que permita el mantenimiento del empleo durante las situaciones de crisis económica, reduciendo el recurso a las extinciones de contratos y ofreciendo mecanismos alternativos más sanos que la contratación temporal para favorecer la adaptabilidad de las empresas". Las modificaciones legales introducidas perseguían fomentar la adopción por el empresario de medidas de reducción del tiempo de trabajo ("sea a través de la suspensión del contrato de trabajo, sea mediante la reducción de la jornada en sentido estricto") como instrumento "que favorece la flexibilidad interna de la relación laboral y que permite alcanzar un equilibrio beneficioso para empresarios y trabajadores, pues facilita el ajuste de la empresa a las necesidades cambiantes del mercado y, al mismo tiempo, proporciona al trabajador un alto grado de seguridad, tanto en la conservación de su puesto de trabajo, como en el mantenimiento de su nivel de ingresos económicos por la protección dispensada por el sistema de protección por desempleo".

En la asunción de estos valores el legislador de 2010 actuó guiado por el modelo alemán de reducción de jornada[15]. Un modo de ajustar el empleo a las necesidades de la empresa sin necesidad de recurrir a despidos y con ventajas para todos los actores de las relaciones laborales: los trabajadores que mantienen el empleo y compensan con prestaciones de desempleo la reducción salarial, el empresario que conserva a los trabajadores al tiempo que ve reducidos sus costes salariales y de seguridad social y el Estado que, además de reducir el gasto en prestaciones de desempleo, realiza sus objetivos de política de empleo. Se ha señalado que las medidas de reducción del tiempo de trabajo como mecanismo de ajuste laboral tienen claros efectos positivos sobre el funcionamiento del sistema de relaciones laborales: reducción de costes salariales sin incurrir en costes de despido, mantenimiento del personal de la empresa evitando la pérdida de capital humano, menor gasto en prestaciones de desempleo y menor erosión de la cohesión social. No obstante su utilización fuera de los casos de "crisis" temporales también puede producir efectos disfuncionales: "aumenta el riesgo de congelar la situación y retrasar el ajuste necesario tanto por el lado de los

[13] FERRANDO GARCÍA, F.: "La reducción del tempo de trabajo (suspensión del contrato y reducción de la jornada) como instrumento de flexibilidad interna", en MONTOYA MELGAR, A.; CAVAS MARTÍNEZ, F. (Dir.): *Comentario a la reforma laboral de 2010*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 227 y ss.

[14] GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La fascinación de los modelos o el Kurzarbeit a la española", en GARCÍA-PERROTE, I.; MERCADER, J. R. (Dir.): *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, Valladolid, 2010: "un cambio útil desde el punto de vista de la claridad y la seguridad jurídica; pero no añade nada, en cuanto posibilidad, a lo que ya era factible" antes de la reforma.

[15] FUCHS, R.; FRÖHLICH, M.; VELASCO PORTERO, M. T: "La Kurzarbeit alemana como modelo para la reducción temporal de jornada en España", *Dereito*, vol. 19, núm. 2 (2010). FRÖHLICH, M.: "La reducción de la jornada (Kurzarbeit) y otras medidas del Derecho del Trabajo frente a la crisis en Alemania", *Temas Laborales*, núm. 105 (2010).

trabajadores como de las empresas. Las empresas mantendrán un nivel de empleo excesivo, y los trabajadores tendrán un incentivo reducido para buscar un nuevo empleo"[16].

Resultado de la especificación de la reducción de jornada fue la creación de un género (la reducción temporal del tiempo de trabajo) que ahora consta de dos especies (suspensiones y reducciones de jornada)[17] cuyos límites no siempre resultan nítidos. Ya lo había señalado, a la luz del Derecho anterior, la STC 213/2005: "en virtud de la ordenación legal en materia de ordenación del tiempo de trabajo […] y de las posibilidades de cómputo anual y distribución irregular de la jornada […] las diferencias entre una suspensión de contratos y una reducción de jornada resultan de hecho inexistentes o poseen un alcance meramente nominal" (FJ 6). Suspensiones y reducciones presentan identidad causal y procedimental. Varía el grado de afectación sobre la relación laboral: la suspensión implica el cese temporal total (el 100 por 100) de las prestaciones del trabajador y del empresario; la reducción de jornada el cese parcial (entre el 10 y el 70 por 100) de jornada y salario. Sin embargo las posibilidades de distribución irregular de la jornada de trabajo junto con los parámetros de cálculo de las reducciones de jornada sobre la jornada diaria, semanal, mensual o anual pueden provocar situaciones de difícil deslinde. Una reducción de la mitad de la jornada durante un mes tanto puede conseguirse trabajando todos los días la mitad de la jornada diaria como cesando totalmente durante la mitad de los días del mes, admitiendo fórmulas mixtas entre una y otra opción. Podría pensarse que si causas y procedimiento de suspensión y de reducción de jornada son idénticos sería irrelevante la subsunción en una u otra especie. Pero como se verá la distinción es importante a efectos de seguridad social (del desempleo parcial al desempleo total: art. 262.2 LGSS). En el ámbito laboral la cuestión se ha resuelto por vía reglamentaria, pues para que haya suspensión "el cese de la actividad que venía desarrollando el trabajador" debe afectar "a días completos, continuados o alternos, durante al menos una jornada ordinaria de trabajo" (art. 16.1 RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada).

2.4. La reforma laboral de 2012 y la articulación de diferentes medidas de reducción del tiempo de trabajo

El art. 47.2 ET ha pasado de la reforma de 2010 a la de 2012 con importantes modificaciones, tanto en la definición de las causas habilitadoras como en el procedimiento a seguir para su adopción (supresión de la autorización administrativa necesaria para efectuar suspensiones y reducciones de jornada según el art. 47 ET). Sin embargo no se ha aprovechado la norma reformadora para clarificar la posición de las diferentes normas cuya aplicación puede llevar a la reducción de jornada.

[16] GÓMEZ RUFIÁN, L.: "Los sistemas de reducción de tiempo de trabajo ("short-time working") como mecanismo de flexibilidad interna en entornos recesivos: evaluación para cinco países europeos a través de los datos de la OCDE", *Revista de Información Laboral*, núm. 4 (2016), p. 5 [versión electrónica].

[17] Dice la STC 213/2005: "al igual que las suspensiones de contratos […] la reducción de jornada forma aparte de las medidas de alcance puramente transitorio o temporal, que persiguen lograr la superación de una de dichas situaciones sin afectar al mantenimiento de los puestos de trabajo" (FJ 6).

2.4.1. La concurrencia de los artículos 12.4.e), 41.1.a) y 47.2 ET

A una reducción de jornada por razones empresariales podría llegarse por distintos cauces además del previsto en el art. 47.2 ET:

a) El acuerdo de las partes es instrumento adecuado para determinar una reducción de la jornada de trabajo: en él podrían ordenarse las razones empresariales motivadoras de la modificación. En determinados supuestos implicará la conversión de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial [art. 12.4.e) ET]. Desde el punto de vista del acceso a las prestaciones de desempleo su voluntariedad excluiría el paro forzoso.
b) La jornada es una condición de trabajo cuya modificación sustancial está legalmente prevista. El art. 41.1 ET no se refiere expresamente a la *reducción* de la duración de la jornada de trabajo pero sí a la *modificación* de la jornada de trabajo de modo genérico [letra a)] junto con la de alguna de sus facetas (horario y distribución del tiempo de trabajo [letra b)] y régimen de trabajo a turnos [letra c)]). En principio, mirando sólo el art. 41 ET, no parece que pueda objetarse la subsunción de la reducción de jornada en el art. 41.1.a) ET[18]. La ordenación de la jornada de trabajo presenta dos grandes aspectos: su duración y su distribución. Si el art. 41.1.b) ET se refiere expresamente a la distribución, debe admitirse que el otro aspecto, la duración, encuentra acomodo en la letra a) de precepto citado. Además, téngase en cuenta que el precepto del ET que lleva la rúbrica de *jornada* (art. 34) empieza refiriéndose a "la duración de la jornada de trabajo".

Sin embargo una primera impresión favorable a la utilización del art. 41 ET como mecanismo de reducción de la jornada de trabajo resultaría contradicha por el art. 12.4.e) ET conforme al cual rige la regla de la voluntariedad en la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial ["no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo" de acuerdo con el art. 41.1.a) ET]. Con una definición tan amplia del contrato a tiempo parcial (art. 12.1 ET) rara sería la reducción de jornada en un contrato a tiempo completo que no abocara en otro a tiempo parcial. El art. 12.4.e) ET, al prohibir las reducciones de jornada decididas por el empresario *ex* art. 41 ET que implicaran la conversión de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial, inutilizaría en la práctica la vía del art. 41 ET para reducir la jornada de trabajo. Con claridad ya lo advirtió la STC 213/2005: "a raíz de la nueva regulación del contrato a tiempo parcial […] dejó de ser posible al amparo del art. 41 LET una reducción de la jornada de trabajo […] impuesta al trabajador en contra de su voluntad, dado que una tal reducción de jornada implicaría la conversión del contrato a tiempo completo en un contrato «a tiempo parcial» y tal conversión «tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador, y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo» […]. Más aún tras la última reforma de la definición legal del contrato a tiempo parcial […] a partir de la cual cualquier reducción de jornada por

[18] La vigente redacción de la ley "deja meridianamente claro que cuando el art. 41 ET habla de jornada no se refiere a la distribución, sino precisamente a la cuantificación de la misma" [FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: "La reducción de jornada de trabajo como medida de flexibilidad interna: articulación de los diversos instrumentos legales", *Relaciones Laborales*, núm. 19 (2012), p. 2 (versión electrónica)].

debajo de la ordinaria implica la conversión del contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial y, por lo tanto, conlleva necesariamente la exigencia de voluntariedad en la reducción y la exclusión de la aplicación del art. 41 LET" (FJ 2).

Pese a la nitidez de la interpretación descrita varias decisiones del Tribunal Supremo han mantenido la idoneidad del art. 41 ET como vía para reducir la jornada de trabajo, superando su contradicción con el art. 12 ET al distinguir entre: a) la modificación de las condiciones de trabajo de un contrato (entre ellas la duración de la jornada), realizable por la vía del art. 41 ET; b) la variación de la clase o modalidad de contrato, que requiere necesariamente el acuerdo de los contratantes y no se puede imponer unilateralmente pues "el art. 41 ET no extiende su ámbito de aplicación a los cambios de régimen contractual"[19]; y c) el contrato a tiempo parcial y el contrato a tiempo completo con jornada reducida. Con esta construcción, que parece en el fondo asumir un razonamiento del tipo "no puede ser lo que no debe ser", se respeta la prohibición del art. 12.4.e) ET y se admite el uso del art. 41.1.a) ET para efectuar reducciones de la jornada de trabajo: resultado del ejercicio del art. 41.1.a) ET no es la conversión en contrato a tiempo parcial del contrato a tiempo completo cuya jornada se reduce, sino simplemente la reducción de la duración de la jornada en el contrato a tiempo completo que se mantiene con esta naturaleza. Las decisiones fundamentales en esta materia han sido las SSTS de 14 de mayo de 2007 (RJ 2007, 5084) y de 7 de octubre de 2011 (RJ 2011, 7340).

La STS de 14 de mayo de 2007 (RJ 2007, 5084) se dictó a propósito de una decisión empresarial de reducción de un tercio de la jornada de trabajo (art. 41 ET). Los trabajadores sostuvieron que no se trataba de una modificación de condiciones sino de un despido parcial y así lo impugnaron, pues entendían que se trataba de "la extinción de la primitiva relación laboral y la constitución de otra nueva". Para dar respuesta a la cuestión el Tribunal Supremo se ocupó primero de definir la naturaleza del contrato a tiempo parcial, afirmando que constituye una modalidad contractual voluntariamente acordada por las partes y no un simple supuesto de reducción de jornada[20]. En consecuencia la conversión de un contrato a tiempo a completo en contrato a tiempo parcial no es "una novación modificativa de la relación laboral, sino […] novación extintiva de la preexistente y su sustitución por la nueva". En este contexto la "hipotética imposición empresarial del cambio de modalidad contractual, en tanto que novación extintiva, justificaría la ejercitada pretensión por despido". Sin embargo esto no puede suceder en el caso porque "la imposición unilateral de jornada reducida […] e incluso la modificación colectiva acordada […], no determinan la mutación del contrato tiempo completo/tiempo parcial, sino la mera reducción de la jornada en contrato a tiempo completo que persiste como tal categoría jurídica, pues la específica modalidad de que tratamos [contrato a tiempo parcial] únicamente puede ser fruto de una conversión contractual que se instrumente por medio de una novación extintiva, que en todo caso es

[19] SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: "La modificación de condiciones de trabajo", en MARTÍN JIMÉNEZ, R.; SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.): *Aspectos laborales de la reestructuración empresarial*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 89.

[20] "Para calificar a una relación como contrato de trabajo a tiempo parcial no basta […] que la reducción del tiempo de trabajo sea inferior a la jornada ordinaria a tiempo completo […], sino que es preciso que la reducción de jornada sea voluntariamente adoptada […] con sujeción a la concreta modalidad de contrato a tiempo parcial" (FD 3).

requirente de la voluntad concorde del trabajador". La circunstancia de que la pretensión afirmada fuera de despido impidió llegar a mayores consecuencias.

La STS de 7 de octubre de 2011 (RJ 2011, 7340), dictada sobre supuesto anterior a la reforma laboral de 2010, resolvió la impugnación de una reducción de jornada como modificación sustancial de condiciones de trabajo. El supuesto de hecho de esta sentencia es la reducción temporal[21] de jornada por decisión empresarial, como consecuencia de reducción de contrata por la empresa cliente. Los trabajadores afectados impugnaron la decisión empresarial solicitando la reinstalación en la jornada inicial. La sentencia plantea directamente el problema: "la cuestión que ha de resolverse […] consiste en determinar si una reducción significativa de la jornada de un trabajador que presta servicios a tiempo completo, impuesta por la empresa por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, supone la transformación o novación de aquél contrato en otro a tiempo parcial, prohibido por el artículo 12.4 del Estatuto de los Trabajadores si no se lleva a cabo con el consentimiento del trabajador" (FD 1). Reiterando la concepción del contrato a tiempo parcial fijada por la STS de 14 de mayo de 2007 como auténtica modalidad contractual distinta del contrato a tiempo completo con jornada reducida concluye: "aplicando la anterior doctrina al caso que aquí resolvemos […] debe decirse que la reducción de la jornada de las cuatro trabajadoras demandantes en un 30,5% de la jornada, decidida unilateralmente por la empresa ante la disminución no discutida de la actividad empresarial, no supuso una vulneración de lo previsto en el artículo 12.4.e) ET, desde el momento que esa decisión empresarial y la ausencia de conformidad de las trabajadoras no determinaban la transformación del contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial […] máxime cuando la medida adoptada tenía el carácter de temporal, aunque ciertamente no se identificase el tiempo durante el que habría de producir efectos" (FD 6). Lo prohibido, podría decirse a la luz de esta resolución, es convertir unilateralmente un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial, no reducir la jornada dentro de un contrato a tiempo completo.

En fin, el ATS de 19 de febrero de 2014 (JUR 2014, 96689) parece que constituía el punto final de esta línea de razonamiento. El litigio de origen, ya con la reforma laboral de 2012 en vigor, se planteó al impugnar el trabajador la decisión empresarial (art. 41.1 ET) de reducir de forma permanente la jornada de trabajo a la mitad, con la consiguiente reducción proporcional del salario. La sentencia de instancia estimó la demanda y declaró la nulidad de la decisión impugnada por ser contraria al art. 12.4 ET. Pero la sentencia de suplicación estimó el recurso de la empresa y revocó la de instancia razonando que la modificación sustancial de la jornada no determina la novación del contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial, sino la mera reducción de la jornada del contrato a tiempo completo que persiste como tal categoría jurídica. La sentencia de contraste aportada mantenía en caso similar que el empresario no había llevado a cabo una modificación sustancial de la jornada, sino que se trataba de una novación contractual del contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial, sin el consentimiento del trabajador prohibida por el art. 12.4.e) ET. Lo cuestionado, por tanto, era "si la reducción de la jornada […] supone una modificación sustancial o la transformación del contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial" (razonamiento jurídico único). El auto del Tribunal

[21] "La medida adoptada tenía el carácter de temporal, aunque ciertamente no se identificase el tiempo durante el que habría de producir efectos" (FD 6).

Supremo hace suyos los razonamientos de la STS de 14 de mayo de 2007[22] afirmando que la pretensión deducida en el recurso carece de contenido casacional "dado que es la sentencia recurrida la que ha resuelto con arreglo a la doctrina de esta Sala establecida a partir de la sentencia indicada y reiterada, entre otras, por las SSTS de 14/05/2007 […] y 20/12/2011".

Con la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo en estas resoluciones parecería que se habría resuelto la aparente contradicción entre los arts. 12.4 y 41.1 ET: el art. 41 ET se podría utilizar como instrumento de reducción de jornada sin vulnerar la prohibición del art. 12.4 ET. Sin embargo la cuestión no parece que esté definitivamente resuelta como lo muestran: a) alguna decisión posterior del propio Tribunal Supremo; y b) la disparidad aplicativa que se observa entre los Tribunales Superiores de Justicia. La STS de 12 de mayo de 2015 (RJ 2015, 5005) resolvió la impugnación del Convenio Colectivo Estatal de Grandes Almacenes. Su art. 9.A.3 decía dentro del precepto dedicado al contrato a tiempo parcial: "la jornada inicialmente contratada podrá ampliarse temporalmente cuando se den los supuestos que justifican la contratación temporal. En la ampliación deberán concretarse las causas de la ampliación temporal". Para el Tribunal Supremo la regla del convenio colectivo no resulta conforme al art. 12 ET "ya que *no es posible*, según el mismo, *dicha ampliación por la mera decisión empresarial, ni siquiera, en su caso, una modificación colectiva al respecto acordada con los representantes de los trabajadores*, sino que tal precepto exige el acuerdo entre las dos partes del contrato, por y con respeto a la autonomía de la voluntad individual del trabajador, por lo que el motivo ha de acogerse." El Tribunal Supremo no se pronuncia en el caso de modo específico ni sobre la idoneidad del art. 41 ET[23] para modificar la duración de la jornada de trabajo, ni sobre la reducción de la misma, sino sobre su ampliación por decisión empresarial habilitada por el convenio colectivo. Sin embargo su genérica declaración podría trasladarse al supuesto que nos ocupa.

[22] Dice el auto del TS: "cualquier reducción de jornada por debajo de la ordinaria sería en teoría un contrato a tiempo parcial, con lo que nunca podría llevarse a cabo por el cauce del art. 41ET; y por otra parte, que no toda reducción de jornada supone la celebración de un contrato a tiempo parcial ya que este último requiere una voluntad expresa de celebración [art. 12.4. a) ET] y supone el sometimiento de las partes al régimen jurídico propio de este tipo de contratos tanto laboral como de Seguridad Social. Así lo expresa la importante sentencia de STS 14/05/2007 (RJ 2007, 5084) (R. 85/2006) según la cual, "aunque también se haya mantenido que «todo contrato cuya jornada sea inferior a la habitual es un contrato a tiempo parcial», lo cierto es que la Sala considera –con gran parte de la doctrina– que el contrato de trabajo a tiempo parcial constituye –al menos actualmente– una verdadera modalidad contractual y que no cabe identificarlo como un simple supuesto de reducción de jornada [...] Lo que significa que la imposición unilateral de jornada reducida [con carácter individual o colectivo] e incluso la modificación colectiva acordada de consuno con los representantes de los trabajadores, no determinan la mutación del contrato tiempo completo/tiempo parcial, sino la mera reducción de la jornada en contrato a tiempo completo que persiste como tal categoría jurídica, pues la específica modalidad de que tratamos [contrato a tiempo parcial] únicamente puede ser fruto de una conversión contractual que se instrumente por medio de una novación extintiva, que en todo caso [requiere] de la voluntad concorde del trabajador".

[23] Que parece que no se discutía. La SAN de 13 noviembre de 2013 (AS 2013, 3023) no había estimado la pretensión impugnatoria. Los demandantes alegaban que la norma del convenio colectivo suponía: "una vulneración del procedimiento de modificación o ampliación de la jornada que se sustraería así al procedimiento del art. 41 ET". Para la AN "en realidad este acuerdo convencional supone un ejercicio de la libertad de empresa para poder utilizar la vía de la contratación temporal atendiendo a las necesidades de la misma. La intención de los contratantes, en una interpretación finalista del acuerdo, es que el contrato a tiempo parcial pueda ser ampliado hasta el 100% de la jornada ordinaria, esta ampliación causal, supone la posibilidad de desarrollar el art. 12. b) del Estatuto de los Trabajadores, cuando concurran algún supuesto que justifique una contratación temporal."

Tampoco los tribunales de suplicación están efectuando una aplicación unívoca de las normas. Como muestra, un par de ejemplos:

a) La STSJ Castilla-La Mancha de 14 mayo de 2015 (AS 2015, 978) resolvió el litigio surgido a raíz de la impugnación de una reducción permanente de jornada efectuada por la vía del art. 41 ET. La cuestión planteada se circunscribe a determinar si el empresario puede reducir la jornada de trabajo por la vía del art. 41.1.a) ET o si, por el contrario, ello supone la transformación unilateral del contrato en otro a tiempo parcial prohibida por el art. 12.4.e) ET. La sentencia de instancia declaró nula la modificación al entender que la reducción de la jornada equivale a una novación contractual de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial sin el consentimiento del trabajador. La sentencia de suplicación, tras amplia referencia de las decisiones del Tribunal Supremo citadas y asumiendo su doctrina, declara justificada la decisión empresarial de reducir la jornada de trabajo y salario.
b) A conclusión contraria llega la STSJ Extremadura de 10 diciembre de 2015 (AS 2015, 2250): "lo que permite el ET respecto a la jornada de trabajo es la conversión de un contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial con el consentimiento del trabajador afectado [art. 12.4.e)] y que, no existiendo el acuerdo, si bien el art. 41.1.a) permite la alteración de la jornada como modificación sustancial de las condiciones de trabajo […], cuando la alteración consiste en la reducción de la jornada, solo cabe cuando sea temporal y en las condiciones establecidas en el art. 47.2. Como aquí esa reducción pretende ser de carácter permanente y no ha sido aceptada por los trabajadores afectados, no tiene encaje en tales previsiones y ha de considerarse, como pretende la recurrente en su demanda, nula."

2.4.2. El encuadramiento de los diferentes supuestos de reducción de jornada

A la vista de todo lo anterior pueden expresarse alguna certeza y muchas incertidumbres al situarnos "frente a una de las cuestiones más controvertidas en la práctica de los últimos años"[24]. En principio lo que resulta claro: las decisiones empresariales de reducción temporal de la jornada de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas deberán articularse por medio del art. 47 ET en los supuestos expresamente regulados: a) suspensión o reducción total (art. 47.1 ET); y b) reducción del 10 al 70 por 100 (art. 47.2 ET). Respecto de ellos no cabe plantear el uso alternativo del art. 41 ET. La regulación especial desplaza a una hipotética general. En este sentido la STS de 16 de junio de 2014 (RJ 2014, 5197) se refiere a "una razón de especificidad". Así se indica con toda claridad, por ejemplo en las SSTSJ Madrid de 10 de febrero de 2015[25] (AS 2015, 881) y 27 de mayo de 2013[26] (JUR 2013, 292962). Dice esta última: "el único medio a través del cual

[24] GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J. R.: "Reducción de jornada impuesta unilateralmente por la empresa: ¿novación del contrato a tiempo completo en otro a parcial o modificación sustancial ex art. 41 ET?", *Revista de Información Laboral*, núm. 6 (2014), p. 1 (versión electrónica: BIB 2014, 2867).

[25] "La decisión final de la empresa consistió en al reducción de jornada y salario […] de forma transitoria durante la vigencia de la prórroga del contrato administrativo del servicio de jardinería" (Antecedente 5).

[26] "Medidas relativas a jornadas. Con carácter temporal, y mientras no se incremente la carga de trabajo" (Antecedente 2).

una empresa puede acometer una reducción de jornada del 25%, es el procedimiento regulado en el artículo 47 del ET" (FD 5).

Más allá de lo dicho se inicia el terreno de la incertidumbre: a) ¿Son posibles decisiones empresariales de reducción temporal de menos del 10 o de más del 70 y menos del 100 por 100 de la jornada?; b) y ¿reducciones de carácter definitivo? La pluralidad de reglas junto con su falta de armonización y la ausencia de un criterio jurisprudencial terminante permiten responder estas preguntas de las más variadas formas[27].

Por lo que se refiere a las reducciones temporales[28] no contempladas expresamente en el art. 47 ET podría pensarse que encontrarían acomodo en el genérico art. 41.1.a) ET. Sin embargo no parece plausible la opción de remitir ambos supuestos al régimen del art. 41 ET. El texto de la norma contempla excepciones al cumplimiento de lo pactado y las únicas que enuncia son las del art. 47.1 y 2 ET, ninguna otra. Más allá de la pura interpretación literal, ningún sentido tendría someter reducciones de jornada superiores al 70 por 100 a un régimen jurídico menos protector para el trabajador, tanto en el aspecto laboral como de seguridad social, que reducciones inferiores. Por otra parte, el 10 por 100 es la parte de la jornada que el empresario puede distribuir irregularmente a lo largo del año (art. 34.2 ET). Son razones no explicitadas de política jurídica que limitan las opciones empresariales en esta materia, imponiendo una determinada asignación de riesgos en el contrato de trabajo. Además debe tenerse en cuenta que el art. 41 ET recoge la figura de la denuncia modificativa o despido modificatorio (el "despido acompañado de una oferta para continuar en la empresa"[29]) y su aplicación puede abocar en la extinción del contrato de trabajo que es lo que la reducción temporal de jornada y salario pretende evitar.

Por lo que se refiere a las reducciones definitivas persisten las dudas sobre la relación entre los arts. 12.4 y 41.1 ET: ¿cuál es el ámbito de aplicación del art. 41.1.a) ET? Si prácticamente cualquier reducción de la jornada de trabajo conlleva la transformación del contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial y esto lo prohíbe el art. 12.4 ET: ¿qué función cumple el art. 41.1.a) ET? A la luz de las SSTS de 14 de mayo de 2007 (RJ 2007, 5084) y de 7 de octubre de 2011 (RJ 2011, 7340) y del ATS de 19 de febrero de 2014 (JUR 2014, 96689), con su distinción entre contrato a tiempo parcial y contrato a tiempo completo

[27] Véase LAHERA FORTEZA, J.: "Nuevas perspectivas en materia de suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción", en THIBAULT ARANDA, J. (Dir.); JURADO SEGOVIA, A. (Coord.): *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2012, y bibliografía allí citada.

[28] La medida del art. 47.2 ET es temporalmente limitada sin que la ley imponga mínimos ni máximos. Dice el art. 16.3 RD 1483/2012, de 29 de octubre por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada que "el alcance y duración" de la reducción de jornada se adecuará "a la situación coyuntural que se pretenda superar". SEMPERE NAVARRO, A. V. en MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J. M.ª; SEMPERE NAVARRO, A. V.; RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 9ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 738.

[29] RIVERO LAMAS, J.: "Modificación sustancial de condiciones de trabajo", en *Enciclopedia laboral básica Alfredo Montoya Melgar*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 896.

con jornada reducida, parece abrirse la posibilidad de aplicar el art. 41 ET para conseguir esta finalidad[30].

A la vista de cuanto antecede resulta razonable entender que el art. 47 ET dibuja la única vía para aplicar reducciones temporales de jornada. Procede ahora analizar si este precepto es la única llave que abre la puerta de las prestaciones de desempleo parcial o si hay otras que también permiten acceder.

3. LA DEFINICIÓN DEL DESEMPLEO PARCIAL EN LA LGSS

3.1. La situación del trabajador afectado por la reducción temporal de la jornada de trabajo como situación legal de desempleo

Resultado de la aplicación de la medida de reducción temporal de jornada es el perjuicio salarial del trabajador: "análogo" a la reducción operada sobre la jornada de trabajo. ¿Quién asume el coste, en términos económicos, o el riesgo, en términos jurídicos, de este cambio? La ley podría optar por trasladar el coste al trabajador, dejando incompensada la reducción salarial, o al empresario, manteniendo íntegra la obligación de retribuir pese a la reducción de la prestación de trabajo. Ninguna de estas opciones, por el coste que suponen para el trabajador o el empresario, fomentaría la adopción de la medida que, como ya se ha dicho, va dirigida a evitar extinciones. Una fórmula de cohonestar la

[30] Una línea de argumentación que podría explorarse es la consideración de la fuente reguladora de la duración de la jornada de trabajo. La duración de la jornada de trabajo "será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo" (art. 34.1 ET) y no cabe modificar condiciones fijadas en convenio colectivo por la vía del art. 41 ET (art. 41.6 ET). El convenio colectivo fija la duración máxima de la jornada y no la mínima. En los casos en los que la jornada del trabajador fuera la ordenada en el convenio colectivo, su reducción por iniciativa empresarial: ¿sería una modificación de condiciones reguladas en convenio colectivo? En ese caso ninguna virtualidad tendría el art. 41 ET en esta materia. Por otra parte la jornada fijada en convenio colectivo será la que determine normalmente el límite del tiempo completo con el parcial (art. 12.1 ET) con lo que también se llegaría así a la conclusión del art. 12.4.e) ET.
Algunos ejemplos de determinación de la duración de la jornada de trabajo en los convenios colectivos: convenio colectivo de Servigesplan (BOE de 5 de mayo de 2016): "La jornada de trabajo durante la vigencia del Convenio será de mil ochocientas veintiséis horas y veintisiete minutos (1.826 horas y 27 minutos) en cómputo mensual a razón de ciento sesenta y seis horas (166 horas)" (art. 24). Convenio Colectivo de Zurich Insurance, PLC, Sucursal en España, Zurich Vida, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. Sociedad Unipersonal y Zurich Services AIE (BOE de 3 de mayo de 2016): "La jornada anual de trabajo será de 1.690 horas efectivas (garantizando los días de vacaciones y día del Seguro que se regulan más adelante) para todo el personal comprendido en el ámbito del presente Convenio, efectuándose de Lunes a Viernes" (art. 37). Convenio colectivo de Mantenimiento y Montajes Industriales (BOE de 29 de abril de 2016): "La jornada anual será de 1.750 horas, distribuidas en el total de jornadas laborales, tanto en jornada continuada como partida" (art. 11). Convenio colectivo de BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones (BOE de 29 de abril de 2016): "Durante la vigencia del presente convenio colectivo, la jornada de trabajo aplicable a todos los trabajadores de BT será de 1.752 horas, en cómputo anual, de las cuales 1.744 horas serán de trabajo efectivo y 8 horas serán de libre disposición para el trabajador" (art. 15.1.1). Convenio colectivo de Tankat Seguridad (BOE de 29 de abril de 2016): "La jornada de trabajo será de 1815 horas anuales de trabajo efectivo en cómputo mensual a razón de 165 horas y semanal de 40 horas" (art. 34). Convenio colectivo de La Vanguardia Ediciones (BOE de 22 de abril de 2016): "La jornada de trabajo en las Áreas Informativa/Redacción y Técnica/Producción será de 1.687,5 horas anuales de trabajo efectivo. La jornada del personal adscrito al Área de Gestión será de 40 horas semanales de trabajo efectivo" (art. 16). Convenio colectivo nacional para las industrias de pastas alimenticias (BOE de 22 de abril de 2016): "La jornada anual de trabajo efectivo, tanto en jornada continuada como en jornada partida, será de mil setencientas cuarenta y ocho (1.748) horas anuales. En todo caso, se trata de jornada máxima, con respeto de inferiores jornadas pactadas" (art. 26).

medida de ajuste con el menor sacrificio de las partes interesadas es la de socializar el riesgo, bien creando algún subsidio específico, bien reconduciéndolo a las reglas de la protección por desempleo, convirtiendo la situación de reducción de jornada en situación legal de desempleo generadora de la prestación correspondiente como ha hecho la LGSS.

Se trata de una opción de la ley que no necesariamente debe seguirse de la configuración del desempleo como situación de necesidad protegida por el sistema de seguridad social. Así lo señaló la STC 213/2005: "una reducción de la jornada de trabajo, ya sea de carácter temporal o de duración indefinida, no comporta la pérdida del empleo. El trabajador que ve reducida su jornada de trabajo mantiene su empleo y, por lo tanto, no es propiamente un trabajador «desempleado», del mismo modo que no lo es quien accede inicialmente a un empleo a tiempo parcial. Es cierto que la norma utiliza la expresión «desempleo parcial» para aludir a esta situación, distinguiéndola así de la situación de «desempleo total» que tiene su origen en la extinción del contrato […]. Pero no debe verse en ello sino el resultado de la opción seguida por el legislador a la hora de articular técnicamente el mecanismo de protección ofrecido para atenuar el efecto sobre los trabajadores de estas situaciones, utilizando para tal fin el instrumento del sistema de protección por desempleo, con el que le une una evidente conexión lógica". No se trata de "la cobertura de un estado de necesidad derivado de una situación de desempleo (art. 41 CE), sino [de…] la compensación del perjuicio salarial resultante de una decisión empresarial de reducción de jornada."

De acuerdo con el art. 267.1.c) LGSS se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores cuando se reduzca temporalmente la jornada ordinaria diaria de trabajo, por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el art. 47 ET o en virtud de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal en los términos del art. 262.3 LGSS, precepto conforme al cual:

> *"El desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo, entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70 por ciento, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción.*
>
> *A estos efectos, se entenderá por reducción temporal de jornada diaria ordinaria de trabajo, aquella que se decida por el empresario al amparo de lo establecido en el art. 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, sin que estén comprendidas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo."*

3.2. El ámbito excluido de la situación de desempleo parcial

De acuerdo con el art. 262.3 LGSS no están comprendidas en la situación legal de desempleo la reducción definitiva de jornada y la que se extienda a todo el período de vigencia del contrato de trabajo. Ambas exclusiones requieren una explicación de su sentido.

3.2.1. La exclusión de la reducción definitiva de jornada

Resulta hoy indudable que sólo se encuentra protegido el desempleo parcial de carácter temporal. Sin embargo la cuestión no era tan clara en la Ley de Protección de Desempleo y en la LGSS-1994. El art. 203.3 LGSS-1994 (igual que el art. 1.3 LPD) decía

que "el desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada ordinaria de trabajo, al menos en una tercera parte, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción" y el art. 208.1.3) LGSS 1994 al definir la situación legal de desempleo se refería a "cuando se reduzca en una tercera parte, al menos, la jornada de trabajo, en los términos que se establezcan reglamentariamente." El Tribunal Supremo (STS de 24 de febrero de 1997 [RJ 1997, 1579]) entendió que la redacción del art. 203.3 LGSS-1994 permitía incluir los supuestos de reducción definitiva de la jornada de trabajo normalmente operados por la vía del art. 41 ET. Pese a que la simple interpretación gramatical de la regla parecería excluir los casos de reducción definitiva de la jornada[31], llegó a solución contraria por razones sistemáticas ("en ninguno de los restantes preceptos que precisan el alcance de la contingencia de desempleo parcial […] existe la más mínima referencia a una restricción de la protección que la limite a la disminución de jornada y salario por tiempo limitado, con la exclusión consiguiente de la disminución por tiempo indefinido") y finalistas ("si la contingencia de desempleo se define en nuestro ordenamiento, en redacción que se remonta a la legislación de protección del desempleo de los años sesenta, como situación en que se encuentran quienes pudiendo y queriendo trabajar, pierden su empleo o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo , no parece que responda a la lógica de la protección social que esté asegurada la pérdida parcial de empleo de menor incidencia negativa en la economía del trabajador, que es la reducción de duración temporal, y quede en cambio desguarnecida la reducción permanente del empleo, de consecuencias mucho más graves")[32].

Contra esta interpretación judicial reaccionó la Ley 66/1997, de 30 de diciembre (art. 40) dando nueva redacción al art. 203.3 LGSS en los siguientes términos: "El desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada ordinaria de trabajo, al menos en una tercera parte, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción. A estos efectos, se entenderá por reducción temporal de la jornada ordinaria aquella que se autorice por un período de regulación de empleo, sin que estén comprendidas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo." A partir de esta reforma de 1997[33] se eliminaron las dudas interpretativas: "en nuestro actual ordenamiento de Seguridad Social no se protegen con el desempleo las reducciones de jornada definitivas, sin expediente de regulación de empleo" (STSJ Cantabria de 27 de diciembre de 2002 [JUR 2003, 127358]).

Podría plantearse si excluir las reducciones definitivas de jornada del ámbito de la protección por desempleo sería contrario al art. 14 CE teniendo en cuenta el mandato del art. 41 CE[34]. Esta cuestión fue resuelta por la STC 213/2005, de 21 de julio que rechazó la existencia de desigualdad al entender no equiparables las situaciones generadas por las

[31] Decía la sentencia citada: "es verdad que el adverbio temporalmente […] parece estar referido en una primera aproximación a la duración de la reducción de la jornada, lo que significaría reducción de duración limitada de la jornada de trabajo, y no a la extensión de la jornada que es objeto de reducción, lo que significaría reducción en la duración o extensión de la jornada de trabajo. Esta última significación es redundante, y parece por ello contrariar la presunción del legislador cuidadoso en el uso del lenguaje".

[32] En el mismo sentido las SSTS de 13 de mayo, 14 de julio y 7 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 4091, 6262 y 8090). Sobre la innecesariedad de la autorización administrativa para acreditar la situación legal de desempleo en estos supuestos las SSTS de 22 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7549) y 11 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4327).

[33] Sus antecedentes y explicación de la evolución en STSJ Cantabria de 18 de marzo de 2004 (AS 2004, 1058).

[34] VICEDO CAÑADA, L.: "La diferencia de trato establecida para el trabajador en la prestación por desempleo parcial", *Revista de Información Laboral*, núm. 4 (2016).

reducciones de jornada de carácter temporal o definitivo: "existen, efectivamente, diferencias en el tratamiento que la Ley otorga a ambas situaciones, pero estas situaciones no son comparables entre sí. La disparidad normativa encuentra su justificación en una opción legislativa legítima que limita el reconocimiento de la situación de desempleo parcial a aquellos supuestos que configuran una situación meramente coyuntural derivada de determinadas y específicas circunstancias empresariales y con el control de la autoridad laboral, y en los que el reconocimiento de la prestación actúa compensando la disminución transitoria de ingresos sufrida por el trabajador y facilitando, por ello, el desarrollo de la medida de regulación de empleo y el logro de los objetivos perseguidos con la misma. Por el contrario, el legislador considera ajena a la configuración del sistema la cobertura de aquellos supuestos en los que la reducción de jornada, por su carácter definitivo, implica una nueva situación económica y profesional en la que el trabajador seguirá desarrollando en el futuro su trabajo con unas nuevas condiciones de jornada y salario y, bajo una modalidad contractual distinta, consideración en la que legítimamente puede intervenir el criterio de que el reconocimiento de la prestación en tales supuestos resultaría contradictorio con la naturaleza misma de la contingencia, carecería en gran parte de los casos de toda posibilidad de control –tanto sobre la justificación de la medida como respecto de la involuntariedad para el trabajador de la situación resultante–, e implicaría, en última instancia, una disparidad de trato con respecto a los trabajadores inicialmente contratados a tiempo parcial, que no lucran tal prestación salvo que hayan accedido al nuevo contrato de trabajo desde una previa situación de desempleo protegido" (FJ 7).

3.2.2. La exclusión de las reducciones de jornada que se extiendan a todo el período de vigencia del contrato de trabajo

También quedan fuera del ámbito de la protección por desempleo parcial las reducciones de jornada que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo (art. 262.3 LGSS). El supuesto se refiere a los contratos de duración determinada en los que se practique una reducción de jornada que abarque toda su vigencia. Se establece de este modo una diferenciación no sólo entre trabajadores fijos y temporales[35] sino entre estos últimos: una misma situación de reducción de jornada permitirá a unos trabajadores temporales afectados acceder a prestaciones por desempleo parcial (aquellos cuyo contrato siga vigente más allá del período de aplicación de la reducción de jornada) y a otros no (si la reducción de jornada coincide totalmente con la vigencia del contrato). No explicita la ley la razón de la exclusión de buena parte de los trabajadores temporales en estos casos, probablemente se encuentre en la voluntad de subsidiar exclusivamente las contrataciones que se mantengan en la empresa una vez finalizado el período de aplicación de la reducción de jornada.

[35] ROQUETA BUJ, R.: "Desempleo total temporal y desempleo parcial: prestación y cotización", en ROQUETA BUJ, R.; TATAY PUCHADES, C. (Dir.): *Puntos críticos en la protección por desempleo y el cese de la actividad autónoma*, Lex Nova, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 50.

3.3. Elementos de la situación legal de desempleo parcial

3.3.1. Los límites mínimo y máximo de la reducción de jornada y salario

La reducción de la jornada diaria ordinaria de trabajo ha de situarse entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70 por ciento y el salario ha de ser objeto de análoga reducción. Evidentemente quedan fuera de la protección por desempleo las reducciones de jornada sin minoración salarial: no habría salarios dejados de percibir a compensar con la prestación de desempleo[36]. La ley no dice que la reducción de jornada y salario haya de ser idéntica sino análoga, por lo que no se excluyen del supuesto de hecho situaciones en las que la reducción salarial sea inferior a la de la jornada, lo que podría utilizarse como vía para facilitar el acuerdo de reducción.

En relación con la cuantía de la reducción salarial se ha discutido si el compromiso empresarial de compensar la diferencia entre la prestación y el salario habitual dejaría al trabajador fuera de la situación legal de desempleo. Es el supuesto resuelto por la STSJ Comunidad Valenciana de 9 de abril de 2014 (JUR 2014, 175262): en una reducción del 50 por 100 de jornada y salario se pactó el abono por el empresario de la diferencia entre lo percibido por prestación por desempleo y el 50 por 100 del promedio del salario. La entidad gestora denegó la prestación por entender que se trataba de un complemento salarial, de modo que el trabajador "no se encontraría en situación legal de desempleo al completarse por la empresa el salario del 50% que retribuye la jornada reducida del 50%". Para la sentencia citada lo pactado por "las partes es una mejora voluntaria que completará el desempleo una vez concedido, que como tal no es salario"[37].

3.3.2. La incidencia de la reducción sobre la jornada diaria ordinaria del trabajador

La reducción se ha de proyectar sobre la jornada diaria ordinaria del trabajador (art. 262.3 LGSS). Sin embargo el art. 47.2 ET define la reducción de jornada "sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual". A efectos de protección por desempleo hay un evidente acotamiento de la noción laboral de reducción de jornada. Dicho de otro modo: no toda reducción de jornada según el ET será reducción de jornada a efectos de la LGSS. El trabajador en desempleo parcial sigue trabajando todos los días laborables pero menos tiempo cada día. Cuando el cese se produzca por días completos, continuados o alternos, durante al menos una jornada ordinaria de trabajo, estaremos ante desempleo total (art. 262.2 LGSS) producto de la suspensión de la relación laboral o de la reducción temporal de jornada que no se haya producido sobre la "jornada diaria ordinaria". De este modo unas reducciones de jornada darán lugar a situaciones de desempleo total y otras a situaciones de desempleo parcial. Como señalaron las Instrucciones del SEPE para la aplicación de la Ley 35/2010 en materia de desempleo[38] "con la nueva definición del desempleo temporal, total o parcial, se

[36] "En los supuestos de reducción de jornada sin paralela reducción del salario es este último el que, en su caso, genera la prestación por desempleo parcial" (STSJ Comunidad Valenciana de 9 de abril de 2014 [JUR 2014, 175262]).

[37] En el mismo sentido STSJ Asturias de 12 de abril de 2013 (JUR 2013, 181407).

[38] Instrucciones de 8 de octubre de 2010 del Servicio Público de Empleo Estatal para la aplicación de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en los aspectos *(...)*

refuerza el criterio mantenido en relación con la actividad diaria, en el sentido de que cuando no se trabaja nada en el día existirá una suspensión de la relación laboral por día completo y cuando se trabaja entre los límites de jornada indicados en el día, existirá un desempleo parcial, y ello con independencia de cómo se califique el ERE, puesto que si se califica de reducción de jornada pero esta se lleva a días completos de inactividad, porque el cómputo está hecho sobre la base de una jornada semanal, mensual o anual, durante esos días el trabajador estará en desempleo total y no en desempleo parcial."

La minoración del tiempo de trabajo puede ser idéntica (p. ej.: todos los días se reduce el 40 por 100) o distinta (p. ej.: un día el 30 por 100, otro el 50 por 100, etc.) para cada una de las jornadas incluidas dentro del período de reducción del tiempo de trabajo. Si la reducción varía de unos días a otros pueden plantearse dos situaciones distintas:

a) Supuestos en los que la incidencia diaria es distinta, pero siempre dentro de los límites legales establecidos por el art. 47.2 ET (siempre entre el 10 y el 70 por 100). En estos casos se cumpliría tanto con la norma laboral (art. 47.2 ET) como con la de seguridad social (art. 262.3 LGSS). Simplemente se plantearía un problema práctico a la hora de calcular la prestación correspondiente que la práctica administrativa resolvió calculando la media ponderada de los porcentajes de reducción dentro del período[39].
b) Supuestos en los que dentro del período de reducción hay unos días en los que la jornada se aminora dentro de los umbrales legales y otros fuera pero globalmente, dentro de la unidad de referencia semanal, mensual o anual (art. 47.2 ET), sí se sitúa dentro de los límites legales. Es este uno de los casos de divergencia entre la norma laboral (art. 47.2 ET) y la de seguridad social (art. 262.3 LGSS) que puede acarrear la desprotección de los días situados fuera de lo previsto por la norma de seguridad social. Así lo confirma la práctica administrativa: "únicamente se tendrán en cuenta los días cuya reducción de jornada ordinaria diaria se encuentre comprendida entre los límites del 10 y el 70 por ciento, no abonándose aquellos afectados por una reducción de jornada no comprendida entre dichos límites" (Instrucciones SEPE).
c) Supuestos en los que concurran días en los que la reducción es del 100 por 100 (desempleo total [art. 262.2 LGSS]) y otros en los que se sitúa entre el 10 y el 70 por 100 (desempleo parcial [art. 262.3 LGSS]). Ninguna duda hay de la existencia de una situación legal de desempleo, los problemas vendrán a la hora de coordinar y aplicar las reglas del desempleo total y las del parcial, por lo que doctrinalmente se ha sugerido "considerar que el desempleo por reducción de jornada es siempre desempleo parcial con independencia de cómo afecte esa reducción a cada día de trabajo a lo largo del período de referencia".[40]

relativos a la protección por desempleo [disponible en http://portaljuridico.lexnova.es/doctrinaadministrativa/JURIDICO/49595/instrucciones-de-8-de-octubre-de-2010-del-servicio-publico-de-empleo-estatal-aplicacion-de-la-ley-3]. En adelante, Instrucciones SEPE.

[39] Instrucciones SEPE: "Cuando el porcentaje de reducción de la jornada ordinaria diaria de trabajo que se autorice por un período de regulación de empleo no sea fijo para todos los días afectados, sino que varíe de unos días a otros, a efectos de determinar la cuantía del derecho a abonar, se aplicará, a los días afectados dentro del período mensual, la media ponderada de los porcentajes de reducción de la jornada diaria autorizados durante dicho período".

[40] Señala ROQUETA BUJ (cit., pp. 50 y 51) que "de esta forma, el trabajador percibiría durante toda la reducción temporal de jornada una prestación parcial y uniforme con independencia de las fluctuaciones de la jornada a lo largo del indicado período, lo que facilitaría la gestión de la prestación".

3.3.3. El procedimiento: la decisión empresarial "al amparo del art. 47 ET"

Hasta la reforma laboral de 2012 las reducciones de jornada que generaban la situación de desempleo parcial debían haber sido autorizadas por un período de regulación de empleo (art. 203 LGSS-1994), "en virtud de expediente de regulación de empleo" [art. 208.1.3) LGSS-1994], estableciendo una clara conexión con la suspensión "parcial" del contrato de trabajo que requería la correspondiente autorización[41]. Tras la reforma laboral de 2012 se ha eliminado la exigencia de autorización administrativa para las suspensiones y reducciones de jornada (art. 47 ET), sustituida por la decisión empresarial previo período de consultas con los representantes de los trabajadores.

Vigente la exigencia de la autorización administrativa se entendió que "que solamente se establece por la norma una protección por desempleo parcial para esos supuestos de reducción de jornada que se refiere el precepto, en que ha existido una intervención de la autoridad laboral, y no para el resto de casos posibles. Sin duda una opción del legislador que puede ser discutible, pero que […] en cuanto que se está refiriendo a supuestos que son diversos, permite la existencia también de una respuesta diferente, más tuitiva la de aquellas situaciones en que, la intervención fiscalizadora de la autoridad laboral, permite una más adecuada constatación de las circunstancias concretas del caso […], pero que pasa adecuadamente el trámite de juicio comparativo en términos de constitucionalidad" (STSJ Castilla-La Mancha de 8 de febrero de 2007 [JUR 2007, 314301]). De modo que "el legislador ha querido proteger las reducciones de jornada que con carácter temporal, aprueba la autoridad laboral al amparo de los arts. 47 y 51 LET, en el marco de un procedimiento de regulación de empleo, y no las reducciones derivadas de la modificación sustancial del contrato de trabajo decidida por el empresario al amparo del art. 41 LET" (STSJ Madrid de 25 octubre de 2005 [JUR 2005, 266747]).

Anteriormente ya se ha explicado que sólo del art. 47 ET puede proceder una reducción temporal de jornada susceptible de configurar una situación de desempleo parcial. Sin embargo, en la medida en que los arts. 41 y 47 ET responden a las mismas causas, aunque definidas de distinto modo, y el procedimiento de decisión empresarial en ellos previsto es similar conviene plantear si resultaría equivalente a estos efectos seguir el

[41] La eliminación de la autorización administrativa para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en la reforma laboral de 1994 planteó la problemática de: a) si generaban desempleo parcial las situaciones de reducción definitiva de la jornada de trabajo practicadas por la vía del art. 41 ET; y b) si en tal caso seguía siendo necesaria la autorización administrativa par configurar la situación legal de desempleo. La Ley 66/1997 clarificó la situación. En la STS de 5 de mayo de 2004 (RJ 2004, 5017) puede verse la evolución del problema: "Antes de la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 203.3.2º de la Ley General de la Seguridad Social por el artículo 40 de la Ley 66/1997, esta Sala había establecido que, pese a lo establecido en el artículo 1.4 del Real Decreto 625/1985 –en la redacción de la disposición adicional única del Real Decreto 43/1996 (RCL 1996, 573, 1174)–, la autorización administrativa no era necesaria para acreditar la situación de desempleo parcial, porque tal autorización había sido suprimida por el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción de la Ley 11/1994 y un reglamento no podía establecerla a efectos de Seguridad Social (sentencias de 22.11.1997, 11.5.1998). Pero con la nueva redacción del artículo 203.3.2º Ley General de la Seguridad Social la autorización resulta exigible por tener la necesaria cobertura legal, por más que pueda resultar escasamente coherente que se exija a efectos de Seguridad Social una autorización administrativa, que no se requiere a efectos laborales. Conforme al artículo 203.3.2º de la Ley General de la Seguridad Social, la reducción de jornada que da derecho a la prestación es necesariamente «la que se autorice para un período de regulación de empleo»" (FJ 2).

procedimiento previsto en el art. 41 o en el 47 ET. Pese a la similitud hay claras diferencias en los procedimientos previstos en cada uno de los artículos citados:

a) La decisión al amparo del art. 47 ET requiere la tramitación del período de consultas cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y el número de afectados por la suspensión o reducción de jornada (art. 47.1 IV ET). La razón de la no distinción en materia de suspensiones y reducciones de jornada entre individuales y colectivas, a diferencia de lo que sucede con las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y los despidos, es "tal vez porque para acceder a la situación legal de desempleo y devengar las correspondientes prestaciones es aconsejable un mínimo seguimiento por parte de las autoridades laborales competentes"[42].
b) El procedimiento del art. 47 contiene una mayor intervención de la administración laboral que el del art. 41 ET: "entre ambos procedimientos existe coincidencia en el plazo a observar en la forma de constituir la representación así como la posibilidad de acudir a la mediación siendo también coincidente la presunción de justificación de las causas en el caso de existir acuerdo entre las partes. Por el contrario abunda el artículo 47 en un mayor número de exigencias referidas a la intervención de la Autoridad Laboral por cuanto se le deberá dar traslado del propósito modificador y de la apertura del trámite, y a su vez la autoridad laboral dará traslado a la Entidad Gestora y recabará informe de la Inspección de Trabajo que lo emitirá en un plazo de quince días. De igual modo, la notificación de la decisión empresarial deberá ser efectuada a la Entidad Gestora que a su vez podrá promover la impugnación ante la Autoridad laboral para ser llevada a cabo por ésta, en el supuesto de apreciar connivencia entre las partes para la obtención de las prestaciones" (STS de 16 de junio de 2014 [RJ 2014, 5197]).

Por tanto no puede estimarse que sea indiferente el procedimiento seguido para aplicar la reducción temporal de la jornada de trabajo. Así lo declaran las SSTSJ de Madrid de 10 de febrero de 2015 (AS 2015, 881) y 27 de mayo de 2013 (JUR 2013, 292962) que a la pregunta de si tras la reforma laboral de 2012 "puede arbitrarse una reducción de jornada, con arreglo al cauce procedimental previsto en el artículo 41 ET", contestan que "la respuesta sin duda es que no" (FD 2) y declaran nula la modificación aplicada según el procedimiento del art. 41 ET.

3.4. ¿Desempleo parcial al margen de los arts. 47 ET y 262.3 LGSS?

La ley identifica la situación legal de desempleo parcial (art. 262.3 LGSS) con la reducción temporal de jornada y salario (art. 47.2 ET). Parece que, en principio, no habría ninguna otra posibilidad de acceder a las prestaciones de desempleo parcial. Sin embargo algunas decisiones judiciales han reconocido la situación de desempleo parcial por otras vías, dando lugar a "formas atípicas de desempleo parcial"[43].

[42] MARTÍN VALVERDE, A; RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.; GARCÍA MURCIA, J:. *Derecho del Trabajo*, 23ª ed., Tecnos, Madrid, 2014, p. 772.
[43] DESDENTADO BONETE: cit., p. 26

3.4.1. Sucesión de contratos

¿Puede causarse derecho a la prestación de desempleo parcial como consecuencia de la extinción de un contrato a tiempo completo seguida de la celebración de un contrato a tiempo parcial con el mismo empresario? Esta es la cuestión resuelta por la STS de 5 de mayo de 2004 (RJ 2004, 5017)[44]: después de tres meses de prestación de trabajo puesto a disposición por una ETT, el trabajador es contratado por la empresa usuaria con un contrato de duración determinada a cuya terminación se celebra un nuevo contrato temporal a tiempo parcial. El trabajador solicita prestaciones de desempleo que son denegadas por la entidad gestora alegando que la reducción de jornada carecía de la autorización administrativa entonces exigible. La sentencia de suplicación revoca la sentencia de instancia, que había reconocido la prestación, porque considera que no se cumple la exigencia de autorización administrativa para la reducción de jornada. Adviértase que el supuesto no encaja de ningún modo en el art. 47 ET. El ET contempla la reducción de jornada y salario dentro de un mismo contrato en la empresa. El supuesto planteado se refiere a la extinción de un contrato seguida, sin solución de continuidad, por la celebración de otro contrato con menor jornada. El trabajador nunca ha estado desempleado: primero tenía un empleo a tiempo completo y luego otro a tiempo parcial.

El Tribunal Supremo reconoce que el supuesto de hecho no es directamente subsumible en la regulación del desempleo parcial de la LGSS porque "no nos encontramos ante una reducción de jornada que se produce en el marco de un contrato de trabajo vigente […] sino ante un nuevo contrato que establece una jornada notablemente inferior a la que regía en otro contrato anterior ya extinguido con la misma empresa", no hay reducción temporal de la jornada ordinaria "pues se trata de la jornada establecida por primera vez en un contrato que sucede a otro en el que se aplicó una jornada mayor". Desde este punto de vista "podría concluirse que lo que se protege como desempleo parcial en nuestro Derecho no es la situación que puede producirse como consecuencia del cese en un contrato a tiempo completo y la suscripción de un contrato a tiempo parcial […] sino la situación que surge de una modificación de un contrato vigente para reducir el número de horas que integraban la jornada ordinaria" (FJ 2).

Sin embargo el Tribunal Supremo da un giro a su argumentación. La prestación por desempleo es compatible con el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, deduciéndose de su importe la parte proporcional al tiempo trabajado[45], lo que coincide con la regla sobre el cálculo de la prestación de desempleo parcial[46]. Con esta regla se produce "una cobertura específica del desempleo parcial dentro de una situación de desempleo total que se transforma desde el momento en que, disfrutando ya de la prestación o del subsidio, se encuentra un empleo a tiempo parcial. Ese desempleo que se produce dentro de la concurrencia con un empleo parcial será normalmente también un desempleo parcial, tanto en el plano conceptual como en el práctico […]. En esta situación ya no tienen sentido las

[44] MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: "Una nueva situación de desempleo protegida: cese en un contrato temporal a tiempo completo y suscripción sin solución de continuidad de un contrato a tiempo parcial con la misma empresa", *Revista Doctrinal Aranzadi Social* (BIB 2004, 1704), [versión electrónica].

[45] Art. 221.1 LGSS-1994, actualmente art. 282.1 LGSS.

[46] Art. 211.4 LGSS-1994: "la prestación por desempleo parcial se determinará, según las reglas señaladas en los apartados anteriores, en proporción a la reducción de la jornada de trabajo". Actualmente art. 270.5 LGSS.

exigencias […] de la Ley General de la Seguridad Social sobre la necesidad de autorización administrativa y sobre el carácter definitivo de la reducción, porque la autorización administrativa no se puede exigir cuando la situación se origina con un nuevo contrato y lo mismo sucede con la limitación aplicable al carácter no permanente de la reducción en relación con una cobertura que por su naturaleza sólo está vinculada a la duración legal de la prestación. Esto es lo que ocurre sucede en el presente caso en el que es claro que, conforme al artículo 221.1 Ley General de la Seguridad Social, el trabajador hubiera podido causar derecho a la prestación de desempleo a tiempo completo por el cese del primer contrato y luego compatibilizar la prestación reconocida con la reducción prevista en aquel precepto con el nuevo empleo a tiempo parcial. Lo único que ha sucedido es que, al no existir solución de continuidad entre las dos contrataciones, se ha seguido la vía de no solicitar el desempleo total por el cese en el primer contrato y recurrir al empleo parcial. Pero esta diferencia meramente formal y temporal no debe llevar a la exclusión de la protección. Es más, aunque esto no sea relevante, en el presente caso la solución de entrada en el desempleo total hubiera sido aplicable en atención al dato que recoge el hecho probado segundo –el nuevo contrato a tiempo parcial es para trabajar los sábados y domingos– pues entre el cese en el trabajo anterior y el comienzo del nuevo se rompe la continuidad y hay un período efectivo de desempleo total" (FJ 3).

Con amparo en esta doctrina se ha podido acceder a prestaciones de desempleo en casos de extinción de un contrato a tiempo completo seguido de la celebración de otro a tiempo parcial con el mismo[47] o distinto empresario[48]. Con esta solución jurisprudencial se abre la puerta a opciones de "ingeniería jurídica" que permitan acceder a las prestaciones de desempleo parcial sin haber llegado a estar en situación de desempleo[49].

3.4.2. Reducción de jornada de los funcionarios interinos

El Tribunal Supremo ha resuelto varios casos[50] en los que se discutía el acceso a la prestación de desempleo parcial de funcionarios interinos de la Comunidad Valenciana, a los que se había reducido temporalmente su jornada de trabajo en virtud de lo establecido en el Decreto-ley 1/2012, de 5 de enero, de medidas urgentes para la reducción del déficit en la Comunitad Valenciana. Concurren en estos casos un par de circunstancias que los

[47] STSJ Galicia de 16 de febrero de 2009 (AS 2009, 327): trabajadora de un colegio que, al variar las normas sobre conciertos educativos, ve reducida su jornada lectiva. Como consecuencia se produce la transformación del contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial. STSJ La Rioja de 24 de junio de 2004 (JUR 2005, 160626): cese del trabajador por extinción de contrato de interinidad a tiempo completo y nueva contratación, también temporal por sustitución, a tiempo parcial. STSJ Castilla-La Mancha de 21 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 59735): contrato eventual por circunstancias de la producción a tiempo completo seguido de nuevo contrato de interinidad a media jornada.

[48] STSJ Galicia de 16 de mayo de 2014 (JUR 2014, 207518): extinción de contrato indefinido a tiempo completo por despido reconocido como improcedente por el empresario para al día siguiente contratación a tiempo parcial por otro.

[49] Señala BLÁZQUEZ AGUDO, E. M.: "La parcialidad como factor disfuncional de la protección por desempleo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 180 (2015), [BIB 2015, 16249], que "lo que realmente se está haciendo es legalizar como situación legal de desempleo la modificación sustancial de la jornada de trabajo" (p. 20, versión electrónica).

[50] SSTS de 1 de julio (RJ 2015, 4110), 27 de julio (RJ 2015, 5154 y 6272), 9 septiembre (RJ 2015, 4181), 14 de septiembre (RJ 2015, 4189 y 5140), 15 de septiembre (RJ 2015, 4196), 27 de octubre (RJ 2015, 6088), 18 de diciembre (RJ 2015, 6417) y 21 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 6423) y 17 de febrero de 2016 (RJ 2016, 907).

peculiarizan: a) Se trata de reducciones de jornada que no se han realizado al amparo del art. 47 ET, norma que es inaplicable no sólo a relaciones funcionariales excluidas del ámbito de aplicación del ET [art. 1.3.a) ET] sino también a los empleados públicos laborales (DA 17ª ET)[51]. b) Los funcionarios interinos tienen derecho a la protección por desempleo [art. 264.1.d) LGSS], pero la LGSS no los tiene en cuenta al configurar las situaciones legales de desempleo (art. 267 LGSS) que se construyen exclusivamente sobre la extinción y suspensión del contrato de trabajo y la reducción temporal de la jornada laboral. Sólo el art. 1.2 RD 625/1985, de 2 de abril al referirse a la acreditación de la situación legal de desempleo contempla el supuesto de extinción de la relación administrativa acreditable por certificación de la Administración Pública correspondiente. Pero de esto no se puede deducir sin más que esta sea la única situación de desempleo protegida para este personal.

El TSJ de la Comunidad Valenciana desestimó las pretensiones de funcionarios interinos a los que la entidad gestora había denegado el derecho a prestaciones de desempleo parcial por la reducción de jornada[52]. La argumentación de estas sentencias [por ejemplo la STSJ Comunidad Valenciana de 5 de mayo de 2015 (JUR 2015, 203420)] se basa en la:

- Inaplicabilidad del art. 47 ET, en cuanto norma laboral, a los funcionarios interinos sujetos de una relación jurídico administrativa.
- Inaplicabilidad del art. 47 ET a las relaciones laborales en las Administraciones Públicas (DA 17ª).
- Limitación de la situación legal de desempleo parcial por reducción temporal de jornada "a aquellos en que la medida se adopte por decisión del empresario al amparo del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, posibilidad ésta excluida en el ámbito de las Administraciones públicas".
- Afirmación de que la única situación legal de desempleo de los funcionarios interinos protegida es la derivada de la extinción de la relación funcionarial, al contemplarse reglamentariamente como medio de acreditación la certificación de la terminación de los servicios expedida por la Administración Pública competente (arts. 1.2 RD 1167/1983, de 27 de abril, por el que se incluye en la acción protectora por desempleo a los funcionarios de empleo y al personal contratado de colaboración temporal en régimen de derecho administrativo de las Administraciones Públicas y 1.2 del RD 625/1985).

El Tribunal Supremo, por el contrario, sí ha entendido que los funcionarios interinos tienen derecho a las prestaciones de desempleo parcial. Tómese como ejemplo la STS de 9 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 4181). Parte de que los funcionarios interinos están incluidos dentro del ámbito de la protección por desempleo y que en el caso hay una reducción temporal de la jornada de trabajo por causas económicas que no se ha efectuado según el art. 47 ET. Para el TS no tiene sentido aplicar literalmente la remisión al art. 47 ET

[51] El art. 4.1 del D-ley 1/2012 preveía la aplicación del art. 47 ET para los empleados laborales: "la administración de la Generalitat iniciará de forma inmediata un expediente de reducción de jornada con la finalidad de establecer la jornada del personal contratado laboral temporal en 25 horas semanales, con la correspondiente reducción proporcional de retribuciones".

[52] Se inicia la serie con la STSJ Comunidad Valenciana de 26 de marzo de 2014 (AS 2014, 1274), dictada por el pleno de la sala.

pues "equivaldría a sentar una condición de imposible cumplimiento, chocando así con la inclusión de los funcionarios interinos entre los sujetos protegidos por el desempleo". Por tanto "el reenvío ha de entenderse, en casos como el presente, como equivalente a que se cumplan los requisitos materialmente establecidos en el precepto remitido, no a que se aplica de manera formal el principio. Esta inteligencia ha de prevalecer sobre la interpretación literal, carente de sentido por lo ya expuesto, conforme a la cual si no se ha puesto en juego el artículo 47 tampoco hay desempleo parcial por reducción de jornada". Una interpretación contraria "comportaría la admisión de una reducción de jornada sin compensación empleadora […] y sin protección social, contraria a la dinámica del desempleo contributivo que anima a la LGSS […] y sobre todo, apartada de la especial protección que nuestro constituyente reclama para las situaciones de desempleo (art. 41 CE)". La falta de desarrollo de las situaciones legales de desempleo y la exclusiva referencia reglamentaria a la acreditación de la extinción de la relación funcionarial no pueden llevar a sostener que esa sea la única situación legal de desempleo protegida. Concluye la sentencia citada que "el término 'relación laboral' debe ser interpretado como equivalente a la relación de servicios que el sujeto ha venido manteniendo con su empleador. En ese ámbito de normas de desempleo, por tanto, se ha de tomar como una denominación genérica que en cada caso deberá ser reconducida a las peculiaridades del vínculo. Ello comporta limitar el radio aplicativo del requisito en estudio (haber seguido el procedimiento del artículo 47 ET) a aquellos beneficiarios que en sus actividad profesional se rigen por la citada norma laboral sin extenderlo indebidamente a relaciones sometidas a Derecho Administrativo" (FJ 4).

3.4.3. La variación de jornada de los profesores de religión

La relación laboral de los profesores de religión[53] presenta determinadas peculiaridades, entre las que se encuentra la variabilidad de su jornada de trabajo. Cada curso académico se determina por la administración educativa en función de la demanda de la asignatura, sin necesidad de acudir a mecanismos modificativos, puesto que "no se trata de una modificación sustancial sino del cumplimiento de una característica de este tipo de contratos, cual es la variabilidad de la jornada en atención a las necesidades de los centros y de la especificidad de la disciplina impartida" (STS de 18 de octubre de 2012 [RJ 2012, 10325]).

Al variar la jornada de un curso a otro, reduciéndola, no han faltado reclamaciones de trabajadores afectados que veían rechazadas por la entidad gestora sus solicitudes de prestación de desempleo parcial. La STSJ Madrid de 13 de julio de 2015 (JUR 2015, 202757) resolvió el litigio planteado por un profesor de religión con contrato indefinido a tiempo completo durante varios cursos académicos al que al inicio de uno nuevo la administración educativa comunica la reducción de su jornada de trabajo y salario del 50 por 100 ("modificación involuntaria y temporal"). La entidad gestora denegó las prestaciones de desempleo parcial. El tribunal de suplicación entiende que sí procede la concesión de las prestaciones de desempleo. Tras citar los arts. 203.3 y 208.1.13 LGSS-1994 y DA 21 ET-1995 señala que: "Sobre estas bases normativas, no hay razón para admitir las argumentaciones del SPEE, pues, de un lado, el actor ha visto reducida su jornada en un 50% a

[53] LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (DDAA 2ª y 3ª). RD 696/2007, de 1 de junio, por el que se regula la relación laboral de los profesores de religión prevista en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica de Educación.

partir del 1-10-2013, reducción sobre la que no hay prueba de que tenga carácter definitivo –la resolución denegatoria solo se funda en que la reducción no fue objeto de la oportuna autorización administrativa– requisito innecesario, por lo que si la reducción es temporal […] y la norma estatutaria de referencia no se aplica cuando el empresario es la Administración Pública (Comunidad de Madrid en el presente caso) el derecho postulado en demanda debe ser reconocido, como ha resuelto la sentencia de instancia". A solución contraria llega la STSJ Comunidad Valenciana de 5 de mayo de 2015 (JUR 2015, 203485)[54]. También se trata de un profesor de religión con contrato indefinido que sufre una reducción de jornada del 40 por 100. Según se relata en la sentencia trabajado y administración educativa suscribieron una "modificación de jornada y/o destino contrato de religión católica", acordaron "modificar el contrato" de acuerdo con lo en él previsto y la normativa reglamentaria. Para esta sentencia no hay situación legal de desempleo "ya que en aplicación de su propia normativa no se ha reducido temporalmente su jornada ni tampoco se ha extinguido el contrato del curso escolar y suscrito uno nuevo para el curso siguiente, manteniendo con la demandada un contrato laboral indefinido, que permite la acomodación de la jornada y centro en cada curso escolar, sin perder su esencia". Por tanto "si en este caso no se ha producido la conversión de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial (lo que no daría en ningún caso la posibilidad de percibir desempleo), ni la reducción de la jornada de forma temporal (la regulación especial de esta relación laboral permite que se acomode la jornada y centro en cada curso escolar a las necesidades educativas), no hay situación legal de desempleo, para obtener un desempleo parcial, que contrariamente a lo que mantiene el recurso no es compatible con el contrato indefinido que relaciona a las partes, y que no se ha extinguido".

3.4.4. Observaciones finales

Se iniciaba este apartado con la pregunta: ¿desempleo parcial al margen de los arts. 47 ET y 262.3 LGSS? Puede responderse ahora que sí ha habido determinados supuestos en los que se han reconocido. Dejando aparte el caso de los funcionarios interinos, por su naturaleza funcionarial y no laboral, en los supuestos de sucesión de contratos y de variación de jornada de los profesores de religión el reconocimiento de prestaciones de desempleo parcial se presenta desvinculado de una previa medida *ex* art. 47.2 ET. Se rompe así, en este limitado ámbito, el vínculo establecido por la ley entre regla laboral y norma de seguridad social: la prestación por desempleo parcial no es sólo una medida de acompañamiento a una decisión de ajuste laboral en la empresa sino que se constituye en institución con entidad propia. No sólo es la consecuencia de un determinado supuesto, sino que es un supuesto que tiene sus propias consecuencias. Si la intención del legislador fue vincular con carácter excluyente medida de ajuste laboral y su acompañamiento de seguridad social convendría proceder a la correspondiente reforma legislativa correctora de determinadas aplicaciones judiciales.

[54] En el mismo sentido SSTSJ Comunidad Valenciana de 19 de noviembre de 2014 (JUR 2015, 58456) y 6 de febrero de 2015 (JUR 2015, 131843).

La función social de la Renta Activa de Inserción en el siglo XXI

Social role of active insertion income in the Twenty-First Century

ALEJANDRA SELMA PENALVA

PROFESORA TITULAR. DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

UNIVERSIDAD DE MURCIA.

Resumen

La denominada Renta Activa de Inserción es una medida asistencial que intenta ofrecer protección económica a los parados de larga duración mayores de 45 años, al mismo tiempo que pretende mejorar, a través de un itinerario personalizado de formación profesional, sus expectativas profesionales. Ahora bien, en la práctica se vienen planteando diversos problemas que no quedan resueltos expresamente en el RD 1369/2006 y sobre los que ha tenido que pronunciarse nuestra jurisprudencia más reciente. En el presente trabajo se analizan de forma individualizada diferentes situaciones controvertidas.

Palabras clave

Renta, desempleo, protección, ingresos, cargas familiares

Abstract

The so-called Active Insertion Income is a protection to long-term unemployed over 45 years, while aiming to improve, through a customized itinerary of vocational training and career expectations. However, in practice, have been raising various problems that are not specifically addressed in RD 1369/2006 and which has had to rule our most recent jurisprudence. In this paper are analyzed individually different controversial situations.

Keywords

unemployment, protection, income, family responsibilities

Sumario: 1. La función social de la renta activa de inserción. 2. La necesidad de articular estrategias coordinadas con el fin de estimular el empleo de los colectivos especialmente vulnerables. 2.1. Programas de recualificación profesional. 2.2. Bonificaciones en las cuotas de cotización a la seguridad social. 3. Protección por desempleo y renta activa de inserción. El papel residual de esta medida asistencial. 4. Conclusiones.

1. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN

Analizando las cifras de empleo, resultan obvias las dificultades a las que se enfrentan los trabajadores de más edad que han perdido su empleo a la hora de reincorporarse al mercado de trabajo. Así pues, en los últimos años, casi las tres cuartas partes de las contrataciones se celebran con los grupos de edad inferiores a los 45 años. En particular, el grupo menos contratado es el de mayores de 55 años, cifras de contratación que pasan a ser prácticamente simbólicas si de lo que se trata es de valorar el porcentaje de contratación que

representan las mujeres mayores de 55 años sobre el total de los contratos de trabajo firmados en España a lo largo de un año[1].

Ahora bien, lo que no se puede olvidar es que la medida de retrasar la edad de jubilación con el fin de prolongar la vida activa del trabajador para garantizar la sostenibilidad futura del sistema de pensiones[2], debe presentarse indisolublemente unida a otra actuación complementaria: se han de articular mecanismos eficaces destinados tanto a favorecer el mantenimiento en el mercado de trabajo de los trabajadores de más edad como a promover la reincorporación profesional de quien pierde su empleo en los últimos años de su vida laboral[3]. Y es que en caso contrario, los trabajadores de más edad quedarían en una situación de gran desprotección.

De esta manera, aunque desde el momento en que una persona acceda a la situación de jubilación, dejará de ser colectivo de atención por parte de la RAI, cuando más se atrase esta situación, más amplio será el colectivo de potenciales beneficiarios que, encontrándose todavía dentro del grupo de la población activa, por su edad, encuentran más dificultades a la hora de acceder a un empleo.

El RD 1369/2006 regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo.

Debe recordarse que la Renta Activa de Inserción (RAI) forma parte de la acción protectora por desempleo del régimen público de Seguridad Social, si bien con carácter específico y diferenciado del nivel contributivo y asistencial, a los que se refiere el art. 265.1 LGSS. En concreto, es hoy el art. 265.2 del nuevo Texto Refundido de la LGSS (como antes hiciera el art. 206.2 LGSS) el que de manera indirecta realiza una referencia a la posibilidad de establecer medidas asistenciales complementarias al nivel contributivo y al nivel asistencial cuando establece que esa acción protectora comprenderá acciones específicas de

[1] Debe advertirse que la falta de ofertas de empleo para el colectivo comprendido dentro de esta franja de edad, no es sólo un problema que afecte a España, sino que resulta bastante frecuente, hasta el punto que ha sido tratado a nivel de la Comunidad Europea. Uno de los objetivos de la Comisión Europea es crear un mercado laboral para todos. La lucha contra la discriminación laboral de los grupos más desfavorecidos es uno de sus principales ejes, y por tanto el apoyo a los mayores de 45 años es uno de los objetivos de la Unión Europea, tanto para aumentar su participación en el empleo como para orientar su trayectoria laboral con el fin de prologar su vida activa, aprovechando así la experiencia y la productividad que ofrece este colectivo de trabajadores. En concreto, se plantean como objetivos principales: reducir la temporalidad, reducir la tasa de desempleo, el paro de larga duración y mejorar la intermediación laboral de los Servicios Públicos de Empleo, en particular, persiguiendo los siguientes objetivos: aumentar la tasa de empleo femenina; aumentar la tasa de ocupación de los trabajadores mayores (55-64 años); reducir la tasa de desempleo juvenil.

[2] Al respecto, entre otros, véase BENEYTO CALABUIG, D., "La reforma de la jubilación y de otras prestaciones: análisis práctico y comentarios de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social", Wolters Kluwer, Madrid, 2011.

[3] Tal compromiso queda reflejado en el Acuerdo social y económico antes mencionado en el que se ha previsto la adopción de una Estrategia global de empleo destinada específicamente a los trabajadores de más edad. Ahora bien, el aumento de la esperanza de vida y sus subsiguientes riesgos sobre la viabilidad del sistema de pensiones no es sólo propia de España, sino común al resto de los países de nuestro entorno. Los Consejos europeos de Lisboa, Estocolmo, Gotemburgo, Barcelona, Bruselas, hasta llegar a los más recientes, promueven como prioridades la prolongación de la vida activa y la desincentivación de la jubilación anticipada y países de nuestro entorno han realizado reformas legales en el sentido de reducir los estímulos al abandono prematuro de la vida activa y algunos han establecido la edad legal en los 67 años.

formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión o inserción profesional en favor de los trabajadores desempleados, puesto que los desempleados beneficiarios de la RAI necesariamente deben participar en itinerarios personalizados de esta índole dirigidos a incrementar sus oportunidades de ocupación profesional en el futuro. Por medio de esta medida se intenta avanzar en la consecución del Estado del Bienestar aportando una renta alternativa a determinados sujetos sin ingresos[4].

Así pues, con esta finalidad, el RD 1369/2006 establece un programa por el que se concede una renta activa de inserción (es decir, una aportación de carácter económico) a los desempleados que suscriben el compromiso de actividad en virtud del cual manifiestan su plena disponibilidad para buscar activamente empleo, para trabajar y para participar en las acciones ofrecidas por los servicios públicos de empleo y dirigidas a favorecer su inserción laboral[5].

Es importante tener en cuenta que, con este compromiso de actividad, se pone en marcha una medida que comparte simultáneamente características de política activa y pasiva de empleo, y que queda dirigida a los colectivos de demandante de empleo en situación de necesidad y que además, por sus concretas condiciones personales, se les presuponen menores posibilidades de ocupación.

Esta faceta dual de la RAI implica que el sujeto no sólo percibe una renta asistencial que tiene como finalidad evitar la situación pobreza, sino que además debe necesariamente participar en unas acciones formativas específicamente dirigidas a mejorar sus oportunidades de colocación laboral[6].

Por lo que a su duración y cuantía se refiere, debe destacarse que es el art. 4 del RD 1396/2006 el que configura esta medida asistencial como de cuantía reducida y limitada en el tiempo. Así pues, supondrá durante su periodo de percepción (11 meses como regla general), unos ingresos mensuales equivalente al 80 % del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) mensual vigente en cada momento. Eso sí, debe advertirse que durante la percepción de la renta activa de inserción el Servicio Público de Empleo Estatal ingresará las cotizaciones a la Seguridad Social por la contingencia de jubilación, por lo que resulta una medida especialmente útil para aquellos sujetos de edad avanzada que no han encontrado una nueva actividad profesional a través de la que seguir desarrollando su vida laboral[7] .

Es el art. 2 del citado Real Decreto el que enumera el elenco de situaciones personales en las cuales, se presume que el sujeto se enfrenta a especiales dificultades para acceder a un

[4] Sobre este tema, in extenso, véase GARCÍA ROMERO, M.B., "Rentas mínimas garantizadas en la Unión Europea", Consejo Económico y Social, Madrid, 1999. y MORENO MÁRQUEZ, G., "La reformulación del Estado del bienestar: el workfare, las políticas activas de empleo y las rentas mínimas", Revista de servicios sociales, nº. 43, 2008, págs. 143 y ss.

[5] MUÑOZ MOLINA, J., "La renta activa de inserción", Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, nº. 90, 2007, págs. 77 y ss.

[6] Este compromiso de actividad y las obligaciones que genera, queda específicamente detallado en el art. 3 del RD 1369/2006 por el que se regula el programa de Renta Activa de Inserción.

[7] En concreto, se especifica que se ingresarán las cotizaciones "conforme a lo establecido en los apartados 1 y 4 del artículo 218 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio" (art. 4.3 RD 1369/2006).

puesto de trabajo, bien por su edad, bien por encontrarse atravesando una de las situaciones consideradas de exclusión social. Con esta finalidad se contemplan una serie de requisitos que el sujeto ha de reunir simultáneamente para poder ser beneficiario de este tipo de ayuda, y que, con el paso de los años, se han vuelto cada vez más exigentes[8].

Así pues, como regla general, podrán ser beneficiarios del programa los trabajadores desempleados menores de 65 años que, a la fecha de solicitud de incorporación, reúnan los siguientes requisitos (art. 1.2 del citado RD):

a) Ser mayor de 45 años; b) Ser demandante de empleo inscrito ininterrumpidamente como desempleado en la oficina de empleo durante 12 o más meses[9]; c) No tener derecho a las prestaciones o subsidios por desempleo, o a la renta agraria; y d) Carecer de rentas, de cualquier naturaleza, superiores en cómputo mensual al 75% SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias[10].

Debe advertirse que estos requisitos, se han visto en los últimos años reformulados, con ánimo restrictivo, por lo que resulta esencial tener en cuenta que:

1º. Por lo que respecta a la inscripción como demandante de empleo, el legislador, con el fin de reducir el número de beneficiarios de este tipo de programas, pasa a insistir en que la demanda de empleo se considerará interrumpida no sólo por la realización de una

[8] A estos efectos debe advertirse que el citado precepto, ha ido modificado primero por el RD-Ley 20/2012 y por la letra b) del apartado 1 por la disposición final 2 del Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre y posteriormente por la letra b) del apartado 1 por la disposición final 3 del Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre.

[9] A estos efectos, se considerará interrumpida la demanda de empleo por haber trabajado un período acumulado de 90 o más días en los 365 anteriores a la fecha de solicitud de incorporación al programa. Al respecto, conviene tener presente que el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad añade dos párrafos a la letra b) del apartado 1 del art. 2, perfilando las obligaciones vinculadas al periodo de inscripción como demandante de empleo del beneficiario: "Durante la inscripción como demandante de empleo a que se refiere el párrafo anterior deberá buscarse activamente empleo, sin haber rechazado oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales u otras para incrementar la ocupabilidad. La salida al extranjero, por cualquier motivo o duración, interrumpe la inscripción como demandante de empleo a estos efectos. En los supuestos en que se interrumpa la demanda de empleo, se exigirá un periodo de 12 meses ininterrumpido desde la nueva inscripción".

[10] Este mismo apartado especifica que "A estos efectos, aunque el solicitante carezca de rentas, en los términos anteriormente establecidos, si tiene cónyuge y/o hijos menores de 26 años, o mayores incapacitados o menores acogidos, únicamente se entenderá cumplido el requisito de carencia de rentas cuando la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75% del Salario Mínimo Interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.
Se computará como renta el importe de los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las comunidades autónomas. Se considerarán rentas las recogidas en el artículo 215.3.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio". Sobre este tema BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., "Acceso al programa de Renta Activa de Inserción: parámetros de cálculo de la carencia de rentas", Aranzadi Social, nº. 19, 2009, soporte informático. Por otra parte, los beneficiarios de pensiones de invalidez no contributiva también podrán ser incorporados al programa si reúnen, en el momento de la solicitud, los requisitos exigidos en este artículo, excepto el establecido en el apartado 1.d) por la percepción de la pensión, siempre que se acredite que dejarán de percibirla, a través de una certificación de la Administración competente sobre la suspensión de la pensión a partir de la fecha en que se inicie el devengo de la renta activa de inserción (art. 2.3 del RD).

actividad profesional por parte del solicitante, sino también por su salida al extranjero o por la existencia de dato que revelen su falta de interés en encontrar un nuevo empleo o atender a las ofertas de puestos de trabajo que hayan podido plateárseles durante el periodo de inscripción[11].

2º. Por su parte, en lo que atañe al presupuesto de la inexistencia del derecho a otras prestaciones contributivas o asistenciales derivadas de la falta de empleo, es muy importante tener en cuenta que esta letra c), tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012, persiguiendo una finalidad claramente restrictiva, queda redactada en los siguientes términos: "*Haber extinguido la prestación por desempleo de nivel contributivo y/o el subsidio por desempleo de nivel asistencial, salvo cuando la extinción se hubiera producido por imposición de sanción, y no tener derecho a la protección por dicha contingencia*", precepto que, como a continuación se analiza con mayor detenimiento, no utiliza unas expresiones todo lo claras y precisas que hubiera sido deseable.

Al mismo tiempo, debe tenerse en cuenta que existen también ciertas especialidades destinadas a facilitar al acceso a este programa a los sujetos que se encuentran en determinadas situaciones personales. Así, a estos se les exime del requisito de la edad, del periodo mínimo de inscripción como demandante de empleo, o incluso del hecho de haber agotado previamente las prestaciones que el ordenamiento jurídico reconoce ante la contingencia de la falta de empleo, según corresponda. En concreto, los colectivos que se encuentran en una situación privilegiada, a la hora de acceder a la RAI, son el de las personas con discapacidad[12], emigrantes retornados[13], y víctimas de violencia de género[14].

[11] A estos efectos, se considerará interrumpida la demanda de empleo por haber trabajado un período acumulado de 90 o más días en los 365 anteriores a la fecha de solicitud de incorporación al programa.
Durante la inscripción como demandante de empleo a que se refiere el párrafo anterior deberá buscarse activamente empleo, sin haber rechazado oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales u otras para incrementar la ocupabilidad.
En el momento de la solicitud se deberá acreditar haber realizado durante el periodo de inscripción antes indicado acciones de búsqueda activa de empleo en la forma que se determine reglamentariamente. En tanto se produzca ese desarrollo normativo se acreditarán de la forma establecida en el artículo 3 del Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo.
La salida al extranjero interrumpe la inscripción como demandante de empleo a estos efectos.
No se considerará interrumpida la inscripción cuando el solicitante acredite que la salida al extranjero se ha producido por matrimonio o nacimiento de hijo, fallecimiento o enfermedad grave del cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o por el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, y siempre que la estancia haya sido igual o inferior a 15 días.
Asimismo, tampoco interrumpirá la inscripción la salida a países del Espacio Económico Europeo y Suiza para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, y siempre que la estancia sea inferior a 90 días.
En los supuestos en que se interrumpa la demanda de empleo, se exigirá un periodo de 12 meses ininterrumpido desde la nueva inscripción.

[12] Literalmente, el art. 2.2 del RD indica que, los sujetos deberán "a) Acreditar una minusvalía en grado igual o superior al 33%, o tener reconocida una incapacidad que suponga una disminución en su capacidad laboral del porcentaje anteriormente indicado, siempre que se reúnan los requisitos exigidos en el apartado 1, excepto el recogido en el párrafo a)".

[13] En este caso, el art. 2.2 define la preferencia citada en los siguientes términos: "b) Ser trabajador emigrante que, tras haber retornado del extranjero en los 12 meses anteriores a la solicitud, hubiera trabajado, como mínimo, *(...)*

En cualquier caso, los trabajadores beneficiarios, cualquiera que sea su situación personal, se encuentren dentro de la regla general o bajo alguna de las excepciones mencionadas, además de reunir los requisitos anteriormente citados, deberán cumplir también los dos siguientes:

a) No haber sido beneficiario de la renta activa de inserción en los 365 días naturales anteriores a la fecha de solicitud del derecho a la admisión al programa, salvo en el caso de los que acrediten un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento o la condición de víctima de violencia de género o doméstica.

b) No haber sido beneficiario de tres derechos al programa de renta activa de inserción anteriores aunque no se hubieran disfrutado por el periodo de duración máxima de la renta (apartado 4 del art. 2 del RD 2006).

Por último, se debe resaltar que, al margen de esta RAI de carácter nacional, cada Comunidad Autónoma, en ejercicio de sus propias competencias reconocidas en sus respectivos estatutos de autonomía, si lo estima conveniente y dispone de presupuesto para ello, puede llevar a cabo la función de Asistencia Social que reconoce el art. 148.1º 20 de la CE a través de sus propias Rentas Activas de Inserción autonómicas (también denominadas "subsidios" o "ayudas de inserción social") a las que podrán acceder los sujetos que residan en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma y cumplan los requisitos personales y de carencia de rentas exigidos en su respectiva convocatoria, normalmente más flexibles que los requeridos para acceder a la Renta Activa de Inserción según el RD 1369/2006. Ahora bien, no se puede negar que con ocasión de la crisis económica, esta importante medida asistencial que fue en su momento tan habitual en los ordenamientos jurídicos autonómicos, ha desaparecido en muchos de ellos, arrastrada por las políticas de recortes.

2. LA NECESIDAD DE ARTICULAR ESTRATEGIAS COORDINADAS CON EL FIN DE ESTIMULAR EL EMPLEO DE LOS COLECTIVOS ESPECIALMENTE VULNERABLES

Ahora bien, evitando el paro de larga duración se elude también el riesgo de pobreza, y con ello cesa la necesidad de idear fuentes sustitutivas de rentas con finalidad asistencial. Así pues, si dentro del colectivo de los demandantes de empleo, son los sujetos de edad más avanzada los que encuentran mayor dificultad para acceder a un nuevo puesto de trabajo, resultaba lógico esperar que el legislador les prestase una atención especialmente

seis meses en el extranjero desde su última salida de España y esté inscrito como demandante de empleo, siempre que se reúnan los requisitos exigidos en el apartado 1, excepto el recogido en el párrafo b)".

[14] En concreto, esta excepción queda configurada de la siguiente manera: "c) Tener acreditada por la Administración competente la condición de víctima de violencia de género o doméstica, salvo cuando conviva con el agresor, y estar inscrita como demandante de empleo", aunque en este caso, no será preciso que esta inscripción supere los 12 meses, ni tampoco, que el solicitante tenga más de 45 años, aunque sí será preciso acreditar la carencia de rentas. Al mismo tiempo, pese a la amplitud con que en abstracto configura el Código Penal, el tipo penal relativo a la "violencia doméstica", adviértase que a los efectos de este programa, la violencia doméstica contemplada en el artículo 173 del Código Penal queda limitada a la ejercida sobre el cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad o sobre los hijos o los padres.

cuidadosa[15]. Y lo hace a través de dos tipos de estrategias: formación profesional e incentivos en la cuota de cotización a la Seguridad Social para las empresas que optan por contratar a personas de edad superior a los 45 años.

2.1. Programas de recualificación profesional

Para poner remedio a esta situación, en los últimos años se están llevando a cabo acciones de formación profesional específicamente dirigidas a este colectivo de demandantes de empleo, con el fin de incrementar sus oportunidades de colocación. Y es que además, muchos de estos demandantes de empleo de mayor edad provienen de sectores de producción actualmente considerados excedentarios, lo que acentúa aún más sus dificultades laborales. Ante esta situación, se hace necesario recualificar a este tipo de concreto de demandantes de empleo, dotándolos de una nueva especialización profesional, suficiente para brindarles nuevas oportunidades de trabajo en actividades muy distintas a las que venían realizando.

En concreto, es el art. 3 del Real Decreto-ley 1/2011, todavía vigente, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas el que hace una referencia especial a las "Acciones de mejora de la empleabilidad que combinen actuaciones de orientación profesional y formación para el empleo". Dichas acciones se centran en los colectivos de trabajadores de mayor y menor edad respectivamente y se formulan de la siguiente manera:

"Los Servicios Públicos de Empleo se dirigirán, durante un año desde la entrada en vigor de esta norma, a jóvenes, mayores de 45 años en situación de desempleo de larga duración, a personas procedentes del sector de la construcción y de otros afectados por la crisis que, dentro de estos colectivos, tengan baja cualificación, para llevar a cabo acciones de mejora de su empleabilidad, mediante itinerarios individuales y personalizados de empleo, que incrementen sus oportunidades de ocupación" (art. 3.1).

Los Servicios Públicos de Empleo destinarán a la realización de los itinerarios individuales y personalizados de empleo para los colectivos mencionados, el número de orientadores, promotores de empleo y personal propio, que determinen en función de los objetivos establecidos en el protocolo citado en el apartado anterior. A este fin, podrán también contar con el apoyo de entidades colaboradoras" (art. 3.3)[16].

2.2. Bonificaciones en las cuotas de cotización a la Seguridad Social

Existen diferentes incentivos a la contratación de ciertos colectivos de trabajadores, como por ejemplo, personas en situación de exclusión social, víctimas de violencia de género, minusválidos, o sujetos menores de 30 años, etc. Ahora bien, esta gran diversidad de causas personales de bonificación se ha visto recientemente muy simplificada. Y es que con el RD-Ley 20/2012 se eliminan gran parte de las bonificaciones hasta ahora existentes,

[15] Sobre este tema, véase GARCÍA ROMERO, M.B. "La protección social española frente a situaciones de exclusión social: deficiencias y propuestas de mejora", *Documentación Laboral*, nº. 104, 2015, págs. 49-72.

[16] Las acciones de políticas activas de empleo, y especialmente las de formación profesional para el empleo y de empleo-formación, cubrirán prioritariamente todas las actuaciones que, como resultado de la elaboración de los itinerarios, requieran las personas desempleadas beneficiarias del plan para mejorar su empleabilidad (art. 3.4).

facilitando el sistema. Se cumple así con las recomendaciones de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios de dirigir las bonificaciones a la contratación a colectivos con dificultades objetivas y especiales para acceder al mercado de trabajo, haciéndolas más efectivas y ofreciendo mayor seguridad jurídica.

En concreto, con la Disposición transitoria 6ª del RD-Ley 20/2012 se suprimen todas las bonificaciones a excepción de las destinadas a la contratación de discapacitados, así como a la contratación, a través de nuevo contrato de apoyo a los emprendedores, de jóvenes y mayores de 45 años parados de larga duración. Se mantienen igualmente las bonificaciones a la contratación de jóvenes que se constituyan como autónomos, y personas que sustituyen a víctimas de violencia de género y trabajadores en baja por maternidad. Entre las bonificaciones subsistentes que inciden sobre la contratación de trabajadores de más edad, cabe destacar:

- Por una parte, las bonificaciones a la contratación en el caso del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores previsto en el RD-Ley 3/2012 para mayores de 45 años inscritos en la oficina de empleo al menos 12 meses en los 18 anteriores a la contratación, así como las deducciones fiscales que este tipo de contrato implica.

- Y por otra, las bonificaciones a la contratación indefinida de personas discapacitadas que establece la Ley 43/2006, que resultan ser particularmente intensas cuando se trata de sujetos mayores de 45 años[17].

3. PROTECCIÓN POR DESEMPLEO Y RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN. EL PAPEL RESIDUAL DE ESTA MEDIDA ASISTENCIAL

No se puede negar que, por el importante papel que desempeña en la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos, el sistema español de Seguridad Social constituye una de las piezas esenciales del actual Estado del bienestar. Y es que aunque en los últimos tiempos, con ánimo de ahorro, se haya reestructurado el sistema de protección, endureciendo los requisito de acceso a la jubilación contributiva, al mismo tiempo se han articulado también una serie de medidas complementarias destinadas a ofrecer un renta asistencial a las personas que, no han logrado reincorporarse al mercado de trabajo, ayudas que se intensifican para los parados de larga duración de edad más avanzada.

Precisamente con esta finalidad, entran en juego distintas medidas asistenciales (y por tanto, subsidiarias), destinadas a paliar la ausencia de rentas de los parados de larga duración.

[17] Debe destacarse que la Disposición transitoria 6ª del RD-Ley 20/2012 deja sin efectos las bonificaciones excepcionales a la contratación temporal en el caso de desempleados inscritos en el SPE, mayores de 52 años beneficiarios de cualquiera de los subsidios del art. 215 LGSS con contrato a tiempo completo y de más de tres meses y las bonificaciones o reducciones para el mantenimiento del empleo en el caso de Contratos de carácter indefinido de concertados con trabajadores 60 o más años con una antigüedad en la empresa de 5 o más años. Contratos de carácter indefinido de trabajadores 59 o más años con una antigüedad en la empresa de 4 o más años (Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo y RD –Ley 1/2011 para promover la transición hacia el empleo estable y de calidad). Por el contrario, la citada Disposición transitoria 6ª del RD-Ley 20/2012 declara expresamente subsistentes las bonificaciones hasta ahora existentes a la contratación de personas discapacitadas.

A estos efectos, debe recordarse que el entramado de ayudas económicas previstas con finalidad asistencial, ha cambiado de forma radical en los últimos años[18]. En el año 2006, la RAI ocupaba un tercer escalón en el sistema de protección social, que actuaría una vez descartadas tanto la prestación contributiva por desempleo como el subsidio por desempleo. Ahora bien, es en los últimos años cuando se aprecia que estos escalones previos se multiplican.

Así, actuando como ejemplos claramente demostrativos de lo que se viene denominando "políticas pasivas" de empleo[19], durante los años más duros de la crisis económica, se han aprobado dos medidas con finalidad asistencial, y que pretenden actuar como una forma de prolongación del subsidio por desempleo: el denominado "plan prepara"[20] y la reciente "prestación extraordinaria por desempleo"[21]. Aunque configuradas

[18] Al respecto, cfr. AAVV, "Temas de Seguridad Social", (coord. LÓPEZ ANIORTE M.C.), Ed. Diego Marín, Murcia, 2012 y AAVV, "Lecciones de Seguridad Social", (coord. GARCÍA ROMERO, M.B.), Ed. Diego Marín, Murcia, 2015. También, GORELLI HERNÁNDEZ, J., "Protección por desempleo en un escenario de crisis de empleo", Temas Laborales: Revista Andaluza de trabajo y Bienestar Social, nº. 112, 2011, págs. 221 y ss.

[19] Aunque sí define qué ha de entenderse por "políticas activas de empleo", paradójicamente, la Ley de Empleo no ofrece una definición directa del concepto de políticas pasivas de empleo, sino que se trata de un concepto creado por oposición al término "políticas activas". Es el art. 23.2 LE el que, después de definir en su apartado 1 qué ha de entenderse por políticas activas de empleo especifica que "dichas políticas se complementarán y se relacionarán, en su caso, con la protección por desempleo regulada en el título III de la LGSS. La acción protectora por desempleo a que se refiere el art. 206 LGSS comprende las prestaciones por desempleo de nivel contributivo y asistencial y las acciones que integran las políticas activas de empleo", lo que nos permite deducir que junto a las políticas activas de empleo, necesariamente deben convivir otras, de signo contrario que, podrían calificarse (aunque la Ley de Empleo no utilice expresamente este término) como «políticas pasivas de empleo». Parece que el legislador asimila el concepto de "política pasiva de empleo" a aquellas que están destinadas a actuar a modo de sustitutivo de rentas de aquellos sujetos que han perdido su puesto de trabajo, y con él, su principal fuente de ingresos. Esta noción económica, complementaria y paliativa de las políticas pasivas de empleo, subyace también en el art. 1 LE que, teniendo en cuenta lo establecido en los arts. 40 y 41 CE, indica, como ya se ha apuntado, que la política de empleo "es el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las Comunidades Autónomas que tienen por finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo, a la reducción de las situaciones de desempleo y a la debida protección en las situaciones de desempleo".

[20] La denominada prestación extraordinaria por desempleo (o "Plan Prepara"), está dirigida a personas que, además de haber perdido el empleo y agotado las prestaciones ordinarias que pudieran corresponderles, carezcan de rentas. Se trata de una medida de naturaleza asistencial que inicialmente introdujo el RD-ley 1/2011 con carácter coyuntural, y que ha sido sucesivamente prorrogada hasta que el RD-ley 1/2013 optó por mantenerla sin solución de continuidad mientras la tasa de paro del país no baje del 20%.

[21] Precisamente con la intención de paliar las situaciones de necesidad que ha dejado a su paso la crisis económica, y que revisen episodios de máxima crudeza respecto a los parados de larga duración, el Gobierno optó por aprobar el denominado "Programa Extraordinario de Activación para el Empleo" regulado por Real Decreto-Ley 16/2014, de 19 de diciembre (BOE 20 de diciembre), todavía en vigor. En concreto, con esta medida, se amplía la lista de prestaciones no contributivas destinadas a cubrir la contingencia de la falta de empleo, como también lo son los subsidios por desempleo, la Renta Activa de Inserción o el Plan Prepara. Es importante tener en cuenta que esta nueva ayuda económica equivalente al 80% del IPREM (426 euros/mes) se contempla como una medida residual y subsidiaria a la que podrán acceder únicamente los parados de larga duración con cargas familiares, cuyo hogar familiar se encuentre en una situación de carencia de ingresos, cuya última relación laboral no se haya extinguido por decisión voluntaria del trabajador y que además hayan agotado las restantes ayudas económicas que el ordenamiento jurídico contemplaba con esta finalidad al menos, seis meses antes de solicitar esta prestación. Se trata además de una medida circunstancial, puesto se contempla que únicamente se podrán presentar solicitudes de incorporación al programa entre el 15 de enero de 2015 y el 15 de abril de 2016, momento a partir del cual se espera que se hayan atenuado las consecuencias de la crisis económica.

como medidas temporales (no sólo por lo que respecta a su vigencia en el ordenamiento jurídico, que se prevé circunstancial hasta que mejore la situación del mercado de trabajo) como por lo que atañe al tipo de protección económica que proporcionan el trabajador desempleado (en principio, les reportan atención económica durante seis meses), al quedar organizadas como un conjunto de instrumentos de aplicación sucesiva, con ellas se pretende garantizar un mínimo vital a los desempleados durante un periodo de tiempo prolongado (muchas veces, suficiente para encontrar un nuevo empleo, o al menos, si no han logrado encontrarlo, para acercarse sin penurias económicas a la edad legal de jubilación)[22].

A la vista de lo expuesto, se aprecia que hoy en día, la Renta Activa de Inserción (en adelante RAI) se convierte en la última vía de continuación de los ingresos asistenciales de la que hoy disponen los parados de larga duración, pues ha quedado configurada como una opción residual a la que recurrir únicamente en casos extremos[23].

Confrontando los datos que ofrecen las cifras de empleo, resultan obvias las dificultades a las que se enfrentan los trabajadores de más edad que han perdido su empleo a la hora de reincorporarse al mercado de trabajo. Así pues, en los últimos años, casi las tres cuartas partes de las contrataciones se celebran con los grupos de edad inferiores a los 45 años. En particular, el grupo menos contratado es el de mayores de 55 años, cifras de contratación que pasan a ser prácticamente simbólicas si de lo que se trata es de valorar el porcentaje de contratación que representan las mujeres mayores de 55 años sobre el total de los contratos de trabajo firmados en España a lo largo de un año[24].

Ahora bien, lo que no se puede olvidar es que la medida de retrasar la edad de jubilación con el fin de prolongar la vida activa del trabajador para garantizar la sostenibilidad futura del sistema de pensiones, debe presentarse indisolublemente unida a otra actuación complementaria: se han de articular mecanismos eficaces destinados tanto a favorecer el mantenimiento en el mercado de trabajo de los trabajadores de más edad como a

[22] La pobreza es el principal factor desencadenante de la exclusión social, pobreza que a su vez, viene provocada en la mayor parte de los casos por la carencia de un puesto de trabajo, factor que en la práctica genera dicha situación de falta de ingresos. La Unión Europea ha identificado el restablecimiento del crecimiento económico y la provisión de más y mejores puestos de trabajo como los factores fundamentales en la lucha contra la pobreza. Con el fin de contribuir a alcanzar esto, la Comisión Europea propone la creación de una Plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social. Cfr. AAVV, "La plataforma europea contra la pobreza y la exclusión social: un marco europeo para la cohesión social y territorial", Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2011. http://bookshop.europa.eu/es/la-plataforma-europea-contra-la-pobreza-y-la-exclusi-n-social-pbKE3111252/

[23] Sobre la RAI, cfr. GARCÍA ROMERO, M.B. "Lagunas de cobertura del sistema español de Seguridad Social y la necesaria reordenación del nivel no contributivo", *Revista de Derecho Social*, nº. 68, 2014, págs. 80 y ss.

[24] Debe advertirse que la falta de ofertas de empleo para el colectivo comprendido dentro de esta franja de edad, no es sólo un problema que afecte a España, sino que resulta bastante frecuente, hasta el punto que ha sido tratado a nivel de la Comunidad Europea. Uno de los objetivos de la Comisión Europea es crear un mercado laboral para todos. La lucha contra la discriminación laboral de los grupos más desfavorecidos es uno de sus principales ejes, y por tanto el apoyo a los mayores de 45 años es uno de los objetivos de la Unión Europea, tanto para aumentar su participación en el empleo como para orientar su trayectoria laboral con el fin de prologar su vida activa, aprovechando así la experiencia y la productividad que ofrece este colectivo de trabajadores. En concreto, se plantean como objetivos principales: reducir la temporalidad, reducir la tasa de desempleo, el paro de larga duración y mejorar la intermediación laboral de los Servicios Públicos de Empleo, en particular, persiguiendo los siguientes objetivos: aumentar la tasa de empleo femenina; aumentar la tasa de ocupación de los trabajadores mayores (55-64 años); reducir la tasa de desempleo juvenil.

promover la reincorporación profesional de quien pierde su empleo en los últimos años de su vida laboral[25]. Y es que en caso contrario, los trabajadores de más edad quedarían en una situación de gran desprotección.

De esta manera, aunque desde el momento en que una persona acceda a la situación de jubilación, dejará de ser colectivo de atención por parte de la RAI, cuando más se atrase esta situación, más amplio será el colectivo de potenciales beneficiarios que, encontrándose todavía dentro del grupo de la población activa, por su edad, encuentran más dificultades a la hora de acceder a un empleo.

4. CONCLUSIONES

Pese a que se comienzan a apreciar los primeros síntomas de recuperación económica, parece que todavía son los desempleados de más edad los que siguen sufriendo con más fuerza los efectos negativos que ha dejado a su paso el periodo de inestabilidad económica que ha sufrido España. Los datos que arroja la RAI al respecto son contundentes[26]: el número de beneficiarios de esta prestación, pese al aumento generalizado de las cifras de contratación laboral y el descenso global que experimenta el número de demandantes de empleo, sigue en aumento.

Este comportamiento se convierte en el principal indicio demostrativo de las serias dificultades que encuentran los trabajadores de más edad para reincorporarse al mercado laboral, pues es precisamente este colectivo el que resulta de atención preferente por parte de la citada medida. Y es que, a pesar del notable endurecimiento de los requisitos de acceso a esta prestación que llevó a cabo el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad[27], con el fin de

[25] Tal compromiso queda reflejado en el Acuerdo social y económico antes mencionado en el que se ha previsto la adopción de una Estrategia global de empleo destinada específicamente a los trabajadores de más edad. Ahora bien, el aumento de la esperanza de vida y sus subsiguientes riesgos sobre la viabilidad del sistema de pensiones no es sólo propia de España, sino común al resto de los países de nuestro entorno. Los Consejos europeos de Lisboa, Estocolmo, Gotemburgo, Barcelona, Bruselas, hasta llegar a los más recientes, promueven como prioridades la prolongación de la vida activa y la desincentivación de la jubilación anticipada y países de nuestro entorno han realizado reformas legales en el sentido de reducir los estímulos al abandono prematuro de la vida activa y algunos han establecido la edad legal en los 67 años.

[26] El sistema español de protección social, articulado desde 1984 en los conocidos niveles contributivo y asistencial, se completa desde 2002 con un tercer nivel o escalón "dentro de la acción protectora por desempleo" denominado Renta Activa de Inserción (según reconocía el apartado 4 de la Disposición final 5ª de la entonces vigente LGSS, incorporado por Ley 45/2002, de 12 diciembre) y actualmente desarrollado por el RD 1369/2006. Se trata de una ayuda de naturaleza asistencial dirigida a potenciar la posible ocupabilidad futura de sus beneficiarios. concurre alguna de las siguientes circunstancias: ser mayor de 45 años inscrito como demandante de empleo al menos doce meses, sin derecho a prestación contributiva o a subsidio y carecer de rentas superiores al 75% del Salario Mínimo Interprofesional excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias. O bien, tratarse de personas con discapacidad, emigrantes retornados o víctimas de la violencia de género.

[27] A partir de la entrada en vigor de esta reforma, para ser perceptor de este tipo de ayuda no basta con no tener derecho a prestación contributiva o subsidio por desempleo, tener más de 45 años, ser parado de larga duración y no haber rechazado ninguna oferta de empleo adecuada ni negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales, sino que también se exige, como regla general y salvo contadas excepciones, "haber extinguido la prestación por desempleo de nivel contributivo o el subsidio por desempleo de nivel asistencial".

contener el gasto público, no se ha logrado ni contener ni mucho menos reducir el número de beneficiarios (aunque quizá si ha contribuido a moderar el incremento del número de beneficiarios, que previsiblemente hubiera sido intensísimo de no introducirse estas nuevas medidas de recorte).

Pese a todo no se puede dejar de destacar que este comportamiento, en realidad, era previsible, pues desde el momento en el se combina el incremento de la edad de acceso a la jubilación, con unas elevadísimas cifras de desempleo, la consecuencia directa será sin duda el incremento de desempleados de larga duración, mayores de 45 años y sin ingresos, colectivo de atención preferente por parte de la RAI. Y es que el legislador ha encontrado en esta técnica una forma de reducir el gasto público, pues si el desempleado no puede acceder (al haberse endurecido el presupuesto de la edad) a la pensión de jubilación, aunque la prolongación de la situación de falta de empleo lo convierta en beneficiario de la RAI, al ser esta prestación de escasa cuantía (80% IPREM anual) y duración determinada en el tiempo (en principio, de 11 meses), seguirá suponiendo un ahorro para el Estado, que se evitar tener que hacer frente a la pensión de jubilación, de cuantía generalmente muy superior.

En otro orden de cosas, es importante tener en cuenta que, como ya ha confirmado reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional[28], el art. 41 CE no condiciona un nivel mínimo de protección, sino que simplemente remite a los poderes públicos el desarrollo del sistema de Seguridad Social, ofreciendo en cada momento la cobertura que aconsejen las circunstancias sociales y económicas del país.

De la misma forma, no existe tampoco un derecho adquirido por parte de la sociedad a mantener, como mínimo, el nivel de cobertura alcanzado, sino que los poderes públicos, dentro del derecho y obligación de configuración del sistema de Seguridad Social, y atendiendo tanto a las necesidades sociales, como a la disponibilidad presupuestaria de cada momento ampliarán o reducirán la intensidad de la cobertura según corresponda. Hoy en día, se pueden citar numerosos ejemplos que demuestran la evolución del nivel de protección social que ha experimentado nuestro sistema de Seguridad Social con el paso de los años, atendiendo a las circunstancias históricas, necesidades sociales y disponibilidad presupuestaria de cada momento[29].

[28] Cfr. SSTC 26/1987, de 27 de febrero, 76/1988, de 26 de abril y 37/1994, de 10 de febrero.

[29] Se trata por tanto de un sistema dinámico, que varía constantemente a lo largo del tiempo. Así pues, unas veces, las nuevas demandas sociales de protección han aconsejado ampliar el abanico de prestaciones ofrecidas. Otras veces en cambio, las circunstancias históricas que atraviesa España han obligado a reducir el alcance de la acción protectora que ofrece el sistema de Seguridad Social ante situaciones de necesidad. Así pues, unas veces, las nuevas demandas sociales de protección han aconsejado ampliar el abanico de prestaciones ofrecidas. Esto es lo que explica la reciente introducción de la "prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos" o la creación de la "prestación por paternidad" –así como del correspondiente permiso por paternidad– (introducida por LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que implicó la introducción de un art. 48. bis ET así como de los arts. 133 bis y 133 ter de la en ese momento vigente LGSS) o de la "prestación por riesgo durante la lactancia natural" (también introducida por LO 3/2007). Otras veces en cambio, las circunstancias históricas que atraviesa España han obligado a reducir el alcance de la acción protectora que ofrece el sistema de Seguridad Social ante situaciones de necesidad. Por ejemplo, la falta de liquidez presupuestaria es la que explica la desaparición del denominado cheque-bebé, como coloquialmente se conocía a la cita prestación familiar no contributiva, hoy suprimida[29]. Al mismo tiempo, son importantes las restricciones en lo que respecta al acceso gratuito a la prestación de de asistencia sanitaria que, por motivos

(...)

En el momento actual, deben resaltarse diversas propuestas políticas que, en busca de una generalización del estado del bienestar, persiguen ampliar de forma sustancial tanto la cuantía como el elenco de potenciales beneficiarios de la Renta Activa de Inserción, Ahora bien, a la vista de lo expuesto, debe plantearse necesariamente la siguiente cuestión: en el momento actual ¿tendría cabida en nuestro ordenamiento jurídico una Renta de Inserción de aplicación generalizada?

En otras palabras, si en los últimos años, la necesidad de contener el gasto público ha motivado una progresiva restricción de los presupuestos de acceso a la RAI vigente, en un futuro próximo, ¿podría llegar a configurarse esta medida asistencial como un derecho básico de cualquier persona sin ingresos como propugna cierto sector de opinión?

Obviamente, es la decisión política de cada momento la que determina la forma de distribución de los ingresos públicos, especificando en cada momento cuáles serán sus objetivos prevalentes. Por lo que teóricamente, el legislador es libre de establecer una u otra política, siempre que cuente con el respaldo de las oportunas mayorías parlamentarias. Pero lo que no se puede negar es que este tipo de decisiones, deben adoptarse de forma coordinada no sólo con la situación del mercado laboral en cada momento, sino también con la cuantía vigente del Salario Mínimo Interprofesional.

Y es que, aunque ideadas con el fin de ofrecer una fuente sustitutiva de rentas a las personas que se han visto apartadas del mercado de trabajo, si el importe de este tipo de ayudas no resulta ser muy diferente a la cuantía del SMI, podría producir efectos indeseados sobre el sistema de Seguridad Social, desequilibrando las reglas de la oferta y la demanda en el mercado de trabajo, al mismo tiempo que se genera un gasto ingente para las arcas públicas.

Así, podría anticiparse que, si la diferencia entre esta eventual *renta básica, renta social o ingreso mínimo público* que propugnan ciertos partidos políticos y el SMI vigente en cada momento no es muy acusada, se podría llegar a desincentivar el ánimo laboral por parte de sus potenciales beneficiarios, que pueden actuar movidos por la comodidad que reporta una fuente periódica de ingresos sin exigir contraprestación a cambio. Incluso, aunque como resulta previsible, el abandono involuntario del puesto de trabajo o el rechazo injustificado de una oferta de trabajo pudiera actuar como uno de los presupuestos imprescindibles

económicos, impone el RD-Ley 16/2012. En concreto, como se ha explicado en estas líneas, el citado RD-Ley introduce cambios radicales en lo que a al derecho a recibir asistencia sanitaria por parte de los extranjeros no comunitarios residentes en España se refiere. La misma necesidad objetiva de limitar el gasto público ha derivado también en la modificación del régimen de cofinanciación de los medicamentos por parte de los usuarios y la actualización de la lista de medicamentos que quedan excluidos de la prestación farmacéutica en el Sistema Nacional de salud[29]. Por otra parte, también la Ley 27/2011 (con efectos desde el 1 de enero de 2013) endurece los requisitos de acceso a la pensión de jubilación. Desde otro punto de vista, pero también siguiendo esta línea restrictiva, el reciente RD-Ley 20/2012 (julio 2012) reduce la cuantía de la prestación contributiva por desempleo una vez transcurridos 6 meses desde su percepción, del 60% al 50%, y también elimina determinados causas de acceso al subsidio por desempleo (mayores de 45 años aún sin cargas familiares) y endurece en general los requisitos de acceso a tal medida asistencial. Lo mismo ocurre con las posibilidades de acceder a Rentas Activas de Inserción y a prestaciones económicas dentro del programa integral de apoyo a personas en situación de Dependencia, seriamente reducidas con la finalidad de reducir en la medida de lo posible el gasto público desde la entrada en vigor del citado RD-Ley 20/2012.

exigidos para acceder o conservar estas hipotéticas ayudas, no se puede negar que en ciertas ocasiones puede resultar muy difícil de delimitar el verdadero desinterés de un sujeto por incorporarse a la vida activa, de la dificultad que sufren ciertos colectivos a la hora de encontrar un puesto de trabajo adaptado a sus particulares condiciones personales, lo que agravaría, si cabe, todavía más el problema.

Parece entonces que si, motivos de oportunidad política aconsejan generalizar este tipo de rentas, redistribuyendo el gasto público con finalidad social, este tipo de decisión debe adoptarse de forma indisolublemente unida a un importante aumento de la cuantía actual del SMI (con las ventajas –para los trabajadores– e inconvenientes –para las empresas– que esta decisión sin duda llevaría aparejada). Y es que aunque muchas veces pasa desapercibido este hecho, sólo una perfecta coordinación entre ambos factores generaría la correcta aplicación de este tipo de ayudas sociales a la finalidad exacta para la que fueron creadas, sin producir desviaciones ni abusos en su percepción.

A la vista de lo expuesto, puede concluirse que tanto la delimitación subjetiva de los potenciales beneficiarios de la RAI, como el importe económico al que ascienden cada momento este tipo de ayudas, así como su papel, en mayor medida residual o no dentro del sistema de protección social, aunque se trate en todo momento de una decisión política, no puede considerarse una medida aislada, sino que presenta puntos de conexión tan fuertes con el nivel de desempleo de un país, con el nivel impositivo y con el nivel de ingresos medio de sus ciudadanos, que toda decisión que se pueda adoptar al respecto, debe haber valorado todos los extremos citados. En caso contrario, más que haberse reforzado las políticas pasivas de empleo en el país, se habrá simplemente ensayado un sistema avocado al fracaso.

Medidas de apoyo al emprendimiento individual
Measures to support individual entrepreneurship

Mª BELÉN FERNÁNDEZ COLLADOS
PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE MURCIA

Resumen

En el actual contexto socio-económico y laboral, el emprendimiento es una de las pocas alternativas a la creación de empleo. Son muchas las medidas que directa o indirectamente se pueden considerar como estímulos al emprendimiento, sin embargo, este trabajo se ciñe exclusivamente al análisis y la reflexión crítica de dos medidas de apoyo directo al autoempleo individual: las subvenciones al programa de promoción del empleo autónomo entre los demandantes de empleo; y las bonificaciones y reducciones en las cotizaciones a la Seguridad Social, y a una medida de apoyo indirecto: los instrumentos de conciliación de la vida familiar y el autoempleo

Palabras clave

Emprendimiento/Empleo/Subvención/Seguridad Social

Abstract

In the current socio-economic and employment context, entrepreneurship is one of the few alternatives to job creation. There are many measures that directly or indirectly can be considered as incentives for entrepreneurship, however, this work is limited exclusively to the analysis and critical reflection of two measures of direct support to individual self-employment: grants program promoting self-employment among jobseekers; and the price increases and reductions in social security contributions, and a measure of indirect support: instruments reconciling family life and self-employment.

Keywords

Entrepreneurship/ Employment/ Subvention/ Social Security

Sumario: 1. Aspectos preliminares: autoempleo como política activa de empleo y delimitación del objeto de estudio. 2. Subvenciones para la promoción del empleo autónomo entre los demandantes de empleo. 3. Reducciones y bonificaciones a la seguridad social. 3.1 Aspectos introductorios. 3.2 Trabajadores con edad igual o superior a 30 años. 3.3 Emprendimiento juvenil. 3.4 Personas con discapacidad, víctimas de violencia de género y víctimas del terrorismo. 3.5 Familiares del trabajador autónomo. 3.5.1 Bonificaciones por altas de familiares colaboradores de trabajadores autónomos. 3.5.2 Reducción de cuotas a favor de determinados familiares del titular de la explotación agraria. 3.6 Trabajadores autónomos de Ceuta y Melilla. 4. Instrumentos de conciliación de la vida familiar y el autoempleo. 4.1 Aspectos Introductorios. 4.2 Bonificación en las cuotas de Seguridad Social para trabajadores autónomos, en periodo de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o suspensión por paternidad. 4.3 Bonificación a trabajadores incluidos en el RETA por conciliación de la vida profesional y familiar vinculada a la contratación. 4.4 Modificación del régimen jurídico de los trabajadores autónomos económicamente dependientes. 5. Conclusiones.

1. ASPECTOS PRELIMINARES: AUTOEMPLEO COMO POLÍTICA ACTIVA DE EMPLEO Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

Desde que en 2008 España entrara oficialmente en un periodo de crisis económica que sigue prolongándose *sine die*, la destrucción de empleo viene siendo una constante difícil de resolver por los poderes públicos.

Entre otras medidas, a partir del año 2010, el marco legal de las políticas de empleo se viene sometiendo a una profunda revisión a través de diferentes instrumentos normativos[1] y se han incrementado las políticas activas de empleo, que en España carecen de una larga trayectoria, remontándose sus orígenes a la segunda mitad de la década de los 80.

Con la crisis económica, el ya iniciado decaimiento del tradicional sistema de trabajo nacido en la época industrial se acentúa, de manera que ya en pleno siglo XXI el modelo de producción fordista es ineludiblemente sustituido por un nuevo modelo micro-empresarial derivado de la revolución tecnológica y caracterizado por la descentralización productiva, el uso masivo de las nuevas tecnologías y la interdependencia de los mercados, que comporta inevitablemente una drástica reducción de la oferta de trabajo asalariado[2]. Ante esta realidad es preciso buscar nuevas alternativas y surge así "el emprendimiento" como una versión renovada del trabajo autónomo con la que además de autoemplearse, el autónomo contribuye con su idea a una nueva fórmula de negocio[3]. No obstante, cabe advertir que el término emprendedor se utiliza por el legislador con cierta impropiedad, y aunque en ocasiones se acerca a su impronta economicista vinculándolo a la gestación de nuevas actividades productivas[4], o en otras se asocia al tamaño de la empresa[5], normalmente equivale, sin más, al empresario o empleador del art. 1.2) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET, en adelante)[6], y al trabajador por cuenta propia incorporado al sistema de Seguridad

[1] Vid. FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: "Las políticas activas de empleo durante la crisis actual y su aplicación a los inmigrantes como colectivo prioritario", Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social, nº 377-378/2014, págs. 74-78.

[2] GARCÍA VALVERDE, M. D.: "Promoción y fomento del autoempleo", Temas Laborales, núm. 81/2005, págs. 100-101.

[3] Para LÓPEZ ANIORTE, M.C.: "Precisando conceptos: autónomo, empresario y emprendedor" en VV.AA.: Fomento del trabajo autónomo y la economía social. Especial referencia a las novedades introducidas por la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, FARIAS BATLLE, M. Y FERRANDO GARCÍA, F.M. (Dir.), Aranzadi, 2015, pág. 56, "Con este término, procedente del ámbito de la económica, se enfatiza la idea de riesgo que acompaña a quien asume con determinación la puesta en marcha de un negocio".

[4] Ley 14/2013 en su art. art. 70.1, a los efectos de conceder facilidades para entrar y residir en España, entiende como actividad emprendedora aquella que sea de carácter innovador con especial interés económico para España y a tal efecto cuente con un informe favorable del órgano competente de la Administración General del Estado.

[5] En la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, a través de la regulación del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, entiende por tales "las empresas que tengan menos de 50 trabajadores" (art. 4.1).

[6] La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo los emprendedores y su internacionalización, identifica al emprendedor como aquella persona (física o jurídica) que desarrolle una actividad económica empresarial o profesional (art. 3º).

Social[7], con lo que cabe la duda de si realmente dicho término ha acabado aportando algo específico[8].

Con independencia del término que se utilice, a la vista de que pese a las diferencias entre autónomo, empresario y emprendedor[9], el legislador los usa indistintamente, lo cierto es que el autoempleo, entendido como "la puesta en marcha de una actividad económica, por una o varias personas, con el objetivo fundamental de conseguir con ello una ocupación o puesto de trabajo, siendo precisamente el trabajo su principal aportación e interés en la empresa"[10], en el actual contexto socio-económico y laboral, parece ser una de las pocas alternativas a la creación de empleo, sobre todo para determinados colectivos, y por ello una parte destacada de las políticas activas de empleo han puesto su punto de mira en el autoempleo tanto individual como colectivo[11].

El art. 36.1 del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (LE, en adelante), define las políticas activas de empleo como "el conjunto de servicios y programas de orientación, empleo y formación profesional para el empleo en el ámbito laboral dirigidas a mejorar las posibilidades de acceso al empleo, por cuenta ajena o propia, de las personas desempleadas, al mantenimiento del empleo y a la promoción profesional de las personas ocupadas y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social". Así pues, el trabajo autónomo no sólo no queda excluido de las políticas activas de empleo, sino que se consideran como tales las medidas dirigidas hacia el fomento del espíritu empresarial y la economía social.

El marco legal de las políticas activas de empleo está subordinado a la condición de Estado miembro de la Unión Europea, donde el fomento del trabajo autónomo no es ninguna novedad, pues ya en el Consejo de Essen, en diciembre de 1994, se comienza a tomar conciencia del relevante papel que el autoempleo puede desempeñar en orden a la creación de empleo, siendo con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam y, en particular, a través del Título VIII sobre el empleo, decidido en el Consejo Europeo Extraordinario sobre el Empleo, celebrado en 1997 en Luxemburgo, cuando el autoempleo se incluye entre las distintas medidas propuestas para la creación de empleo[12]. La hoja de ruta de la política de empleo española, plasmada en la Estrategia Española de Empleo, ha sido trazada por la "Estrategia Europea 2020. Una estrategia para el crecimiento inteligente, sostenible e

[7] Los arts. 1 y ss. de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

[8] SEMPERE NAVARRO, A. V. Y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: "Emprendedores y reformas laborales", Revista Doctrinal Aranzadi Social, num.8/2013 (BIB 2013\2367).

[9] A este respecto resulta muy clarificador vid. LÓPEZ ANIORTE, M.C., op. cit., págs. 33-60.

[10] GARCÍA VALVERDE, M. D., op. cit., pág. 105.

[11] No obstante, este trabajo se centra exclusivamente en al autoempleo individual. Sobre los incentivos laborales al autoempleo colectivo vid. CAVAS MARTÍNEZ, F.: "Incentivos laborales al autoempleo colectivo (I). Incentivos a la constitución de empresas de economía social" y SELMA PENALVA, A.: "Incentivos laborales al autoempleo colectivo (II). Incentivos a la contratación de trabajadores por empresas de economía social" en FARIAS BATLLE, M. y FERRANDO GARCÍA, F.M. (Dir.) VV.AA.: Fomento del trabajo autónomo y la economía social. Especial referencia a las novedades introducidas por la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, Aranzadi, 2015, págs. 241-294.

[12] Cfr. GARCÍA VALVERDE, M. D., op. cit., págs. 108-109.

integrador"[13], en la que se reconoce el emprendimiento y el trabajo por cuenta propia como aspectos fundamentales para el logro del objetivo de crecimiento inteligente, sostenible e integrador.

En consonancia con todo ello, en España, tanto a nivel estatal, como autonómico, e incluso local[14], en los últimos años se han intensificado las políticas activas de empleo que tienen como objeto el fomento del espíritu empresarial y de la economía social. En el plano estatal –que es al que se circunscribe este trabajo– un ejemplo de ello es la publicación de tres importantísimas normas:

- La Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.
- Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.
- Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social.

El incentivo al autoempleo, en éstas y en otras normas, se traduce en facilitar los medios de apoyo público para que la puesta en marcha del proyecto sea viable económicamente al inicio del proyecto empresarial, que es cuando mayores aportaciones de capital son necesarias y existe un mayor riesgo de fracaso[15].

La propia Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (LETA, en adelante), en su Título V –modificado por la Ley 31/2015–, bajo la rúbrica "Fomento y promoción del trabajo autónomo", en el art. 27.1, señala que "Los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, adoptarán políticas de fomento del trabajo autónomo dirigidas al establecimiento y desarrollo de iniciativas económicas y profesionales por cuenta propia", y concreta en su apartado 2, que tales políticas "se materializarán, en particular, en medidas dirigidas a:

a) Remover los obstáculos que impidan el inicio y desarrollo de una actividad económica o profesional por cuenta propia.
b) Facilitar y apoyar las diversas iniciativas de trabajo autónomo.
c) Establecer exenciones, reducciones o bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social.
d) Promover el espíritu y la cultura emprendedora.
e) Fomentar la formación y readaptación profesionales.
f) Proporcionar la información y asesoramiento técnico necesario.
g) Facilitar el acceso a los procesos de innovación tecnológica y organizativa, de forma que se mejore la productividad del trabajo o servicio realizado.

[13] Sobre la aplicación en España de la Estrategia 2020 vid. FERRANDO GARCÍA, F. M., GARCÍA ROMERO, M. B. Y LÓPEZ ANIORTE, M. C.: "Reflexiones sobre la aplicación en España de la estrategia europea de empleo" en CABEZA PEREIRO, J. Y FERNÁNDEZ PROL, F. (Coord.): Políticas de Empleo, Aranzadi, 2013.

[14] Téngase en cuenta que una de las notas características del marco legal de las políticas activas de empleo es la descentralización del Sistema Nacional de Empleo (vid. los arts. 3 y 4 LE).

[15] GARCÍA VALVERDE, M. D., op. cit., pág. 104.

h) Crear un entorno que fomente el desarrollo de las iniciativas económicas y profesionales en el marco del trabajo autónomo.
i) Apoyar a los emprendedores en el ámbito de actividades innovadoras vinculadas con los nuevos yacimientos de empleo, de nuevas tecnologías o de actividades de interés público, económico o social".

Éstas pueden traducirse a su vez en una amplia amalgama de medidas no sólo laborales y de Seguridad Social, si bien, este trabajo únicamente se limita a las mismas. En concreto, partiendo del sentido amplio en el que pueden ser concebidas las medidas de estímulo al autoempleo individual desde la óptica laboral y de Seguridad Social, este artículo se ciñe a dos medidas de apoyo directo al autoempleo individual: las subvenciones al programa de promoción del empleo autónomo entre los demandantes de empleo; y las bonificaciones y reducciones en las cotizaciones a la Seguridad Social, y a una medida de apoyo indirecto: los instrumentos de conciliación de la vida familiar y el autoempleo. Por el contrario, quedan excluidos de este artículo una parte muy destacada de los incentivos laborales y de Seguridad Social al autoempleo individual: los que vinculan las políticas activas de empleo y la prestación por desempleo, pues son analizados en otro artículo de este número monográfico de la revista. Igualmente, dado que pueden ser calificadas de medidas de apoyo indirecto al emprendimiento en sentido amplio desde las bonificaciones, reducciones y exenciones a la contratación por cuenta ajena, hasta la creación o modificación de modalidades contractuales[16], como el polémico contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, o el contrato eventual para el primer empleo joven, tratar toda una especie *de cajón de sastre* de medidas indirectas de apoyo al emprendimiento excedería sobradamente el cometido de este trabajo y vendría a duplicar algunos aspectos que serán tratados en otros artículos.

2. SUBVENCIONES PARA LA PROMOCIÓN DEL EMPLEO AUTÓNOMO ENTRE LOS DEMANDANTES DE EMPLEO

El art. 29.1 LETA, ubicado en el ya mencionado Título V, bajo la rúbrica "Fomento y promoción del trabajo autónomo", señala que "los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias y en el marco de los compromisos asumidos en la Unión Europea, adoptarán programas de ayuda financiera a las iniciativas económicas de las personas emprendedoras". En este sentido, el Real Decreto 357/2006, de 24 de marzo, por el que se regula la concesión directa de determinadas subvenciones en los ámbitos del empleo y de la formación profesional ocupacional, en lo que se refiere al establecimiento de un programa de promoción del empleo autónomo, cuya finalidad es facilitar la constitución de desempleados en trabajadores autónomos o por cuenta propia, es desarrollado por la Orden

[16] "La creación o modificación de modalidades contractuales ha sido y es una de las fórmulas utilizadas por el legislador español como medida de fomento de empleo de carácter estatal. En estos casos no estamos ante medidas de contenido económico –subvenciones, bonificaciones o reducciones, desgravaciones fiscales– sino ante alteraciones del régimen normativo de regulación de las distintas modalidades de contrato de trabajo con la finalidad de facilitar la incorporación al trabajo de determinados colectivos. Así ha venido ocurriendo en los últimos años, entre otros, con el contrato de fomento de la contratación indefinida –1997– o con el contrato de apoyo a los emprendedores –2012–". GARCÍA TESTAL, E. Y ALTÉS TÁRREGA, J.A.: "El uso de las modalidades contractuales como medida de fomento del empleo juvenil y prolongación de la vida laboral.", Revista de Información Laboral, núm. 2/2015, (BIB 2015\579).

TAS/1622/2007, de 5 de junio, por la que se regula la concesión de subvenciones al programa de promoción del empleo autónomo.

Aunque la promoción del trabajo autónomo es relativamente reciente en nuestro sistema, ligada a su función de política activa de empleo en el contexto de la vigente crisis, lo cierto es que el programa de promoción del empleo autónomo data del año 1986 (Programa III de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 21 de febrero de 1986, por la que se establecen diversos Programas de apoyo a la creación de empleo, desarrollada por la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 22 de marzo de 1994).

Estas subvenciones, como la propia Orden subraya, forman parte de las políticas activas de empleo contempladas en la LE y tienen como finalidad "hacer más atractiva la opción del trabajo por cuenta propia entre los demandantes de empleo, garantizando una financiación mínima de los proyectos en sus primeras fases de implantación".

La Orden TAS/1622/2007 contempla cuatro modalidades de subvención:

- **Subvención por el establecimiento como trabajador autónomo o por cuenta propia**

  Se trata de una subvención de hasta un máximo de 10.000 euros, que será determinada por los órganos competentes de la Administración General del Estado o de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, graduándose en función de la dificultad para el acceso al mercado de trabajo del solicitante, en consonancia con el art. 29.2 LETA, que establece que "la elaboración de estos programas atenderá a la necesidad de tutela de los colectivos con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo, a la garantía de la viabilidad futura de los proyectos beneficiarios, así como a la exigencia de evaluación de los efectos de las ayudas económicas sobre los objetivos propuestos".

  A este respecto, el propio art. 3.1.a) Orden TAS/1622/2007, enumera una serie de colectivos: "1.º Desempleados en general; 2.º Jóvenes desempleados de 30 o menos años; 3.º Mujeres desempleadas; 4.º Desempleados con discapacidad; 5.º Mujeres desempleadas con discapacidad", parece que ordenados de menor a mayor[17] y de manera no taxativa, ya que señala que "los Servicios Públicos de Empleo podrán considerar, además de los anteriores, otros colectivos con dificultades de inserción laboral"[18], y

[17] FERRANDO GARCÍA, F.M.: "Incentivos laborales al emprendimiento o autoempleo individual (I)" en FARIAS BATLLE, M. Y FERRANDO GARCÍA, F.M. (Dir.) VV.AA.: Fomento del trabajo autónomo y la economía social. Especial referencia a las novedades introducidas por la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, Aranzadi, 2015, pág. 187.

[18] No puede obviarse que es el art. 30.1 LE el que fija quienes han de considerarse como colectivos prioritarios, sin establecer una lista cerrada de estos colectivos, sino una lista abierta: "1. El Gobierno y las comunidades autónomas adoptarán, de acuerdo con los preceptos constitucionales y estatutarios, así como con los compromisos asumidos en el ámbito de la Unión Europea y en la Estrategia Española de Activación para el Empleo, programas específicos destinados a fomentar el empleo de las personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, especialmente jóvenes, con particular atención a aquellos con déficit de formación, mujeres, parados de larga duración, mayores de 45 años, personas con responsabilidades familiares, personas con discapacidad o en situación de exclusión social, e inmigrantes, con respeto a la legislación de extranjería, u otros que se puedan determinar, en el marco del Sistema Nacional de Empleo". El art. 3.1.a) *(...)*

matiza que "en el supuesto de mujeres víctimas de violencia de género, las subvenciones correspondientes a mujeres se incrementarán hasta en un 10 por ciento".

- **Subvención financiera**

La subvención financiera tiene por objeto reducir los intereses de los préstamos destinados a financiar las inversiones para la creación y puesta en marcha de la empresa.

La cuantía de la subvención será equivalente a la reducción de hasta 4 puntos del interés fijado por la entidad de crédito pública o privada que conceda el préstamo, y tendrá un límite de 10.000 euros, que se fijará por el Servicio Público de Empleo competente, graduándose en función de la dificultad para el acceso al mercado de trabajo del solicitante, según se trate de alguno de los colectivos establecidos en el art. 3.1.a) Orden TAS/1622/2007, si bien, en el caso de microcréditos concedidos por el Instituto de Crédito Oficial o por otras entidades de crédito, la subvención podrá llegar a ser el coste total de los gastos financieros, con los límites señalados.

La subvención se pagará de una sola vez, como si se devengase cada año de la duración del préstamo, incluido el posible periodo de carencia.

- **Subvención para asistencia técnica**

El fomento del trabajo autónomo, conforme al art. 28.2 LETA, habrá de atender a "las necesidades de información y asesoramiento técnico para su creación, consolidación y renovación, promoviendo, a estos efectos, las fórmulas de comunicación y cooperación entre autónomos". En consecuencia, con esta subvención se pretende financiar parcialmente la contratación, durante la puesta en marcha de la empresa, de los servicios externos necesarios para mejorar el desarrollo de la actividad empresarial, así como para la realización de estudios de viabilidad, organización, comercialización, diagnosis y otros de naturaleza análoga. La cuantía subvencionada es de hasta el 75 por ciento del coste de los servicios prestados con un tope de 2.000 euros y sólo podrán ser prestados por las asociaciones de trabajadores autónomos con carácter intersectorial y con suficiente implantación en el ámbito territorial correspondiente, o por otras personas jurídicas o personas físicas especializadas que reúnan garantías de solvencia profesional.

Esta modalidad de subvención, al contrario de lo que ocurre con la subvención por el establecimiento como trabajador autónomo o por cuenta propia y la subvención financiera, es una ayuda escasamente valorada por los posibles beneficiarios, que parecen no apreciar el valor de este tipo de estudios para la puesta en marcha de un negocio, por lo que la Exposición de Motivos de la Orden TAS/1622/2007, señala que "es necesario hacer más atractiva y solvente esta ayuda con el objeto de cubrir las carencias gerenciales que algunos trabajadores autónomos tienen", si bien, tal desiderátum no se hace efectivo a lo largo de la Orden de alguna forma más tangible.

Orden TAS/1622/2007 contempla básicamente los colectivos prioritarios, olvidándose, una vez más, de aludir expresamente a los inmigrantes, que pese al art. 30 LE, son el gran olvidado de las políticas activas de empleo. Cfr. FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B., op. cit., págs. 59-95.

- **Subvención para formación**

En línea con el apoyo a la función gerencial, también se prevé la posibilidad de subvencionar las carencias de formación del trabajador autónomo durante la puesta en marcha de la empresa a través de la financiación parcial de cursos relacionados con la dirección y gestión empresarial y nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

Igual que en el caso de la subvención para asistencia técnica, la cuantía subvencionada será de hasta el 75 por ciento del coste de los cursos recibidos, pero en este caso con un tope de 3.000 euros, y la formación deberá ser prestada bien por las asociaciones de trabajadores autónomos con carácter intersectorial y con suficiente implantación en el ámbito territorial correspondiente, bien por otras personas jurídicas o personas físicas especializadas que reúnan garantías de solvencia profesional

En ninguna de las cuatro modalidades de subvenciones el importe podrá ser de tal cuantía que, ya sea aisladamente, o en concurrencia con otras subvenciones o ayudas de otras Administraciones Públicas, o de otros entes públicos o privados, nacionales o internacionales, supere el coste de la actividad a desarrollar por el beneficiario (art. 7 Orden TAS/1622/2007).

Los créditos con los que se financiarán estas subvenciones tendrán el carácter de fondos de empleo de ámbito nacional y figurarán identificados y desagregados en el presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal, de acuerdo con el art. 14.1 LE y la distribución de los fondos a las Comunidades Autónomas con competencias traspasadas de gestión se efectuará según lo establecido en el artículo 86 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (art. 5 Orden TAS/1622/2007).

Podrán ser beneficiarios de cualquiera de estas cuatro modalidades de subvención las personas desempleadas e inscritas como demandantes de empleo en los Servicios Públicos de Empleo, previamente a la fecha de inicio de la actividad, cuando se establezcan como trabajadores autónomos o por cuenta propia, dándose de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), en el régimen especial por cuenta propia que corresponda o Mutualidad del colegio profesional. Fecha de alta que será considerada como fecha de inicio de la actividad.

A los efectos de la Orden TAS 1622/2007, se considerarán trabajadores desempleados "a los demandantes de empleo, no ocupados, que estén registrados en los Servicios Públicos de Empleo", circunstancia que será verificada de oficio por el Servicio Público de Empleo Estatal.

Los trabajadores autónomos o por cuenta propia también podrán ser beneficiarios cuando formen parte de comunidades de bienes o sociedades civiles, siempre que las subvenciones se soliciten a título personal.

La Orden TAS/1622/2007 excluye como posible beneficiarios a los socios de sociedades mercantiles, cooperativas y sociedades laborales y los autónomos

colaboradores[19], así como a los trabajadores que hayan desarrollado la misma o similar actividad como autónomos o por cuenta propia en los seis meses anteriores al inicio de la actividad.

Los beneficiarios de estas subvenciones tendrán las obligaciones establecidas con carácter general en el art. 14 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y las demás establecidas en la Orden TAS/1622/2007, o que establezcan las administraciones competentes. Además, estarán obligados a realizar la actividad que fundamente la concesión de la ayuda o subvención, a darse de alta en el Censo de Obligados Tributarios y en el Impuesto sobre Actividades Económicas (art. 8.1 Orden TAS/1622/2007), y a mantener su actividad empresarial y su alta en Seguridad Social o equivalente durante al menos tres años. En caso de incumplimiento, salvo que se acrediten causas ajenas a la voluntad del beneficiario, y siempre que el cumplimiento se aproxime de forma significativa al cumplimiento total y se acredite por el beneficiario una actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos, procederá el reintegro de las subvenciones percibidas, de forma proporcional al tiempo que reste para el cumplimiento de los tres años, de acuerdo con los criterios de graduación que establezcan las administraciones competentes, según lo dispuesto en el art. 37.2 de la Ley 38/2003 (art. 4 Orden TAS/1622/2007).

3. REDUCCIONES Y BONIFICACIONES A LA SEGURIDAD SOCIAL

3.1. Aspectos introductorios

Las políticas de fomento del trabajo autónomo se materializan fundamentalmente en el establecimiento de exenciones, reducciones o bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social, que hasta la Ley 31/2015 se hallaban dispersas en diversas normas. De hecho, si hay un tema especialmente dificultoso para los profesionales que ejercen una actividad por cuenta propia, es el conocimiento exacto de los beneficios vigentes a los que pueden acceder en forma de reducción o bonificación en la cotización a la Seguridad Social, tanto por su regulación en diferentes normas, como por las continuas modificaciones a las que se somete esta materia[20].

La Ley 31/2015 no sólo ha procedido, –conforme al art. 121 del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, y al art. 121 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia–, a reordenar y agrupar en el Título V de la LETA los incentivos al autoempleo individual en el ámbito de empleo y Seguridad Social, con el fin de dotar de transparencia y mayor seguridad

[19] No obstante, los socios de cooperativas y sociedades laborales pueden acceder a las subvenciones dispuestas en la Orden TAS/3501/2005, de 7 de noviembre, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para el fomento del empleo y mejora de la competitividad en las cooperativas y sociedades laborales. Dichas entidades pueden acogerse a las subvenciones previstas en la Orden ESS/1338/2013, de 11 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a las actividades de promoción del trabajo autónomo, de la economía social y de la responsabilidad social de las empresas, y para sufragar los gastos de funcionamiento de las asociaciones de trabajadores autónomos, de cooperativas, de sociedades laborales, de empresas de inserción y de otros entes representativos de la economía social de ámbito estatal y se convoca su concesión para el año 2013, modificada por la Orden ESS/419/2015, de 26 de febrero.

[20] SEMPERE NAVARRO, A. V. Y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., op. cit..

jurídica al marco regulatorio vigente, así como a la armonización de los requisitos y obligaciones legal o reglamentariamente previstos para acceder a las bonificaciones y reducciones en la cotización a la Seguridad Social, también ha procedido a la mejora de los incentivos ya existentes y la implementación de otros nuevos.

La reordenación de los incentivos en las cotizaciones a la Seguridad Social, la armonización de requisitos y obligaciones, así como la mejora de los incentivos ya existentes y la implementación de otros nuevos, han de ser valorados muy positivamente. Sin embargo, tales incentivos, al igual que las subvenciones anteriormente tratadas, han de estar orientados a determinados colectivos con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, en concreto a los colectivos prioritarios reseñados en el art. 30 LE[21], pero el legislador ha extendido paulatinamente el ámbito subjetivo de los incentivos con la inclusión de los trabajadores con 30 años o más, "generalizando las ayudas hasta el punto de descentrar el punto de mira de las políticas activas de empleo y, con ello, mermar su eficacia"[22].

Siguiendo el propio tenor literal de la LETA, el estudio de los incentivos al autoempleo en las cotizaciones a la Seguridad Social puede realizarse distinguiendo cinco apartados: Trabajadores con edad igual o superior a 30 años (art. 31.1 LETA); Emprendimiento juvenil (art. 31.2 LETA); Personas con discapacidad, víctimas de violencia de género y víctimas del terrorismo (art. 32 LETA); Familiares del trabajador autónomo (arts. 35 y 37 LETA); y Trabajadores autónomos de Ceuta y Melilla (art. 36 LETA)[23].

3.2. Trabajadores con edad igual o superior a 30 años

Pese a que las políticas activas de empleo deben estar orientadas a atender la empleabilidad de los colectivos con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, el legislador, dada la acuciante necesidad de combatir el desempleo en términos generales, pocos meses después de que la Ley 11/2013 incorporara al ordenamiento español la demandada "tarifa plana para autónomo", limitándola a los jóvenes emprendedores

[21] Por colectivos prioritarios se entiende "aquellas personas que, como consecuencia de sus especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, requieren un tratamiento específico y tuitivo", OLARTE ENCABO, S.: Políticas de Empleo y Colectivos con Especiales Dificultades. La «subjetivación» de las Políticas de Empleo, Aranzadi, 2008, p. 147.

[22] FERRANDO GARCÍA, F.M., op. cit., pág. 190, que alude en este sentido al Dictamen 7/2015, de 13 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y la economía social.

[23] Téngase en cuenta que la bonificación a trabajadores incluidos en el RETA por conciliación de la vida profesional y familiar vinculada a la contratación (art. 30 LETA) y la bonificación de cuotas de Seguridad Social para trabajadores autónomos en período de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o suspensión por paternidad (art. 38 LETA), serán analizadas como instrumentos de conciliación de la vida familiar y el autoempleo, y los supuestos de compatibilidad como de capitalización de las prestaciones por desempleo y por cese de actividad serán objeto de estudio monográfico en otro capítulo de esta obra. Además, existen otras situaciones especiales en las que la cuota del autónomo puede verse reducida, pero que no van a ser analizadas como incentivos al emprendimiento individual: la bonificación del 50% para nuevos autónomos en pluriactividad, la posibilidad de los autónomos dedicados a la venta ambulante o a domicilio de elegir la base mínima de cotización y la exoneración de cuotas, salvo por incapacidad temporal y en su caso por contingencias profesionales de los autónomos con 65 años o más que acrediten 35 años o más de cotización efectiva a la Seguridad Social.

(varones menores de 30 años y mujeres menores de 35 años)[24], a través de la Ley 14/2013, hace extensibles algunos de los beneficios de la cotización en el RETA a quienes aún teniendo 30 ó más años, causen alta inicial en el RETA, o no hubieran estado en situación de alta en los cinco años inmediatamente anteriores, a contar desde la fecha de efectos del alta[25].

Esta práctica generalización de las ayudas al autoempleo, como ya se ha comentado, ha sido criticada por la doctrina[26], si bien, dada la situación del mercado de trabajo y el cambio del modelo productivo, –muy alejado del modelo industrial en el que se empleaban grandes grupos de trabajadores por cuenta ajena–, "no resulta desdeñable este guiño a los emprendedores mayores que inician una actividad por primera vez o que han permanecido inactivos por un tiempo considerable y les resulta más costoso reiniciar la actividad (la misma o una nueva, no distingue la norma)"[27].

La Ley 31/2015 ha reordenado y agrupado en el Título V de la LETA los incentivos al autoempleo individual en el ámbito de empleo y Seguridad Social, con lo que el programa de reducciones en las cuotas a la Seguridad Social aplicables a los autónomos con edad igual o superior a treinta años, ha pasado de la Disposición Adicional 35ª bis LGSS/1994[28] al art. 31.1 LETA, cuya redacción ha sufrido algunos cambios con respecto a la versión originaria de 2013.

Las reducciones y bonificaciones a la Seguridad Social previstas en el apartado 1 del art. 31 LETA quedan restringidas a quienes causen alta inicial en el RETA o no hubieran estado en situación de alta los 5 años inmediatamente anteriores, a contar desde la fecha de efectos del alta, pues lo que se pretende es fomentar nuevas altas en el RETA o la reincorporación de quienes hace años que causaron baja, así como evitar la picaresca que supondría darse de baja en el RETA para causar una nueva alta y beneficiarse de las reducciones y bonificaciones. Además, los beneficiarios de estas reducciones y bonificaciones podrán, una vez iniciada su actividad, emplear a trabajadores por cuenta ajena (art. 31.4 LETA).

Podrán ser beneficiarios de estos incentivos los socios de sociedades laborales y los socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado que estén encuadrados en el RETA (art. 31.3 LETA).

---

[24] Con la Ley 11/2013 **"el** legislador no solo se aparta de la idea de suprimir (o reducir) bonificaciones a la Seguridad Social, que parecía acoger meses atrás, sino que aumenta su número y dispersión; todo un despropósito técnico". SEMPERE NAVARRO, A. V.: "Contenido socio-laboral de las Leyes 11 y 14/2013, de apoyo a los emprendedores", Revista Aranzadi Doctrinal, num.7/2013, (BIB 2013\2186).

[25] La Ley 14/2013 añade una nueva disposición adicional, la 35ª bis, a la LGSS/1994, con la que se da respuesta a las voces que criticaban la circunscripción de los beneficios en la cotización a los jóvenes emprendedores, posibilitando la aplicación de determinados beneficios en la cotización a los emprendedores mayores de 30 años. Cfr. DURÁN BERNARDINO, M.: "Bonificaciones y reducciones a la Seguridad Social como medida de fomento del autoempleo juvenil. Últimas reformas", Información Laboral, num.2/2014, (BIB 2014\801).

[26] FERRANDO GARCÍA, F.M., op. cit., pág. 190.

[27] SEMPERE NAVARRO, A. V. Y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., op. cit..

[28] Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (vigente hasta el 2 de enero de 2016) y derogado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

En cuanto a la cuantía, el art. 31.1 LETA prevé una reducción gradual, de manera que a medida que va transcurriendo el tiempo, disminuye la reducción en la cotización, en el posible entendimiento de que el emprendedor conforme pasa el tiempo va recuperando la inversión realizada, algo que no suele suceder hasta pasados los años, en el mejor de los casos[29].

Se distingue entre un primer periodo de 6 meses desde la fecha de efectos del alta y los siguientes 6 meses.

Durante los primeros 6 meses, el beneficiario puede optar entre la conocida como "tarifa plana", es decir, una cuota fija de 50 euros mensuales por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal, si decide cotizar por la base mínima que le corresponda, o bien, si prefiere una base de cotización superior a la mínima, podrá aplicársele una reducción del 80% sobre la cuota por contingencias comunes, siendo la cuota a reducir el resultado de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda, el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal[30].

Con posterioridad al periodo inicial de 6 meses, y con independencia de la base de cotización elegida, podrán aplicarse las siguientes reducciones y bonificaciones sobre la cuota por contingencias comunes, siendo la cuota a reducir el resultado de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal, por un período máximo de hasta 12 meses, hasta completar un periodo máximo de 18 meses tras la fecha de efectos del alta, según la siguiente escala:

a) Una reducción equivalente al 50% de la cuota durante los 6 meses siguientes al período inicial previsto en los dos primeros párrafos de este apartado[31].
b) Una reducción equivalente al 30% de la cuota durante los 3 meses siguientes al período señalado en la letra a)[32].
c) Una bonificación equivalente al 30% de la cuota durante los 3 meses siguientes al período señalado en la letra b)[33].

[29] SEMPERE NAVARRO, A. V. Y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., op. cit..

[30] Para el año 2016, dado que la base mínima de cotización del RETA es de 893,10€ y el tipo de cotización por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal es del 29,80%, si se le aplica una reducción en la cuota equivalente al 80%, la cuota a pagar será de 53,23€, en vez de 266,14€, lo que supone un ahorro de 212,91€ al mes. Posiblemente, convendría al autónomo optar por una base de cotización superior, a los efectos de poder sufrir cualquier contingencia, por sólo 3,23€ más, sobre todo, teniendo en cuenta que después de esos 6 meses la cuota será la misma con independencia de la base de cotización por la que se haya optado.

[31] Para el año 2016, dado que la base mínima de cotización del RETA es de 893,10€ y el tipo de cotización por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal es del 29,80%, si se le aplica una reducción en la cuota equivalente al 50%, la cuota a pagar será de 133,07€, en vez de 266,14€, lo que supone un ahorro de 133,07€ al mes.

[32] Para el año 2016, dado que la base mínima de cotización del RETA es de 893,10€ y el tipo de cotización por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal es del 29,80%, si se le aplica una reducción en la cuota equivalente al 30%, la cuota a pagar sería de 186,3€, en vez de 266,14€, lo que supone un ahorro de 79,84€ al mes.

[33] La cuota a pagar será igualmente de 186,3€, con la diferencia de que al tratarse de una bonificación y no de una reducción, la diferencia entre los 266,14€ que correspondería pagar los asume el Servicio Público de Empleo Estatal, pues como indica el art. 31.5 LETA "Las bonificaciones de cuotas previstas en este artículo se *(...)*

Así pues, un autónomo que cause alta inicial en el RETA o vuelva a hacerlo después de un periodo mínimo de 5 años, podrá ahorrarse con los datos de la Orden de cotización de 2016[34] aproximadamente un total de 1.277,46€ en los primeros 6 meses, si ha optado por la reducción del 80% y otros 1.277,46€ en los 6 meses siguientes, es decir un total de 2.554,92€, de los que la mayor cuantía (2.315,4€) será asumida por la partida presupuestaria de la Seguridad Social y el resto (239,52€) por la partida presupuestaria del Servicio Público de Empleo Estatal (art. 31.5 LETA). Esta situación no deja de ser llamativa, ya que al ser concebidas como políticas activas de empleo y teniendo en cuenta la difícil situación económica en la que se encuentra el sistema de Seguridad Social, parece que lo más adecuado habría sido que todos los incentivos fueran bonificaciones, como de hecho lo son los incentivos adicionales al emprendimiento juvenil del apartado 2 del mismo precepto de la LETA, o que por lo menos que la mayor cuantía de los incentivos hubiera sido soportada por el Servicio Público de Empleo Estatal.

3.3. Emprendimiento juvenil

La crisis ha afectado gravemente a la tasa de desempleo juvenil, centrando la atención de la OIT[35] y de la Unión Europea[36]. España presenta una de las tasas de desempleo juvenil más altas de toda Europa, siendo éste uno de los colectivos más vulnerables de la crisis económica, con cifras realmente alarmantes, que aunque parecen haber empezado a mejorar a finales de 2015, siguen siendo muy preocupantes.

La necesidad de implementar acciones específicas para fomentar el empleo y el autoempleo de los jóvenes, vienen siendo una constante tanto a nivel nacional como europeo. Como respuesta a las recomendaciones de la Unión Europea y en el marco del Plan de Empleo Juvenil del Programa Nacional de Reformas de España de 2012, la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016 del Gobierno de España[37] y el establecimiento de la Garantía Juvenil[38], el legislador nacional vuelve a hacer hincapié en los incentivos al autoempleo individual de los jóvenes a través de reducciones y bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social.

financiarán con cargo a la correspondiente partida presupuestaria del Servicio Público de Empleo Estatal y las reducciones de cuotas se soportarán por el presupuesto de ingresos de la Seguridad Social, respectivamente".

[34] Orden ESS/70/2016, de 29 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016.

[35] Vid. el Informe de la OIT "Tendencias mundiales del empleo juvenil 2012".

[36] Vid. la "Iniciativa de oportunidades para la Juventud 2011".

[37] Sobre la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016 vid., entre otros: CAVAS MARTÍNEZ, F.: "Incentivos laborales para combatir el desempleo juvenil: una reordenación obligada" en VV.AA.: La protección por desempleo en España, Laborum, 2015, págs. 549-562; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. Y CALVO GALLEGO, F.J. (Dir.) VV.A.: La estrategia de emprendimiento y empleo joven en la Ley 11/2013: desempleo y ocupación juvenil, Bomarzo, 2013; y MORALES ORTEGA, J.M. (Cood.) VV.AA.: Jóvenes y políticas de empleo: entre la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven y la Garantía Juvenil, Bomarzo, 2014.

[38] Recomendación del Consejo de 22 de abril de 2013 sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil (2013/C 120/01). Sobre el sistema Nacional de Garantía Juvenil, vid.: FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "El sistema Nacional de Garantía Juvenil, nuevo instrumento de actuación y apoyo a la contratación de jóvenes", Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social, núm. 377-378/2014, págs. 143-179 y GONZÁLEZ DÍAZ, F.A.: "La garantía juvenil: ¿una respuesta a la crisis del empleo de los jóvenes?", Nueva revista española de derecho del trabajo, núm. 181/2015, págs. 209-238.

Los incentivos al autoempleo en las cotizaciones a la Seguridad Social no son ninguna novedad entre las medidas de apoyo al emprendimiento juvenil. Ya el Real Decreto-Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica, –después convalidado por la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica–, incorporó a la LGSS/1994 la Disposición Adicional 35ª, conforme a la cual "En el supuesto de que en el momento del alta inicial en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos los trabajadores tengan treinta o menos años de edad, la base de cotización será la elegida por ellos entre el 75 por ciento de la base mínima y hasta la cuantía de la base máxima, fijadas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado en cada ejercicio y durante los tres años inmediatamente siguientes a la fecha de efectos de dicha alta".

Desde la versión originaria de la Disposición Adicional 35ª LGSS/1994, hasta el vigente art. 31.2 LETA, las reducciones y bonificaciones a la Seguridad Social con el objeto de fomentar el emprendimiento juvenil han sido modificadas en muy diversas ocasiones. La primera de ellas, en menos de un año, con la Disposición Adicional 44.3 de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005, con la que se introducen importantes novedades: la eliminación de la referencia al "alta inicial"; la reducción del tiempo de disfrute a dos años, distinguiéndose un periodo de reducción (del 25%, durante 12 meses) y un periodo de bonificación (también del 25%, los 12 meses siguientes a la reducción); la extensión de la ayuda a los socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado; y la regulación de la financiación de la misma[39], si bien, la diferencia esencial respecto a la redacción anterior reside en que, tras la Ley 2/2004, la bonificación se aplica sobre la cuota, sin merma de la base de cotización elegida, con lo que se mejoran las futuras prestaciones de los jóvenes que se acojan a este incentivo[40]. No obstante, ha sido en 2013, cuando se ha producido la reforma más importante, a través del Real Decreto Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y estímulo del crecimiento y la creación de empleo, y la Ley 11/2013[41], con la comúnmente conocida como "tarifa plana para jóvenes autónomos menores de 30 años"[42], y poco después con la Ley 14/2013, que hace extensible determinadas reducciones a los varones mayores de 30 años y las mujeres mayores de 35 años.

Como ya se ha señalado, con la Ley 31/2015, se deroga la Disposición Adicional 35ª LGSS/1994 y los incentivos al emprendimiento juvenil a través de bonificaciones y reducciones a la Seguridad Social pasan al art. 31.2 LETA, conforme al cual "En el supuesto de que los trabajadores por cuenta propia sean menores de 30 años, o menores de 35 años en el caso de mujeres, y causen alta inicial o no hubieran estado en situación de alta en los 5 años inmediatamente anteriores, a contar desde la fecha de efectos del alta, en el Régimen

[39] DURÁN BERNARDINO, M., op. cit.,.

[40] Cfr. SEMPERE NAVARRO, A. V. Y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., op. cit., que la califican como acertada.

[41] Calificada como "la estrella de los beneficios en los trabajadores autónomos que deciden iniciar por vez primera una actividad" FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "Medidas laborales y de Seguridad Social de apoyo a los emprendedores", en RODRIGUEZ ARANA, M.A. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: Ley de Emprendedores: Aspectos fiscales, laborales, mercantiles y administrativos, Lex Nova-Thomson Reuters, 2015, pág. 116 y SEMPERE NAVARRO, A. V. Y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., op. cit..

[42] Tal y como recuerda DURÁN BERNARDINO, M., op. cit., dicho término no es realmente representativo, a lo sumo, lo sería tan solo de los primeros seis meses de reducción del 80%, periodo que no representa ni al total de la reducción (15 meses) ni al total de bonificación (15 meses), y en todo caso, debería hablarse de "tarifa progresiva".

Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, podrán aplicarse además de las reducciones y bonificaciones previstas en el apartado anterior, una bonificación adicional equivalente al 30 por ciento, sobre la cuota por contingencias comunes, en los 12 meses siguientes a la finalización del periodo de bonificación previsto en el apartado primero, siendo la cuota a reducir el resultado de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal. En este supuesto la duración máxima de las reducciones y bonificaciones será de 30 meses".

Así pues, podrán ser beneficiarios los varones menores de 30 años y las mujeres menores de 35, pero siempre que causen alta inicial en el RETA o no hubieran estado en situación de alta los 5 años inmediatamente anteriores, a contar desde la fecha de efectos del alta, restricción que no contemplaba la derogada Disposición Adicional 35 LGSS/1994 en la reducción prevista en su apartado 1, aunque sí en las del apartado 2. Dicha restricción ha sido justificada en el hecho de que con la medida se pretende incentivar que los jóvenes den el primer paso para iniciar una actividad y si se hiciera extensible a cualquier supuesto, muchos valorarían darse de baja y volver a darse de alta.

Debe subrayarse la desaparición de la antigua prohibición de que los beneficiarios empleen a trabajadores por cuenta ajena, prohibición absolutamente incoherente con las políticas activas de empleo, en las que se enmarcan los incentivos al emprendimiento como germen de futuras contrataciones[43]. Igualmente, es destacable el hecho de que el apartado 3 del art. 31 LETA haga extensibles estas reducciones y bonificaciones a los socios de sociedades laborales y a los socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado que estén encuadrados en el RETA, pues aunque ni el Real Decreto Ley 4/2013, ni la Ley 11/2013, señalaban nada al respecto, las instrucciones de 17 de junio de 2013 y de 4 de julio de 2013 de la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones de la Seguridad Social, excluyeron a tales colectivos de los beneficios en la cotización dispuestos para los jóvenes emprendedores, lo que fue objeto de numerosas críticas, fundamentalmente por estar recogidas en una mera instrucción interna de la Subdirección General de Ordenación e Impugnación de la Seguridad Social[44].

[43] FERRANDO GARCÍA, F.M., op. cit., pág. 195. Dicha situación, fue duramente criticada por la doctrina. Cfr. CASAS BAAMONDE, Mª.E.: "El Derecho al Trabajo y el empleo asalariado en los márgenes: de nuevo el emprendimiento y el autoempleo", Revista Relaciones Laborales, nº 11, 2013, tomo 1, págs. 139-140, DURÁN BERNARDINO, M., op. cit., CHARRO BAENA, P.: "Las nuevas fórmulas de contratación laboral que fomentan el emprendimiento de los jóvenes, a examen", en VV.AA.: La protección por desempleo en España, Laborum, 2015, pág. 104 y SEMPERE NAVARRO, A. V. Y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., op. cit..

[44] DURÁN BERNARDINO, M., op. cit., recuerda los argumentos esgrimidos a favor de dicha exclusión: "El motivo explícito de dicha exclusión reside en cumplir con la finalidad principal de este sistema de incentivos, «fomentar el emprendimiento y el trabajo por cuenta propia de los jóvenes», entendiendo por «emprendedores» a aquellos trabajadores autónomos que causan alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia en su condición de titular del negocio o industria, y por «trabajador autónomo propiamente dicho», aquel que tiene el control efectivo de la empresa, lo que a efectos de Seguridad Social significa que sea titular del 50% o más del Capital y que ejerza funciones de Dirección y Gestión. Y el motivo implícito, según fuentes de la Tesorería General de la Seguridad Social es el de «evitar el fraude», pues, de no ser así, el control del requisito de «no emplear trabajadores por cuenta ajena» no sería factible". No obstante, DURÁN BERNARDINO, con buen criterio, sostiene que estas exclusiones, sin respaldo jurídico alguno, carecen de toda lógica si se tiene en cuenta que la finalidad principal de las reformas de 2013 fueron reactivar el *(...)*

En cuanto al importe de las reducciones y bonificaciones, los jóvenes emprendedores que cumplan con los requisitos antedichos, podrán beneficiarse de los incentivos dispuestos en el art. 31.1 LETA con carácter general, y una vez cumplido el periodo máximo dispuesto de 12 meses, en los 12 meses siguientes, podrán disfrutar de una bonificación adicional equivalente al 30% sobre la cuota por contingencias comunes, siendo la cuota a reducir el resultado de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda, el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal. En este supuesto, la duración máxima de las reducciones y bonificaciones será de 30 meses (art. 31.2 LETA).

Es decir, hay que distinguir 3 periodos:

- **1er periodo:** Durante los primeros 6 meses, el beneficiario puede optar entre la conocida como "tarifa plana", es decir, una cuota fija de 50 euros mensuales por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal, si decide cotizar por la base mínima que le corresponda, o bien, si prefiere una base de cotización superior a la mínima, podrá aplicársele una reducción del 80% sobre la cuota por contingencias comunes, siendo la cuota a reducir el resultado de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda, el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal[45].
- **2do periodo:** Con posterioridad al periodo inicial de 6 meses, y con independencia de la base de cotización elegida, podrán aplicarse las siguientes reducciones y bonificaciones sobre la cuota por contingencias comunes, siendo la cuota a reducir el resultado de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal, por un período máximo de hasta 12 meses, hasta completar un periodo máximo de 18 meses tras la fecha de efectos del alta, según la siguiente escala:

  a) Una reducción equivalente al 50% de la cuota durante los 6 meses siguientes al período inicial previsto en los dos primeros párrafos de este apartado[46].

  b) Una reducción equivalente al 30% de la cuota durante los 3 meses siguientes al período señalado en la letra a)[47].

emprendimiento y que el principal motor económico del Estado español son las pequeñas y medianas empresas, a lo que se une la alta inseguridad jurídica generada tanto en el colectivo afectado como en la sociedad en su conjunto, y que además, se rompe con la finalidad principal de las últimas medidas adoptadas, al dejar fuera de su aplicación a una gran cantidad de autónomos".

[45] Para el año 2016, dado que la base mínima de cotización del RETA es de 893,10€ y el tipo de cotización por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal es del 29,80%, si se le aplica una reducción en la cuota equivalente al 80%, la cuota a pagar será de 53,23€, en vez de 266,14€, lo que supone un ahorro de 212,91€ al mes.

[46] Para el año 2016, dado que la base mínima de cotización del RETA es de 893,10€ y el tipo de cotización por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal es del 29,80%, si se le aplica una reducción en la cuota equivalente al 50%, la cuota a pagar será de 133,07€, en vez de 266,14€, lo que supone un ahorro de 133,07€ al mes.

[47] Para el año 2016, dado que la base mínima de cotización del RETA es de 893,10€ y el tipo de cotización por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal es del 29,80%, si se le aplica una reducción en la cuota equivalente al 30%, la cuota a pagar sería de 186,3€, en vez de 266,14€, lo que supone un ahorro de 79,84€ al mes.

c) Una bonificación equivalente al 30% de la cuota durante los 3 meses siguientes al período señalado en la letra b)[48].

- **3er periodo:** Después del 2do periodo, se abre un periodo adicional de 12 meses, con una bonificación equivalente al 30%, sobre la cuota por contingencias comunes, siendo la cuota a reducir el resultado de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda al tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal[49]. En este supuesto la duración máxima de las reducciones y bonificaciones será de 30 meses[50].

Así pues, el joven emprendedor que cause alta inicial en el RETA o vuelva a hacerlo después de un periodo de mínimo de 5 años, podrá ahorrarse con los datos de la Orden de cotización de 2016[51] aproximadamente un total de 1.277,46€ en el primer periodo, si ha optado por la reducción del 80%, otros 1.277,46€ en el segundo periodo, y 958,08€ en el 3er periodo, es decir, un total de 3.513€[52], de los la mayor cuantía (2.315,4€) será asumida por la partida presupuestaria de la Seguridad Social y el resto (1.197,6€) por la partida presupuestaria del Servicio Público de Empleo Estatal (art. 31.5 LETA).

3.4. Personas con discapacidad, víctimas de violencia de género y víctimas del terrorismo

Las personas con discapacidad, las víctimas de violencia de género y las víctimas del terrorismo son colectivos con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo. Aunque las víctimas de violencia de género y las víctimas del terrorismo no son referenciados expresamente en el art. 30 LE como colectivos prioritarios, tanto la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo y el Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre, por el que se aprueba su desarrollo reglamentario[53], como la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de

[48] La cuota a pagar será igualmente de 186,3€, con la diferencia de que al tratarse de una bonificación y no de una reducción, la diferencia entre los 266,14€ que correspondería pagar los asume el Servicio Público de Empleo Estatal, pues como indica el art. 31.5 LETA "Las bonificaciones de cuotas previstas en este artículo se financiarán con cargo a la correspondiente partida presupuestaria del Servicio Público de Empleo Estatal y las reducciones de cuotas se soportarán por el presupuesto de ingresos de la Seguridad Social, respectivamente".

[49] Para el año 2016, dado que la base mínima de cotización del RETA es de 893,10€ y el tipo de cotización por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal es del 29,80%, si se le aplica una reducción en la cuota equivalente al 30%, la cuota a pagar sería de 186,3€, en vez de 266,14€, lo que supone un ahorro de 79,84€ al mes.

[50] Téngase en cuenta que la bonificación en sí será como máximo de otros 12 meses, pero al igual que las reducciones y bonificaciones del 1er y 2do periodo son como máximo de 12 meses, en un periodo máximo de 18 meses, las del 3er periodo son de 12 meses más (24 meses), en un periodo máximo de 30 meses.

[51] Orden ESS/70/2016, de 29 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016.

[52] Tales incentivos seguro que influirán a la hora de optar entre incluir a un hijo menor de 30 años en el RETA y poder disfrutar de estas reducciones y bonificaciones, o bien, en el Régimen General, tal y como permite la Disposición Adicional Décima LETA.

[53] El art. 34 de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, señala que "las personas que hayan sufrido daños físicos y/o psíquicos como consecuencia de la actividad terrorista, su cónyuge o persona que haya convivido con análoga relación de afectividad durante al menos dos años anteriores y los hijos, tanto de los heridos como de los fallecidos, tendrán derecho, de conformidad con el artículo 3 bis y previo reconocimiento del Ministerio del Interior o de sentencia judicial *(...)*

Protección Integral contra la Violencia de Género[54], las reconocen como colectivos con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, siendo el autoempleo una fórmula muy acertada para su empleabilidad.

La Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, en su Disposición Adicional Undécima, previó por vez primera la bonificación de cuotas a la Seguridad Social para incentivar que las personas con discapacidad se establecieran como trabajadores por cuenta propia[55]. Dicha Disposición fue reformada por el Real Decreto Ley 4/2013 y meses más tarde por su tramitación parlamentaria por Ley 11/2013, así como por la Ley 14/2013, y finalmente por la Ley 31/2015, que también reagrupa estos incentivos al emprendimiento individual en la LETA, concretamente en el art. 32 LETA.

La Ley 31/2015 mejora los incentivos al emprendimiento para las personas con discapacidad, y aunque suprime el programa específico de incentivos al emprendimiento de personas discapacitadas menores de 35 años, contenido en la derogada Disposición Adicional Undécima de la Ley 45/2002, según redacción dada por el art. 30 de la Ley 14/2013, ello no supone una merma en la protección de las personas discapacitadas, pues los beneficios que tenían los menores de 35 años se extienden a todas las personas discapacitadas[56]. Igualmente, es la Ley 31/2015, la que amplía los incentivos dispuestos originariamente para las personas con discapacidad, a las víctimas de violencia de género y víctimas del terrorismo.

Para ser beneficiario de las reducciones y bonificaciones del art. 32 LETA es necesario, además de ser una persona con un grado de discapacidad igual o superior al 33%, víctima de violencia de género o víctima del terrorismo, causar alta inicial en el RETA o no haber estado en situación de alta en los 5 años inmediatamente anteriores a contar desde la fecha de efectos del alta en el RETA, pues al igual que con el resto de incentivos, lo que se

firme, a ser beneficiarios de las medidas de bonificación a la contratación y de las políticas activas de empleo previstas en la legislación específica" y el art. 46 del Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 29/2011, concreta que las personas incluidas en dicho precepto, tendrán derecho a ser beneficiarias de las medidas de bonificación a la contratación previstas en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo y a ser beneficiarias de medidas de inserción laboral para colectivos con especiales dificultades para el acceso y permanencia en el empleo, de conformidad con lo previsto en la LE. Sobre las políticas activas de empleo destinadas a las víctimas del terrorismo Vid. KAHALE CARRILO, D.T.: "Régimen de protección social" en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) y Kahale Carrilo, D.T. (Coord.) VV.AA. en Reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo. Estudio de la normativa básica estatal y autonómica, EOLAS, 2011, págs. 122-127.

[54] El art. 22 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, dispone que "en el marco del Plan de Empleo del Reino de España, se incluirá un programa de acción específico para las víctimas de violencia de género inscritas como demandantes de empleo. Este programa incluirá medidas para favorecer el inicio de una nueva actividad por cuenta propia".

[55] "Las personas minusválidas que se establezcan como trabajadores por cuenta propia, vinculados a un proyecto de autoempleo aprobado por la Administración competente, se beneficiarán durante los tres años siguientes a dicha aprobación de una bonificación del 50 por 100 de la cuota correspondiente a la base de cotización mínima establecida por el Régimen especial de la Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomo".

[56] Con la Ley 14/2013 los discapacitados menores de 35 años podían beneficiarse de una reducción del 80% de la cuota durante los 12 meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta en el RETA, mientras que los discapacitados de 35 ó más años, sólo podrían beneficiarse de una reducción del 80% de la cuota durante los 6 meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta en el RETA.

pretende es fomentar nuevas altas en el RETA o la reincorporación de quienes hace años que causaron baja, así como evitar la picaresca que supondría darse de baja en el RETA para causar una nueva alta y beneficiarse de las reducciones y bonificaciones. Además, los beneficiarios de estas reducciones y bonificaciones podrán, una vez iniciada su actividad, emplear a trabajadores por cuenta ajena (art. 32.2 LETA), situación más coherente con el fomento del empleo propio de las políticas activas de empleo que la prohibición anterior.

Estos beneficios en la cotización serán también de aplicación a los socios de sociedades laborales y a los socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado que estén encuadrados en el RETA, siempre que cumplan con el resto de requisitos del art. 32 LETA (art. 32.3 LETA).

En cuanto al importe, el art. 32.1 LETA prevé una reducción gradual dividida en dos periodos. Un primer periodo de 12 meses desde la fecha de efectos del alta y los siguientes 48 meses hasta llegar a los 5 años.

Durante los primeros 12 meses, el beneficiario puede optar entre la conocida como "tarifa plana", es decir, una reducción que supone una cuota fija de 50€ mensuales por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal, si decide cotizar por la base mínima que le corresponda, o bien, si prefiere una base de cotización superior a la mínima, podrá aplicársele una reducción del 80% sobre la cuota por contingencias comunes, siendo la cuota a reducir el resultado de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda, el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal[57].

Con posterioridad al periodo inicial de 12 meses, y con independencia de la base de cotización elegida, podrán aplicarse una bonificación sobre la cuota por contingencias comunes, siendo la cuota a bonificar el 50% del resultado de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal, por un periodo máximo de hasta 48 meses, hasta completar un periodo máximo de 5 años desde la fecha de efectos del alta[58].

En concreto, estos colectivos podrán ahorrarse con los datos de la Orden de cotización de 2016[59] aproximadamente un total de 2.554,92€[60] en los primeros 12 meses, si se ha optado por la reducción del 80% y otros 6.387,36€ en los 48 meses siguientes, es

[57] Para el año 2016, dado que la base mínima de cotización del RETA es de 893,10€ y el tipo de cotización por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal es del 29,80%, si se le aplica una reducción en la cuota equivalente al 80%, la cuota a pagar será de 53,23€, en vez de 266,14€, lo que supone un ahorro de 212,91€ al mes. Posiblemente, convendría al autónomo optar por una base de cotización superior, a los efectos de poder sufrir cualquier contingencia, por sólo 3,23€ más, sobre todo, teniendo en cuenta que a partir de esos 12 meses, la cuota será la misma con independencia de la base de cotización por la que se haya optado.

[58] Para el año 2016, dado que la base mínima de cotización del RETA es de 893,10€ y el tipo de cotización por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal es del 29,80%, si se le aplica una reducción en la cuota equivalente al 50%, la cuota a pagar será de 133,07€, en vez de 266,14€, lo que supone un ahorro de 133,07€ al mes.

[59] Orden ESS/70/2016, de 29 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016.

[60] Nótese que esta cantidad es coincidente con el ahorro total que supone para el autónomo mayor de 30 años los incentivos previstos en el art. 31.1 LETA.

decir un total de 8.942,28€, una cuantía más que considerable, más del doble de lo que se ahorraría un joven emprendedor. De esos 8.942,28€, la menor cuantía (2.554,92€) será asumida por la partida presupuestaria de la Seguridad Social y el resto (6.387,36€) por la partida presupuestaria del Servicio Público de Empleo Estatal (art. 32.4 LETA)[61], al contrario de lo que sucede en el art. 31 LETA con las reducciones y bonificaciones a la Seguridad Social aplicables a los trabajadores por cuenta propia, situación más acorde con su carácter de política activa de empleo.

3.5. Familiares del trabajador autónomo

3.5.1. Bonificaciones por altas de familiares colaboradores de trabajadores autónomos

La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, introdujo en su Disposición Adicional 11ª una nueva bonificación por nuevas altas de familiares colaboradores de trabajadores autónomos, que la Ley 31/2015 además de reagrupar en la LETA junto con el resto de incentivos al emprendimiento individual en las cotizaciones (art. 35 LETA), ha modificado ampliando su duración.

Estas bonificaciones no parecen estar dirigidas a un colectivo con dificultad de inserción en el mercado laboral, si bien, el objetivo de esta medida es favorecer la cotización de aquellos familiares de los autónomos, principalmente cónyuges e hijos, que pese a colaborar en el negocio familiar, no cotizan dadas las dificultades económicas que la crisis ha planteado en muchos de los pequeños negocios.

Podrán beneficiarse de las bonificaciones por altas de familiares colaboradores de trabajadores autónomos, el cónyuge y familiares de trabajadores autónomos por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, que se incorporen al RETA, siempre y cuando no hubieran estado dados de alta en el mismo en los 5 años inmediatamente anteriores, ni se hayan beneficiado con anterioridad de esta medida[62], y colaboren con ellos mediante la realización de trabajos en la actividad de que se trate, incluyendo a los de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

La Ley 31/2015 ha suprimido la referencia a la pareja de hecho que sí preveía la versión originaria en la Ley 3/2012[63]. No obstante, a estos efectos debe recordarse que la Disposición

[61] "4. Las bonificaciones y reducciones de cuotas previstas en el presente artículo se financiarán con cargo a la correspondiente partida presupuestaria del Servicio Público de Empleo Estatal y se soportarán por el presupuesto de ingresos de la Seguridad Social, respectivamente".

[62] Debe diferenciarse entre quienes hayan disfrutado de una bonificación por altas de familiares colaboradores de trabajadores autónomos conforme a la Disposición Adicional 11ª de la Ley 3/2012 y ya haya transcurrido el periodo máximo dispuesto en la misma, y quienes en virtud de dicha disposición, vinieran disfrutando de estas bonificaciones, pero sin haber consumido el periodo máximo previsto, puesto que de la Disposición Transitoria 1ª.3 de la Ley 31/2015 se deduce que continuarán haciéndolo conforme al art. 35 LETA.

[63] Es más, el apartado 2 de la Disposición Adicional 11ª de la Ley 3/2012 especificaba que "A efectos de lo establecido en el apartado primero, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una

(...)

Adicional 16ª LGSS/2015[64], que reitera el tenor de la Disposición Adicional 2ª de la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el RETA, bajo la rúbrica "Cónyuge del titular de la explotación agraria", establece que "Las referencias al cónyuge del titular de la explotación agraria contenidas en el capítulo IV del título IV de esta ley se entenderán también realizadas a la persona ligada de forma estable con aquel por una relación de afectividad análoga a la conyugal una vez que se regule, en el ámbito del campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social y de los regímenes que conforman el mismo, el alcance del encuadramiento de la pareja de hecho del empresario o del titular del negocio industrial o mercantil o de la explotación agraria o marítimo-pesquera", lo que significa que quienes fueran pareja de hecho del titular de la explotación nunca pudieron acceder a la bonificación prevista en 2012 por faltar el presupuesto de su inclusión en el sistema. En consecuencia, más que de una restricción de los sujetos beneficiarios, se trata de una adecuación de la previsión a la regulación de los sujetos incluidos en el Sistema especial[65].

Al tratarse de una bonificación de la cuota de cotización, este incentivo al emprendimiento individual se financiará con cargo a la correspondiente partida presupuestaría del Servicio Público de Empleo Estatal. El importe de la bonificación será del 50% de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima el tipo correspondiente de cotización vigente en cada momento en el RETA, o en el Sistema Especial en su caso, de trabajo por cuenta propia que corresponda, durante los primeros 18 meses y el 25% durante los 6 meses siguientes. Así pues, con los datos de la Orden de cotización de 2016[66], un familiar colaborador que cause alta en el RETA y cumpla con los requisitos del art. 35 LETA, podrá ahorrarse aproximadamente 2.395,26€[67] en los 18 primeros meses y otros 399,24€[68] en los 6 meses siguientes, lo que supone un total de 2.794,5€.

convivencia estable y notoria y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. En las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica".

[64] Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, por el que se deroga la LGSS/1994.

[65] FERRANDO GARCÍA, F.M., op. cit., pág. 197.

[66] Orden ESS/70/2016, de 29 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016.

[67] Para el año 2016, dado que la base mínima de cotización del RETA es de 893,10€ y el tipo de cotización por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal es del 29,80%, si se le aplica una bonificación en la cuota equivalente al 50%, la cuota a pagar será de 133,07€, en vez de 266,14€, lo que supone un ahorro de 133,07€ al mes.

[68] Para el año 2016, dado que la base mínima de cotización del RETA es de 893,10€ y el tipo de cotización por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal es del 29,80%, si se le aplica una bonificación en la cuota equivalente al 25%, la cuota a pagar será de 199,60€, en vez de 266,14€, lo que supone un ahorro de 66,54€ al mes.

3.5.2. Reducción de cuotas a favor de determinados familiares del titular de la explotación agraria

La derogada Ley 18/2007, por la que se procedió a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el RETA a través de la creación del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios incluidos en el RETA, en su Disposición Adicional 1ª, incorporó por vez primera una reducción de cuotas a favor de determinados familiares del titular de la explotación agraria. La Ley 31/2015, también ha reagrupado esta reducción junto con el resto de incentivos al emprendimiento individual vinculados a la cotización a la Seguridad Social en la LETA, concretamente en el art. 37 LETA y ha modificado levemente su redacción.

Podrán ser beneficiarios de este incentivo, las personas incorporadas a la actividad agraria que queden incluidas en el RETA a través del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, que tengan cincuenta o más años de edad en el momento de dicha incorporación y sean cónyuges o descendientes del titular de la explotación agraria, siempre que este se encuentre dado de alta en los citados Régimen y Sistema Especial. La edad del beneficiario se incrementa hasta los cincuenta años con respecto a su versión originaria en la Disposición Adicional 1ª de la Ley 18/2007 (40 años), lo que supone una mejora.

La cuantía es la resultante de aplicar, sobre la cotización por contingencias comunes de cobertura obligatoria, una reducción equivalente al 30% de la cuota que resulte de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda, el tipo del 18,75%. Lo que supone, con los datos de la Orden de cotización de 2016[69], que los familiares del titular de la explotación agrícola que cumplan con los requisitos del art. 37.1 LETA, podrán ahorrarse un total de 3.014,4€[70]. Al tratarse de una reducción, el gasto será soportado a cargo del presupuesto de ingresos de la Seguridad Social.

El precepto establece la incompatibilidad de esta medida con la reducción y bonificación para los nuevos trabajadores incluidos en el RETA prevista en los arts. 31 y 32 LETA.

Finalmente, el apartado 2 del art. 37 LETA extiende la reducción, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1, al cónyuge del titular de una explotación agraria que se constituya en titular de la misma en régimen de titularidad compartida, salvo que viniera disfrutando ya de dicha reducción, en cuyo caso la seguirá percibiendo hasta su extinción.

[69] Orden ESS/70/2016, de 29 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016.

[70] Para el año 2016, dado que la base mínima de cotización es de 893,10€ y el tipo de cotización es del 18,75%, si se le aplica una reducción en la cuota equivalente al 30%, la cuota a pagar será de 117,22€, en vez de 167,46€, lo que supone un ahorro de 50,24€ al mes.

3.6. Trabajadores autónomos de Ceuta y Melilla

Con el fin de estimular la creación de empleo y, en consecuencia, coadyuvar a la reactivación de la actividad económica de las ciudades de Ceuta y Melilla, en determinados sectores que sufren especialmente las consecuencias de su situación geográfica, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, introdujo en el Apartado 2º de la Disposición Adicional 30ª LGSS/1994, una serie de bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social, entre las que incluyó una específica para los trabajadores autónomos que ha sido modificada, y reagrupada, junto con el resto de incentivos al emprendimiento individual, por la Ley 31/2015, y a la que se refiere la LGSS/2015 en su Disposición Adicional 23ª.

Con estas bonificaciones la Ley 62/2003 complementa el marco de beneficios que tradicionalmente se han venido estableciendo para los residentes en Ceuta y Melilla en distintos ámbitos del ordenamiento jurídico, como por ejemplo el fiscal, que tienen en consideración las singulares circunstancias geopolíticas de estas Ciudades[71].

Así pues, el art. 36 LETA prevé para los trabajadores encuadrados en el RETA "dedicados a actividades encuadradas en los sectores de Agricultura, Pesca y Acuicultura; Industria, excepto Energía y Agua; Comercio; Turismo; Hostelería y resto de servicios, excepto el Transporte Aéreo, Construcción de Edificios, Actividades Financieras y de Seguros y Actividades Inmobiliarias, que residan y ejerzan su actividad en las Ciudades de Ceuta y Melilla", una bonificación del 50% de sus aportaciones a las cuotas de la Seguridad Social por contingencias comunes[72]. Esta bonificación también será aplicable a los socios de cooperativas de trabajo asociado.

La LETA en este supuesto no determina el periodo de aplicación de la bonificación, como tampoco lo hace la Disposición Adicional 23ª LGSS/2015. A este respecto, el originario Apartado 2º de la Disposición Adicional 30ª LGSS/1994, señalaba que estas bonificaciones "se establecerán, en su caso, por un periodo de tiempo limitado, a los efectos de proceder a evaluar periódicamente el grado de eficacia de la misma en relación con los objetivos sociales que se pretenden alcanzar, y requerirá petición previa de los Presidentes de

[71] Exposición de Motivos de la Orden TAS/471/2004, de 26 de febrero, por la que se dictan normas para la aplicación de las bonificaciones de cuotas establecidas por el apartado 2 de la disposición adicional trigésima del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, respecto de empresas y trabajadores por cuenta propia de las ciudades de Ceuta y Melilla.

[72] El derogado Apartado 2º de la Disposición Adicional 30ª LGSS/1994 preveía un 40% en su versión originaria, hasta que la Ley 31/2011, de 4 de octubre, por la que se modifica la Ley 53/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, y la Disposición Adicional Trigésima del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, modificando los porcentajes de bonificaciones de cuotas aplicable a los trabajadores de Ceuta y Melilla y las actividades económicas a las que resulta de aplicación dichas bonificaciones, señaló que "Los trabajadores encuadrados en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos que tendrán derecho a las bonificaciones de cuotas, a partir del 1 de enero de 2012, serán aquellos dedicados a actividades encuadradas en los sectores de Agricultura, Pesca y Acuicultura; Industria, excepto Energía y Agua; Comercio, Turismo; Hostelería y resto de servicios, excepto el Transporte Aéreo, Construcción de Edificios, Actividades Financieras y de Seguros y Actividades Inmobiliarias, que residan y ejerzan su actividad en las Ciudades de Ceuta y Melilla. La bonificación es del 43 por ciento durante el año 2012, del 46 por ciento durante el año 2013 y del 50 por ciento a partir del año 2014, en sus aportaciones a las cuotas de la Seguridad Social por contingencias comunes".

las Ciudades de Ceuta y Melilla e informes favorables del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos". Por su parte, la norma de desarrollo de las bonificaciones de cuotas de la Seguridad Social respecto de empresas y trabajadores por cuenta propia de las ciudades de Ceuta y Melilla, la Orden TAS/471/2004, de 26 de febrero, disponía que al final de los dos años de aplicación de estas bonificaciones, el Ministerio (de Empleo y Seguridad Social en la actualidad), oídos los Presidentes de las Ciudades de Ceuta y Melilla y previo informe favorable de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, evaluará el grado de cumplimiento de los objetivos de la Orden, a efectos de la prórroga, finalización o modificación de los porcentajes de las mismas. En este sentido, la Orden TAS/856/2006, de 21 de marzo[73], prorroga por otros dos años más la aplicación de las bonificaciones, al igual que la Orden TAS/710/2008, de 7 de marzo[74] y la Orden TIN/530/2010, de 5 de marzo[75]. Desde la Orden de 2010, no hay ninguna Orden que vuelva a prorrogar el periodo temporal de esta bonificación, posiblemente porque tras la modificación del Apartado 2º de la Disposición Adicional 30ª LGSS/1994 por la Ley 31/2011, de 4 de octubre, por la que se modifican los porcentajes de bonificaciones de cuotas aplicable a los trabajadores de Ceuta y Melilla y las actividades económicas a las que resulta de aplicación dichas bonificaciones, no se establece que el periodo de aplicación de la bonificación deba ser limitado, como tampoco lo hace el tenor literal vigente tras la Ley 31/2015, ni tras la entrada en vigor de la Disposición Adicional 23ª LGSS/2015, por lo cual, tendrá que entenderse que esta bonificación del 50% tiene una duración indefinida, hecho que resulta cuestionable, puesto que lo lógico es que cualquier medida de fomento del empleo tenga un carácter temporal, hasta que se consiga el objetivo pretendido.

4. INSTRUMENTOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y EL AUTOEMPLEO

4.1. Aspectos Introductorios

Según los datos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social[76], las mujeres representan el 34,6% del total de trabajadores autónomos personas físicas inscritos en los diferentes regímenes por cuenta propia de la Seguridad Social.

[73] Artículo 1 de la Orden TAS/856/2006, de 21 de marzo, por la que se prorroga la aplicación de las bonificaciones de cuotas reguladas en la Orden TAS/471/2004, de 26 de febrero, por la que se dictan normas para la aplicación de las bonificaciones de cuotas establecidas por el apartado 2 de la disposición adicional trigésima del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, respecto de empresas y trabajadores por cuenta propia de las Ciudades de Ceuta y Melilla y se modifica dicha Orden (BOE de 28 marzo).

[74] Artículo 1 de la Orden TAS/710/2008, de 7 de marzo, por la que se prorroga la aplicación de las bonificaciones de cuotas regulada en la Orden TAS/471/2004, de 26 de febrero, por la que se dictan normas para la aplicación de las bonificaciones de cuotas establecidas por el apartado 2 de la disposición adicional trigésima del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, respecto de empresas y trabajadores por cuenta propia de las Ciudades de Ceuta y Melilla y se modifica dicha Orden (BOE 17 marzo).

[75] Artículo 1 de la Orden TIN/530/2010, de 5 de marzo, por la que se prorroga la aplicación de las bonificaciones de cuotas regulada en la Orden TAS/471/2004, de 26 de febrero, por la que se dictan normas para la aplicación de las bonificaciones de cuotas establecidas por el apartado 2 de la disposición adicional trigésima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, respecto de empresas y trabajadores por cuenta propia de las Ciudades de Ceuta y Melilla y se modifica dicha orden (BOE 9 marzo).

[76] http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/autonomos/estadistica/

Como es sabido, la mayor dedicación de las mujeres a la atención de la familia y el cuidado del hogar[77] es una de las razones por las que éstas, con independencia de su preparación académica y experiencia laboral, tienen mayores dificultades para ser empleadas por cuenta ajena. Paradójicamente, el autoempleo, que se postula como una alternativa eficaz al desempleo femenino, requiere más tiempo de dedicación que el trabajo por cuenta ajena. La aparente libertad y flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo característico del trabajo autónomo, no hace más factible la conciliación de los intereses personales, familiares y profesionales, precisamente porque el trabajo autónomo normalmente requiere una jornada laboral mucho más extensa, y fundamentalmente, porque el trabajador autónomo carece de muchos de los instrumentos laborales de conciliación[78]. Así pues, para que realmente pueda cumplirse con lo dispuesto en el art. 27.3 LETA[79] y que la política de fomento del trabajo autónomo tienda hacia el logro de la efectiva igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, es preciso ahondar en las políticas públicas de conciliación para autónomos.

Hasta hace muy poco, la conciliación de la vida personal, familiar y profesional de los trabajadores autónomos, apenas ha merecido consideración alguna, piénsese que hasta la promulgación de la LETA, el legislador no había prestado demasiada atención al trabajo autónomo, y que las referencias normativas a éste se hallaban dispersas a lo largo de todo el ordenamiento jurídico. No ha sido hasta la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI, en adelante) y la propia LETA, cuando ha venido a reconocerse expresamente en nuestro ordenamiento jurídico tal derecho (art. 4.3.g) LETA)[80]. A nivel europeo, el gran hito normativo a este respecto es la Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, pues recoge la necesidad de que los cónyuges y las parejas de hecho colaboradoras del trabajador autónomo disfruten del mismo derecho a la cobertura de la Seguridad Social que los trabajadores por cuenta propia, y en su artículo 8 señala que los Estados miembros han de tomar las medidas necesarias para que a las trabajadoras autónomas, los cónyuges y las parejas de hecho se les pueda conceder, de conformidad con el Derecho nacional, un subsidio por maternidad de cuantía suficiente que permita interrupciones en su actividad profesional por causa de embarazo o maternidad durante por lo menos 14 semanas.

[77] Según los datos del INE sobre el tiempo medio diario dedicado a las distintas actividades, en concreto sobre las "Actividades de hogar y familia (según tipo de hogar, según situación laboral)", el 91,9% de las mujeres (de 10 y más años) realizan tareas domésticas y se ocupan del cuidado de niños, ancianos y personas dependientes durante 4 horas y 29 minutos diarios, frente al 74,7% de los hombres que dedican en promedio 2 horas y 32 minutos. http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925472448&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param3=1259924822888

[78] Cfr. PÉREZ AGULLA, S. Y GIL PLANA, J.: "Los trabajadores autónomos y la conciliación de la vida familiar, personal y profesional", en MELLA MÉNDEZ L. (Dir.): Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica. Estudios desde el Derecho Internacional y Comparado, Editorial DELTA, 2015, pág. 87.

[79] "La elaboración de esta política de fomento del trabajo autónomo tenderá al logro de la efectividad de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y prestará especial atención a los colectivos de personas desfavorecidas o no suficientemente representadas, entre los cuales las personas con discapacidad ocupan un lugar preferente."

[80] "A la conciliación de su actividad profesional con la vida personal y familiar, con el derecho a suspender su actividad en las situaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, en los términos previstos en la legislación de la Seguridad Social".

Difícilmente puede afirmarse el cumplimiento de lo preceptuado en el art. 39.1 CE[81] si los trabajadores autónomos no pueden disfrutar de las 16 semanas de descanso por maternidad –al igual que los trabajadores dependientes–, ni percibir un subsidio por ello[82]. En la actualidad, el trabajador autónomo queda equiparado al trabajador por cuenta ajena en lo que respecta al disfrute del descanso por maternidad, paternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, o riesgo durante la lactancia natural "a coste cero" en materia de Seguridad Social, es decir, el trabajador autónomo podrá cesar en su actividad y contratar a una persona que le sustituya, con una bonificación del 100% de su cuota a la Seguridad Social y de la del trabajador que contrate. Lo que sí ha dejado de potenciarse es la reincorporación del trabajador (más bien la trabajadora) tras el cese de actividad por maternidad, ya que la Disposición Derogatoria Única del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, derogó la Disposición Adicional 65ª de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, que regulaba la bonificación para trabajadoras autónomas reincorporadas después de la maternidad[83].

Más allá de garantizar, como mínimo, el cese en la actividad por un periodo igual al del trabajador por cuenta ajena en los supuestos de maternidad, paternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, o riesgo durante la lactancia natural "a coste cero", es muy complicado trasladar al trabajo autónomo las medidas laborales de conciliación[84]. De hecho, los instrumentos laborales de conciliación son inaplicables, lo que no ha de impedir que se arbitren legalmente "figuras nuevas (más o menos novedosas, o más o menos

[81] "Los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia".

[82] Además, tal y como se apunta en FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: "Negociación colectiva sobre la adaptación de la jornada por razones personales o familiares", Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 168/2014, pág. 38, "La conciliación de la vida laboral y familiar no sólo debe ser promovida por los poderes públicos desde el prisma de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, también ha de tenerse muy presente la vinculación que la conciliación tiene con la natalidad y ésta última con el crecimiento económico, y sobre todo, con la sostenibilidad del sistema de bienestar social. Las dificultades en la conciliación y la corresponsabilidad merman claramente los índices de natalidad, ya que en la decisión de afrontar la maternidad/paternidad pesa como uno de los condicionantes principales junto con la situación económica de la familia, los problemas de conciliación".

[83] "Las trabajadoras por cuenta propia del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia y Autónomos que, habiendo cesado su actividad por maternidad y disfrutado del período de descanso correspondiente, vuelvan a realizar una actividad por cuenta propia en los dos años siguientes a la fecha del parto tendrán derecho a percibir una bonificación del 100 por ciento de la cuota por contingencias comunes resultante de aplicar el tipo de cotización a la base mínima vigente en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos de la Seguridad Social, independientemente de la base por la que coticen, y durante un período de 12 meses.
Dicha bonificación será también de aplicación a las socias trabajadoras de cooperativas de Trabajo Asociado, que se incluyan en el indicado régimen especial".

[84] "Desde el punto de vista del abordaje jurídico de la actividad en cuestión, no es factible hallar puntos de concordancia para la conciliación en relación a los asalariados por cuanto no concurre el patrón de uno de los grandes presupuestos del art. 1 ET cual es el de la dependencia o subordinación al empresario. Cabe recordar que, en el supuesto más clásico, el autónomo es titular de su organización productiva y al tiempo ejecutor en primera persona de la propia actividad, luego no resulta posible aplicar los parámetros que tanto en materia de vicisitudes modificativas –interrupción/suspensión– como extinción regula el actual Estatuto de los Trabajadores por influencia de la Ley de Conciliación 39/1999". MORENO DE VEGA Y LOMO, F.: "El trabajador autónomo: la conciliación entre la actividad profesional y su vida familiar", Revista de Derecho Social, núm. 43/2008, pág. 94.

análogas a las ya existentes por referencia a los trabajadores por cuenta ajena)"[85], y eso es lo que el art. 30 LETA hace al prever una bonificación de la cuota a la Seguridad Social del trabajador autónomo que contrate a un trabajador para sustituirle cuando éste no pueda atender su trabajo por dedicarse al cuidado de un menor o de un familiar a cargo, dependiente o con una determinada discapacidad.

En cuanto al trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE), aunque en principio goza de un régimen conciliatorio mucho más favorable que el previsto respecto de los trabajadores por cuenta propia ordinarios[86], la Ley 35/2015 ha dado un paso importante en la conciliación de los TRADE al autorizarles la contratación de trabajadores por cuenta ajena en aquellos supuestos en los que la interrupción de la actividad por causas vinculadas a la conciliación de su actividad profesional con la vida familiar pudiese ocasionar la resolución del contrato con su cliente.

Así pues, pese a la crisis económica, o precisamente como consecuencia de ella, dada la necesidad de potenciar el autoempleo y el emprendimiento, la conciliación debe convertirse en uno de los principales puntos de atención en el abordaje del trabajo autónomo. Es por ello, que aunque dos de los tres puntos siguientes podrían haberse tratado en este trabajo en el epígrafe dedicado a las reducciones y bonificaciones a la Seguridad Social como incentivo al emprendimiento individual, se ha creído conveniente destacar que estas medidas más allá de ser bonificaciones de la cuota a la Seguridad Social, son instrumentos de conciliación de la vida familiar y el autoempleo, que incentivan el emprendimiento.

4.2. Bonificación en las cuotas de Seguridad Social para trabajadores autónomos, en periodo de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o suspensión por paternidad

El art. 38 LETA hace realidad la plena incorporación de los trabajadores autónomos al denominado "coste cero" en Seguridad Social, demandado por parte de la doctrina científica[87]. Conforme al mismo, "a la cotización de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, sustituidos durante los periodos de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, mediante los contratos de interinidad bonificados, celebrados con desempleados a que se refiere el Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, les será de aplicación una bonificación del 100 por cien de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima o fija que corresponda el tipo de cotización establecido como obligatorio para trabajadores incluidos en el régimen especial de Seguridad Social que corresponda por razón de su actividad por cuenta propia", bonificación, que sólo será de aplicación "mientras coincidan

[85] BARRIOS BAUDOR, G.L.; "La conciliación de la vida personal, familiar y profesional de los trabajadores autónomos: estado de la cuestión y propuestas de reforma", Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos, núm. 345/2011, pág. 60.

[86] BARRIOS BAUDOR, G.L., op. cit., pág. 72.

[87] BARRIOS BAUDOR, G.L., op. cit., págs. 86y 87 y TORTUERO PLAZA, J.L.: 50 propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral (Del permiso de paternidad obligatorio… al apoyo a las PYMES), Cuadernos Civitas, 2006, págs. 238 y 239.

en el tiempo la suspensión de actividad por dichas causas y el contrato de interinidad del sustituto y, en todo caso, con el límite máximo del periodo de suspensión"[88].

Aunque la previsión no se circunscribe a los autónomos que carecen de empleados o que regentan una PYME, es obvio que esta medida redunda fundamentalmente en las mujeres que deciden emprender un negocio solas –o sin apenas empleados–, y que gracias a esta medida podrán asumir la maternidad sin dejar desatendido su negocio y a "coste cero" en lo que concierne a la Seguridad Social, pues a la bonificación de la cuota del trabajador que contrate, se le sumará la bonificación de su propia cuota de autónomo.

Al tratarse de bonificaciones, serán financiadas con cargo a la correspondiente partida presupuestaria del Servicio Público de Empleo Estatal.

4.3. Bonificación a trabajadores incluidos en el RETA por conciliación de la vida profesional y familiar vinculada a la contratación

El Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, incorpora a la LETA el art. 30, que más tarde es modificado por el art. 9 de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, con la que se convalida el Real Decreto-Ley 1/2015.

Por la propia naturaleza del trabajo dependiente y del trabajo independiente o autónomo, la completa asimilación entre el Régimen General y el RETA es irrealizable, así como todos los instrumentos laborales de conciliación inaplicables al autónomo, lo que no obsta a que de forma progresiva deban converger ambos regímenes en todo lo posible y que los instrumentos laborales de conciliación que sí tengan cabida en el trabajo autónomo sean incorporados al estatuto del trabajador autónomo.

En este sentido, y respondiendo a lo previsto por la propia Disposición Final Segunda de la LETA[89], el art. 30 LETA viene a configurar la posibilidad de que el trabajador

[88] Igualmente, el art. 11 Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social prevé estas bonificaciones para los socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas, "A la cotización de los socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas, sustituidos durante los períodos de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, mediante los contratos de interinidad bonificados, celebrados con desempleados a que se refiere el Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, les será de aplicación: a) Una bonificación del 100 por cien en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta para el caso de los socios encuadrados en un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena. b) Una bonificación del 100 por cien de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima o fija que corresponda el tipo de cotización establecido como obligatorio para trabajadores incluidos en un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores autónomos. Solo será de aplicación esta bonificación mientras coincidan en el tiempo la suspensión de actividad por dichas causas y el contrato de interinidad del sustituto y, en todo caso, con el límite máximo del periodo de suspensión".

[89] "Con carácter progresivo se llevarán a cabo las medidas necesarias para que, de acuerdo con los principios que inspiran esta Ley, se logre la convergencia en aportaciones y derechos de los trabajadores autónomos en relación con los establecidos para los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social".

autónomo pueda disfrutar de una medida conciliatoria muy *sui generis*, una especie de híbrido entre una excedencia y una reducción de jornada por cuidado de menor o familiar a cargo, sin asumir los costes en Seguridad Social, bonificándose el 100 por cien de la cuota de autónomo por contingencias comunes.

No es una figura equiparable a ninguno de los tradicionales instrumentos laborales de conciliación del trabajador dependiente. No es una excedencia porque el autónomo no se encuentra en situación asimilada al alta, siendo precisamente un requisito la permanencia en situación de alta (art. 30.2 LETA), por lo que el autónomo podrá seguir realizando su actividad profesional, pero disponiendo del tiempo necesario para poder hacer frente a sus obligaciones familiares al tener contratado un trabajador por cuenta ajena. No es tampoco una reducción de jornada por motivos familiares, porque el trabajador por cuenta ajena, podrá estar contratado a tiempo completo, o a tiempo parcial, y sólo en el caso de estarlo a tiempo parcial, la bonificación será del 50 por ciento, no del 100 por cien (art. 30.2 LETA).

El incentivo tiene una duración máxima de 12 meses y consiste exclusivamente en la bonificación del 100 por cien de la cuota de autónomos por contingencias comunes, que resulte de aplicar a la base media que tuviera el trabajador en los doce meses anteriores a la fecha en la que se acoja a esta medida, el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento establecido en el RETA, y en el caso de que el trabajador llevara menos de 12 meses de alta en el RETA, la base media de cotización se calculará desde la fecha de alta (art. 30.1 LETA).

Con esta bonificación, tal y como pone de manifiesto la propia Exposición de Motivos de la Ley 25/2015, se cumple un doble objetivo: la adopción de medidas que contribuyen a la viabilidad del proyecto profesional del trabajador autónomo, permitiéndole hacer frente a sus obligaciones familiares a la par que mantiene su actividad profesional, y la contribución a la dinamización del mercado de trabajo, al estar la medida vinculada a la contratación de un trabajador por cuenta ajena. En consecuencia, dos son los requisitos fundamentales para poder acceder a ella: la necesidad del trabajador autónomo de hacer frente a unas determinadas obligaciones familiares sin contar con trabajadores a su cargo y la contratación de un trabajador por cuenta ajena.

No podrá accederse a esta bonificación por cualquier obligación familiar del trabajador autónomo, el art. 30.1 LETA determina exclusivamente 3 supuestos:

- Por cuidado de menores de 7 años que el trabajador autónomo tenga a su cargo.
- Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, en situación de dependencia debidamente acreditada.
- Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, con parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento o una discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento, cuando dicha discapacidad esté debidamente acreditada, siempre que dicho familiar no desempeñe una actividad retribuida.

Esta medida sí que se restringe a los trabajadores autónomos que carezcan de trabajadores asalariados[90], tanto en la fecha de inicio de la aplicación de la bonificación, como durante los doce meses anteriores a la misma, si bien, a estos efectos, no se tomará en consideración al trabajador contratado mediante contrato de interinidad para la sustitución del trabajador autónomo durante los periodos de descanso por maternidad, paternidad, adopción o acogimiento tanto preadoptivo como permanente o simple, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural (art. 30.4 LETA).

La bonificación está condicionada a la permanencia en alta en el RETA del beneficiario durante el periodo de disfrute de la bonificación y durante los seis meses posteriores a la misma, así como a la contratación de un trabajador por cuenta ajena, a tiempo completo o parcial, que será ocupado en la actividad profesional que da lugar al alta en el Sistema de Seguridad Social del trabajador autónomo. Cuando el contrato se realice a tiempo parcial, la jornada laboral no podrá ser inferior al 50 por ciento de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable y la bonificación de la cuota de autónomo será del 50 por ciento (art. 30.2 LETA).

El trabajador por cuenta ajena habrá de mantenerse contratado durante todo el periodo del disfrute de la bonificación. Aunque, en todo caso, la duración del contrato deberá ser, al menos, de 3 meses desde la fecha de inicio del disfrute de la bonificación (art. 30.2 LETA). Ello no significa que el contrato del trabajador por cuenta ajena no pueda extinguirse por causas objetivas o por despido disciplinario reconocido uno u otro como procedente, o por la dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador o por resolución durante el periodo de prueba, incluso sin haber transcurrido los tres meses, pero siempre que se contrate a otro trabajador por cuenta ajena en un plazo máximo de 30 días. En caso de incumplimiento, el autónomo habrá de proceder al reintegro del importe de la bonificación, que quedará limitado exclusivamente a la parte de la bonificación disfrutada que estuviera vinculada al contrato cuya extinción no se hubiera producido en los supuestos antedichos. Igualmente, el trabajador autónomo habrá de reintegrar el importe de la bonificación, si causa baja en el RETA sin que hayan transcurrido seis meses desde el vencimiento del plazo de disfrute de la misma (arts. 30.2 y 3 LETA), con los que se pretende evitar altas fraudulentas.

El contrato que el autónomo suscribe con el trabajador por cuenta ajena será un contrato de duración determinada para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, pues el propio art. 30.7 LETA remite la regulación de la contratación "en lo no previsto expresamente", a lo dispuesto en el art. 15.1.c) ET.

La duración del incentivo es como máximo de 12 meses, pese a que tales obligaciones familiares normalmente se prolongan mucho más en el tiempo. No obstante, para los trabajadores por cuenta ajena, los instrumentos laborales de conciliación tampoco tienen una duración indefinida, por ejemplo, la excedencia para el cuidado de hijo ya sea por naturaleza,

[90] Recuérdese que con respecto a la bonificación en las cuotas de Seguridad Social para trabajadores autónomos, en periodo de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o suspensión por paternidad del art. 38 LETA, se comentó que pese a que no se circunscribe a los autónomos que carecen de empleados o que regentan una PYME, es obvio que dicha medida redunda fundamentalmente en quienes regentan un negocio sin empleados.

como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, serán como máximo de tres años a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa, y la excedencia para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida, será de una duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva (art. 46.3 ET). Téngase en cuenta, además, que las bonificaciones, aunque en este caso sirvan de herramienta de conciliación de la vida familiar y profesional, porque está dando lugar a la posibilidad de que el trabajador autónomo pueda dedicar tiempo a una concreta obligación familiar, como ocurre con los permisos, licencias, excedencias o reducciones de jornada previstas para los trabajadores por cuenta ajena, no dejan de ser una medida de política activa para integrar a determinados colectivos en el mercado de trabajo, un incentivo al autoempleo en este caso concreto, por lo que su duración no debe ser indefinida

Si el menor en razón del cual se originó el derecho a la bonificación cumpliera los 7 años antes de que hubiesen transcurrido los 12 meses de disfrute de la bonificación, ésta se podrá mantener hasta alcanzar el periodo máximo de 12 meses previsto, siempre que se cumplan el resto de condiciones (art. 30.3 LETA).

Los beneficiarios de la bonificación tendrán derecho a su disfrute una vez por cada uno de los sujetos causantes a su cargo señalados en el apartado 1 del artículo 30 LETA, siempre que se cumplan el resto de requisitos previstos en el art. 30 LETA (art. 30.5 LETA).

Aunque el propio art. 30.6 LETA señala que esta medida será compatible con el resto de incentivos a la contratación por cuenta ajena, conforme a la normativa vigente, lo cierto es que en estos casos la cuota a la Seguridad Social del trabajador contratado en sustitución del autónomo no parece que pueda verse bonificada sin más, salvo que así lo prevea una norma más adelante, pues no estamos ante un contrato de interinidad celebrado con personas desempleadas para la sustitución en periodo de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o suspensión por paternidad (Disposición Adicional 2ª de la Ley 12/2001), ni ante contratos de interinidad con beneficiarios de prestaciones por desempleo para sustituir a trabajadores en situación de excedencia por cuidado de familiares (Disposición Adicional 21ª ET).

Al tratarse de bonificaciones, serán financiadas con cargo a la correspondiente partida presupuestaria del Servicio Público de Empleo Estatal.

4.4. Modificación del régimen jurídico de los trabajadores autónomos económicamente dependientes

El TRADE es definido en el art. 11.1 LETA como el que realiza una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que depende económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.

Una de las condiciones que ha de reunir el TRADE es precisamente "no tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes" (art. 11.1.a) LETA). El carácter insustituible del TRADE complica sobremanera la conciliación de la vida familiar y profesional, sobre todo, si a ello se le suma la posibilidad del cliente de resolver el contrato en supuestos de maternidad y paternidad del trabajador por cuenta propia, siempre y cuando ello suponga un perjuicio importante para el cliente. Situación que ha sido muy criticada por la doctrina científica[91], pues el legislador primó el interés del cliente sin tener en cuenta que el hecho de que una situación inherente al sexo como es la maternidad pueda justificar la extinción del contrato, no deja de plantear la sospecha de su carácter discriminatorio por razón de sexo[92].

Esta circunstancia viene a subsanarse –en parte– con la Ley 31/2015, que permite la posibilidad de que el TRADE contrate a un trabajador por cuenta ajena en determinados supuestos en los que la interrupción de la actividad esté vinculada a la conciliación (art. 11.2.a) LETA), y ha exceptuado los supuestos de maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural de un menor de 9 meses, de la posibilidad que tiene el cliente de extinguir el contrato por ocasionar la interrupción justificada de la actividad profesional "un perjuicio importante al cliente que paralice o perturbe el normal desarrollo de su actividad", siempre que se mantenga la actividad a través de la contratación de un trabajador por cuenta ajena (art. 16.3 LETA), es decir, si no se da esa contratación que mantenga la actividad, el cliente podrá voluntariamente extinguir el contrato si se ocasiona un perjuicio importante al cliente que paralice o perturbe el normal desarrollo de su actividad.

La Ley 31/2015 ha modificado el art. 11.2.a) LETA, exceptuando de la prohibición de tener a cargo trabajadores por cuenta ajena cinco casos concretos:

- Supuestos de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses.
- Períodos de descanso por maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente.
- Por cuidado de menores de siete años que tengan a su cargo.
- Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, en situación de dependencia, debidamente acreditada.
- Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, con una discapacidad igual o superior al 33 por ciento, debidamente acreditada.

[91] Vid. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Y ÁLVAREZ CUESTA, H.: Régimen profesional, derechos colectivos y Seguridad Social del trabajador autónomo tras la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, Eolas, 2009, pág. 83.

[92] MONTOYA MELGAR, A.: El contrato del TRADE. La Ley y el Reglamento, Cuadernos Civitas, Thomson-Reuters, 2009, pág. 158.

Sin embargo, estos cinco casos de conciliación no coinciden con los que quedan exceptuados en el art. 16.3 LETA de la posible extinción contractual justificada por parte del cliente, por ocasionar un perjuicio importante que paralice o perturbe el normal desarrollo de su actividad. Efectivamente, el tenor literal se refiere a "maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural de un menor de 9 meses", por lo que deja fuera el cuidado de menores y familiares a cargo. Lo más probable es que se deba a que como puede deducirse del art. 11.2.a) LETA, para el cuidado de menores y familiares a cargo lo que el legislador prevé es una reducción de jornada del autónomo, pues el contrato del trabajador por cuenta ajena no podrá superar el 75 por ciento de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, en cómputo anual, por lo que en tales situaciones no hay una interrupción de la actividad por parte del TRADE, pues éste continúa prestando sus servicios a la par que el trabajador por cuenta ajena contratado y difícilmente se va a producir "un perjuicio importante al cliente que paralice o perturbe el normal desarrollo de su actividad"[93]. Otra opción sería considerar que los casos justificados de extinción unilateral del cliente previstos en el art. 16.3 LETA se circunscriben a "d) Incapacidad temporal, maternidad, paternidad, adopción o acogimiento", "e) Riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de 9 meses" y "g) Fuerza mayor", mientras que el cuidado de un menor o familiar a cargo podría estar comprendido en el apartado b) del art. 16.1 LETA: "b) La necesidad de atender responsabilidades familiares urgentes, sobrevenidas e imprevisibles", al que no alude el párrafo 3 del art. 16 LETA como causa justificada de extinción contractual por voluntad del cliente, aunque se ocasione un perjuicio importante al cliente que paralice o perturbe el normal desarrollo de su actividad, pero no siempre el cuidado de un familiar a cargo es una necesidad familiar urgente, sobrevenida e imprevisible, y menos el cuidado de un hijo a cargo. Por todo lo cual, el legislador debería de haber despejado toda duda al respecto.

En los cinco casos previstos en el 11.2.a) LETA el TRADE podrá contratar un único trabajador, incluso si concurren dos o más de los supuestos previstos, y únicamente se permitirá la contratación de un trabajador por cuenta ajena por cada menor de siete años o familiar a cargo.

La contratación del trabajador por cuenta ajena se regirá –en lo no previsto expresamente por la LETA– por el art. 15.1.c) ET y sus normas de desarrollo, y el autónomo tendrá carácter de empresario conforme al art. 1.2 ET.

Cuando la contratación se deba al cuidado de un menor o un familiar a cargo, el contrato se celebrará por una jornada equivalente a la reducción de la actividad efectuada por el trabajador autónomo sin que pueda superar el 75 por ciento de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, en cómputo anual, entendiéndose a estos efectos por trabajador a tiempo completo comparable lo establecido en el art. 12 ET.

Aunque la duración del contrato estará vinculada al mantenimiento de la situación de cuidado de menor de siete años o persona en situación de dependencia o discapacidad a cargo del trabajador autónomo, en todo caso tendrá una duración máxima de doce meses. Puede verse aquí el paralelismo entre esta herramienta de conciliación para el TRADE y la

[93] FERRANDO GARCÍA, F.M., op. cit., págs. 202-203.

regulación en el art. 30 LETA de la bonificación a trabajadores incluidos en el RETA por conciliación de la vida profesional y familiar vinculada a la contratación, anteriormente analizada, con la que se prevé la posibilidad de que el trabajador autónomo pueda contratar un trabajador por cuenta ajena por un periodo máximo también de 12 meses, cuando es conocido que la situación familiar se da por un tiempo indefinido e incierto en el caso del cuidado de un familiar a cargo y podría extenderse hasta los 7 años por hijo a cargo. Es más, dado que el TRADE es un trabajador autónomo, y fundamentalmente porque el propio art. 11.2.a) LETA así lo reconoce expresamente, el TRADE podrá beneficiarse de la bonificación de su cuota de autónomo por la contratación de un trabajador por cuenta ajena conforme al art. 30 LETA.

Para evitar la concatenación de contratos temporales[94], se marca un periodo mínimo de 12 meses –desde el final del contrato– para poder celebrar un nuevo contrato con un trabajador por cuenta ajena si vuelve a ocasionarse cualquiera de las causas previstas en el art. 11.2.a) LETA, con una salvedad: que después de la contratación por riesgo durante el embarazo, el nuevo contrato se deba a que el TRADE se acoja a su derecho a disfrutar del periodo de descanso por maternidad. No obstante, cuando el trabajador por cuenta ajena suspenda su contrato con el TRADE por incapacidad temporal, maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante el embarazo o lactancia natural o protección de mujer víctima de violencia de género, así como en los supuestos de extinción del contrato por causas procedentes, el TRADE podrá contratar otro trabajador para sustituir al inicialmente contratado, sin que, en ningún momento, ambos trabajadores por cuenta ajena puedan prestar sus servicios de manera simultánea y sin que, en ningún caso, se supere el periodo máximo de duración de la contratación previsto.

5. CONCLUSIONES

- Las medidas de apoyo al autoempleo individual no constituyen ninguna novedad en nuestro Ordenamiento Jurídico, si bien, con la actual crisis económica y de empleo se ha puesto el acento en este tipo de políticas activas de empleo, pero su existencia data de los años 90, es decir, tienen su origen en la crisis precedente a la actual.
- Entre las modalidades de subvención del programa de promoción del empleo autónomo, la subvención por el establecimiento como autónomo y la subvención financiera son mucho más demandadas que la subvención técnica y la subvención para la formación.
- Es más que cuestionable el resultado real de las reducciones y bonificaciones a la Seguridad Social como medida de fomento del empleo tanto dependiente como autónomo. Sin embargo, el legislador parece no encontrar otra fórmula más efectiva y se conforma con unos resultados cortoplacistas.
- Ha sido todo un acierto que la Ley 31/2015 haya procedido a la reordenación de los incentivos en las cotizaciones a la Seguridad Social, la armonización de requisitos y

[94] La propia Exposición de Motivos de la Ley 31/2015 señala que esta medida "será compatible con la protección del trabajador por cuenta ajena contratado, al adoptarse las medidas pertinentes para evitar una indeseada concatenación de contratos temporales que afectasen a la estabilidad en el empleo, ya que esta nueva posibilidad que se le ofrece al Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente es, y no debe ser olvidado, específica para situaciones excepcionales".

obligaciones. Más discutible es la eficacia de la mejora de los incentivos ya existentes y de la implementación de otros nuevos.

- Los incentivos en las cotizaciones a la Seguridad Social, como política activa de empleo, deben estar orientados a determinados colectivos con especiales dificultades de inserción en el mercado de trabajo, sin embargo, la conocida como "Ley de Emprendedores" hace extensible la mal llamada "tarifa plana para autónomos" a cualquier emprendedor novel.
- Si ya de por sí es criticable la generalización de las ayudas al autoempleo, cuando éstas, en cuanto políticas activas de empleo, han de dirigirse a determinados colectivos con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, más censurable es que además tales ayudas sean prácticamente sufragadas por la Seguridad Social, pese a la difícil situación financiera en la que se encuentra.
- La desaparición de la antigua prohibición de emplear a trabajadores por cuenta ajena por parte de los beneficiarios de las bonificaciones y reducciones a la Seguridad Social es más que loable, pues resultaba totalmente contraria al fomento del emprendimiento como germen de futuras contrataciones.
- Es muy plausible el hecho de que los incentivos adicionales al emprendimiento juvenil, como parte de las políticas activas de empleo, sean asumidos por la partida presupuestaria del Servicio Público de Empleo Estatal.
- La calificación de "tarifa plana" al incentivo para autónomos, parece responder más a una especie de "marketing legislativo" que a la realidad, no sólo porque en honor a la verdad sería más apropiado denominarla "tarifa progresiva", sino fundamentalmente porque esta opción no resulta tan ventajosa para el autónomo, ya que se ahorra una cantidad ínfima y cotiza por la base mínima, lo que repercutirá a los efectos de sufrir cualquier contingencia.
- Ha de valorase muy positivamente que la Ley 31/2015 mejore los incentivos al emprendimiento para las personas con discapacidad y que los extienda a las víctimas de violencia de género y víctimas del terrorismo.
- El art. 38 LETA hace realidad la plena incorporación de los trabajadores autónomos al denominado "coste cero" en Seguridad Social.
- La bonificación a trabajadores incluidos en el RETA por conciliación de la vida profesional y familiar vinculada a la contratación (art. 30 LETA) es, sin lugar a dudas, un paso muy importante para hacer efectivo el derecho de los trabajadores autónomos a la conciliación de su actividad profesional con la vida personal y familiar (art. 4.3.g LETA).
- Para hacer más atractiva la posibilidad de que el trabajador autónomo sin empleados contrate a un trabajador por cuenta ajena para atender al cuidado de un hijo o familiar a cargo, el legislador debería prever además de la bonificación de la cuota del trabajador autónomo, la bonificación de la cuota del trabajador por cuenta ajena, tal y como se regula para los contratos de interinidad con beneficiarios de prestaciones por desempleo para sustituir a trabajadores en situación de excedencia por cuidado de hijo o familiar a cargo (Disposición Adicional 21ª ET).
- El legislador debería de aclarar si los supuestos de cuidado de menores y familiares a cargo en los que el TRADE contrate a un trabajador por cuenta ajena, quedan fuera o no de la excepción a la posible extinción contractual justificada por parte del cliente, por ocasionar un perjuicio importante que paralice o perturbe el normal desarrollo de su actividad conforme al art. 16.3 LETA.

Medidas que obstaculizan el aumento de cotizantes: la exclusión del RETA *ex* LGSS 2015 de las personas menores que trabajan por cuenta propia

Measures that hinder the increase of contributors: the exclusion of minors that work for themselves according to RETA *ex* LGSS 2015

Mª MONSERRATE RODRÍGUEZ EGÍO

PROFESORA DEL DPTO. DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE MURCIA

Resumen

En este trabajo se examina la posibilidad de desarrollar un trabajo por cuenta propia por parte de las personas menores de 18 años, en los términos exigidos por el art. 1.1 LETA. Posteriormente, se analizan las contradicciones entre la LETA y la LGSS en relación con la edad mínima para desarrollar un trabajo por cuenta propia y con la edad mínima exigida para su inclusión en el Sistema de la Seguridad Social y su encuadramiento en el RETA. Se concluye que la actual regulación en materia de protección social impide el incremento del número de cotizantes y ofrece una insuficiente protección social de este colectivo, particularmente frente a los riesgos derivados de su trabajo. Finalmente, se analiza la deficiente protección en materia de seguridad y salud que la LETA contempla respecto de estas personas trabajadoras.

Palabras clave

Personas menores, trabajo autónomo, Seguridad Social, vulnerabilidad, cotización

Abstract

This work examines the possibility that minors than 18 years old develop a self-employment under the terms required by art.1.1 LETA. Subsequently, the contradictions between LETA and General Social Security Act are analyzed in relation to the minimum age for developing a self-employment and the minimum age requiered to be included of self-employed in Social Security System and its framework in the RETA.It is concluded, that the current regulation in social protection prevents the increase in number of contributors and provides insufficient social protection to this group, particularly against the risks of work. Finally, the paper analyzes the poor protection that LETA offers to this group regarding safety and health at work.

Keywords

Minors, self-employment, Social Security, vulnerability, contributions

Sumario: 1. Introducción. 2. El trabajo por cuenta propia de la persona menor de edad.1.1. La edad de acceso al trabajo autónomo en el ámbito internacional. 1.2. La edad de acceso al trabajo autónomo en España. 3. Una inadmisible discordancia normativa: la autorización por la LETA del trabajo autónomo de menores y su exclusión *ex* LGSS 2015 4. La insuficiente protección en materia de seguridad y salud del menor autónomo. 4.1. Sobre la tutela internacional de la persona trabajadora menor de edad.4.2. La deficiente protección del autónomo en materia de seguridad y salud laboral. 4.3. La ausencia de una especial protección en materia de seguridad y salud del menor autónomo.5. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

Al igual que en el trabajo por cuenta ajena, el trabajo autónomo se caracteriza por el elemento personal, es decir, este viene desarrollado por una persona física y, en cuanto a tal, es preciso analizar la edad mínima a la que se permite acceder al autoempleo, así como la protección que nuestro ordenamiento jurídico ofrece a los menores que decidan optar por el trabajo por cuenta propia.

Sobre el particular, conviene recordar que la limitación de la edad de incorporación de las personas menores al mercado de trabajo y la necesidad de regular las condiciones en las que se realiza[1], se justifican, principalmente, en los siguientes motivos:

a) La obligación de preservar su educación y de garantizar la finalización de la etapa de escolarización obligatoria.

b) El deber de proteger la seguridad y la salud en el trabajo de este colectivo por su especial sensibilidad ante determinados riesgos derivados del trabajo.

c) Por razones demográficas y biológicas[2].

d) Debido a su "ineptitud natural" y su "incapacidad para el ejercicio de derechos y obligaciones"[3].

e) Y, en definitiva, en la necesidad de protección de las personas menores, derivada de su incapacidad para defender sus propios intereses.

2. EL TRABAJO POR CUENTA PROPIA DEL MENOR DE EDAD

2.1. La edad de acceso al trabajo autónomo en el ámbito internacional

En el ámbito internacional, la edad de acceso al empleo viene regulada, fundamentalmente, en dos normas aplicables al trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia[4].

[1] Sobre el trabajo de las personas menores, véase, SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: Menores y mujeres ante el contrato de trabajo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967.

[2] En este sentido opinan, AGRA VIFORCOS B., FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, R., Y TASCÓN LÓPEZ, R.: "Peculiaridades de la relación de trabajo de los menores" en VV.AA.: Relaciones Especiales y Contratos con particularidades, SEMPERE NAVARRO, A.V . y CARDENAL CARRO, M. (Dirs.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011, pág.882, para quienes la protección legislativa de los menores viene motivada por razones biológicas, demográficas, de seguridad, culturales, morales y de rentabilidad.

[3] PÉREZ VERA, E.: "EL Derecho de protección de los menores", en VV.AA.: Comentario a la Constitución socioeconómica de España, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., Y MONEREO VIDA, M.N. (coord.), Granada, Comares, 2002, pág.1302.

[4] Vid., CÁMARA BOTÍA, A.: "Los menores en la legislación laboral española", Revista Anales de Historia Contemporánea, Universidad de Murcia, 2003, nº 19, pág.128 y, LOZANO LARES, F., La regulación del trabajo de menores y jóvenes, Sevilla, Mergablum, 2000, pág.94. En esta línea, SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: "Capacidad para contratar", Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 100, 2000, pág., 323, considera que la prohibición debe referirse a todo trabajo. Para SELMA PENALVA, A.: El Régimen Jurídico del Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente, Murcia, Laborum, 2013, pág.159, en el término "trabajo" utilizado por el Convenio 138 de la OIT, debe entenderse en un sentido amplio, considerando en él incluida "toda actividad

(...)

De un lado, el Convenio 138 OIT, sobre la edad mínima de admisión al empleo[5], fija tal edad en aquella en la que cese la obligación escolar, y, en todo caso, en los 15 años (art. 2.3). Y, además, establece los 18 años, como edad mínima para la admisión a todo tipo de empleo o trabajo que, por su naturaleza o condiciones en las que se realice, pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores. Todo ello, sin perjuicio de permitir que los Estados puedan autorizar el empleo o trabajo en actividades peligrosas a partir de los 16 años, siempre que queden plenamente garantizadas la salud, la seguridad y la moralidad de las personas adolescentes, y que estas hayan recibido instrucción o formación profesional adecuada en la rama de actividad correspondiente (art.3.3).

De otro lado, en el ámbito de la Unión europea, la Directiva 94/33/CE[6], relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, en la misma línea que el Convenio 138 OIT, establece, como edad mínima para la admisión al empleo o al trabajo –habida cuenta los términos amplios utilizados, cabe entender incluido en su ámbito aplicativo el trabajo autónomo–, una edad no inferior a la que se determine para la escolarización obligatoria y, en todo caso, no antes de los 15 años. Esta Directiva es aplicable a toda persona menor de 18 años con un contrato de trabajo o una relación laboral regulada por el derecho vigente en un Estado miembro y/o sometida al derecho en vigor en un Estado miembro.

La Directiva 94/33/CE establece una serie de condiciones especiales que, con carácter general, han de tenerse en cuenta en el trabajo desarrollado por jóvenes, adolescentes y niños y niñas[7].

productiva, independientemente de si se realizan una actividad en régimen de dependencia laboral o por cuenta propia a través de un modelo de colaboración no laboral".

[5] El Convenio 138 de la OIT, sobre la edad mínima de admisión al empleo, Adoptado en la 58ª reunión CIT (26 junio 1973), Ginebra, fue ratificado por España el 13 de abril de 1977 y publicado en el BOE de 8 mayo de 1978. El Convenio 138 forma parte de los llamados Convenios Fundamentales de la OIT, de conformidad con la Declaración de relativa a los principios fundamentales y derechos fundamentales del trabajo la OIT, todos los Estados Miembros, incluso los que aún no han ratificado este Convenio debe observar, promover y poner en práctica los principios.

[6] La protección del menor ha sido tratada en el ámbito comunitario, además de en la Directiva 94/33/CE, por otros instrumentos normativos entre los que destacan: la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 9 de diciembre de 1989, adoptada en el Consejo Europeo de Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989 (arts. 20 a 23) que no adquirió fuerza vinculante hasta su incorporación a la Directiva 94/33/CE (sobre la efectividad de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales, puede verse GALIANA MORENO, J.M.: "Dimensión comunitaria del Derecho del Trabajo", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1998, núm. 13, pág. 124); la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada a través de la Resolución A 3-0172/92 del Parlamento Europeo; la Directiva 89/391/CEE del Consejo de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (Directiva Marco); la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000; y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 y publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 16 de diciembre de 2004 y que incorpora en su parte II gran parte del contenido de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión.
Este último instrumento normativo, incluye entre sus objetivos el fomento de la Unión Europea de la protección de los derechos del niño (art. I-3). Al mismo tiempo establece la prohibición del trabajo infantil y la protección de los jóvenes en el trabajo como derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea. Véase, IGARTUA MIRÓ, M.T., Y MARÍN ALONSO, I.: "Prohibición de trabajo infantil y protección del trabajo de los jóvenes en la Constitución Europea", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, nº 57, págs. 529-530.

[7] La Directiva 94/33/CE del Consejo, define en su art. 3 los grupos de jóvenes. A tal efecto se entiende por joven: toda persona menor de 18 años; por niños: todo joven que no ha alcanzado la edad de 15 años o bien todavía

(...)

Respecto de quienes se encuentren en la niñez, la Directiva permite que cada Estado regule, dentro de los actividades fijadas en la propia Directiva, aquellas que, de forma excepcional, puedan ser realizadas por estas personas –tal y como sucede en España para el supuesto de las actividades desarrolladas por menores de 16 años en espectáculos públicos–, y que deben ser respetadas. Además, la citada Directiva prevé que "*cada Estado miembro determinará todas las medidas necesarias que deban aplicarse en caso de infracción de las disposiciones adoptadas*" en su desarrollo, debiendo tener tales medidas "*un carácter efectivo y proporcionado*" (Art. 14 de la Directiva 94/33/CE).

La trasposición de la Directiva a los ordenamientos internos debió haberse producido, como muy tarde, el 22 de junio de 1996 (Disposición Final 1ª). Ahora bien, dado que hasta la entrada en vigor de la Ley 20/2007, de 11 de julio, (BOE de 12 de julio) del Estatuto del trabajo autónomo (LETA), en el año 2007, no estaba autorizado legalmente el trabajo autónomo a menores de 18 años, cabe entender que es a partir de ese momento cuando el Estado Español queda obligado a desarrollar el contenido de la Directiva en relación con el trabajo autónomo.

2.2. La edad de acceso al trabajo autónomo en España

La edad de acceso al trabajo de las personas menores en España se ha regulado de forma coherente con lo dispuesto en la normativa internacional y comunitaria mencionada. En el ámbito laboral, el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (BOE de 24 de octubre), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), fija la edad mínima de acceso al trabajo por cuenta ajena en los 16 años[8], con la excepción de los trabajos realizados en espectáculos públicos (art. 6).

Por su parte, la LETA introduce en su art. 9, la prohibición de desarrollar un trabajo por cuenta propia a los menores de 16 años, señalando de forma expresa que estos "*no podrán ejecutar trabajo autónomo ni actividad profesional, ni siquiera para sus familiares*". Asimismo, contempla idéntica excepción a la recogida en el art. 6.4 ET respecto de los servicios prestados por menores de 16 años en espectáculos públicos, a cuya regulación remite[9]. La LETA únicamente se limita a prohibir con carácter general el trabajo autónomo a las personas, sin hacer referencia ni a su limitada capacidad de obrar ni a posibles restricciones o limitaciones en la actividad desarrollada de forma autónoma por razones de seguridad y salud laboral.

sujeto a la obligación escolar a tiempo completo establecida por la legislación nacional; por adolescente: todo joven de al menos 15 años de edad y como máximo 18 años que ya no esté sujeto a la obligación escolar a tiempo completo establecida por la legislación nacional.

[8] Sobre la protección jurídica del menor en materia laboral, puede verse, GARCÍA ROMERO, B.: "La protección jurídico-laboral de los menores", Aranzadi Social, 2001, nº5, págs.779-800 y GARCÍA ROMERO, B., Y LÓPEZ ANIORTE, M.C.: La protección jurídico-laboral de mujeres y menores, Murcia, Diego Marín, 2001.

[9] El art. 9 de la LETA dispone lo que sigue: "1. Los menores de dieciséis años no podrán ejecutar trabajo autónomo ni actividad profesional, ni siquiera para sus familiares. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el caso de prestaciones de servicios en espectáculos públicos se estará a lo establecido en el artículo 6.4 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo."

Con una regulación liviana y superficial, la LETA pretende poner fin, fundamentalmente, a las prestaciones de servicios realizadas en negocios familiares –en el sector de la venta ambulante, la hostelería, la agricultura[10] etc.– por parte de quien todavía no ha finalizado la escolarización obligatoria.

En nuestro ordenamiento jurídico la edad está directamente relacionada con la capacidad de obrar, expresión que refiere a la aptitud o idoneidad que tienen los seres humanos para ejercer o poner en práctica sus derechos y obligaciones[11]. Ante la omisión, por parte de la LETA, de cualquier referencia a la capacidad de obrar de las personas menores de edad, será necesario acudir a lo previsto en el Código Civil (CC), en el Código de Comercio (Cco), y, en su caso, a la normativa administrativa, respeto de esta materia[12].

Al igual que la Constitución Española (art. 12), nuestro CC vigente fija la mayoría de edad en los 18 años (art. 315), edad partir de la cual se declara a la persona capaz para todos sus actos de la vida civil, con las excepciones establecidas en el propio CC (art. 322). Ahora bien, la plena capacidad de obrar también se puede alcanzar mediante emancipación por motivo de matrimonio, por concesión de los que ejerzan la patria potestad, por concesión judicial (art. 314), así como por la obtención del beneficio de la mayor edad (art. 321).

Asimismo, el CC considera, para todos los efectos, como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos, pudiendo éstos revocar dicho consentimiento (art. 319). La emancipación habilita a la persona menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor de edad y poder comparecer por sí sola en juicio, pero hasta que no alcance los 18 años no podrá tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin el consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador (art. 323).

Estas restricciones dificultarían, e incluso, impedirían calificar como trabajo autónomo, en los términos establecidos por el art. 1.1. LETA, la actividad realizada por una persona menor de edad.

En relación a los requisitos esenciales para la validez de los contratos, el art. 1263 CC, recientemente modificado[13], establece que no pueden prestar consentimiento ni los menores no emancipados ni los incapacitados**.**

[10] CAVAS MARTÍNEZ, F.: Las relaciones laborales en el sector agrario, Madrid, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 1995, pág. 434, considera que en este sector, la familia campesina se comporta como una unidad de producción basada en la autoexplotación del trabajo no asalariado de sus miembros.

[11] En este sentido, GÁLVEZ MUÑOZ, L.: "Sinopsis artículo 12", en La Constitución española. Textos y sinopsis de cada artículo, recuperado de http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis_pr.jsp?art=12&tipo=2.

[12] Adviértase que, la LETA reconoce entre las fuentes del régimen profesional del trabajador autónomo "la normativa común relativa a la contratación civil, mercantil, o administrativa reguladora de la correspondiente relación jurídica del trabajador autónomo" [Art. 3.1.b) LETA].

[13] El Artículo 1263 CC ha sido redactado por el apartado veintinueve del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Por su parte, el Cco considera comerciantes a las personas físicas que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente (art. 1) reconociendo capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio a las personas mayores de edad que tengan la libre disposición de sus bienes (art. 4).

De lo anterior se deduce que el Cco no reconoce a las personas menores de 18 años la condición de comerciantes, al no tener la capacidad legal necesaria para ejercer de forma habitual el comercio (no son mayores de edad ni tienen la libre disposición de sus bienes). Así pues, no puede realizar un trabajo autónomo como comerciante, en los términos exigidos en la LETA, quien no tiene 18 años cumplidos.

En atención a lo expuesto, a pesar de que la LETA deja en manos del menor no emancipado la decisión de convertirse en trabajador por cuenta propia, –en los términos del art. 9 LETA– ello no parece viable en todos los supuestos, no solo debido a la capacidad de obrar limitada derivada de las normas del CC, –que pondrían en entredicho la autonomía y la independencia con la que se ha de desarrollar una actividad autónoma– y a la imposibilidad de alcanzar la consideración de comerciante conforme al CCo, sino también a la falta de madurez para asumir la titularidad de un negocio a edades tan tempranas, y a la especial vulnerabilidad de este colectivo ante algunos riesgos derivados del trabajo.

Estas circunstancias deberían impedir el desarrollo de determinadas actividades perjudiciales para la salud y el desarrollo personal del menor. Cabe añadir que, asimismo, en determinadas actividades, la imposibilidad de realizar un trabajo por cuenta propia por parte de menores vendría determinada por los requisitos de acceso a la profesión.

Un sector de la doctrina considera que el trabajo autónomo de un menor de 18 años únicamente sería posible en los supuestos de menores emancipados con limitaciones establecidas en el CCo, de colaboradores familiares, y en el caso del socio trabajador de una cooperativa de trabajo asociado[14].

3. UNA INADMISIBLE DISCORDANCIA NORMATIVA: LA AUTORIZACIÓN POR LA LETA DEL TRABAJO AUTÓNOMO DE MENORES Y SU EXCLUSIÓN *EX* LGSS 2015

A pesar de la dudosa posibilidad de que un menor de 18 años pueda ejercer una actividad autónoma en los términos anteriormente expuestos, lo cierto es que, como se ha advertido, la LETA reconoce esta posibilidad no sólo a los mayores de 16 años sino también por debajo de los 16 años en actividades relacionadas con espectáculos públicos. Por tal motivo, conviene analizar su inclusión o no en el Sistema de la Seguridad Social y, concretamente, en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), a la vista de lo dispuesto en la normativa vigente.

Tras la reciente entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (BOE de 31 de octubre), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General

[14] En este sentido, LÓPEZ ANIORTE, M.C.: "La difusa e incompleta configuración subjetiva del RETA en la LGSS 2015", Revista de Derecho Social, núm. 73, 2016.

de la Seguridad Social (LGSS), se mantiene –en los términos que ya establecía la anterior LGSS– la contradicción entre lo dispuesto en la LETA y en la LGSS. Así, mientras la LETA posibilita realizar un trabajo autónomo a partir de los 16 años (con la excepción de los menores de 16 con autorización en espectáculos públicos), la vigente LGSS fija la edad de 18 años como edad mínima para la inclusión de los autónomos en el Sistema de la Seguridad Social [art, 7.1 letra b)].

En lo que se refiere específicamente a los autónomos del RETA, la exigencia se reitera en el art. 305 LGSS. La contradictoria regulación legal de esta materia mantiene vivo el tradicional debate existente en la doctrina científica[15] y en la judicial[16], así como en la propia Administración de la Seguridad Social[17].

A nuestro juicio, lo que resulta cuestionable es la incorporación indiscriminada y sin matices al trabajo autónomo de las personas de 16 años que permite la LETA, dañosa previsión que se ve agravada, si cabe, por la exclusión de este colectivo del Sistema de la Seguridad Social, en los términos señalados en la LGSS, pese a que la LETA, en su art. 24 establece la obligación de afiliación al Sistema de todos los autónomos. No cabe duda de que la actual regulación constituye un claro incumplimiento de los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera que rigen nuestro Sistema de Seguridad Social.

Cabe advertir que, en virtud de la Disp. Adic. Décima de la LETA, la persona que trabaja por cuenta propia podrá contratar como trabajador por cuenta ajena a su hijo o hija menor de 16 o 17 años, aunque exista convivencia, o podrá optar por considerarlo como autónomo-colaborador familiar[18]. En este supuesto, la opción del progenitor afectaría a la protección del menor, tanto a nivel social como en materia de prevención de riesgos laborales.

De esta forma, si se elige la contratación laboral, esta opción permitiría al menor, además de una mayor protección social, iniciar su carrera de cotización a través de su inscripción en el RGSS, o sistema especial correspondiente, con la cobertura obligatoria de

[15] A favor del encuadramiento en el RETA, se pronuncian entre otros: APILLUELO MARTÍN, M.: "Ámbito de aplicación de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo", Aranzadi, 2009, págs. 3 y 4, versión electrónica.

[16] Las SSTSJ de Andalucía-Granada, de 27 de febrero de 1996 (AS 1996/337) y de Galicia de 8 de mayo de 1998 (AS 1998/967)se han pronunciado a favor del encuadramiento en el RETA de un menor de 18 años, y en contra,incluso respecto de menores emancipados, al no haber alcanzado la mayoría de edad, se pronuncian las SSTSJ de Cataluña de 20 de junio de 2001 (AS 2001/3222)y de Murcia de 9 de abril de 2001(AS 2001/1906).

[17] Véase al respecto el estudio realizado por CAVAS MARTÍNEZ, F., RODRIGUEZ INIESTA, G., Y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: en "Protección Social de los trabajadores autónomos", en VV.AA.: Tratado del Trabajo Autónomo, BARRIOS BAUDOR, G. L. (Dir.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009, págs. 319 a 321.

[18] La Disposición adicional décima de la LETA, respecto del encuadramiento en la Seguridad Social de los familiares del trabajador autónomo establece que "Los trabajadores autónomos podrán contratar, como trabajadores por cuenta ajena, a los hijos menores de treinta años, aunque convivan con él. En este caso, del ámbito de la acción protectora dispensada a los familiares contratados quedará excluida la cobertura por desempleo".
Se otorgará el mismo tratamiento a los hijos que, aún siendo mayores de 30 años, tengan especiales dificultades para su inserción laboral. A estos efectos, se considerará que existen dichas especiales dificultades cuando el trabajador esté incluido en alguno de los grupos siguientes: a) Personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por 100. b) Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por 100.

las contingencias profesionales. Sin embargo, si la opción del padre o de la madre es a favor de su consideración como persona trabajadora autónoma, se generarán las aludidas las dificultades de encuadramiento, por no tener 18 años[19]; pero, aún permitiendo su inclusión en el RETA, la regulación actual determina que estos menores gocen de un menor nivel de protección social por contingencias profesionales, al ser considerada actualmente por el legislador dicha protección una opción y no una obligación (salvo algunas excepciones incluidas en el art. 26.3 de la LETA y en la Disp. Adic. Tercera, apartado 2 de la LETA).

Resulta, de otro lado, extraño que ni la propia LETA ni las numerosas reformas en materia de Seguridad Social producidas en la materia, hayan incluido la modificación de la edad de encuadramiento en el RETA (ni siquiera acogiendo de forma expresa el criterio interno de la TGSS de encuadramiento de los menores socios de cooperativas de trabajo asociado en el RETA[20]); ello pone de manifiesto la confusión del legislador en esta materia, confusión que provoca la desprotección de determinados menores y obstaculiza el aumento del número de cotizantes en el Sistema de Seguridad Social, privándoles de iniciar su carrera de cotización. Al mismo tiempo, provoca la eventual vulneración del derecho de igualdad y no discriminación de los menores autónomos respecto de quienes trabajan por cuenta ajena.

Esta exclusión del menor autónomo del Sistema de Seguridad Social supone un incumplimiento de los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera que rigen nuestro Sistema de Seguridad Social.

4. LA INSUFICIENTE PROTECCIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD DEL MENOR AUTÓNOMO

4.1. Sobre la tutela internacional de la persona trabajadora menor de edad

En el ámbito internacional, el citado Convenio 138 OIT, sobre la edad mínima de admisión al empleo, permite que los Estados puedan autorizar el empleo o el trabajo en actividades peligrosas a partir de los 16 años, siempre que queden plenamente garantizadas la salud, la seguridad y la moralidad de las personas adolescentes, y que estas hayan recibido instrucción o formación profesional adecuada en la rama de actividad correspondiente (art.3.3). El cumplimiento de este Convenio se halla, por otro lado, reforzado por el art. 39.4 CE, que prevé que "*los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*".

Por su parte, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que los menores "gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados

[19] PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.: "La protección social del trabajador autónomo: el trasplante del esquema previsto para el trabajador por cuenta ajena como posible origen de «desajustes»", Relaciones Laborales, 2000, vol. I, pág. 579, pone de manifiesto la injustificada diferencia de trato entre el RGSS y el RETA respecto del alta de los menores de 18 años y mayores de 16 años.

[20] Sobre el régimen de las cooperativas de trabajo asociado, puede verse, CAVAS MARTÍNEZ, F.: "Sociedades cooperativas de trabajo asociado", en.VV.AA.: Manual de adaptación estatutos a la Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia, ALFONSO SÁNCHEZ., R. (Dir.), Murcia, Editum, 2ª edición, 2012, págs. 97-112.

Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social". Asimismo, dispone que "Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente ley y a la mencionada normativa internacional" (art. 3).

El marco normativo internacional mencionado impone la necesidad de que las leyes nacionales sobre menores se adecúen al mismo, debiendo estas interpretarse conforme a los acuerdos internacionales ratificados por España (art. 10.2)[21].

En el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 94/33/CE, impone a cada Estado miembro el deber de respetar las restricciones en cuanto a la edad de admisión al trabajo, y el respeto a las medidas de protección relacionadas con la seguridad y salud laboral (art. 6 y 7) y a las reglas en materia de regulación de tiempo de trabajo en función de la edad (arts. 8 al 12).

En este sentido, el art. 7 de la citada Directiva ordena a los Estados miembros velar por que se proteja a las personas jóvenes contra los riesgos específicos para la seguridad y salud y su desarrollo, derivados de la falta de experiencia, de la inconsciencia ante los riesgos existentes o virtuales, o de su desarrollo todavía incompleto**.** La regulación se completa con una relación de trabajos prohibidos para las personas jóvenes, y otra relación, no exhaustiva, de trabajos que pueden suponer riesgos específicos; a tal efecto, se establece una lista de trabajos, procedimientos y agentes que pueden entrañar tales riesgos. Por otro lado, la citada Directiva contiene disposiciones relativas al tiempo de trabajo, al trabajo nocturno, al periodo de descanso, al descanso anual y al tiempo de pausa (art. 8). La dudosa incorporación de la Directiva 94/33/CE a nuestro ordenamiento jurídico se ha producido, en el ámbito del trabajo cuenta ajena, a través del art. 6 del ET y del art. 27 LPRL, en relación la Disposición Derogatoria Única LPRL, que declara en vigor el Decreto de 26 de Julio de 1957.

El citado Decreto preconstitucional incluye, en el ámbito del trabajo por cuenta ajena, una lista de actividades prohibidas para las personas menores de edad, actualmente obsoleta, sin que hasta el momento se haya producido el desarrollo normativo impuesto por el art. 27.2 LPRL. A pesar de la ausencia del pertinente desarrollo reglamentario[22], sí existen diversas normas que, en materia de seguridad y salud, incluyen restricciones al trabajo de las personas menores asalariadas[23]. Sin embargo, pese a que dichas normas realizan una ampliación de la relación de actividades incluidas en el Decreto de 26 de Julio de 1957 y en la Directiva 94/33/CE, no alcanzan a desarrollar todas las prohibiciones contenidas en la mencionada

[21] En este sentido, IGARTUA MIRÓ, M.T., Y MARÍN ALONSO, I.: "Prohibición de trabajo infantil y protección del trabajo de los jóvenes en la Constitución Europea" cit., pág.532.

[22] DE LA CUESTA, S.: "Valoración de la normativa española sobre menores a la luz de la Directiva 94/33/CE del Consejo", cit., págs. 234-335.

[23] Véase el. 19 del RD 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de protección sanitaria contra radiaciones ionizantes. Así mismo, el RD 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal (art.8).

Directiva, por lo que no queda asegurado su efectivo cumplimiento, lo que genera una grave inseguridad jurídica.

En relación al trabajo por cuenta propia, la citada Directiva se ha incorporado parcialmente a nuestro ordenamiento jurídico a través de lo previsto en el art. 9 LETA, que prohíbe el trabajo autónomo a quienes tengan menos de 16 años –a excepción del supuesto de prestación de servicios en espectáculos públicos–, no existiendo ninguna referencia a trabajos por cuenta propia prohibidos o perjudiciales para las personas menores de 18 años; así pues, ante la ausencia de desarrollo normativo, las únicas referencias en la materia son la propia Directiva 94/33/CE y el Convenio 138 citados.

Es, pues, necesaria la expresa regulación del trabajo autónomo realizado por menores mediante una normativa que, partiendo del contenido de la Directiva 94/33/CE, y del Convenio 138 de la OIT –este último, directamente aplicable–, proceda a adecuar las prohibiciones y restricciones impuestas por las normas mencionadas a las actividades, procedimientos y/o agentes que, –de acuerdo a las nuevas realidades productivas y tecnológicas– se consideren peligrosos, con las excepciones que, en su caso, sea preciso realizar.

La laguna normativa denunciada respecto del trabajo autónomo de menores, determina, además, que estos sufran un injustificado agravio comparativo en relación con las personas menores que trabajan por cuenta ajena. Y, es que, si bien la normativa de seguridad y salud aplicable a estas últimas suscita una cierta inseguridad jurídica por falta de desarrollo del art. 27 LPRL, al menos, a las mismas les alcanza la protección del art. 6 ET, de toda la LPRL –y, en particular, del citado art 27–, del Decreto de 26 de julio de 1957 y de otras normas que regulan la presencia de menores asalariados en diferentes actividades, y que suponen un desarrollo de la Directiva 94/33/CE. Sin embargo, respecto de la tutela de las personas menores que trabajan por cuenta propia el legislador guarda silencio absoluto, lo cual resulta sorprendente y preocupante al tratarse de un colectivo especialmente sensible a determinados riesgos laborales, además de suponer un claro incumplimiento del Convenio 138 de la OIT y la Directiva 94/33/CE .

4.2. La deficiente protección del autónomo en materia de seguridad y salud laboral

El derecho de la prevención de riesgos laborales pretende evitar los riesgos, o en su caso, reducir los mismos, persiguiendo, en consecuencia, una disminución de los daños que sobre la salud de los trabajadores puedan ocasionar estos riesgos. En el ámbito del trabajo por cuenta ajena, el deber de seguridad dirigido a evitar o reducir tales riesgos recae sobre el empresario; sin embargo, en el ámbito del trabajo por cuenta propia, al no existir un empleador del autónomo[24], es difícil identificar el responsable del deber de seguridad. Tras la aprobación de la LETA –calificada por un sector de la doctrina como ambigua, confusa y decepcionante[25]–, se reconocen una serie de derechos en materia de prevención de riesgos laborales para los trabajadores autónomos, y para los TRADE.

[24] MARTÍNEZ BARROSO, Mª R.: "Prevención de Riesgos laborales y sistema de responsabilidades, por accidente de trabajo en el trabajador autónomo". Revista de Derecho Social, nº 43,2008, pág.119.

[25] MOLINA NAVARRETE, C.: "Trabajadores en la frontera: comentario al Estatuto del Trabajo Autónomo", RTSS,CEF, nº 295, 2007, pág.94, califica la nueva regulación de "decepcionante, ambigua y confusa" pues pesar de prometer un cambio sustancial en el enfoque normativo dado hasta el momento a los autónomos, estos *(...)*

Entre los derechos en materia de prevención de riesgos laborales aplicables a los autónomos, encontramos los siguientes:

1) El derecho a su integridad física y a una protección adecuada de su seguridad y salud en el trabajo, (art. 4.3 e) LETA).

2) El derecho a interrumpir su actividad de forma justificada en el caso considerar riesgo grave e inminente (art. 8.7 LETA).

3) Derecho a exigir que las Administraciones Públicas competentes asuman un papel activo en relación con la prevención de riesgos laborales de los trabajadores autónomos (art. 8.1 LETA).

4) Derecho a exigir que las Administraciones Públicas competentes promuevan una formación en prevención específica y adaptada a las peculiaridades de los trabajadores autónomos.

5) Derecho a suspender su actividad en situaciones de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia, [art. 4.3, g) LETA)], y a la asistencia y prestaciones sociales en estos casos, [art. 4.3, h) LETA].

6) Al ejercicio individual de las acciones derivadas de su actividad profesional y a la tutela judicial efectiva de sus derechos profesionales, así como al acceso a los medios extrajudiciales de solución de conflictos [art. 4.3, i) y j) LETA].

7) Derecho de participación de los trabajadores autónomos en programas de formación e información de prevención de riesgos laborales (Disp. Adc. 12 LETA).

8) El derecho de concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar, como ámbito de cobertura, la previsión de riesgos derivados del trabajo a los trabajadores autónomos respecto a ellos mismos (art. 15.5 LPRL).

9) Cualquier otro derecho que se derive de los pactos o contratos celebrados por los autónomos con los clientes [art. 4.3, k) LETA] en relación a lo dispuesto por el art. 3.1c) LETA.

Cabe advertir que los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales a los que están especialmente expuestos los trabajadores autónomos y, dentro de ellos, los menores de edad, debido a su falta de experiencia, inmadurez para valorar los riesgos existentes o potenciales, y a su desarrollo todavía incompleto, entrañan importantes costes sociales y humanos[26].

no aparecen como sujetos protegidos sino más bien como sujetos obligados, por actuar en un régimen de autoorganización, y por considerar sus lugares de trabajo como un factor adicional de riesgo para los trabajadores asalariados.

[26] Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 18 de febrero de 2003, relativa a la mejora de la protección de la salud y de la seguridad de los trabajadores autónomos, Considerando 10.

Entre los deberes básicos relacionados con la prevención de riesgos del trabajador autónomo menor de edad objeto de estudio, encontramos:

a) El deber de cumplir con las obligaciones en materia de seguridad y salud laborales que la ley o los contratos que tengan suscritos les impongan, así como seguir las normas de carácter colectivo derivadas del lugar de prestación de servicios [art. 5.b) LETA].

b) Cumplir con cualesquiera otras obligaciones derivadas de la legislación aplicable [art. 5.e) LETA].

c) Cumplir con las normas deontológicas aplicables a la profesión [art. 5.f) LETA].

En atención al apartado 1), que menciona el deber de cumplir las obligaciones en materia de seguridad y salud laborales que la ley les imponga, procede intentar identificar cuáles son esas obligaciones legales.

En el análisis de la normativa aplicable para estos sujetos, nos encontramos, en primer lugar, la LPRL, que si bien incluye a los trabajadores autónomos como sujetos destinatarios de obligaciones y responsabilidades en materia preventiva, su referencia respecto de éstos es marginal[27], y no define claramente los supuestos en los que sería sujeto de derechos y/o obligaciones.

Las menciones expresas respecto de los derechos y obligaciones en materia preventiva de los autónomos las encontramos en materia de coordinación de actividades preventivas, y en normas sectoriales donde es frecuente la presencia de trabajadores por cuenta propia. En el art. 15 LPRL se contiene una norma de responsabilidad empresarial[28], que concede a los trabajadores autónomos el derecho de concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura, la previsión de riesgos derivados del trabajo, de los trabajadores autónomos respecto de ellos mismos.

Sobre la inclusión y la aplicación efectiva de la LRPL a los trabajadores autónomos, al margen de los supuestos de coordinación de actividades preventivas, la mayoría de la doctrina señala que las referencias que se encuentran en dicha Ley no comportan una inclusión ni una aplicación efectiva de la LPRL a quienes trabajan por cuenta propia[29].

Respecto del trabajador autónomo, cuando no pueden verse perjudicados derechos de un tercero (trabajadores, clientes, etc.), parece operar el principio de autotutela. Se produce,

[27] MARTÍNEZ BARROSO, Mª R.: "Prevención de Riesgos laborales y sistema de responsabilidades, por accidente de trabajo en el trabajador autónomo", cit. pág.122

[28] CASAS BAAMONTE, M.E.:"Derecho público y salud laboral: el régimen jurídico sancionador", en VV.AA.: CASAS BAAMONDE, M.E, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dirs) Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo Derecho de prevención de riesgos profesionales., Madrid, La Ley-Actualidad, 1997, págs. 138-139.

[29] Encontramos detalladas referencias doctrinales respecto de posturas doctrinales que señalan una "inclusión relativa", hasta otras que sostienen una "exclusión relativa" en MARTÍNEZ BARROSO Mª R.: Protección de la seguridad y salud de los trabajadores autónomos, cit., pág.27, nota37.

en definitiva, una renuncia de los poderes públicos a su deber de garantizar una tutela eficaz de la seguridad y salud de estos trabajadores[30].

En la LETA, al margen de las reglas u obligaciones de los autónomos en supuestos de concurrencia empresarial, únicamente encontramos la referencia al cumplimiento, con carácter general, de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, pero no hallamos ninguna referencia concreta y detallada de las obligaciones que en, materia de prevención de riesgos laborales, deben cumplir estos trabajadores autónomos.

En resumen, si bien la LPRL establece que se aplicará en el ámbito de las relaciones laborales reguladas por el ET, sin perjuicio de los derechos y obligaciones que puedan derivarse para los trabajadores autónomos, sin embargo, posteriormente, no existe ninguna mención expresa o un desarrollo de esas obligaciones. De igual forma, la LETA incluye entre los deberes profesionales básicos de todo trabajador autónomo, de forma genérica, el de cumplir con las obligaciones en materia de seguridad y salud laborales impuestas por la Ley, sin aclarar de qué Ley se trata o a qué obligaciones se refiere.

4.3. La ausencia de especial protección en materia de seguridad y salud del menor autónomo

Los menores de edad, en cuanto trabajadores, pueden verse afectados por los mismos riesgos que cualquier otro trabajador, asalariado o autónomo, riesgos a los que suman, por su falta de madurez física o psíquica, otros a los que las personas mayores serían inmunes[31].

La rúbrica del art. 9 de la LETA –"Protección de menores"– hace pensar que el legislador quiso otorgar una protección especial a este colectivo, similar a la dispensada por la normativa laboral, que ofrece a las personas menores asalariadas una especial tutela en materia de seguridad y salud laboral, al considerarlas especialmente sensibles a determinados riesgos derivados del trabajo. Sin embargo, sorprendentemente, la equiparación en la edad de acceso al empleo, no ha llevado aparejada una equiparación en los niveles de protección otorgados.

Estas diferencias de protección se anuncian ya en la lectura de los títulos de los artículos que se refieren al trabajo de menores en el ET y en la LETA. De esta forma, el ET se refiere al acceso al trabajo por cuenta ajena de los menores de edad utilizando la expresión "trabajo de los menores" y estableciendo la prohibición del trabajo de los menores de 16 años, así como algunos límites en la contratación de mayores de 16 y menores de 18 años[32].

[30] Respecto del principio de autotutela y sus quiebras, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "El tratamiento de los riesgos del trabajo de los trabajadores autónomos", cit.,pág.152

[31] GARCÍA PERROTE ESCARPIN, I., "Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos", en VV.AA.: Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo Derecho de prevención de riesgos profesionales, CASAS BAAMONDE, M.E.; PALOMEQUE LOPÉZ, M. C. y VALDÉS DAL-RE, F. (Dirs), Madrid, La Ley-Actualidad, 1997, pág. 49.

[32] El art. 6. 2 y 3 del ET establece: "2. Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades o puestos de trabajo que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previa consulta con las organizaciones sindicales más representativas, declare insalubres, penosos, nocivos o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana.3.Se prohíbe realizar horas extraordinarias a los menores de dieciocho años".

A estas limitaciones impuestas por el ET para el trabajo desarrollado por los menores entre 16 y 18 años, hay que añadir la protección especial y superior, respecto del resto de trabajadores, que establece el art. 27 de la LRPL para estas personas bajo la rúbrica "Protección de menores", norma en la que se impone al empresario determinadas obligaciones relacionadas con la prevención de riesgos laborales[33].

La LETA únicamente se limita a prohibir el trabajo a menores de 16 años, sin hacer referencia a posibles restricciones o limitaciones en la actividad desarrollada de forma autónoma por razones de seguridad y salud laboral. Tampoco establece previsión alguna en relación con la ordenación del tiempo de trabajo o respecto de las actividades que pudieran ser calificadas por el Gobierno como insalubres, penosas, nocivas o peligrosas, tanto para su salud como para su formación profesional y humana, en virtud de las obligaciones impuestas de carácter internacional.

En efecto, a diferencia de las normas que regulan la presencia de menores en el trabajo por cuenta ajena, la LETA únicamente tiene en consideración la condición de menor de edad para fijar el acceso al trabajo autónomo a través de la prohibición del mismo con carácter general a todo menor de 16 años, pero no se ocupa de los menores como personas trabajadoras especialmente sensibles o vulnerables ante los riesgos que puedan derivarse de su trabajo por cuenta propia.

Ello supone un incumplimiento del Convenio 138 OIT, que establece la edad mínima para realizar cualquier tipo de trabajo u ocupar un empleo que pueda resultar peligroso para la salud y seguridad del menor de 18 años, y de la Directiva 94/33/CE. Esta última obliga a los Estados miembros a velar por que se proteja a los jóvenes contra los riesgos específicos para la seguridad y salud derivados de la falta de experiencia, de la inconsciencia ante los riesgos existentes o virtuales, o del desarrollo todavía incompleto (art. 7), que les impide realizar una valoración de los riesgos existentes o potenciales, incluyendo una lista no exhaustiva de trabajos prohibidos y señalando otros trabajos que pueden entrañar riesgos específicos para su seguridad y salud.

Particularmente, se hace referencia a aquellos trabajos que impliquen una exposición nociva a los agentes físicos, biológicos y químicos que figuran en el apartado I del Anexo de esta Directiva y a aquellos procedimientos y trabajos que figuran en el punto II del citado Anexo (art. 7.2).

Desde nuestro punto de vista, los menores autónomos deberían tener una protección de la misma intensidad que la que se destina a los menores asalariados. Téngase en cuenta que la LPRL obliga al empresario a adoptar medidas dirigidas a la protección de la seguridad y salud en el trabajo de este colectivo[34]. Asimismo, contempla la posibilidad de limitar la contratación de las personas menores de 18 años en profesiones que se consideren de riesgo.

[33] En este sentido LÓPEZ GANDÍA. J.: "Grupos especiales de riesgo", en Curso de prevención de Riesgos Laborales, LÓPEZ GANDÍA. J Y BLASCO LA HOZ, J.F, Valencia, Tiran lo Blanch, 2015, pág. 225 y 232.

[34] A efectos de la protección de los menores, el art. 27 de la LRPL dispone que : "Antes de la incorporación al trabajo de jóvenes menores de dieciocho años, y previamente a cualquier modificación importante de sus condiciones de trabajo, el empresario deberá efectuar una evaluación de los puestos de trabajo a desempeñar por *(...)*

De esta forma, el empresario, en cumplimiento del deber de protección de los menores, debe realizar, antes de la incorporación al trabajo, una evaluación de riesgos de aquellos puestos que van a ocupar estos menores, con el fin de averiguar si las actividades que deben desarrollar entrañan algún riesgo específico para su seguridad y salud. En este caso, el empresario deberá adoptar las medidas adecuadas para su protección. A tal efecto, en la evaluación de riesgos se tendrá especialmente en cuenta los riesgos específicos que para la seguridad, la salud y el desarrollo de los jóvenes, se deriven de su falta de experiencia, de su inmadurez para evaluar los riesgos existentes o potenciales y de su desarrollo todavía incompleto. Estos aspectos de la personalidad del menor podrían conocerse a través de una vigilancia de la salud previa a la realización de la evaluación de los riegos.

Entre las obligaciones del empresario dirigidas a proteger la seguridad y salud de la persona menor que desarrolla un trabajo por cuenta ajena, además de los requerimientos expresos de protección del trabajo de menores que recoge el art. 27 de la LPRL, ya citados, cabe señalar otras obligaciones tales como: 1º) Implantar una planificación preventiva tras la evaluación de riesgos realizada. 2º) Dar formación e información en materia preventiva al menor. 3º) Realizar y asumir el coste de la vigilancia de la salud en los términos previstos en la LPRS. 4º) Realizar una investigación de los accidentes de trabajo con baja a fin de de averiguar su causa y plantear medidas preventivas y/o de protección dirigidas a evitar que se vuelva a producir el accidente de trabajo.

En el ámbito de la actividad autónoma, la ausencia en la LETA de una regulación protectora del trabajo desarrollado por las personas menores de edad, dificulta la identificación las situaciones de riesgo laboral y coloca en una situación de total desprotección a este colectivo vulnerable. Ello se debe principalmente a la inexistencia de una obligación legal de realizar una evaluación de riesgos y a la ausencia de una vigilancia de la salud en atención a los riesgos derivados de la actividad que pretenden desarrollar.

La falta de competencia en materia de vigilancia y control de las condiciones de seguridad y salud por parte de la Inspección de Trabajo respecto del trabajo realizado de las personas menores autónomas dificulta su protección. La deficiente regulación en esta materia, en la práctica, puede favorecer que estos menores de edad puedan desarrollar actividades por cuenta propia, en presencia de condiciones de trabajo que pongan en riesgo su seguridad y su salud.

La exposición a determinados riesgos en el desarrollo de la actividad autónoma debido a la condición de menor de quien lo realiza podría derivar en una mayor posibilidad de actualización de accidentes de trabajo debido a la falta de madurez, formación y /o experiencia del menor, junto al desconocimiento de los riesgos a los que se expone. A ello se

los mismos, a fin de determinar la naturaleza, el grado y la duración de su exposición, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico al respecto, a agentes, procesos o condiciones de trabajo que puedan poner en peligro la seguridad o la salud de estos trabajadores (...). En todo caso, el empresario informará a dichos jóvenes y a sus padres o tutores que hayan intervenido en la contratación,(...), de los posibles riesgos y de todas las medidas adoptadas para la protección de su seguridad y salud". Sobre la protección de la seguridad y salud de los menores en la LPRL puede verse en: GONZÁLEZ DÍAZ, F.: La obligación empresarial de prevención de riesgos laborales, Madrid, CES, 2002, págs. 381-396.

uniría la posibilidad de que de forma objetiva las tareas que deba desarrollar superen sus capacidades físicas o psicológicas.

Cabe advertir que ante la deficiente regulación expuesta, es posible que la persona menor trabajadora autónoma desarrolle un trabajo con un riesgo alto de siniestralidad, sin la protección social adecuada y sin las medidas prevención y protección necesarias para garantizar su seguridad y salud. Además, incluso, tales menores podrían estar realizando actividades prohibidas por el Convenio 138 de la OIT o por la Directiva 94/33/CE, sin control sobre su desarrollo.

La situación de desprotección y precariedad de este colectivo es, si cabe, aún más grave, cuando además de las consecuencias mencionadas y de la dudosa inclusión en el RETA, la LETA no ha tenido en cuenta a la hora de equiparar la edad de acceso al trabajo por cuenta propia a la del trabajo por cuenta ajena, su condición de "menores" y la características psicofísicas propias de su edad, que les convierten en personas trabajadoras especialmente vulnerables o sensibles frente a determinados riesgos derivados del trabajo, y que les hace merecedores de una especial protección frente a los riesgos del trabajo, que la LETA no ha desarrollado.

Al margen de lo previsto sobre el trabajo de menores en la Directiva 94/33/CE y en el Convenio 138 de la OIT, no existe en el ordenamiento jurídico interno, y por ende en la LETA, mención alguna a la protección de menores autónomos como trabajadores vulnerables, ni a los mecanismo de control o sanción de los incumplimientos de estas normas, tal y como exigen las citadas normas.

Esta laguna normativa supone el incumplimiento del Estado del Convenio de 138 de la OIT, que le obliga, en el caso de autorizar el trabajo a partir de los 16 años, como sucede a partir de la LETA en el trabajo autónomo– a garantizar en su legislación nacional la salud, la seguridad y la moralidad de los adolescentes, y que estos hayan recibido instrucción o formación profesional adecuada y específica en la rama de actividad correspondiente (art. 3.3 del citado Convenio). Al mismo tiempo, exige a la autoridad competente del Estado tener previstas la medidas necesarias –incluido el establecimiento de sanciones apropiadas– para asegurar la aplicación efectiva de citado Convenio, estableciendo, además, la necesidad de que la legislación nacional o la autoridad competente de cada Estado determine las personas responsables del cumplimiento de las disposiciones de este Convenio (art. 9. 1 y 9.2).

En consecuencia, el Estado, ante la posibilidad de acceso al empleo autónomo de los menores permitido por la LETA, debe garantizar la protección de los jóvenes –menores de 18 años– contra los riesgo específicos para la seguridad, la salud y su desarrollo, derivados de su inexperiencia y inconsciencia y desarrollo incompleto de estos jóvenes respetando las prohibiciones, limitaciones y condiciones establecidas en la citada Directiva. Al mismo tiempo el incumplimiento del Estado respecto de la citada Directiva se produce al no tener previstos mecanismos que permitan garantizar el contenido de las citadas normas, tal y como exige el art. 14 de esta Directiva.

Cabe advertir que, en el supuesto de menores socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (LC) extiende la normativa laboral a este colectivo de trabajadores, ya sean considerados salariados o autónomos .

Particularmente, esta norma dispone a que "*serán de aplicación a los centros de trabajo y a los socios trabajadores las normas sobre salud laboral y sobre la prevención de riesgos laborales, todas las cuales se aplicarán teniendo en cuenta las especialidades propias de la relación societaria y autogestionada de los socios trabajadores que les vincula con su cooperativa*" (art. 80.5 LC)[35].

La remisión realizada a las normas de salud laboral y de prevención de riesgos laborales se entiende realizada a las que se aplican al trabajo por cuenta ajena, es decir a lo dispuesto en la LRPL y a su normativa de desarrollo, tal como reconoce la propia LPRL, que considera dentro de su ámbito de aplicación a este colectivo. Además, de forma expresa, la LC establece que los socios trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajo nocturno ni cualquier otro que el Gobierno declare, insalubre, penoso, nocivo o peligroso para la salud y para la formación profesional o humana de los asalariados menores de dicha edad (art. 80.6 LC).

En consecuencia, los menores de 18 años y mayores de 16, socios trabajadores de una cooperativa de trabajo asociado incluidos en el RETA, gozan de una mayor protección en materia de seguridad social y de prevención de riesgos laborales que el resto de los menores autónomos que pueden ejercer una actividad por cuenta propia en los términos prevista LETA, al equipararse su protección en materia de seguridad y salud a la de las personas que trabajan por cuenta ajena.

La aplicación a los socios trabajadores de la cooperativa de trabajo asociado de la normativa en materia de prevención de riesgos, supone reconocer al socio trabajador un "alma de trabajador autónomo" pero un "cuerpo de trabajador dependiente"[36], al tiempo que demuestra que lo importante no es el vínculo jurídico en virtud del cual se desarrollan estas actividades sino las condiciones de trabajo en las que de manera efectiva se ejecutan.

5. CONCLUSIONES

En conclusión, respecto de la posibilidad de que los mayores de 16 años y menores de 18 puedan desarrollar un trabajo por cuenta propia a partir de una lectura *a sensu contrario* de lo dispuesto en el art. 9 de la LETA, cabe precisar que:

En relación a la edad de acceso al trabajo autónomo, con las excepciones advertidas, resulta cuestionable la capacidad de estos menores para ejecutar de forma autónoma una actividad en los términos exigidos por el art. 1.1 de la LETA, de conformidad con lo dispuesto en las normas civiles y mercantiles sobre capacidad de obrar. A tal efecto, sería preciso la revisión de la LETA, en aquellos aspectos relacionados con la capacidad de obrar de estos menores, y los requisitos del art. 1.1. LETA.

[35] Un estudio particular de la aplicación de la LPRL en el ámbito de las cooperativas puede verse en PÉREZ CAMPOS, A.I: "Ámbito de aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: sujetos protegidos", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, nº 53, págs. 69-71.

[36] En estos términos califica al trabajador de la cooperativa de trabajo asociado, GARCÍA BLASCO, J.: "La protección social de los trabajadores de cooperativas de trabajo social: entre la crisis económica y las nuevas reglas ¿mayor protección?", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº 37, 2014, pág.2 (versión digital).

Las contradicciones entre el RETA y la LETA en cuanto a la edad mínima que se exige a quien trabaja por cuenta propia, y las dudas sobre la inclusión o no en el RETA de los menores de 18 años, conduce a una insuficiente protección social de estas personas menores de edad, frente a los riesgos de su trabajo, al tiempo que impide el incremento del número de cotizantes.

La autorización del trabajo por cuenta propia realizado por parte de los menores sin permitir, de forma simultánea, su encuadramiento en el RETA, al margen de la opción –que siempre existe– de recurrir al aseguramiento privado, supone mantenerles en unos niveles de protección social inadecuados.

Ello es así pues se les priva de la posibilidad de generar cotizaciones de cara a futuras prestaciones, como la jubilación; se les impide el acceso a la protección social derivada de contingencias profesionales, lo que supone que los daños de origen laboral se califiquen como contingencias comunes; y, en relación al derecho de asistencia sanitaria y farmacéutica, se encuentran en una situación irregular, pues en caso de sufrir daños de origen laboral, las personas menores de edad autónomas tendrían derecho a la asistencia sanitaria y farmacéutica como beneficiarias de quien sea titular del derecho, o como personas sin recursos, si no superan los límites de ingresos establecidos, pero no en calidad de persona trabajadora.

Por ello, la situación descrita plantea la necesidad de inclusión de este colectivo en el Sistema de Seguridad Social y su encuadramiento en el RETA de forma clara, coherente y coordinada con la política de autorización del trabajo autónomo por parte de los menores de edad llevada a cabo por la LETA.

Esta inclusión garantizará que estas personas trabajadoras puedan acceder a una protección social adecuada y de conformidad con los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera que rigen nuestro Sistema de Seguridad Social.

La ausencia de un marco normativo adecuado que garantice la protección de las personas autónomas menores de edad demuestra el abandono total del legislador de este colectivo en materia de la seguridad y salud en el trabajo y protección social, dejando en manos del propio menor o de sus representantes su protección, al tiempo que afecta de forma negativa al desarrollo económico y social del país.

En la práctica, estos menores podrían estar desarrollando un trabajo autónomo en condiciones de riesgo para su salud sin una protección adecuada en la materia, y sin posibilidad de concertar la protección social por contingencias profesionales, pues la LGSS excluye del RETA a los menores de 18 años en los términos ya mencionados.

Al margen de lo previsto sobre el trabajo de menores en la Directiva 94/33/CE y en Convenio 138 de la OIT, no existe en el ordenamiento jurídico interno, y por ende en la LETA, mención alguna a la protección de menores autónomos como trabajadores vulnerables, ni a los mecanismo de control o sanción de los incumplimientos de estas normas, tal y como exigen las mismas.

Por otro lado, cabe advertir que la equiparación de la edad de acceso al empleo por cuenta propia con carácter general a partir de los 16 años, y la ausencia en la LETA de un marco jurídico que proteja el trabajo de estas personas particularmente vulnerables, supone

un agravio comparativo respecto de la actividad asalariada, donde existe un desarrollo normativo protector de los menores trabajadores y donde los incumplimientos de las normas sobre el trabajo de menores están tipificados y se sancionan de conformidad con lo dispuesto en la LISOS, siendo la Inspección de Trabajo el órgano encargado de vigilar y controlar su cumplimiento en el ámbito del trabajo por cuenta ajena.

La falta de una regulación interna protectora del trabajo autónomo por parte del colectivo de menores supone un incumplimiento del Estado del Convenio de 138 de la OIT que le obliga en el caso de autorizar el trabajo a partir de los 16 años, –como sucede a partir de la LETA en el trabajo autónomo– a garantizar en su legislación nacional la salud, la seguridad y la moralidad de los adolescentes y a asegurar que éstos hayan recibido la instrucción y/o la formación profesional adecuada y específica en la rama de actividad correspondiente (art. 3.3 del citado Convenio).Al mismo tiempo, exige a la autoridad competente del Estado tener previstas la medidas necesarias –incluido el establecimiento de sanciones apropiadas– para asegurar la aplicación efectiva de citado Convenio, estableciendo además, la necesidad de que la legislación nacional o la autoridad competente de cada Estado determine las personas responsables del cumplimiento de las disposiciones de este Convenio (art. 9. 1 y 9.2).

Por todo ello, es necesario establecer un marco normativo suficiente en materia de prevención de riesgos laborales –siguiendo la línea de protección que poseen las personas menores de edad que trabajan por cuenta ajena pero atendiendo a las peculiaridades del trabajo autónomo[37]–, que proteja a estos menores autónomos, en cumplimiento además, tanto del Convenio 138 de la OIT como de la Directiva 94/33/CE, siendo conveniente, como advierte un sector de la doctrina, la configuración de una regulación específica del trabajo desarrollado por las personas menores de edad, que sea aplicable tanto al trabajo por cuenta ajena como por cuenta propia[38].

[37] SELMA PENALVA, A., El Régimen Jurídico del Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente, cit., pág. 162, se plantea si es posible entender tácitamente extendidas las normas laborales sobre la protección de menores a la actividad por cuenta propia, considerando que las previsiones normativas de seguridad y salud en el trabajo de los menores de edad que presten servicios en territorio español, "pueden considerarse constitutivas el «orden público» interno de nuestro país y por tanto de exigencia obligada".

[38] Véase, IGARTUA MIRÓ, M.T. Y MARÍN ALONSO, I.: "Prohibición de trabajo infantil y protección del trabajo de los jóvenes en la Constitución Europea" cit., pág.538; MENÉNDEZ, SEBASTIÁN, P.: "Los trabajos prohibidos a menores desde una perspectiva comparada", Revista Social de Derecho, 1999, nº 8, pág. 72.

Profesiones colegiadas y Seguridad Social: ¿ante el final de un desencuentro?*

Collegial professions and Social Security: to the end of a separation?

MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ ANIORTE

PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE MURCIA

Resumen

Tras la aprobación de la Ley 30/1995, se ha ido avanzando en el camino hacia la integración en el RETA de los profesionales colegiados; sin embargo, en muchos casos dicha integración continúa siendo opcional, en detrimento de la financiación del sistema de la Seguridad Social. Veinte años después de la aprobación de aquella norma, en el presente trabajo se analiza el estado actual de la cuestión, especialmente, tras la Ley 27/2011, que exige una cobertura mínima a las mutualidades de previsión social alternativas al RETA.

Palabras clave

profesiones colegiadas, trabajo autónomo, Seguridad Social

Abstract

Following the adoption of the Law 30/1995, those who exercise a collegiate profession have been advancing on the path towards integration into the RETA (a system of contribution to the Social Security traditionally used by the self employed); however, in many cases this integration remains optional, at the expense of funding the Social Security system. Twenty years after the adoption of that Law, this paper discusses the current state of affairs, especially after the Law 27/2011, which requires a minimum social protection of mutuals (private insurances) which are an alternative to RETA.

Keywords

collegial profession, self-employment, Social Security

Sumario: 1. Planteamiento. 2. Evolución normativa. 2.1. Régimen de integración sindical previa. 2.2. Régimen de solicitud formal de inclusión. 3. El vigente régimen "de opción". 3.1. Regulación inicial. 3.2. Regulación vigente: las mutualidades de previsión social como entidades alternativas al RETA. 4. Beneficios e inconvenientes del régimen de opción. 4.1. El régimen de compatibilidad ilimitada entre la pensión de jubilación y el desarrollo de la actividad profesional. 4.1.1. El intento fallido de establecer la regla general de incompatibilidad. 4.1.2. El restablecimiento de la compatibilidad. 4.2. Profesionales colegiadas no integradas en el Sistema y protección por maternidad. 5. La cobertura mínima de las mutualidades de previsión social alternativas al RETA. 6. Conclusiones.

1. PLANTEAMIENTO

El proceso de integración en el Sistema de la Seguridad Social de los profesionales colegiados o integrados en asociaciones profesionales, que trabajan por cuenta propia, ha sido especialmente lento y complejo. El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o Autónomos (RETA), caracterizado desde su constitución por su tendencia a encuadrar en su ámbito aplicativo a todo el que ejerce una actividad con habitualidad y sin vinculación laboral o vínculo funcionarial o estatutario en régimen de dependencia –ya se trate de artesanos, empresarios individuales, agricultores, trabajadores

societarios, escritores, e, incluso, religiosos y religiosas de la iglesia católica–, ha venido ofreciendo resistencia a abrir sus puertas a la generalidad de las personas que, en régimen de autoorganización y por cuenta propia, requieren para el desarrollo de su actividad profesional la integración en colegios o asociaciones profesionales.

Durante mucho tiempo las normas de la Seguridad Social han dejado en manos de estas organizaciones profesionales la facultad de decidir acerca de la procedencia del encuadramiento en el Sistema de quienes se hallaban asociados a las mismas. Y, si bien es cierto, que, tras la aprobación de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, se ha ido dando pasos para su incorporación al Sistema de la Seguridad Social, es el momento de plantearse, veinte años después de la aprobación de este norma, cuál es el estado actual de la cuestión.

2. EVOLUCIÓN NORMATIVA

Desde la constitución del RETA hasta nuestros días, esta materia ha sido regulada por tres regímenes distintos, siendo el último en el tiempo el establecido por la disposición adicional 15ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, y hoy contenido en la disposición adicional decimoctava de la LGSS. Para comprender la actual ordenación de la materia es preciso ahondar en su regulación precedente, a cuyo análisis dedicamos el presente apartado.

2.1. Régimen de integración sindical previa

El Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, establecía, originariamente, junto a unos presupuestos objetivos –desarrollo de una actividad económica lucrativa no asalariada de forma habitual, personal y directa– y subjetivos –edad mínima de 18 años y residencia y nacionalidad españolas–, un requisito adicional, referente a la necesidad de que el trabajador en cuestión figurase integrado como tal "en la entidad sindical a la que correspondiera el encuadramiento de su actividad", sin que obstara "a tal efecto el incumplimiento por el trabajador de su obligación de integración sindical" [art. 3.1º.a) Decreto 2530/1970). Conviene recordar que durante la dictadura franquista trabajadores y empresarios –productores, en la terminología del régimen– estaban obligados legalmente a estar afiliados al Sindicato Vertical.

La afiliación individual de un autónomo a un sindicato constituía, pues, un factor poco decisorio, de suerte que si la actividad desarrollada se hallaba encuadrada sindicalmente, la falta de afiliación individual no impedía el acceso al RETA. Inversamente, de no estar la actividad encuadrada, de ningún modo podía quedar el trabajador amparado, estuviera éste o no afiliado de forma individual[1]. Y, en fin, si la actividad no se encontraba encuadrada, pero existía obligación de afiliación del trabajador en razón de su condición de

* Proyecto de Investigación DER2013-47574-P, sobre "El futuro del sistema español de protección social: análisis de las reformas en curso y propuestas para garantizar su eficiencia y equidad" (IV), incluido en el Programa Estatal de Investigación Científica y Técnica de Excelencia (2013-2016), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

[1] Por todas, STCT 23-3-1977 (Aran. 1756).

empresario laboral, tampoco en este supuesto cabía la incorporación al Régimen de Autónomos[2].

Así pues, lo que efectivamente determinaba la inclusión en el RETA no era la afiliación individual, voluntaria u obligatoria de un concreto trabajador autónomo a un sindicato, sino el encuadramiento sindical de toda una profesión[3], de suerte que, materializado el referido encuadramiento, los ejercientes de tal profesión carecían de la facultad de optar entre afiliarse o no a este Régimen sino que, obligatoriamente, debía integrarse en el RETA todo el colectivo. De hecho, este Régimen Especial –como el resto del sistema de la Seguridad Social– había sido concebido sobre la base de la incorporación forzosa y no voluntaria de sectores o grupos en su conjunto.

El colectivo más afectado por el requisito de encuadramiento objeto de estudio fue, precisamente, el de los profesionales liberales, integrados en colegios o asociaciones profesionales[4], quienes, por falta de la previa integración sindical de su actividad se vieron privados, en buena parte, de la protección del RETA. La situación descrita afectó por igual a abogados[5], agentes de aduanas[6], agentes de la propiedad inmobiliaria[7], farmacéuticos, gestores administrativos[8], veterinarios, etc.

La razón última de la exclusión del RETA de los sujetos arriba indicados parecía hallarse en la vieja cuestión de la exclusión-concurrencia entre sindicatos y colegios profesionales[9].Tradicionalmente, estas organizaciones habían sido excluyentes entre sí, quedando reservados los sindicatos a empleados y obreros, y los colegios a profesionales titulados. Si bien el Fuero del Trabajo de 1938 aspiró, dentro de la más pura concepción del Estado Nacional-Sindicalista, a la integración de los colegios en la Organización Sindical, la Ley de 26 de enero de 1940 mantuvo con carácter pretendidamente transitorio la pervivencia de los mismos, al excluir de la integración sindical a "las Corporaciones de Derecho público... que ejerzan... representación profesional económica..."[10]. La Ley de 6 de diciembre de 1940 volvió a anunciar la integración[11], pero tampoco esta vez se produjo, perpetuándose

[2] STCT 12-2-1975 (Aran. 768).

[3] Véase, MONTALVO CORREA, J.: "Régimen Especial de los trabajadores autónomos (I). Ámbito de cobertura, contingencias, prestaciones", Diecisiete Lecciones sobre Regímenes Especiales de la Seguridad Social, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1972, pág. 252.

[4] Pero no el único; al menos un colectivo integrado por trabajadores ajenos a la consideración de "profesionales liberales" quedaba excluido del ámbito del RETA por incumplimiento de este requisito: los autónomos agrarios preteridos del REA. Su incorporación al Régimen de autónomos se produjo mediante el Decreto 1118/1975, de 2 de mayo, norma que creó la Mutualidad Laboral de Trabajadores Autónomos de la Agricultura, en la que quedaron integrados sindicalmente. En sentido inverso, también se ha de señalar que no todos los profesionales liberales permanecieron al margen del Régimen de Autónomos. Un claro ejemplo lo constituye el colectivo de Ópticos. La STCT de 27 de diciembre de 1976 (Aran. 6305), reconoció el correcto encuadramiento en el RETA de esta profesión titulada, por observar la misma, excepcionalmente el requisito de "afiliación sindical".

[5] STCT, 2 de mayo de 1973 (Aran. 1912).

[6] STCT, 21 de marzo de 1975 (Aran. 1584).

[7] STCT, 12 de febrero de 1975 (Aran. 768).

[8] Cfr. Informe TGSS de 25 de abril de 1988.

[9] BORRAJO DACRUZ, E.: "Colegios profesionales y sindicatos en el sector médico", Revista de Seguridad Social, julio-septiembre 1982, núm. 15, págs. 151 y ss.

[10] Art. 1, párrafo segundo, Ley de 26 de enero de 1940.

[11] Disposición transitoria 2ª de la Ley de 6 de diciembre de 1940.

los colegios profesionales como organizaciones, exclusivas y excluyentes, de representación de los intereses de estos trabajadores.

Finalmente, el art. 22 de la Ley Sindical de 17 de febrero de 1971 previó la creación, a propuesta de los interesados, de los denominados colegios profesionales sindicales que agruparían a profesionales titulados encuadrados sindicalmente[12]. Tenían prohibida, no obstante, la anunciada transformación los colegios mencionados en la Ley de Cortes de 17 de julio de 1942, es decir, los de abogados, médicos, farmacéuticos, veterinarios, arquitectos, ingenieros, agentes de cambio y bolsa, economistas, licenciados y doctores en Filosofía y Letras, licenciados y doctores en Ciencias Químicas y Físico-Químicas, notarios, procuradores de los tribunales, registradores de la propiedad, y actuarios.

Todo ello se tradujo en la apertura de una vía para la incorporación al RETA de determinados profesionales liberales, aquellos cuyo colegio, no teniendo vedada esta opción, estimara conveniente instituirse en colegio sindical. Este camino fue seguido por el Colegio de Agentes de Seguros, que tras la correspondiente transformación en colegio sindical, fue formalmente incorporado al RETA mediante Decreto de 12 de abril de 1973[13]. Ello no obstante, dos años antes, el Decreto 2551/1971, de 17 de septiembre, ya había integrado en el campo de aplicación de este Régimen a los graduados sociales colegiados, obviándose el requisito de constitución en colegio nacional sindical; la Orden de 10 de abril de 1972 subsanó tal omisión al disponer, en su art. 3, que los colegios oficiales de graduados sociales asumirían las funciones atribuidas a la organización sindical.

Pese a todo, la condición de encuadramiento sindical seguía restringiendo la posibilidad de extensión de este régimen a buen número de profesionales –aquellos cuyo colegio no pudiera, o bien, no considerara oportuno instituirse en colegio sindical–, razón por la cual, desde los primeros años de vigencia del RETA, la doctrina reclamó la supresión legal de este requisito[14].

Finalmente, el Real Decreto-Ley 31/1977, de 2 de junio, eliminó con carácter definitivo la exigencia de sindicación obligatoria, aunque no quedó expedita la vía de acceso de la totalidad de los profesionales integrados en colegios o asociaciones profesionales a este Régimen Especial, como se justifica en el siguiente apartado.

2.2. Régimen de solicitud formal de inclusión

El requisito de integración sindical pasó, de ser una condición obsoleta, a quedar sin efecto a partir del 1 de julio de 1977[15]. Fue necesario esperar, no obstante, algunos años para

[12] Véase el número monográfico dedicado a esta Ley, en la Revista Internacional del Trabajo (OIT), vol. 85, núm. 3, 1972.

[13] Adviértase que este colectivo fue integrado en el RETA mediante la utilización de la vía prevista en el originario apartado cuatro del art. 3 del D 2530/1970 (derogado por RD 2504/1980, de 24 de octubre), que establecía la posibilidad de incorporar en este Régimen Especial a "aquellos otros grupos de trabajadores por cuenta propia o autónomos que pueda disponerse por Decreto a propuesta del Ministerio de trabajo y oída la Organización Sindical".

[14] Ver MONTALVO CORREA, J.: "Régimen Especial de los trabajadores autónomos (I). Ámbito de cobertura, contingencias, prestaciones", cit., pág. 252.

[15] Art. 1.1 del Real Decreto-Ley 31/1977, de 2 de junio.

que se efectuara la oportuna adaptación de la normativa reguladora del RETA, lo que, finalmente, se materializó a través del RD 2504/1980, de 24 de septiembre, cuyo artículo único modificó los artículos segundo, número tres[16], y tercero del D. 2530/1970.

Tras la supresión del requisito de integración sindical no se hicieron, sin embargo, realidad las expectativas de ampliación de este Régimen a todos los profesionales integrados en colegios o asociaciones profesionales. Aquella exigencia fue sustituida por una condición nueva que acabó estableciendo parecidas limitaciones a la extensión de su ámbito aplicativo que la regulación precedente, quedando redactado el último párrafo del art. 3 del Decreto regulador del RETA, tras la reforma de 1980, en los siguientes términos: "No obstante lo dispuesto en los números anteriores, la inclusión obligatoria en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos de aquellos trabajadores de esta naturaleza que para el ejercicio de su actividad profesional necesiten, como requisito previo, integrarse en un Colegio o Asociación Profesional, se llevará a cabo a solicitud de los Órganos superiores de representación de dichas entidades y mediante Orden Ministerial".

Se trataba, en realidad, de una doble exigencia –solicitud de inclusión, y efectiva integración mediante Orden Ministerial–, ajena tanto a la naturaleza de la actividad desarrollada como a las circunstancias personales de quien la desarrollara. El nuevo requisito solo se impuso a determinadas personas trabajadoras por cuenta propia: aquellas que para el ejercicio de su actividad necesitaran, como requisito previo, integrarse en un colegio o asociación profesional. Es fácil advertir que la nueva regulación poseía idénticos destinatarios que la inmediatamente precedente, con la diferencia de que tras la reforma de 1980 dichos destinatarios quedaban manifiestamente especificados: los profesionales colegiados o incorporados a asociaciones profesionales.

El requisito no imperaba cuando no existía la obligatoriedad de colegiación o de adscripción a una asociación profesional; en tal caso, aún tratándose de profesionales titulados pertenecientes a sectores en los que estuviese constituido un colegio o asociación, la incorporación al RETA tan sólo requería la concurrencia de las condiciones generales de encuadramiento[17].

Los órganos judiciales no consiguieron ponerse de acuerdo acerca de si en el supuesto de adscripción colegial obligatoria, la falta de colegiación impedía o no el acceso individual al RETA. Mientras, para unos, la colegiación se había convertido en una exigencia adicional que condicionaba la incorporación a este Régimen[18], para otros, éste era un dato irrelevante[19]. En cualquier caso, y esto era lo verdaderamente trascendente, la integración en el Régimen de Autónomos de los destinatarios de este precepto, sólo podía producirse previa solicitud de los órganos superiores de representación de los colegios o asociaciones profesionales, y mediante Orden Ministerial, no admitiéndose la adscripción individual al RETA.

[16] El RD 2504/1980 suprimió, asimismo, la presunción de trabajo autónomo que establecía el art. 2.3 en favor de quien figurase integrado sindicalmente como trabajador por cuenta propia.
[17] En este sentido, Circular de la Tesorería General de la Seguridad Social, núm. 5-041, de 22 de octubre de 1993.
[18] Cfr. STSJ Baleares, 17 de julio de 1992 (Aran. 3923).
[19] STSJ de Castilla y León/Valladolid, 10 de septiembre de 1991 (Aran. 5079).

El establecimiento de esta condición se traducía en el mantenimiento de la exclusión del ámbito aplicativo del Régimen de Autónomos de muchos profesionales liberales, tampoco amparados por el régimen anterior (médicos[20], sociólogos[21], psicólogos[22], abogados[23], gestores administrativos[24], odontólogos[25], agentes comerciales[26]...). Pero, al menos, en un aspecto importante se había avanzado, pues la exclusión de estos trabajadores ya no se perfilaba como definitiva. Al amparo de la nueva ordenación, ningún colectivo de profesionales titulados tenía prohibida legalmente su integración en el RETA, encontrándose en manos de sus propios colegios o asociaciones la llave de acceso al sistema de la Seguridad Social. Acordada la incorporación por el órgano superior de representación de las mencionadas entidades, el colectivo representado por aquél había de ser integrado en el RETA mediante Orden Ministerial, surgiendo, a partir de este momento, la obligatoriedad de afiliación de todo el grupo.

Por esta vía fueron incorporados al Régimen de Autónomos un total de catorce colectivos. A saber: 1) economistas (Orden 17-7-1981); 2) odontólogos y estomatólogos (Orden 25-9-81); 3) veterinarios (Orden 3-10-81); 4) titulados mercantiles (Orden 8-10-81); 5) agentes y comisionistas de aduanas (Orden 7-10-81); 6) agentes de la propiedad industrial (Orden 20-10-81); 7) ingenieros técnicos, facultativos y peritos de minas (Orden 1-4-82); 8) censores jurados de cuentas (Orden 13-4-82); 9) diplomados en trabajo social y asistentes sociales (Orden 29-7-87); 10) doctores y licenciados en Ciencias Políticas y Sociología (Orden 24-10-88); 11) doctores y licenciados en Ciencias Físicas (Orden 13-2-89); 12) capitanes, jefes y oficiales de la marina mercante (Orden 6-4-89); 13) ópticos (Orden 9-3-90); 14) ingenieros agrónomos (Orden 11-3-93).

El tenor de la condición establecida en el último párrafo del art. 3 del D 2530/1970 fue objeto de análisis, con relativa frecuencia, por parte de los órganos judiciales. La doctrina judicial justificó el sentido de la reforma, considerándola coherente con el tradicional sistema de encuadramiento en el RETA, en el entendimiento de que "la incorporación al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, no se ha concebido nunca como consecuencia de una iniciativa individual, sino que ha de haber venido precedida de una integración en un colectivo considerado como tal"[27].

[20] Por todas, STCT 31 de octubre de 1984 (Aran. 8231).
[21] STCT, 4 de febrero de 1982 (Aran. 631).
[22] STCT, 14 de julio de 1986 (Aran. 6166).
[23] SSTSJ Castilla-La Mancha/Albacete, 3 de noviembre de 1989 (Aran. 2182); TSJ de Cataluña, 3 de diciembre de 1992 (Aran. 6337).
[24] Véase STS (CONT.-ADM.), 21 de julio de 1986 (Aran. 5538). Ver también Informe TGSS de 25 de abril de 1988.
[25] Véase, STCT, 25 de marzo de 1981 (Aran. 2093). Previa solicitud del Colegio, fueron incorporados al RETA mediante Orden de 25 septiembre de 1981.
[26] El artículo primero del Estatuto General de Colegios de Agentes Comerciales, aprobado por D 3595/1977, de 30 de diciembre, establecía la colegiación obligatoria de los Agentes Comerciales. En ningún momento los órganos superiores de representación del Colegio de Agentes Comerciales solicitaron la integración de este colectivo en el RETA; no obstante, una resolución de 12 de marzo de 1986 declaró incluidos en el RETA a los agentes comerciales que tuvieran la condición de trabajadores por cuenta propia. Las Salas de lo Social de algunos Tribunales Superiores de Justicia se pronunciaron sobre la situación creada de forma contradictoria (véanse, a título de ejemplo, las STSJ de Baleares, de 13 de septiembre de 1989 (Aran. 2514) y la STSJ Castilla-León (Valladolid) de 29 de enero de 1991.
[27] STCT, 10-2-1982 (Aran. 762); en sentido análogo, STCT, 25-3-1981 (Aran. 2093).

Ciertamente, desde este punto de vista, no podía parecer extraño que, reconocida la libertad sindical, y suprimido el requisito de integración en entidades sindicales, se impusiera la condición de solicitud previa de incorporación al RETA por parte de los órganos superiores de representación de los correspondientes Colegios o Asociaciones Profesionales. Pero, todavía dos aspectos carecían de explicación satisfactoria. Por una parte, no quedaba claro cuál constituía, en realidad, el fundamento último del establecimiento de nuevos condicionamientos a estos profesionales titulados, tras la eliminación de lo que parecía ser el único obstáculo que les impedía el acceso al RETA. De otro lado, se suscitaba la duda de la posible inconstitucionalidad de la previsión contenida en el último párrafo del art. 3 del D. 2530/1970, en cuanto entrañaba una sustancial diferencia de trato entre los trabajadores autónomos que necesitaran para el ejercicio profesional la incorporación colegial o asociativa, y los demás trabajadores por cuenta propia**.** A ambos interrogantes dio respuesta el Tribunal Constitucional, en la sentencia 68/1982, de 22 de noviembre[28].

Respecto de la primera cuestión, el Alto Tribunal, previa indagación en los antecedentes normativos del RETA, intentó desentrañar el "verdadero sentido" que, desde sus orígenes, había tenido el establecimiento del requisito de integración sindical. Al respecto, el Tribunal Constitucional defendió que tal condición nunca fue configurada como factor constitutivo de la afiliación, sino, como un "dato objetivo de carácter *referencial*, para explicitar la inclusión o exclusión de determinados colectivos profesionales". De este modo, la norma excluyente siempre habría tenido unos destinatarios predeterminados: los profesionales liberales, organizados en colegios profesionales y regidos por la Ley 2/1974, de 13 de febrero. Ahora bien, la razón última de la exclusión del ámbito del RETA de los profesionales colegiados no radicaba en su imposibilidad de integración sindical; más bien, al contrario, esta última había sido consecuencia del "autonomismo colegial", manifestado, en palabras del Tribunal Constitucional, en "un tono abstencionista y excluyente respecto del encuadramiento sindical..., (y) respecto de su integración en el sistema estatal de Seguridad Social", de modo que "no afiliación a la Seguridad Social y no integración sindical son dos consecuencias directas, paralelas e independientes, derivadas del *fuero colegial* (...) aunque la exclusión de la afiliación a la Seguridad Social se exprese de modo indirecto, por referencia a la exclusión de la integración sindical"[29].

Desde esta perspectiva, parece –hasta cierto punto– comprensible que tras la abolición del anterior sistema sindical no desapareciera con él la cuestión de fondo: la prerrogativa de la autonomía colegial, manifestada en el señalado "tono abstencionista". De este modo, el RD 2504/1980, de 24 de octubre, se habría limitado a suprimir los términos del Decreto regulador del RETA que se encontraban implícitamente derogados, no permitiéndose, sin embargo, la incorporación obligatoria y generalizada a este Régimen de todos los profesionales liberales, al condicionarse esta –por respeto al autonomismo colegial– a la previa solicitud de los órganos superiores de representación de los colegios o asociaciones profesionales.

[28] Sentencia dictada en Recurso de Amparo núm. 87/1982; véase el comentario a la misma realizado por ALONSO OLEA, M. Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social, Vol. I, Civitas, Madrid, 1984.

[29] STC 68/1982, de 22 de noviembre, cit.

Pero, al margen de la constitucionalidad de la medida, no se puede ignorar que la reforma operada por el RD 2504/1980, de 24 de octubre, planteaba determinados interrogantes en relación con ciertos colectivos, respecto de los cuales, con frecuencia, se generaba una indeseable situación de inseguridad jurídica. Es el caso, a título de ejemplo, de los profesionales originariamente encuadrados en colegios profesionales sindicales –ópticos, delineantes, decoradores, administradores de fincas y agentes comerciales– e integrados, por tanto, en el RETA desde la constitución del Régimen, que podían ver cuestionada su permanencia en el mismo a la luz de la nueva redacción del art. 3, párrafo último, del Decreto 2530/1970, o el de aquellos otros colectivos de dudosa tradición colegial –profesionales del periodismo– respecto de los cuales formalmente regía la obligatoria adscripción colegial, no imponiéndose, sin embargo, la misma en la práctica. Era, por todo ello, necesario abordar la modificación de la redacción del último párrafo del art. 3 del Decreto regulador del Régimen de Autónomos.

La segunda gran cuestión suscitada por el tenor del citado párrafo último del artículo 3 del D 2530/1970 era la de la posible inconstitucionalidad de la diferencia de trato jurídico establecida en esta norma, de rango reglamentario[30], entre los profesionales a los que se exige incorporación colegial o asociativa y el resto de los autónomos, a efectos de integración en el RETA.

Sobre este punto, el Tribunal Constitucional señaló en la citada sentencia 68/1982 que "el hecho de que exista una diferencia en el trato jurídico o en los regímenes jurídicos aplicables a una u otra clase de personas no significa por sí sólo violación del art. 14 de la Constitución", pudiendo tener la diferencia que se establece una justificación objetiva y razonable[31]. Y, en concreto, respecto de la diferencia de trato derivada del último inciso del art. 3, el Alto Tribunal, lejos de considerar que la misma es arbitraria y discriminatoria, reconoció que "tiene en su favor sólidos argumentos jurídicos", cuales son: 1) de una parte, la propia naturaleza del sistema de la Seguridad Social, que exige su extensión obligatoria a amplias colectividades, "ya que, en otro caso, de admitirse la inclusión individual, se alteraría fundamentalmente esa naturaleza y se distorsionaría el sistema de financiación y cobertura de riesgos"[32]; y, de otra, el carácter gradual de la incorporación a la Seguridad Social de los distintos grupos de trabajadores, constituyendo "una opción política legítima el

[30] Téngase en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la sentencia 209/1987, de 22 de diciembre: "ni las leyes ni los reglamentos pueden introducir entre los ciudadanos o entre las situaciones en las que estos se encuentran diferencias que no estén justificadas por razones objetivas o legítimas... no puede el reglamento excluir del goce de un derecho a aquellos a quienes la ley no excluyó".

[31] La STC 27/1988, de 23 de febrero, sobre este punto ha manifestado: "la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero tal igualación..., no constituye un imperativa jurídico". En el mismo sentido, STC 103/1984. Ver también STC 38/1995, de 13 de febrero.

[32] El Tribunal Constitucional, confirmaba así, la reiterada doctrina del TCT, de la que eran muestra las sentencias de 9 de marzo de 1981 (Aran. 1636), 25 de marzo de 1981 (Aran. 2093), y de 4 de febrero de 1982 (Aran. 631), aparte de la de 10 de febrero de 1982 (Aran. 762), que, habiendo sido impugnada, dio lugar al conocido pronunciamiento constitucional (en las mismas se denegaba la afiliación al RETA de médicos y sociólogos). El criterio constitucional fue seguido en pronunciamientos judiciales posteriores a la sentencia del Alto Tribunal de 22 de noviembre de 1982: Véanse, SSTSJ Castilla-La Mancha, 3 de noviembre de 1989 (Aran. 2182) y TSJ Cataluña, 3 de diciembre de 1992 (Aran. 6337).

posponer la incorporación de un determinado grupo o el condicionarla a una previa negociación con el respectivo Colegio Profesional".

Conviene tener presente los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional, arriba expuestos. Como se razonará más adelante, ambos resultan dudosamente compatibles con el sistema de opción establecido por la Ley 30/1995.

3. EL VIGENTE RÉGIMEN "DE OPCIÓN"

3.1. Regulación inicial

Las expectativas de extensión del RETA a la generalidad de los profesionales colegiados fueron finalmente atendidas por la disposición adicional 15ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en la que se establecía que sería "obligatoria la afiliación a la Seguridad Social" para todos los profesionales "que se colegien" en un colegio profesional cuyo colectivo no se halle integrado todavía en el RETA, pudiéndose optar, a tal efecto, por solicitar la afiliación y/o el alta en dicho Régimen Especial o incorporarse a la mutualidad que tenga establecida dicho colegio profesional.

Conforme al tenor literal de aquella norma, todo parecía indicar que por primera vez en la historia de nuestra Seguridad Social se abrían las puertas del Régimen de Autónomos para cualquier profesional colegiado que trabajara por cuenta propia; se ponía fin, de este modo, el "autonomismo colegial" en materia de Seguridad Social[33], trasladándose la facultad de decidir acerca de la incorporación al RETA del colegio al propio profesional.

Ahora bien, los términos en los que aquella norma se expresaba eran vagos y contradictorios. Se hablaba en la misma de "obligatoria afiliación a la Seguridad Social" y al mismo tiempo se establecía un sistema "de opción" que facultaba al profesional para elegir entre el RETA y un régimen de previsión privado; aunque, difícilmente, en caso de opción por la mutualidad, podía producirse la incorporación a la Seguridad Social. No en vano, las mutualidades de previsión social son –al igual que los planes y fondos de pensiones– un mecanismo de protección social complementaria a la protección básica dispensada por el sistema público de Seguridad Social, con fundamento constitucional *ex* art. 41 CE[34], donde se prevé que la "asistencia y prestaciones complementarias serán libres"; a diferencia del Sistema de Seguridad Social, las mutualidades se basan en el sistema financiero de capitalización y no de reparto.

[33] Recuérdese que los requisitos de solicitud formal de inclusión por los Órganos superiores de representación de los Colegios o Asociaciones Profesionales y de posterior integración mediante Orden Ministerial, no arrancan de la LSS, sino del art. 3, párrafo último, del D 2530/1970, de 20 de agosto. La integración en bloque de la generalidad de los profesionales colegiados en el sistema de la Seguridad Social, podía haberse producido, por tanto, mediante una norma que tuviese rango de Real Decreto.

[34] Sobre la materia, puede verse, FERRANDO GARCÍA, F.: "Las mutualidades de previsión social: complemento y alternativa al sistema público de seguridad social", VV.AA.: La empresa social y su organización jurídica, ANDREU MARTÍ, M.M. (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2014., pág. 263.

La Resolución de 23 de febrero de 1996 de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, de 23 de febrero de 1996[35], dictó instrucciones en orden a la aplicación de las previsiones que, en materia de seguridad social, contemplaba la Ley 30/1995. Los problemas interpretativos y aplicativos que, era previsible, generaría el nuevo sistema, quedaron confirmados en el texto de la citada Resolución. Esta partía de la premisa, no explicitada en la Ley, de que el último párrafo del art. 3 del Decreto 2530/1970 no había sido derogado sino tan sólo "alterado". Así, aquellos profesionales que estuviesen incorporados antes del 10 de noviembre de 1995 –fecha de entrada en vigor de la Ley 30/1995– a un colegio profesional cuyo colectivo no hubiese sido integrado en el RETA, sin disponer dicho colegio de una mutualidad de previsión social que, con anterioridad a dicha fecha, fuese de incorporación obligatoria, continuarían en virtud de dicha disposición excluidos del Sistema, no pudiéndose producir el encuadramiento sino por la vía prevista en el citado art. 3.

La Resolución privaba de una parte de sus novedosos efectos a la Ley 30/1995. Conforme a la misma sólo se beneficiarían del sistema de opción los dos siguientes grupos de profesionales:

1) Los colegiados con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 en un colegio cuyo colectivo no hubiera sido integrado en el RETA, disponiendo el colegio profesional de una mutualidad de previsión social que, en la fecha de entrada en vigor de la Ley 30/1995, fuese de incorporación obligatoria para los colegiados (por ejemplo, el Colegio de Médicos). En este caso, la opción sólo se podría ejercitar una vez producida la adaptación prevista en el primer párrafo del número 3 de la disposición transitoria quinta de la Ley 30/1995[36].

2) Los colegiados a partir del día 10 de noviembre de 1995 en un colegio profesional cuyo colectivo no hubiese sido integrado antes de esa fecha en el RETA. La opción entre este Régimen y la mutualidad de previsión social que tuviese establecida el colegio sólo cabría cuando la citada mutualidad, bien fuese de incorporación obligatoria con anterioridad al 10 de noviembre de 1995, bien –no dándose tal supuesto– tuviera un ámbito de cobertura similar al del Régimen de Autónomos. En el caso de que el colegio careciera de mutualidad o ésta no tuviera carácter alternativo al RETA, el profesional quedaba directamente encuadrado en el mismo sin posibilidad de opción.

3.2. Regulación vigente: las mutualidades de previsión social como entidades alternativas al RETA

El art. 33 de la Ley 50/1998 modificó la redacción de la disposición adicional 15ª de la Ley 30/1995, fijando una regulación que permanece vigente, si bien –con efectos desde el 2 de enero de 2016– la misma se halla, ahora, íntegramente contenida en la disposición

[35] Sobre la materia, véase, PIÑEROA DE LA FUENTE, A.J.: "La vinculación a la Seguridad Social de los colegiados profesionales tras la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados y la Resolución de 23 de febrero de 1996", RL, núm. 11, jun. 1996.

[36] Véanse las instrucciones para la incorporación en el RETA del colectivo de profesionales de la abogacía tras la correspondiente adaptación de los Estatutos de la Mutualidad de la Abogacía, en la Resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social de 27 de septiembre de 1996 (puede verse en Tribuna Social, núm. 71, noviembre 1996).

adicional decimoctava de la LGSS 2015. La ordenación anterior, breve y ambigua, es sustituida por un complejo régimen –receptor, en parte, del contenido de la Resolución de 23 de febrero de 1996– en el que se contempla un entramado de situaciones diversas que se distinguen entre sí atendiendo a variadas circunstancias, tales como la fecha individual de colegiación (anterior o posterior al 10 de noviembre de 1995, momento de entrada en vigor de la Ley 30/1995), la existencia o no de mutualidad en el colegio, las características de esta (de incorporación obligatoria o no) o la existencia de una expresa integración previa del colectivo en el RETA.

La Tesorería General de la Seguridad Social, en la Circular núm. 3-016, de 7 de mayo de 1999, dictó instrucciones con el objeto de dar respuesta a las muchas dudas planteadas tras la reforma de la disposición adicional 15ª de la Ley 30/1995. El régimen resultante es el que sigue:

a) Mantenimiento de la situación anterior

Los profesionales colegiados pertenecientes a colectivos integrados en el Régimen de Autónomos con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 permanecen obligatoriamente incorporados al RETA con independencia de la fecha de colegiación. En esta situación se encuentran, entre otros, los colectivos de graduados sociales, farmacéuticos, economistas, veterinarios, diplomados en trabajo social y asistentes sociales, ópticos e ingenieros agrónomos.

b) Cláusula general de inclusión: profesionales colegiados no integrados en el RETA con anterioridad al 10 de noviembre de 1995

Se declaran encuadrados en el campo aplicativo del RETA quienes ejerzan una actividad por cuenta propia en las condiciones establecidas en dicho Régimen Especial que requiera la incorporación a un colegio profesional, y pertenezcan a un colectivo que no hubiera sido integrado en el RETA con anterioridad. La inclusión se produce por imperativo legal, sin que se precise la presentación de una solicitud previa, en tal sentido, por los órganos superiores de representación de los respectivos colegios profesionales.

Quedan exentos de la obligación de alta en este Régimen los colegiados que opten por incorporarse a la mutualidad de previsión social que pudiera tener establecida el correspondiente colegio profesional, siempre que dicha mutualidad, de incorporación obligatoria, se hubiese constituido con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 al amparo del art. 1.2 del Reglamento de Entidades de Previsión social aprobado por el RD 2615/1985.

Se supera la contradicción en la que incurría la redacción originaria de la disposición adicional 15ª de la Ley 30/1995, en la que tras establecerse la "obligatoria afiliación a la Seguridad Social" de los profesionales colegiados, se les permitía elegir entre integrarse en el RETA o incorporarse a la mutualidad del colegio. En la nueva redacción de la norma se declara que quedan "exentos de la obligación de alta" quienes elijan la segunda opción, quedando estos excluidos del Sistema de la Seguridad Social.

Si el interesado, teniendo derecho, no optara por incorporarse a la mutualidad correspondiente, no podrá ejercitar dicha opción con posterioridad, quedando encuadrado en el RETA. La integración en este Régimen resulta, de este modo, irreversible, aunque no

impide la simultánea permanencia en la mutualidad –tal como el Tribunal Supremo ha aclarado–, dado el carácter privado de la esta última[37].

c) Las mutualidades alternativas

Para comprender el alcance del nuevo régimen es preciso concretar cuáles son las mutualidades que permiten la opción entre las mismas y el RETA. Como ya se ha señalado, la disposición adicional 15ª de la Ley 30/1995, en su redacción dada por el art. 33 de la Ley 50/1998, sólo atribuyó carácter alternativo a las mutualidades constituidas con carácter obligatorio antes del día 10 de noviembre de 1995 al amparo del art. 1.2 del Reglamento de Entidades de Previsión social, aprobado por el RD 2615/1985.

La TGSS, en su informe consulta 147/1999, de 21 de octubre, concretó algo más al considerar alternativas al RETA las mutualidades que cumplan dos requisitos: 1º) Haber sido constituidas al amparo del artículo 1.2 del RD 2615/1985, de 4 de diciembre, es decir, estar establecidas en dicha fecha con carácter obligatorio, o constituidas al amparo de otra normativa anterior manteniendo el carácter obligatorio una vez en vigor el citado Real Decreto. 2º) Haber sido adaptadas a la Ley 30/1995, considerando que se ha producido la adaptación en la fecha en que tuviera lugar la sustitución del carácter obligatorio por el voluntario en relación con el régimen de adscripción.

Ahora bien, según criterio de la TGSS, no es suficiente con acreditar el carácter obligatorio de la mutualidad a 10 de diciembre de 1995 (y su posterior adaptación a la Ley 30/1995), existiendo mutualidades que cumplen dicha exigencia a las que la TGSS no reconoce el carácter de alternativas. Concretamente, en la instrucción cuarta de la Circular núm. 3-016, de 7 de mayo de 1999, se establece la siguiente clasificación:

a) Mutualidades obligatorias a 10 de noviembre de 1995, con carácter alternativo[38]:

Actualmente, se consideran de carácter alternativo las siguientes mutualidades de previsión social[39]:

- Alter Mutua (abogacía).
- Hermandad Nacional de Arquitectos Superiores.
- Previsión Mutua Aparejadores y Arquitectos Técnicos.

[37] STS de 25 de enero de 2000.

[38] Téngase en cuenta que la Circular 3-016 TGSS, de 7 de mayo de 1999, en su instrucción cuarta, señala que también se considerarán alternativas aquellas mutualidades de previsión social sobre las que el órgano competente de la respectiva Comunidad Autónoma expida certificación acreditativa del carácter obligatorio de la afiliación a dicha mutualidad, en fecha anterior a 10 de noviembre de 1995 para los profesionales colegiados afiliados a la misma, independientemente de la provincia en la que desempeñen el ejercicio de su actividad profesional.

[39] Sobre la materia, véase, GARCÍA ROMERO, B.: "La diferente protección por maternidad biológica de las profesionales colegiadas autónomas según estén integradas en el RETA o en una Mutualidad de previsión social alternativa", Comunicación XXVI Congreso Nacional Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sobre, "Las fronteras del Derecho del Trabajo en el marco comparado europeo: autónomos y becarios", Córdoba, 2 y 3 de junio de 2016. Puede verse en el CD adjunto al libro Las fronteras del Derecho del Trabajo en el marco comparado europeo: autónomos y becarios, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ediciones cinca, Madrid, 2016.

- Mutualidad de Previsión Social de Procuradores de los Tribunales de España.
- Asociación Mutualista Ingeniería Civil.
- Mutual Médica.
- Mutua de Ingenieros Industriales.
- Mutualidad de Gestores Administrativos.
- M.P.S. Peritos Ingenieros Técnicos Industriales
- Mutualidad de la Abogacía.

b) Mutualidades obligatorias a 10 de noviembre de 1995, sin carácter alternativo:

- Mutualidad del Cuerpo de Corredores de Comercio Colegiados, Entidad de Previsión Social: pese a su carácter obligatorio se le negaba la condición de alternativa bajo el argumento de que los corredores de comercio constituyen una categoría especial de funcionarios, lo que impediría su consideración como trabajadores autónomos. Paradójicamente, en la actualidad, se hallan expresa y obligatoriamente encuadrados en el RETA –sin posibilidad de opción por la mutualidad–, como colectivo integrado en el Cuerpo único de Notarios[40]. Se permite el mantenimiento del régimen mutualista, aunque adaptado a los caracteres de complementariedad respecto del sistema público, y de voluntariedad.
- Mutualidad de Previsión Social Fondo de Asistencia Mutua del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos: no se le reconoce el carácter de alternativo, no tanto por el limitado ámbito de cobertura material –aspecto sobre el que el legislador no se pronuncia–, sino por el hecho de que la única manifestación protectora obligatoria –el subsidio por fallecimiento– constituye una ayuda asistencial satisfecha a cargo del Colegio, aunque instrumentada a través de la mutualidad, y al margen de las prestaciones que esta tiene establecidas.

d) Excepciones y matizaciones a la cláusula general de inclusión: alcance real de la misma

Los profesionales colegiados que hubieran iniciado su actividad con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 y cuyos colegios profesionales no tuvieran establecida en dicha fecha una mutualidad de adscripción obligatoria, quedan exentos de la obligación de alta en el RETA. Excepcionalmente, la norma permitió a los interesados que pudieran solicitar, por una sola vez y durante el año 1999, de manera voluntaria e individual, el alta en el Régimen de Autónomos. Aquellos profesionales que, pudiendo hacerlo, no solicitaron tal inclusión permanecen preteridos de dicho Régimen. Su incorporación al RETA sólo podría ser instada

[40] La disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, integró a los Cuerpos de Notarios y de Corredores de Comercio en un cuerpo único, denominado Cuerpo único de Notarios. Hasta ese momento la protección social de ambos colectivos integrados se venía dispensando a través de la Mutualidad Notarial y de la Mutualidad de Previsión Social del Cuerpo de Corredores de Comercio Colegiados, mutualidades que carecía de carácter alternativo al RETA. El art. 41 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, autorizó al Gobierno a que incorporara en este Régimen a los miembros del Cuerpo único de Notarios, lo que finalmente se materializó mediante el RD 1505/2003, de 28 de noviembre. Por su parte, los notarios constituyen uno de los doce colectivos de autónomos expresamente encuadrados en el RETA por la LGSS 2015 [305.2.h)].

por el colegio y aprobada por el Ministerio de Trabajo (hoy, de Empleo y Seguridad Social), en aplicación del último párrafo del art. 3 el Decreto 2530/1970.

Por su parte, los profesionales colegiados que hubieran iniciado su actividad con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 y estuvieran integrados en tal fecha en una mutualidad de carácter obligatorio, sólo podrían darse de alta en el RETA –en el caso de decidir no permanecer incorporados a la mutualidad–, tras la adaptación de sus estatutos a la Ley 30/1995, lo que se traduce, como más arriba se ha precisado, en la sustitución de su régimen de adscripción, pasando de ser obligatorio a voluntario. El plazo establecido en la disposición transitoria quinta de dicha norma para llevar a efecto la modificación fue de cinco años, y este finalizó el 30 de noviembre de 2000[41].

En el momento de producirse la adaptación, se abría la posibilidad de opción para el profesional entre solicitar el alta en el RETA o mantenerse en la mutualidad. La TGSS concedía un plazo para que los trabajadores afectados solicitaran el alta con efectos desde el día primero del mes en que se hubiera producido aquella.

El análisis de las excepciones y matizaciones a la cláusula general de inclusión permite concluir que quedaron incluidos en este Régimen todos los profesionales colegiados pertenecientes a colectivos no integrados en el RETA con inicio de actividad posterior a 10 de noviembre de 1995, aunque a través de dos regímenes de encuadramiento distintos: 1ª) Régimen de opción, que beneficia a profesionales integrados en colegios que dispongan de una mutualidad alternativa al RETA. 2ª) Régimen de obligatoria inclusión en el RETA, que afecta a los profesionales integrados en colegios que carezcan de una mutualidad de tales características. Los profesionales colegiados que hubieran iniciado su actividad con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 y cuyos colegios profesionales no tuvieran establecida en dicha fecha una mutualidad de adscripción obligatoria, quedan exentos de la obligación de alta en el RETA, si bien, excepcionalmente, pudieron integrarse en este régimen durante el año 1999, de manera voluntaria e individual.

Conviene señalar, por último, que la doctrina judicial ha precisado que cuando la profesión colegiada se desarrolle utilizando el marco jurídico de una sociedad en la que el colegiado posea el control efectivo, las normas de encuadramiento que procede aplicar no son las previstas para los administradores societarios o los socios de sociedades capitalistas, sino las atinentes a los profesionales colegiados, prevaleciendo la condición de colegiado frente a la de socio o administrador societario[42].

[41] Adaptaron sus Estatutos, pasando a ser de adscripción voluntaria, las siguientes mutualidades: Previsión Mutua de Aparejadores y Arquitectos Técnicos (acuerdo de la asamblea general celebrada los días 1 y 2 de diciembre de 1995); Mutualidad General de la Abogacía (acuerdo de la asamblea general celebrada el 29 de junio de 1996); la Mutualidad General de Previsión Social de los Químicos españoles (acuerdo de 16 de junio de 1994); Hermandad Nacional de de Previsión Social de Arquitectos Superiores (acuerdo de la asamblea general celebrada durante los días 18 y 19 de septiembre de 1997).

[42] En este sentido, STSJ Madrid de 22 abril 2004 (JUR 2004, 237515). Con parecido tenor, STSJ Andalucía, Sevilla de 13 de junio de 2003 (AS 2004, 1481).

4. BENEFICIOS E INCONVENIENTES DEL RÉGIMEN DE OPCIÓN

El régimen de opción que se establece en favor de determinados profesionales colegiados, a los que se les permite la huída del Sistema de Seguridad Social, con la consiguiente pérdida de cotizantes, tiene, sin duda, un carácter privilegiado, que no casa bien con la obligatoriedad de dicho Sistema ni con el principio financiero de reparto en el que el mismo se asienta[43]. Pero, lo que, de partida, resulta un privilegio, presenta también una cara oculta negativa pues, como se verá, la opción por la mutualidad puede suponer un déficit de protección nada desdeñable para quien desarrolla la profesión colegiada, especialmente, en el caso de las mujeres que deseen ser madres, y en general, respecto de quienes se encuentren en situación de acceder a prestaciones temporales (maternidad, paternidad, incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia).

Por lo pronto, la opción en un sentido u otro supone la aplicación de regímenes jurídicos diferenciados –el aseguramiento público del Sistema de la Seguridad Social, en el caso del RETA, y el aseguramiento privado, en el supuesto de la mutualidad de previsión social alternativa– que tendrá consecuencias en aspectos de gran relevancia, como son la concurrencia con otras prestaciones (existencia o no de límites en la acumulación de las mismas), la garantía (o no) de mínimos de las pensiones, la compatibilidad o incompatibilidad entre trabajo y pensión, el acceso (o no) a subsidios temporales "de calidad" en cuanto a su duración y cuantía, la doble cotización (o no) al sistema público en supuestos de pluriactividad, etc.

A continuación nos detenemos en dos supuestos representativos de las señaladas disfunciones del régimen de opción: el primero constituye un claro ejemplo de privilegio para quienes optan por la mutualidad alternativa, y el segundo, de manifiesta desventaja.

4.1. El régimen de compatibilidad ilimitada entre la pensión de jubilación y el desarrollo de la actividad profesional

4.1.1. El intento fallido de establecer la regla general de incompatibilidad

La aplicación práctica de la regla general de incompatibilidad entre trabajo y pensión contenida en art. 165.1 LGSS, ha venido planteando ciertos interrogantes respecto de quienes, habiendo accedido al derecho a la pensión de jubilación en el Régimen General, aspiraban a compatibilizar la percepción de dicha pensión con el ejercicio de una profesión colegiada, sin causar alta en el RETA por haber optado por una mutualidad de previsión alternativa.

Una reiterada doctrina administrativa de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social había venido interpretando que la actividad por cuenta propia realizada por el profesional colegiado integrado en la mutualidad no era incompatible con la pensión de jubilación, dado que dicha incorporación no determinaba su integración en el Sistema de la Seguridad Social.

[43] Véase, art. 110 LGSS.

Tras la reforma introducida en la breve y ambigua redacción originaria de la disposición adicional 15ª de la Ley 30/1995, por el artículo 33 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, se suscitó la duda de si el mencionado criterio interpretativo podía haber perdido consistencia, dado que, con la mencionada modificación, en la citada disposición se determina que los profesionales colegiados que ejercen su actividad por cuenta propia "se entenderán incluidos en el campo de aplicación del RETA", si bien la obligación de alta queda exonerada en los casos en que el interesado opte por incorporarse a la correspondiente mutualidad de previsión social.

Dado que no quedaba claro que, de la mencionada reforma, se derivara un cambio en el régimen de compatibilidad de la actividad de los aludidos profesionales colegiados en los supuestos en que se produjera su jubilación en cualquier Régimen del sistema, el Gobierno aprobó la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo, para la regulación de esta materia, complementando el desarrollo reglamentario realizado al art. 165.1 LGSS por la Orden de 18 de enero de 1967. El artículo único de la mencionada Orden de 23 de mayo de 2011 extendió el régimen de incompatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo previsto en el artículo 16 de la Orden de 18 de enero de 1967, al ejercicio de la actividad por cuenta propia de los profesionales colegiados que, al amparo de lo establecido en la disposición adicional 15ª de la Ley 30/1995, se hallaran exonerados de la obligación de causar alta en el RETA, con independencia de que quedaran o no integrados en una de las mutualidades de previsión social alternativas al RETA.

La reforma no tendría, sin embargo, un gran efecto inmediato, al no aplicarse el régimen de incompatibilidad en los supuestos en que la pensión de jubilación ya viniera compatibilizándose con el ejercicio de la actividad por cuenta propia del profesional colegiado con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden de 23 de mayo de 2011[44], "así como para quienes en la citada fecha hubieran ya cumplido los 65 años de edad" aunque todavía no fueran pensionistas[45]. Se trataba, en definitiva, de una reforma que extendía sus efectos hacia el futuro y que planteaba algunos interrogantes.

4.1.2. El restablecimiento de la compatibilidad

Las dudas de diferente índole suscitadas por la Orden TIN/1362/2011/[46], unidas al rechazo del colectivo afectado, y a la oposición de algunos grupos parlamentarios, determinó el restablecimiento por la disposición adicional 37 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, del criterio que se venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Orden[47], en

[44] En la Disposición final única de la Orden TIN/1362/2011 (BOE 26 de mayo de 2011) se establecía que la Orden entraría en vigor el día primero del segundo mes siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

[45] Inciso incorporado en la "corrección de errores" de la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo, publicada en el BOE de 4 de junio de 2011, que suavizó sustancialmente el impacto de la medida al dejar fuera del régimen de incompatibilidades a quienes tuvieran 65 años cumplidos.

[46] Tal como advierte TORTUERO PLAZA, J.L.: La Reforma de la Jubilación (Marco de Referencia y ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de la Seguridad Social), Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2011, pág. 129, aunque la regulación del régimen de compatibilidades estaba contenido en una Orden Ministerial preconstitucional, "no parece que el vehículo adecuado para completar hoy la ordenación fuera una Orden, lo que incorporaba dudas sobre su legalidad".

[47] Critica GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La reforma de la Jubilación Ordinaria", VV.AA.: La Reforma de la Seguridad Social de 2011, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Y MERCADER UGUINA, J. (Dir.), Lex Nova, Madrid, 2011, *(...)*

tanto en cuanto no se regulara mediante Ley la "compatibilidad entre pensión y trabajo, garantizando el relevo generacional y la prolongación de la vida laboral, así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades". Esta previsión entró en vigor el 2 de agosto de 2011, fecha de publicación de la Ley 27/2011[48].

El mandato impuesto al legislador por la citada disposición adicional 37 se cumplió sólo parcialmente por el RDL 5/2013, de 15 de marzo, cuyo capítulo I permite, cuando se cumplen determinados requisitos, la compatibilidad entre el 50% de la pensión de jubilación y el trabajo, aunque sin dispensar un tratamiento "en condiciones de igualdad" para todas las actividades –como exigía la Ley 27/2011–, en la medida en que solo se aplica a los regímenes del sistema de la Seguridad Social –el Régimen de clases pasivas se regirá, no obstante, por su normativa específica (art.1.1)–, quedando excluidas las actividades no integradas en dicho sistema. Se obvia, de este modo, el espinoso supuesto de los profesionales colegiados no incluidos en el RETA, que mantienen el régimen de compatibilidad restablecido por la Ley 27/2011, que les permite disfrutar del 100% de su pensión.

El propósito perseguido por la Orden TIN/1362/2011, de ordenar en términos de igualdad el régimen de compatibilidad e incompatibilidad aplicable a los profesionales colegiados no integrados en el RETA, con los restantes pensionistas de jubilación, ha acabado cediendo frente a la tesis de que la nueva regulación suponía un desincentivo a la prolongación de la vida laboral de estos profesionales[49].

Pero se trata de un argumento cuestionable. La citada regulación reglamentaria no tenía otra pretensión que la de aplicar a los profesionales colegiados la misma regla de incompatibilidad que el artículo 165.1 LGSS impone a la generalidad de las personas trabajadoras. Como regla general, y sin perjuicio de las novedades introducidas por el RDL 5/2013, estos han de retrasar la solicitud de la pensión o suspender el percibo de la misma cuando aspiran a desarrollar una actividad por cuenta ajena o propia, so pena, en el supuesto de compatibilizar el percibo de la pensión con la obtención de rentas derivadas del trabajo, de ser sancionados con la suspensión de la prestación y de quedar obligados a devolver las cantidades indebidamente percibidas. En el momento de la aprobación de la Orden TIN/1362/2011, los trabajadores por cuenta ajena sólo podían compatibilizar trabajo y pensión en los casos de jubilación parcial y flexible, a cambio de una minoración en la cuantía de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista; tras la entrada en vigor del RDL 5/2013, también tienen permitido compatibilizar el 50% de la cuantía de la pensión de jubilación a que tengan derecho, con un trabajo a tiempo completo o parcial por cuenta propia o ajena, una vez alcanzada la edad legal de jubilación, y siempre que acrediten largas carreras de cotización.

pág. 135, la técnica utilizada por la disposición adicional trigésima séptima de la Ley 27/2011, dado que no queda claro si lo que pretende es derogar en la práctica la Orden TIN/1362/2011, "lo que no parece, ya que esta Orden no se encuentra entre las normas citadas por la Disp. Derogatoria Única de la Ley 27/2011".

[48] Véase el apartado 1.a) de la Disposición final duodécima de la Ley 27/2011.

[49] Véase, LÓPEZ GANDÍA, J. Y TOSANI GIMÉNEZ, D.: La reforma de la jubilación, Comentarios a la Ley 27/2011, de 1 de agosto, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 52.

La recuperación del criterio anterior a la Orden TIN/1362/2011, como mecanismo dirigido a incentivar la prolongación de la vida laboral de este colectivo, habría constituido una medida equitativa en el supuesto de haberse acompañado del establecimiento de una regulación análoga a la prevista para el supuesto de jubilación parcial y flexible (art. 165.1, párrafo segundo, LGSS), con la correspondiente reducción de la cuantía de la pensión percibida por el profesional colegiado. Previsiblemente, el legislador estaba contemplando una futura regulación de similar alcance cuando la Disposición adicional. 37 Ley 27/2011, previó que una futura Ley habría de regular la compatibilidad entre pensión y trabajo, garantizando "el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades". Pero el RDL 5/2013 no ha cubierto tales expectativas; al no extender a estos profesionales el nuevo régimen que solo permite compatibilizar el 50% de la pensión con el desarrollo de una actividad, pueden seguir percibiendo de forma simultánea el 100% de sus rentas profesionales y el importe íntegro de su pensión de jubilación.

4.2. Profesionales colegiadas no integradas en el Sistema y protección por maternidad

Tradicionalmente, la jurisprudencia ha denegado a las trabajadoras por cuenta propia –y en general, a las que desarrollan una actividad excluida del ámbito del ordenamiento laboral[50]–, el derecho de ceder al padre parte del derecho al descanso por maternidad (art. 48.4 ET), y del correspondiente subsidio, al considerar que sólo las trabajadoras vinculadas mediante contrato de trabajo tienen reconocido tal derecho por parte del ordenamiento laboral[51].

Ahora bien, en la actualidad, a efectos de la posibilidad de ceder al otro progenitor parte del descanso por maternidad, es distinta la posición de las autónomas excluidas del sistema de la Seguridad Social –estas no pueden transferir un derecho del que carecen–, que la de las integradas en el mismo, dado que el art. 1 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo –por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural– extiende la normativa sobre la opción a favor del otro progenitor a todos los regímenes del sistema[52].

Como sabemos, en el grupo de las autónomas excluidas del Sistema se sitúa un colectivo no muy amplio de trabajadoras de esta naturaleza, en el que están incluidas arquitectas, aparejadoras, procuradoras de los tribunales, ingenieras, médicas, gestoras administrativas, y abogadas, que no trabajan en régimen de dependencia y que, al amparo de lo establecido en la disposición adicional decimoctava LGSS 2015, se hallan exoneradas de la obligación de causar alta en el RETA por haber optado por una mutualidad de previsión

[50] Véase, STS de 28 de diciembre de 2000 (RJ 2001/1882).

[51] En este sentido, STS de 18 de marzo de 2002 (RJ 2002/6236).

[52] Este Real Decreto es coherente con lo establecido en el art. 318 a) LGSS 2015, donde se prevé que será de aplicación al RETA, en "materia de maternidad y paternidad, lo dispuesto en los capítulos VI y VII del título II, respectivamente", de este cuerpo legal, norma en la que, asimismo, se prevé que "Los períodos durante los que el trabajador por cuenta propia tendrá derecho a percibir los subsidios por maternidad y paternidad serán coincidentes, en lo relativo tanto a su duración como a su distribución, con los períodos de descanso laboral establecidos para los trabajadores por cuenta ajena".

social alternativa a este Régimen Especial. Una jurisprudencia consolidada les venía impidiendo transferir el descanso por maternidad al otro progenitor, bajo el argumento de que sólo puede ejercitar tal derecho la madre trabajadora encuadrada en el ámbito aplicativo del Derecho del Trabajo, en la medida en que únicamente a ésta se le reconoce, *ex* art. 48.4 ET, el derecho a la suspensión contractual por maternidad[53].

A estas trabajadoras por cuenta propia, al no estar integradas en ningún régimen especial del sistema, no les resultaba aplicable la, entonces, disposición adicional undécima bis LGSS 1994 –hoy art. 318 a) LGSS 2015–, careciendo de protección por maternidad. Aunque la solución ofrecida por los órganos judiciales a esta problemática obstaculizaba la conciliación familiar y laboral de las aludidas profesionales, así como la de los padres de sus hijos (sin olvidar la desatención que provocaba en el recién nacido), e impedía la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres en el desarrollo de idéntica actividad profesional, tal interpretación era la única que permitía el tenor literal de la Ley, dado que, de un lado, estas autónomas no podían transferir al otro progenitor un derecho del que ellas mismas carecían, y de otro, el legislador no reconocía al padre, en estos casos, un derecho al descanso por nacimiento de hijo independiente del de la madre. Así lo interpretó tanto el Tribunal Constitucional español (STC 75/2011, de 19 de mayo) como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 4ª, sentencia de 19 de septiembre de 2013)[54].

Acertadamente, la Ley de Igualdad, con el propósito de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, ha puesto fin a la desacertada regulación anterior de esta cuestión, mediante la adición de un nuevo párrafo al art. 48.4 ET, en el que se establece que, en el caso de que la madre no tuviera derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones, de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor, en el caso de ser trabajador por cuenta ajena, tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el período que le hubiera correspondido a la madre.

[53] Por todas, STS (Sala de lo Social), de 28 de diciembre de 2000, Recurso de Casación para unificación de doctrina nº. 1479/2000, P. D. Manuel Iglesias Cabero (madre registradora de la propiedad); STS (Sala de lo Social), de 20 de noviembre de 2001, Recurso de Casación para unificación de doctrina nº. 201/2001, P. D. Juan Francisco García Sánchez (madre abogada en ejercicio y cotizante a la Mutualidad de la abogacía); STSJ Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social), de 17 de abril de 2001, Recurso de Suplicación nº 297/2001, P. D. José Méndez Holgado (madre procuradora de los tribunales, no incluida en el sistema de la Seguridad Social); y STSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1º), de 16 de mayo de 2006. Recurso de Suplicación nº 5311/2005. P. D Miguel Ángel Sánchez Burriel (madre, médica por cuenta propia, afiliada a la Mutualidad médica).

[54] En esta sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respondiendo a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Lleida –en un supuesto en el que la madre, trabajadora por cuenta propia, es Procuradora de los Tribunales, y no ha optado por integrarse en el RETA sino por afiliarse a la Mutualidad–, declara que las Directivas 92/85/CE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, y 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, "deben interpretarse en el sentido de que no se opone a una medida nacional como la controvertida (…), que dispone que el padre de un menor, que tiene la condición de trabajador por cuenta ajena, puede, con el consentimiento de la madre, que tiene también la condición de trabajadora por cuenta ajena, tener derecho a un permiso de maternidad para el período posterior a las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, salvo en el caso de que exista un riesgo para la salud de ésta, mientras que el padre de un menor, que tiene la condición de trabajador por cuenta ajena, no puede tener derecho a tal permiso cuando la madre de su hijo no tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena y no está afiliada a un régimen público de seguridad social".

Esta materia ha sido desarrollada reglamentariamente por el art. 3.4 RD 295/2009, de 6 de marzo. En concreto, esta norma reconoce el derecho a la protección de maternidad al otro progenitor, cuando, en caso de parto, la madre fuera trabajadora por cuenta propia incorporada, en razón de su actividad profesional, a una mutualidad de previsión social establecida por el colegio profesional, y no tuviera derecho a prestaciones, bien por no estar prevista la protección por maternidad en la mutualidad, bien, por no observar las condiciones exigidas para la concesión de la prestación a cargo de la mutualidad por causas ajenas a su voluntad, pese a haber optado por incluir tal protección desde el momento en que pudo ejercitar la opción. Si la madre tuviese derecho a prestaciones por maternidad en el sistema de previsión alternativo al RETA, independientemente de su duración o cuantía, o si careciera del mismo por no haber incluido voluntariamente la cobertura de la prestación por maternidad, no se reconocerá el derecho al otro progenitor.

Por el contrario, el otro progenitor sí ostentará tal derecho cuando la madre –cabe entender que esta ha de ser trabajadora por cuenta propia, dada la ubicación sistemática de esta previsión– no estuviera incluida en el RETA ni en una mutualidad de previsión social alternativa; situación que, en principio, sólo podría plantearse en el supuesto de profesionales colegiadas cuyo colegio profesional no tuviera una mutualidad alternativa, y que iniciaran su actividad antes del 10 de noviembre de 1995[55].

La regulación prevista en el art. 3.4 RD 295/2009 permite a la madre trabajadora sin derecho a prestaciones continuar ejerciendo su actividad profesional tras el alumbramiento –una vez que se produzca su recuperación física–, y que sea el padre –si reúne los requisitos pertinentes– quien disfrute del descanso por maternidad, para atender y cuidar de la criatura recién nacida. En este supuesto –al igual que en el caso del fallecimiento de la madre– el legislador reconoce al padre un derecho originario a la protección por maternidad biológica, permitiéndole disfrutar del período máximo de descanso establecido al efecto. En este caso, el bien jurídico que la norma tutela a través de la protección por maternidad no es, obviamente, la recuperación física de la madre, sino el cuidado del hijo, los derechos de conciliación del otro progenitor, y la igualdad de oportunidades en el ejercicio de su

[55] Ello no obstante, la sala de lo social el TSJ de Murcia en sentencias 3 de noviembre de 2014 (Rec. 330/2014) y 30 de marzo de 2015 (Rec. 931/2014), mediante una interpretación amplia de la previsión, aplica esta norma para reconocer el derecho a la protección por maternidad al padre en sendos supuestos de maternidad subrogada. En este sentido, la STSJ Murcia de 3 de noviembre de 2014 señala lo que sigue: «El RD 295/2009 de 6 de marzo contiene el desarrollo reglamentario de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y paternidad y, concretamente, en el artículo 3.4 contempla el supuesto de mujer trabajadora por cuenta propia que no tuviera derecho a prestación por maternidad, por no estar tal protección contemplada en la correspondiente mutualidad, en cuyo caso el otro progenitor tiene derecho al subsidio por maternidad, condicionando a que éste tenga derecho a disfrutar del descanso o suspensión de contrato por maternidad y el mismo derecho concede al otro progenitor "cuando la madre no tuviese derecho a prestaciones por no hallarse incluida en el Régimen Especial de la Seguridad social de Trabajadores por cuenta propia o autónomos ni en una mutualidad de previsión social alternativa". Tal es la situación en la que se encuentra el demandante, pues la madre de sus dos hijos no tiene derecho a la suspensión de su contrato de trabajo, de modo que, de conformidad con la regulación legal y reglamentaria existente en España, el derecho que correspondería a ésta pude ser ejercido por el padre. Tanto la suspensión del contrato de trabajo, como el disfrute de la prestación por maternidad se establecen para hacer efectiva la igualdad entre hombres y mujeres y en razón a la especial atención que requiere el recién nacido (o los adoptados o sujetos a acogimiento), por lo que, en el presente caso, existe una razón adicional para conceder al actor el derecho a la suspensión y prestación por maternidad, dado que es éste el que tiene la custodia de los hijos y no convive con la madre biológica».

actividad profesional de la madre profesional colegiada sin derecho a prestaciones, persiguiéndose, con todo ello, un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares.

Ahora bien, la finalidad perseguida con esta regulación puede quedar sin efecto tras la entrada en vigor de la regulación prevista en la disposición adicional 46ª Ley 27/2011 –hoy, disposición adicional 19ª LGSS 2015–, objeto de análisis en el apartado siguiente.

5. LA COBERTURA MÍNIMA DE LAS MUTUALIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL ALTERNATIVAS AL RETA

Desde el establecimiento, en el año 1995, del régimen de opción objeto de análisis, y hasta el año 2011, el legislador no había fijado medidas que garantizaran un mínimo de cobertura –en lo que se refiere al número y al tipo de prestaciones, así como a la suficiencia de las mismas– por parte de las mutualidades de previsión social. Por ello, como ya se ha señalado, el régimen de opción, tras una primera valoración como medida privilegiada, presenta una cara oculta que, tradicionalmente, se ha traducido en una protección social más reducida que la ofrecida por la Seguridad Social.

Para mejorar la tutela dispensada, la disposición adicional 46ª Ley 27/2011 –hoy, la disposición adicional 19ª LGSS 2015– estableció la necesidad de que las mutualidades de previsión social alternativas al RETA ofrecieran a sus afiliados, a partir del 1 de enero de 2013, "mediante el sistema de capitalización individual y la técnica aseguradora bajo los que operen, de forma obligatoria", un nivel mínimo de cobertura, en lo que se refiere a las contingencias cubiertas y a la intensidad de la protección dispensada[56]:

1º) En cuanto a las contingencias cubiertas, el nivel mínimo se extiende a las contingencias de jubilación; incapacidad permanente; incapacidad temporal, maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo; así como fallecimiento que pueda dar lugar a viudedad y orfandad. La norma omite la referencia a las prestaciones por cese de actividad (opcional en el RETA), riesgo durante la lactancia natural, y de cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (de cobertura obligatoria en el RETA), con lo que se pone de manifiesto que el legislador, pese a la voluntad de mejora, renuncia a la plena equiparación, en cuanto al abanico de contingencias cubiertas, con el sistema de la Seguridad Social.

Pese a la pretendida "bondad" de la previsión, en lo que se refiere, específicamente, al disfrute de la prestación por maternidad, la nueva regulación puede suponer un retroceso para el ejercicio de los derechos de conciliación entre vida laboral, personal, y familiar del otro progenitor; lesionar el derecho a la igualdad de oportunidades en el ejercicio de su actividad por parte de la profesional colegiada; y colocar en situación de eventual desamparo a la criatura recién nacida. No en vano, a partir del 1 de enero de 2013 las mutualidades alternativas han tenido que incluir obligatoriamente la cobertura de la prestación por maternidad, momento a partir del cual –independientemente de la duración de la prestación y de su cuantía, pues los niveles mínimos de ambos aspectos no están establecidas legalmente–, queda sin aplicación la previsión *ex* art. 48.4 ET, que extiende al padre el derecho al

[56] Sobre la materia, véase, ARADILLA MARQUÉS, M.J.: "Un nuevo diseño para las Mutualidades alternativas al RETA", Revista doctrinal Aranzadi Social, núm. 10, 2012, Parte Estudio (BIB 2012/133), pág. 1-13.

disfrute del permiso por maternidad (y de la correspondiente prestación) cuando la madre no tuviera cubierta esta contingencia de acuerdo con las normas que rigen su actividad (norma destinada, precisamente, a las profesionales colegiadas autónomas que, al amparo de lo establecido en la 19ª LGSS 2015, se hallen exoneradas de la obligación de causar alta en el RETA)[57]. Así pues, aún en el supuesto de que la cuantía prevista de la prestación resultara insignificante y de que la duración del derecho al descanso ni siquiera alcanzara las seis semanas de descanso mínimo obligatorio previstas en la normativa laboral y de seguridad social, el otro progenitor no tendrá derecho a la protección por maternidad (sólo a la de paternidad), debiendo ambos progenitores reincorporarse a su actividad profesional de forma casi inmediata tras el alumbramiento, quedando, de este modo, desatendida la criatura recién nacida. Asimismo, la falta de una adecuada protección por maternidad biológica de las profesionales colegiadas, y la imposibilidad del disfrute de la prestación por parte del otro progenitor, desincentivan el acceso a estas profesiones por parte de las mujeres, vulnerando el principio de igualdad de oportunidades de hombres y mujeres en el ejercicio de una actividad profesional.

De otro lado, resulta especialmente reprochable que dos de las tres contingencias no contempladas como obligatorias estén relacionadas con la protección de la salud de la madre lactante y de la criatura recién nacida, y con la conciliación entre la actividad profesional y la necesidad de cuidados de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, tratándose de cuestiones íntimamente conectadas con el derecho fundamental a la vida y la integridad física, y con el deber de protección hacia los menores en situación de especial vulnerabilidad.

Todo ello pone de manifiesto que el derecho de conciliación entre vida laboral, personal y familiar de quienes ejercen una profesión colegiada, en general –hombres y mujeres–, y el derecho a la igualdad de oportunidades en el ejercicio de su actividad por parte de las profesionales colegiadas, en particular, no han sido adecuadamente garantizados por el legislador al establecer el nivel mínimo de cobertura de las mutualidades de previsión social alternativas al RETA. Este déficit injustificado de cobertura debería ser especialmente valorado por las profesionales colegiadas al tiempo de ejercitar la opción por el Sistema de la Seguridad Social o la mutualidad de previsión social correspondiente, resultando el primero claramente más ventajoso para las mismas que el segundo, conclusión, que irremediablemente, nos conduce a una reflexión inquietante: ¿acaso la protección "tipo" dispensada por las mutualidades de previsión social alternativas sigue estando diseñada para los varones? Si la respuesta es positiva, nos encontramos con un argumento de enorme peso que exigiría suprimir el régimen de opción objeto de análisis, en la medida en que podría estar perpetuando roles de género y no garantizando adecuadamente el derecho a la igualdad de oportunidades de las profesionales colegiadas.

2º Por su parte, el nivel de protección se fija de acuerdo con dos reglas alternativas: la primera relacionada con el importe de la prestación a satisfacer por la mutualidad y la segunda con el importe de la cuota a abonar por el mutualista.

[57] FERRANDO GARCÍA, F.M.: "Las mutualidades de previsión social: complemento y alternativa al sistema público de seguridad social", cit., pág. 273.

De acuerdo con la primera regla, las prestaciones que se otorguen "cuando adopten la forma de renta, habrán de alcanzar en el momento de producirse cualquiera de las contingencias cubiertas a que se refiere el punto anterior, un importe no inferior al 60 por 100 de la cuantía mínima inicial que para la respectiva clase de pensión rija en dicho sistema de la Seguridad Social, o si resultara superior, el importe establecido para las pensiones no contributivas de la Seguridad Social". Y, si "tales prestaciones adoptaran la forma de capital, éste no podrá ser inferior al importe capitalizado de la cuantía mínima establecida para caso de renta".

Esta regulación resuelta incompleta e insuficiente. De un lado, porque sólo permite establecer la cuantía mínima inicial de las pensiones, pero no de las prestaciones temporales, como la maternidad (con los nefastos efectos ya señalados que, de ello, se derivan en aras al logro de la corresponsabilidad, y al respeto de los derechos profesionales de la profesional colegiada y de conciliación del otro progenitor); y de otro, porque en la mayoría de las ocasiones se aplicará el segundo límite, más reducido (el importe de la pensión no contributiva) pues el 60% de las correspondientes cuantías mínimas es superior a la pensión no contributiva[58].

Y, por último, de acuerdo con la segunda regla, la obligación de la cuantía mínima de la prestación se entiende satisfecha cuando las cuotas a abonar por el mutualista, cualesquiera que sean las contingencias contratadas con la mutualidad alternativa, de entre las obligatorias citadas, equivalgan al 80 % de la cuota mínima que haya de satisfacerse con carácter general en el RETA. Se pretende evitar con esta medida que el esfuerzo de cotización a la mutualidad alternativa resulte insignificante, y que ello actúe como desincentivo al alta en el Sistema de la Seguridad Social. Dado que la cuota mínima del RETA es, para el 2016, de 267,04 €, y el 80% de dicha cifra se sitúa en 213,63 €, parece evidente, que, siendo la diferencia de cotización muy reducida –53 €–, ello puede actuar como estímulo para el alta en el RETA, sobre todo teniendo en cuenta que la protección que ofrece el Sistema ante las distintas situaciones de necesidad sigue siendo, pese a las mejoras establecidas, sensiblemente superior, especialmente en lo que atañe a la garantía del principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y a la tutela de los derechos de conciliación.

Ahora bien, la medida favorecedora de la opción por la mutualidad alternativa, arriba descrita, establecida por la disposición adicional 46ª Ley 27/2011 –hoy contemplada en la disposición adicional 19º LGSS 2015–, se vio en buena medida neutralizada, unos meses después, tras el cambio de gobierno, con la aprobación del RD 1192/2012, de 3 de agosto, que extendió la asistencia sanitaria a los colegiados no incorporados al RETA y con ingresos inferiores a 100.000 €. Es evidente que esta segunda previsión, a diferencia de la anterior, incentiva la opción por las mutualidades de previsión social alternativas, permitiendo, además, que el sistema incremente sus gastos y obtenga menores ingresos. Ello parece indicar que el legislador, dependiendo del signo político del gobierno de turno, adopta medidas opuestas sobre la materia, que incentivan, en unas ocasiones, y desincentivan en otras, el alta en el Sistema de los profesionales colegiados, pero que, hasta ahora no se han traducido en dar un paso firme y definitivo dirigido a la supresión del distorsionante y obsoleto "régimen de opción".

[58] En este sentido, GARCÍA ROMERO, B.: "La diferente protección por maternidad biológica de las profesionales colegiadas autónomas según estén integradas en el RETA o en una Mutualidad de previsión social alternativa", cit.

6. CONCLUSIONES

La facultad de optar entre una mutualidad privada y el RETA no casa bien con la obligatoriedad de nuestro Sistema y con el principio financiero de reparto. Tal como el Tribunal Constitucional precisó en su sentencia 68/1982, la propia naturaleza del Sistema de la Seguridad Social exige que su extensión se produzca de forma obligatoria a amplias colectividades pues, de admitirse la inclusión individual y facultativa, puede distorsionarse su sistema de financiación y de cobertura de riesgos. Esta afirmación alcanza hoy una gran actualidad, en un momento en el que vuelve a ser centro de atención prioritaria la viabilidad del sistema por déficit de cotizaciones.

El régimen de opción, desde el punto de vista de los profesionales a quienes se les aplica, presenta una doble cara. Por una parte, constituye un sistema privilegiado pues les faculta para elegir quedar fuera del Sistema de la Seguridad Social (con la consiguiente pérdida de cotizantes), lo que les permite, por ejemplo, eludir las normas sobre concurrencia con otras pensiones o sobre compatibilidad entre trabajo y pensión. Pero, por otro lado, y pese al mínimo de cobertura exigido por la Ley 27/2011 a las mutualidades de previsión social alternativas, la opción por estas últimas puede suponer un déficit de protección en prestaciones temporales tan relevantes como la maternidad, lo que facilita la perpetuación de los roles de género.

Medidas dirigidas a prolongar la vida activa: una mirada desde el derecho de la Unión Europea

Measures to prolong the active life: A view from the European Union law

FRANCISCO MIGUEL ORTIZ GONZÁLEZ CONDE
DOCTORANDO FPU DPTO. DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE MURCIA

Resumen

En este capítulo se propone abordar la articulación de las medidas dirigidas a prolongar la vida activa, poniéndolas en conexión con el proceso discursivo-político que les da origen, el llamado soft law, para así poder valorarlas plenamente en todas sus dimensiones.

Abstract

This chapter aims to address joint measures to prolong working life, placing them in connection with the discursive-political process that give rise them, the so-called soft law, in order to fully assess them in all its dimensions.

Palabras clave

Método abierto de coordinación, Envejecimiento activo, Reforma de pensiones, Programa nacional de reformas, Política social europea

Keywords

Open Method of Coordination, Active ageing, Pensions Reform, National Reform Programme, European social policy

Sumario: 1. Introducción 2. Medidas nacionales sobre envejecimiento activo 2.1. La prolongación de la vida laboral 2.2 la restricción del acceso a los planes de jubilación anticipada 2.3. La vinculación de la edad de jubilación a los aumentos de la esperanza de vida 2.4. La superación de las diferencias entre hombres y mujeres en materia de pensiones. 3. Medidas *"soft law"* sobre el envejecimiento activo 3.1. Interés y legitimidad de la unión europea en materia de pensiones 3.2. La relación entre el consejo europeo, la comisión europea y los estados miembros 4. La participación de España en el método abierto de coordinación 4.1. La estrategia nacional española en materia de pensiones dentro de la estratégica de Lisboa 4.2. Semestres europeos en la "Estrategia Europa 2020": el programa nacional de reformas y programa de estabilidad español 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

En este capítulo se propone abordar la articulación de las medidas dirigidas a prolongar la vida activa, poniéndolas en conexión con el proceso discursivo-político que les da origen, el llamado "*soft law*[1]*"*, para así poder valorarlas plenamente en todas sus dimensiones. El envejecimiento de la población activa y sus consecuencias en el sistema de Seguridad social se ha instalado en el centro de la agenda política paulatinamente desde

[1] Definido como "serie de actos, no homogéneos en cuanto a origen y naturaleza, que, a pesar de estar privados de efectos jurídicos vinculantes, resultan, a través de distintas vías, jurídicamente relevantes" CRUZ VILLALÓN, J.C. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., et. alt., "El ordenamiento laboral comunitario", en AA.VV. (QUESADA SEGURA, R. Coord.), La Constitución europea y las relaciones laborales, 2004, pág. 90.

mediados de la década de 1990, cuando se vaticinó la quiebra financiera del sistema en un decenio[2]. A nivel nacional, el Pacto de Toledo ha ido recogiendo entre sus recomendaciones la necesidad de articular medidas[3].

Pero el verdadero influjo hemos de situarlo en las esferas comunitarias. En 2010, en el libro verde de pensiones[4], la Comisión Europea preguntaba abiertamente "*¿Cuál es la mejor manera de conseguir edades de jubilación efectiva más avanzadas y cómo podría ayudar el aumento de las edades de jubilación? ¿Deberían introducirse en los sistemas de pensiones mecanismos de ajuste automático en relación con los cambios demográficos, a fin de equilibrar el tiempo de trabajo y el tiempo de jubilación? ¿Qué papel podría desempeñar a este respecto la UE?"*, interrogantes a los que dos años más tarde daba respuesta en el Libro Blanco de pensiones[5], donde se alcanzaba la conclusión de que para reequilibrar el tiempo de vida laboral y el tiempo de jubilación, era necesario materializar cuatro tipos de medidas: vincular la edad de jubilación a los aumentos de esperanza de vida; restringir el acceso a los planes de jubilación anticipada; favorecer la prolongación de la vida laboral; y acabar con las diferencias entre hombres y mujeres en materia de pensiones. Son estos los ejes sobre los que gravitan las reformas de Seguridad Social de 2011 y 2013, cuyas medidas en esencia pretenden equiparar la edad efectiva con la edad legal de jubilación[6].

2. MEDIDAS NACIONALES SOBRE ENVEJECIMIENTO ACTIVO

2.1. La prolongación de la vida laboral

En vigor desde 2013, la reforma del sistema público de pensiones operada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto de 2011 contiene como medida principal el aumento de edad ordinaria de jubilación en dos años, hasta los 67. El transito gradual que estamos experimentando se mantendrá hasta 2027, a un ritmo previsto de 1 mes hasta 2018 y 2 a partir de 2019. El incremento de edad supone una de las medidas de mayor transcendencia tanto política como jurídicamente. Desde el punto de vista político, por su impacto[7], y coste social[8]; y, desde el punto de vista jurídico, porque esta medida, lejos de ser inocua, se ha

[2] Véanse, el Informe de Herce y Pérez sobre la reforma del sistema público de pensiones en España realizado para La Caixa (1995); el Informe Barea González Páramo para la Fundación BBVA (1996); y el Informe del Círculo de Empresarios (1996).

[3] En su primera edición de 1995, y en las renovaciones de 2003 (Resolución de 2 octubre de 2003 del Congreso de los Diputados) y en 2010 en el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (Resolución de 29 diciembre de 2010 del Congreso de los Diputados).

[4] COM (2010) 365 final, Libro Verde "En pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros", pág. 12.

[5] COM (2012) 55 final, Libro Blanco "Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles", pág. 9-10.

[6] CAVAS MARTÍNEZ, F.: "La reforma de la jubilación ordinaria: requisitos y modificaciones relacionadas con la cotización a la Seguridad Social", en GARCÍA ROMERO, B. Y LÓPEZ ANIORTE, M.C.: La reforma de la pensión de jubilación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 54

[7] La edad de jubilación en España se ha mantenido constante en 65 años desde la instauración del Seguro Obligatorio del Retiro Obrero en 1919. Cierto es que reformas de similar calado se están aplicando en países de nuestro entorno, pero una visita al derecho comparado pronto despeja cualquier duda acerca de la desigual posición de partida; así, por ejemplo, en el sistema italiano la edad variaba en función de trabajar en el sector público o privado, y a su vez, de ser hombre o mujer.

[8] NAVARRO, V.: Las pensiones son viables, en www.vnavarro.org/?p=3839, [29 enero 2010]. Señala que los promedios no son sensibles a las diferencias por clases sociales, y la esperanza de vida como promedio de la edad de fallecimiento, no tienen en cuenta estas posibles variaciones.

visto acompañada por un reguero de modificaciones colaterales (en ocasiones implícitas), a saber:

En materia de jubilación, la modalidad de jubilación parcial a la edad ordinaria o diferida, del art. 166.1 LGSS, así como el convenio especial para determinados expedientes de regulación de empleo regulado por la DAD 31ª.1 LGSS y el art. 51.9 del ET, se ven afectados por el paso de los 65 años a la edad que legalmente marque en su momento el art. 161.1.a LGSS.

Igualmente, el aumento supone modificaciones en otras figuras, como en materia de incapacidad permanente (art. 138.1 LGSS), o sobre el cálculo de la base reguladora en pensiones de incapacidad permanente con origen en contingencias comunes (art. 140.1 b LGSS), que contienen referencias a la edad mínima del art. 161 LGSS.

En el área de desempleo, el acceso a la prestación de desempleo, el art. 207.d) LGSS contiene la expresión edad ordinaria de jubilación contributiva, luego será la edad que corresponda; por su parte, el subsidio de desempleo de trabajadores de más de 52 años aumentó hasta los 55 años en aplicación del art. 17 apartado séptimo RD-Ley 20/2012, mientras que la referencia inicial a la edad ordinaria de la que hablaba el art. 215.3 LGSS transmutó en "la edad para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación" (incluidas las anticipadas).

Las medidas de estimulo al envejecimiento activo, también han repercutido en el lado empresarial, sobre las bonificaciones Seguridad Social en las cotizaciones por contingencias comunes de mayores de 65 años, previstas por el art. 112 bis LGSS y DA 32ª, que aun conservando la misma rúbrica, ahora remite a los 67 años (salvedad de aquellos con 65 y 38 años y 6 meses de cotización); mientras que para los trabajadores, el incentivo a la permanencia en activo, viene del reconocimiento de un porcentaje extra (adicional a los comunes del art. 163.1 LGSS, utilizados previamente para la determinación de la cuantía) por cada año completo cotizado entre la fecha en que se cumplió la edad pensionable y la del hecho causante de la pensión, cuya cuantía estará en función de los años de cotización: hasta 25 años cotizados, el 2%; entre 25 y 37 años cotizados, el 2,75 %; a partir de 37 años cotizados, el 4%, y estará sujeto al límite del tope máximo de pensiones del art. 47 de la LGSS.

2.2. La restricción del acceso a los planes de jubilación anticipada

Las nuevas restricciones operadas por el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, han ahondado en las restricciones de la edad de acceso a la jubilación anticipada previstas por la reforma de 2011. En la jubilación derivada del cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, la edad aumenta entre 2013 y 2027, de los 61 a los 63 años (edad inferior en cuatro años a la edad ordinaria, *ex* art. 161 bis.1.B LGSS) y se exigen 33 años de cotizaciones (como antes de la reforma). Para la jubilación voluntaria, se prevé un aumento progresivo de la edad en el mismo periodo, de los 63 a los 65 años (inferior en dos años la edad ordinaria, *ex* art. 161 bis.2.B LGSS), y ahora sí, se exige un periodo contributivo mayor, de 35 años (frente a los 33 años anteriores).

También en la modalidad de jubilación parcial anticipada ha tenido incidencia, aumentando la edad mínima de los 61 a los 63 años para carreras largas (36,5 años o más) y de los 61 a los 65 para carreras medias (entre 33 y 36,5 años)[9]. Sin duda, la reforma busca poner fin a la facilidad de los reajustes de plantillas mediante financiación de la seguridad social[10], e intentar trasladar el concepto de empleabilidad (otrora propio de jóvenes y parados) a los trabajadores de más edad a fin de potenciar su presencia activa el mayor tiempo posible[11].

No obstante, conviene reseñar la disonancia entre las previsiones normativas y la práctica cotidiana, pues pareciera que las cifras contradicen la eficacia de esta medida estrella, ya que según el último Informe Económico Financiero de la Seguridad Social[12], las altas por jubilación anticipada están experimentando, según la variación interanual respecto enero-junio 2015, un aumento del 7,38%; dato que hilvanado con los ejercicios anteriores parece responder a una tendencia soterrada, pues en 2014 el aumento fue del 3,1%, mientras que en 2013, fecha de entrada en vigor de las reformas, se produjo una reducción del -6,5%. En total, las jubilaciones anticipadas suponen ya el 43,9% (frente al 38% de 2013).

Más en perspectiva, las altas en jubilación a edad legal descendieron un -6,7% en 2014 y -7,6% en lo que va de 2015, y el seguimiento de jubilación activa (que permite compatibilizar el trabajo con el cobro del 50% de la pensión siempre que se cumplan los requisitos señalados en la ley), a 1 de julio fue de 22.354 jubilados acogidos a esta fórmula, de los que más del 84% eran autónomos[13] (cuando su peso en la población ocupada ronda el 20%, o dicho de otro modo, ni tan siquiera una cuarta parte de los asalariados contenplados en el supuesto de hecho ha optado por ella).

Este aumento del número de pensionistas anticipados, tal vez sea en buena medida por la actual coyuntura económica, o por un efecto rebote de incitación a la misma en los primeros estadios de las reformas, pero lo cierto es que ya fueron vaticinadas en su momento[14]. Incluso se habla de una fractura de la pensión de jubilación para *ricos y pobres*

[9] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: La jubilación parcial tras la reforma de 2013, Lex Nova, Valladolid, 2013, pág. 167. La deroga del régimen transitorio previsto por la Ley 40/2007, levantó dudas acerca de los derechos adquiridos por Convenios o acuerdos colectivos y su ultraactividad.

[10] TORTUERO PLAZA, J.L.: La reforma de la Jubilación (Marco de Referencia y Ley 27/2011, de 1 agosto, sobre Actualización, Adecuación, y Modernización del Sistema de Seguridad Social), Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 112

[11] LÓPEZ CUMBRE, L.: "Jubilación flexible en la Unión Europea", núm. Extra 1, 2002, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pág. 95.

[12] Proyecto de Presupuestos de la Seguridad Social 2016, Serie Verde: Desarrollo de Ingresos y Gastos, vol. V, Informe económico-financiero, pág. 161. www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/PresupuestosyEstudi47977/Presupuestos/index.htm

[13] Sobre la materia, puede verse, LÓPEZ ANIORTE, M.C.: "Hacia el envejecimiento activo: análisis crítico del nuevo régimen de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación", Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 164, 2014, págs. 55-86.

[14] GETE CASTRILLO, P: "La reforma de pensiones de 2011: procedimiento y contenidos (y II)" Relaciones Laborales, núm. 20, 2011, 11, pág. 1131. Así como advertencia a las dificultades, en ocasiones extremas, que en la práctica administrativa supone el mantenimiento simultáneo de distinta normativa transitoria.

según se trate o no de trabajadores cuyas empresas provean mecanismos complementarios, o trabajadores con salarios altos[15].

2.3. La vinculación de la edad de jubilación a los aumentos de la esperanza de vida

La Ley 27/2001 introdujo en la LGSS, la DA 59ª, por la que se instituye el llamado "*factor de sostenibilidad*", una revisión de la cuantía de las pensiones de periodicidad quinquenal prevista a partir de 2027, en relación a la esperanza de vida a los 67 años con base en el año 2012. El nuevo legislador de 2013, mediante el Real Decreto-Ley 5/2013, ordenó la constitución de un comité de expertos independientes, encargado de elaborar un Informe sobre el Factor de Sostenibilidad del Sistema de la Seguridad Social, cuyas recomendaciones se reflejaron en la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones. Su entrada en vigor se ha adelantado impacientemente al año 2019[16], y sus efectos recaerán exclusivamente sobre las nuevas pensiones, afectando sólo a los ingresos calculados de los nuevos pensionistas, no a la edad de retiro.

La Ley 23/2013 también reemplaza la actualización de las pensiones por el IPC por un nuevo índice de revalorización de pensiones, que constituye una reforma estructural de gran calado gracias a la cual se aspira a que quede garantizada la sostenibilidad futura del sistema de pensiones, entendida como la capacidad de auto-financiarse. Este índice no solo permite neutralizar los riesgos sobre la sostenibilidad que pudiese crear cualquier shock demográfico o macroeconómico, sino que sobre todo enfatiza la necesaria correspondencia que deben guardar los ingresos y los gastos del sistema. En puridad, sólo el primer índice responde al desarrollo del mandato contenido en la Ley 27/2011[17]. La postura aquí defendida cuestiona esa "necesaria correspondencia" pues el déficit de ingresos bien podría compensarse con fórmulas alternativas de financiación de las prestaciones del sistema; de lo contrario se trataría de una jaula de contributividad[18].

2.4. La superación de las diferencias entre hombres y mujeres en materia de pensiones

La incidencia directa de esta medida en el ordenamiento español es menos intensa que en otros, pues el requisito de la edad legal pensionable en España se ha mantenido constante a lo largo del tiempo en género y número. No ocurre así en otros ordenamientos; una visita al ordenamiento comparado deja entrever la disparidad de edades entre hombres y mujeres. La Comisión Europea es consciente de que igualar las edades de jubilación para hombres y mujeres puede constituir un aporte significativo para aumentar la participación de trabajadores de más edad en el mercado laboral, a la par que contribuye a incrementar los

[15] LÓPEZ CUMBRE, L.: "Jubilaciones anticipadas en extinción", Documentación Laboral, núm. 99, 2013, pág. 102.

[16] RUESGA BENITO, S.M.: "En recuerdo de los trabajos del Comité de Expertos para la elaboración del factor de sostenibilidad de las pensiones públicas. La visión de un Experto perplejo, Relaciones Laborales, núm. 5, 2014, pág.56.

[17] MONEREO PÉREZ, J.L. Y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: "El factor de sostenibilidad en España: ¿un nuevo paso para el cambio silencioso de modelo de pensiones públicas?", Revista de Derecho Social, 2013, núm. 62, pág. 234, consideran que el comité de expertos se ha extralimitado en el encargo legal que se le hizo.

[18] APARICIO TOVAR, J.: Jugar con las cartas marcadas: el informe de los expertos sobre pensiones, en www.japariciotovar.blogspot.com.es

ingresos para las mujeres[19]. No obstante, conviene tener presente la presencia de un factor inadvertido para este colectivo, como es la discriminación indirecta. Aún resuenan las Sentencias TJUE 22 noviembre 2012 (Asunto C-385-11) y TC 61/2013, que obligaron a España a revisar la normativa del cómputo del tiempo trabajado en orden al requisito de carencia respecto a trabajadoras a tiempo parcial.

3. MEDIDAS *"SOFT LAW"* SOBRE EL ENVEJECIMIENTO ACTIVO

3.1. Interés y legitimidad de la Unión Europea en materia de pensiones

Resulta llamativo el creciente interés comunitario en materia de pensiones en los últimos tiempos. Por todos es conocido el origen economicista de la Unión Europea, aunque, si bien, con el tiempo es constatable una evolución de la política social europea[20]. Igualmente, es sabido que, en materia de Seguridad Social, constatada la imposibilidad de armonización en la materia[21], la única opción posible es la coordinación, pues además, dada la dimensión de los objetivos y los efectos comunitarios pretendidos, quedaría justificada en función del principio de subsidiariedad, *ex* art. 5 TUE[22].

Las normas europeas, como tales, en materia de Seguridad Social comunitaria, únicamente se limitan a una coordinación de los ordenamientos a efectos de mantener los derechos en curso de los trabajadores migrantes[23]; de ahí que se viniera considerando el mal llamado de Derecho Social Comunitario como una materia subdesarrollada (DE LA VILLA GIL), limitada únicamente al ámbito de la coordinación en pro de favorecer la libre circulación. Pero, si la Seguridad Social es una competencia en exclusividad de cada Estado miembro y, al mismo tiempo, la Unión no deja de ser en esencia el alcance de un objetivo compartido, cabe plantearse acerca del interés comunitario en los últimos tiempos por la pensión de jubilación.

[19] COM (2012) 55 final, Libro Blanco, op. cit. pág. 13. En 2009, trece Estados miembros preveían diferentes edades.

[20] Sirva a modo de ejemplo dos posturas en Economía Aplicada: PEDROSA SANZ, R.: "El desarrollo histórico de la Política Social de la Unión Europea y su estado actual", Estudios de Economía Aplicada, vol. 27-3, 2009, págs. 613-638, analiza en detalle todos los hitos políticos y jurídicos, habiendo pasado de ser considerada como "una mera política auxiliar del mercado común, a ser un elemento "positivo" en la transformación de la Comunidad Europea, un fin en sí misma (en materia de protección de los individuos, reducción de las desigualdades y cohesión social) y un factor de competitividad (junto con las políticas económica y de empleo), pág. 634; por el contrario, ETXEZARRETA ZUBIZARRETA, M.: "La evolución (perversa) de la política social de la Unión Europea", Revista Internacional de Filosofía Política, núm. 31, 2008, pág. 123-138, "la política social propia de la Unión es extremadamente limitada y muy poco significativa. La política social se basa mucho más en producir unas guías más o menos precisas y algunos objetivos cuantitativos deseables para que los estados miembros los sigan. Por supuesto, estas guías y orientaciones comparten la filosofía general de la Unión y de su escasa política social y llevan el sello de las políticas neoliberales (…) en el mejor de los casos no son más que ejercicios de retórica y legitimación y, con mayor frecuencia, conllevan el deterioro de los derechos sociales de los trabajadores (pág. 135).

[21] CRUZ VILLALÓN, J.: Una aproximación al Derecho Social Comunitario, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 57

[22] CHICHARRO LÁZARO, A.: "Política social y principio de subsidiariedad", Relaciones Laborales, núm. 18, 2001, T.2, pág. 1059.

[23] ORDOÑEZ SOLÍS, D.: "Seguridad Social y Unión Europea: Las nuevas perspectivas de la protección social en Europa", Actualidad Laboral, núm.1, 2001, pág. 157.

El art. 3 TUE afirma, como objetivo principal de la Unión, el fomento de la protección social[24]. Con vistas a su realización, el art. 121 TUE –dentro del título VII sobre política económica y monetaria– prevé que los Estados miembros deberán orientar sus políticas económicas hacia su consecución[25]. Estas políticas económicas (a nuestro interés, las consecuencias presupuestarias del envejecimiento) son consideradas como una cuestión de interés común, coordinadas por el Consejo e informadas y evaluadas por la Comisión.

A su vez, el art. 151 TUE –título X sobre política social– prevé que la Unión y los Estados Miembros, en base a los derechos sociales fundamentales recogidos en la Carta Social Europea (1961) y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (1989), tendrán como objetivo el "*fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada"*, etc., y puntualiza que, con el fin de alcanzarlos, la Unión y Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, tanto contractuales como de competitividad de la Unión. Seguidamente, el art. 156 TUE dirige el papel de la Comisión a fomentar la colaboración entre los Estados miembros y facilitar la coordinación de sus acciones, particularmente en las materias relacionadas con el empleo, las condiciones de trabajo, la higiene de trabajo, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, la formación, y la Seguridad Social.

De este modo, el envejecimiento de la población activa y sus consecuencias macroeconómicas, al englobarse dentro del capítulo común de "económica y de política social", han servido de base –estirando al máximo las bases de cooperación previstas en los tratados[26]– para europeizar el problema y sus soluciones. A ello habría que sumar la irrupción de ciertos factores exógenos, pero ligados a la Seguridad Social, como la integración de los mercados financieros, la libre circulación de personas, la introducción del euro o la influencia del Pacto de Estabilidad y Crecimiento[27], que han intensificado la intromisión comunitaria en el tema de las pensiones[28].

Tanto es así que la propia Comisión lo ha puesto de manifiesto en multitud de ocasiones; sirvan, a modo de ejemplo, los siguientes pasajes del Libro Verde y del Libro Blanco de la Comisión: *"aunque, en general, son los Estados miembros los responsables de diseñar y organizar sus sistemas de pensiones, algunos ámbitos específicos relacionados con las pensiones son competencia directa de la UE. Los Estados miembros han reconocido que la actuación conjunta puede ser más eficaz y eficiente y que la acción a nivel de la UE puede*

[24] GALIANA MORENO, J.M.: "Aspectos sociales del Tratado de Ámsterdam", Revistas Española de Derecho del Trabajo, núm. 88, 1998, pág. 191. El origen de este precepto se remonta al Tratado de Amsterdam (1997) que sentó las bases depara la intervención social comunitaria pues su predecesor, el Tratado de Maastricht (1992) no atendió los aspectos de la dimensión social.

[25] VIGNON, J.: "La protección social: una cuestión de interés común para Europa dentro del marco de la nueva estrategia de Lisboa", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pág. 21.La dejadez en la protección social a nivel comunitario, contrasta con la intervención en otras como por ejemplo, la protección del medio ambiente, donde Europa sí había desarrollado unos estándares comunes.

[26] MORALES RAMÍREZ, M.A: "La política de la Unión Europea sobre las pensiones de vejez", Revista Latinoamericana de Derecho Social, núm. 12, 2011, pág. 68.

[27] SUÁREZ CORUJO, B.: El sistema público de pensiones: crisis, reforma y sostenibilidad. Lex Nova, Valladolid, 2014, pág. 93.

[28] MORALES RAMÍREZ, M: "La política…, op. cit. pág. 64.

aportar un valor añadido, viendo que los retos son similares en toda la Unión y que las políticas de reforma tienen que ser coherentes con los marcos existentes, como el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y Europa 2020[29]*"* (Libro Verde).

De modo similar, en el Libro Blanco se declara que "*a medida que aumenta el nivel de integración de las economías y las sociedades de los Estados miembros, el éxito o el fracaso de las políticas y reformas nacionales en materia de pensiones tiene repercusiones cada vez mayores más allá de las fronteras nacionales, en particular en la Unión económica y monetaria. La importancia fundamental que tienen las pensiones para la buena marcha social y económica de Europa y el creciente riesgo de desbordamiento transfronterizo de las políticas nacionales en materia de pensiones hacen que las pensiones se estén convirtiendo, cada vez más, en una preocupación común de la UE*[30]".

El Tratado de Amsterdam, además de introducir un nuevo título sobre empleo al texto fundacional europeo, trajo consigo un nuevo instrumento de acción, el *Método Abierto de Coordinación,* MAC[31] *–Open Method of Coordination,* OMC por sus siglas en inglés– empleado en diversidad de ámbitos, como la formación, la investigación, la innovación, la innovación, la política empresarial, las reformas económicas, la educación, la política europea de empleo, la inclusión social, o más recientemente, la sanitaria[32]. Desde la década del 2000, se ha trasladado la aplicación del MAC a la política de pensiones. En una primera fase, respecto a la flexibilidad de la misma[33]. Ahora, respecto al aumento de la edad que se examina en el próximo apartado.

El funcionamiento es bastante simple, preestablecidos unos principios y objetivos, los Estados informan de las medidas adoptadas en virtud de los mismos; la Comisión Europea evalúa dichos informes y el Consejo Europeo procede a emitir las recomendaciones pertinentes, que tienen carácter individual para cada Estado; detectadas las buenas prácticas o aspectos a reformar, nuevamente se reinicia el proceso. En ningún momento se establecen obligaciones directas (Directivas, Reglamentos o Decisiones) para los Estados miembros.

El debate en cuanto a la conveniencia del MAC se ubica dentro de la conveniencia del *soft law* como técnica legislativa[34]; aparentemente supone una interesante ventaja al permitir la introducción de soluciones más flexibles y novedosas que difícilmente superarían un proceso típico de elaboración normativa[35] y facilitar la llamada "europeización" de la política social y del empleo[36], incluso el tránsito de una "subsidiariedad pasiva" a una

[29] COM (2010) 365 final, Libro Verde…, op. cit. pág. 20.
[30] COM (2012) 55 final, Libro Blanco…, op. cit. pág. 4.
[31] ROBLES CARRILLO, M.: "El método abierto de coordinación: una técnica original de acción europea", Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia, núm. 239, 2005, pág. 3
[32] COM (2008) 418 final, Un compromiso renovado a favor de la Europa social: reforzar el método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social y la inclusión social, pág. 2.
RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Constitución europea, política social y método abierto de coordinación", Relaciones Laborales, núm. 2, 2005, p. 61 y ss.
[33] LÓPEZ CUMBRE, L.: Jubilación flexible…, op. cit. pág. 4.
[34] ALONSO GARCÍA, R.: "El soft law comunitario", Revista de Administración pública, núm. 154, 2001, págs. 63-94.
[35] GORELLI HERNANDEZ, J.: Estrategia europea empleo
[36] RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Constitución europea…" op. cit. pág. 65

"subsidiariedad activa.[37]" Sin embargo, estas prácticas no están exentas de riesgos, como el desplazamiento de las técnicas de armonización, quedando éstas únicamente enfocadas a evitar el *dumping social* y asegurar la liberación de mercados y no a garantizar derechos mínimos,[38] y para colmo de males, el hecho de que sea un proceso en constante revisión y supuesto perfeccionamiento no facilita la tarea[39].

3.2. La relación entre el Consejo Europeo, la Comisión Europea y los Estados Miembros

El antecedente inmediato de actuación de la Comisión Europea en pensiones se encuentra en 1999[40], año en que la misma lanzó una comunicación sobre la necesidad de concertar una estrategia que permitiera modernizar la protección social[41]. A tal fin, la Comisión propuso a los Estados miembros como objetivos:

- Hacer que trabajar sea rentable y proporcione unos ingresos seguros.
- Garantizar unas pensiones seguras y sistemas de pensiones viables.
- Promover la inclusión social.
- Garantizar un nivel alto y duradero de atención sanitaria.

Dentro del objetivo de pensiones se encuadraba la preocupación por la jubilación. Ciertamente, no era la primera vez que la Comisión se pronunciaba sobre la materia[42], pero esta ocasión era diferente, dado el influjo de los Consejos Europeos de Luxemburgo, Cardiff y Colonia sobre coordinación en materia de empleo y pobreza. Con esta nueva Comunicación se inicia una nueva etapa, asentada la cooperación sobre dichos objetivos que permita superar la incidencia negativa detectada que los diversos sistemas de protección social puedan ejercer sobre el mercado único[43]. Asimismo, se proponía la creación de lo que más tarde se convertiría en el Comité de Protección Social[44] (CPS o SPC por sus siglas en inglés) cuyo establecimiento, acordado unánimemente por los Estados miembros, se llevo a cabo en un tiempo record[45].

---

[37] PÉREZ MENAYO, V.: El método abierto de coordinación en la Unión europea: su aplicación a las pensiones, Noticias de la Unión Europea, núm. 222, 2003, pág. 58

[38] VALDÉS DAL-RE, F.: "Soft law, Derecho del trabajo y orden económico globalizado", Relaciones Laborales, 2005, T.I, pág. 43-44.

[39] MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: "El derecho social de la Unión Europea. Reflexiones a propósito del sistema de fuentes", La Ley Unión Europea, núm. 79, 2013, pág. 45.

[40] COM (1999) 347 final, Una estrategia concertada para modernizar la protección social.

[41] En marzo de 1999 el Parlamento Europeo pedía a la Comisión que pusiera en marcha un proceso de conciliación voluntaria de los objetivos y políticas en materia de protección social a semejanza de la estrategia europea de empleo.

[42] COM (86) 365 final, Report from the commission to the Council, on the application of the Council Recommendation of 20 December 1982 on the principles of a Community policy with regard to retirement age (82/857/EEC); SEC (92) 2288 final, Report from the Commision on the application in the Member States of the Council Recommendation 82/857/EEC of 10 December 1982 on the principles of a Community policy with regard to retirement age; COM (1999) 221 final, Comunicación de la comisión sobre una Europa para todas la edades.

[43] PÉREZ MENAYO, V: "La modernización de la protección social en la Unión Europea ante los retos del siglo XXI", Información Comercial Española, ICE: Revista de Economía, núm. 784, 2000, pág. 155.

[44] Decisión 2000/436/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se crea un Comité de protección social (DO L 172 de 12.7.2000, p. 26); Decisión 2004/689/CE del Consejo, de 4 de octubre de 2004, por la que se crea un Comité de protección social y se deroga la Decisión 2000/436/CE (DO L 314 de 13.10.2004, p. 8); Decisión (UE) 2015/773 del Consejo de 11 de mayo de 2015 por la que se crea el Comité de Protección Social y se deroga la Decisión 2004/689/CE.

[45] VIGNON, J.: "La protección social…, op. cit. pág. 22.

En el Consejo Europeo de Lisboa[46] (marzo del 2000), los Jefes de Estado y de Gobierno de la UE fijaron un nuevo objetivo estratégico para la próxima década: "*convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social"*, entendiendo por esta última la lucha contra la exclusión social y la necesidad de modernizar la protección social, aspecto que nos contextualiza dentro del estudio de esta monografía. Las conclusiones del Consejo hicieron propias los cuatro objetivos de la Comisión, y consciente de que tal tarea puede afrontarse mejor mediante la cooperación, el Consejo Europeo invita al Consejo a:

- Reforzar la cooperación entre los Estados miembros, intercambiando experiencias y buenas prácticas a partir de la mejora de las redes de información, que son los instrumentos básicos en este ámbito.
- Mandatar a un grupo de expertos, denominado Grupo de Alto Nivel para la Modernización de la Protección, con el encargo de *"estudiar la evolución futura de la protección social desde una perspectiva a largo plazo, prestando particular atención a la sostenibilidad de los sistemas de pensiones en distintos marcos temporales hasta el año 2020 y más allá, de ser necesario"*, momento que podemos calificar como el punto de partida.

Del seguimiento de la Estrategia de Lisboa se ocupó el Consejo Europeo de Santa María da Feira[47] (junio de 2000), en relación con el empleo, las reformas económicas y la cohesión social, haciendo hincapié en materia de pensiones, estableciendo para cada una de estas políticas una serie de prioridades. En concreto, sobre la protección social se señaló que *"debería prestarse especial atención a la sostenibilidad de los regímenes de pensiones mediante la definición de dos líneas de acción, con objeto de pronosticar mejor las tendencias futuras y lograr un conocimiento profundo de las estrategias nacionales recientes, aplicadas o previstas, de reforma de las pensiones".*

Asimismo, se instó a los gobiernos de los Estados Miembros a que realizasen esfuerzos de consolidación fiscal más allá del mínimo requerido por el Pacto de Estabilidad, y se decidió apostar por una mejora de los métodos de trabajo en el seno de la UE, especialmente mediante el desarrollo del método de coordinación abierto. El Grupo de Alto Nivel presentó su informe y expuso el objetivo fundamental de los sistemas de pensiones, las estrategias y tipos de reformas[48]. Cumplido su cometido, el grupo de expertos fue reemplazado con la creación del CPS.

[46] Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Lisboa, 23 y 24 marzo de 2000 (punto 31) consilium.europa.eu/es/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/00100-r1.es0.htm

[47] Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Santa Maria Da Feira, 19 y 20 junio de 2000 (punto 35) consilium.europa.eu/da/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/00200-r1.es0.htm

[48] Informe de situación del Grupo de Alto Nivel sobre la intensificación de la cooperación para modernizar y mejorar la protección social 8634/00 COR 1 (en) COR 2 (gr))
COM (2000) 622 final, Evolución futura de la protección social desde una perspectiva a largo plazo: Pensiones seguras y viables
eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52000DC0622

El siguiente Consejo Europeo celebrado fue la cumbre de Niza[49] (diciembre del 2000), que destacaría en materia de lo social por tres aspectos. En primer lugar, la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales, que reunía en un solo texto los derechos civiles, políticos, económicos y sociales enunciados hasta la fecha en distintas fuentes internacionales, europeas o nacionales, nacía en medio de una controversia, pues, algunos países no eran partidarios de la misma y los derechos proclamados no estaban integrados en el propio Tratado, aunque se reservaba que *"la cuestión del alcance de la Carta se examinará posteriormente*" (por lo que se anunciaba su fracaso)[50]. En segundo lugar, la aprobación de la Agenda Social Europea, en la que se definen las prioridades de actuación concretas para los años sucesivos, en torno a seis orientaciones estratégicas en todos los ámbitos de la política social[51], entre ellos la modernización de la protección social. Y en tercer lugar, el CPS entra en el Tratado de Funcionamiento de la UE (nuevo art. 114) así como en la fallida Constitución Europea de 2005 (art. III 217). En lo que a nuestro interés respecta, sobre pensiones[52], "*el Consejo Europeo invita a los Estados miembros a que, en cooperación con la Comisión, intercambien sus respectivas experiencias a través de la presentación de sus estrategias nacionales en este ámbito",* para conseguir "*evaluar de manera global la sostenibilidad y la calidad de los regímenes de pensiones*." Los resultados de este primer estudio general sobre la viabilidad a largo plazo de las pensiones deberían estar disponibles para el Consejo Europeo de Estocolmo.

El primer Consejo Europeo de primavera después del de Lisboa, celebrado en Estocolmo[53] –marzo de 2001–, señaló *"el acuerdo total en que la reforma económica y las políticas sociales y de empleo se refuercen mutuamente*"; y subrayó que "*el próximo decenio ofrece la oportunidad de abordar el reto demográfico elevando las tasas de empleo, reduciendo la deuda pública y adaptando los sistemas de protección social, incluidos los sistemas de pensiones."*

En este marco, el Consejo Europeo de Estocolmo ha concluido, tras la discusión sobre cómo crear más y mejores empleos, con un compromiso de la Unión y los Estados miembros con el logro del pleno empleo, que consideran un medio importante para hacer frente al reto del envejecimiento de la población, y la fijación de objetivos intermedios para enero de 2005, coincidiendo prácticamente con el fin de la vigencia de la Agenda Social Europea, para las tasas de empleo en toda la Unión, del 67% en general, y del 57% para las mujeres, así como la adición a los objetivos de Lisboa de uno nuevo, referido expresamente a la tasa media de empleo de los hombres y mujeres de más edad (55-64 años), que se propone

[49] Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Niza, 7,8 y 9 diciembre de 2000 consilium.europa.eu/en/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/00400-r1.%20ann.es0.htm

[50] RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Derechos sociales fundamentales y Unión Europea", Relaciones Laborales, núm. 2, 2007, pág. 60; DE LA VILLA GIL, L.E.: "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, núm. 32, 2001, págs. 19-22.

[51] Políticas de empleo (mayor número y mejor calidad de los puestos de trabajo); anticipo a los cambios del entorno laboral y sacar partido de ellos, desarrollando un nuevo equilibrio entre flexibilidad y seguridad; lucha contra cualquier forma de exclusión y de discriminación para favorecer la integración social; modernización de la protección social; fomento de la igualdad entre hombres y mujeres; y refuerzo de la dimensión social de la ampliación y las relaciones exteriores de la Unión Europea).

[52] Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Niza…, op. cit. (punto n. 31)

[53] Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Estocolmo, 23 y 24 marzo de 2000 consilium.europa.eu/en/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/acf429.html

aumentar hasta el 50% en 2010, invitando al Consejo y la Comisión[54]. Además, en esta reunión también se sentaron las bases para el método abierto de coordinación en materia de pensiones, como instrumento importante para avanzar y alcanzar el objetivo estratégico de la Unión; en este sentido se señaló que *"cuando sea factible, deberán aprovecharse plenamente todas las posibilidades que ofrece el sistema abierto de coordinación, en particular en el ámbito de las pensiones, teniendo debidamente en cuenta el principio de subsidiariedad."*

El CPS, un año más tarde de su institución, en junio de 2001[55], presentó los resultados para hacer frente al problema del envejecimiento demográfico. En base a ese nuevo informe, el Consejo de Gotemburgo[56] (junio de 2001) aprobó tres amplios principios para la modernización de los sistemas de pensiones: *"la salvaguardia de la capacidad de los sistemas para cumplir sus objetivos sociales, el mantenimiento de la sostenibilidad financiera y la satisfacción de las nuevas necesidades de la sociedad."*

En consonancia con estos principios generales, la siguiente cumbre, el Consejo de Laeken[57] (diciembre de 2001), desarrolló once objetivos comunes con objeto de impulsar el proceso de MAC, a saber:

- Prevención de la exclusión social: necesidad de garantizar una renta mínima o prestaciones en metálico y especie para reducir el riesgo de la pobreza durante la vejez, especialmente las mujeres.
- Permitir a las personas mantener su nivel de vida: impulso de los fondos de pensiones profesionales y personales.
- Promover la solidaridad: el cómputo de periodos sin cotización para el cálculo de la pensión, son elementos de solidaridad; asimismo, *"en los regímenes de pensiones profesionales puede haber sólidos elementos de solidaridad, basados en convenios colectivos".*
- Elevar los niveles de empleo: la consecución del objetivo de empleo de la estrategia de Lisboa reduciría en un tercio el gasto público en pensiones en 2050, pero sería insuficiente a juicio de la Comisión para resolver el problema de la sostenibilidad financiera
- Prolongar la vida activa.
- Sistema de pensiones viables dentro de unas finanzas públicas sanas: elevar las tasas de empleo, reducir la deuda pública y reformar los propios sistemas de pensiones

[54] En el 2005, la media de los países de la UE de los 25 fue del 42,5%, lo que supone una diferencia a la baja del 7,5% entre la situación real y el objetivo marcado, habiendo diferencias sustanciales en algunos casos entre los distintos paíse

[55] Informe del comité de Protección Social sobre la evolución futura de la protección social: pensiones seguras y viables, junio de 2001.

[56] Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Gotemburgo, 15 y 16 junio de 2001 consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/00200-r1.es1.pdf

[57] Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Laeken, 14 y 15 diciembre de 2001 consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/68832.pdf

- Ajuste equilibrado de las prestaciones y las cotizaciones: ningún Estado miembro prevé financiar el mayor gasto en pensiones únicamente elevando las tasas contributivas, a las que algunos de ellos ponen, de hecho, límites máximos. En los nuevos regímenes de pensiones de cotización definida teórica, las prestaciones se ajustan de manera automática para mantener el equilibrio financiero de dichos regímenes, concretamente ante la creciente esperanza de vida.
- Garantizar que la gestión de los planes de pensiones basados en la capitalización sea adecuada y sana desde el punto de vista financiero.
- Flexibilizar los modelos de carrera profesional.
- Mayor igualdad entre mujeres y hombres.
- Transparencia e información sistemáticamente que permita a las personas planear y prever su jubilación de modo que alcancen el nivel de vida deseado.

El quinto Consejo Europeo reseñable en materia de jubilación fue el Consejo de Barcelona[58] (marzo de 2002) donde definitivamente se instó a los Estado a "*acelerar la reforma de los regímenes de pensiones, tanto para asegurar su sostenibilidad financiera como para que puedan seguir cumpliendo sus objetivos sociales"*; desechar la jubilación anticipada (como incentivo a trabajadores o mecanismos de reestructuración para las empresas); aumentar las empleabilidad de los trabajadores de mayor edad *"mediante formación permanente";* y, lo más relevante a nuestros efectos, *"para 2010 deberá intentar elevarse progresivamente en torno a 5 años la edad media efectiva a la que las personas cesan de trabajar en la Unión Europea".*

Posteriormente, los Consejos Europeos de Bruselas de octubre de 2003[59], marzo 2004[60] y marzo 2005[61], mantuvieron menciones al envejecimiento y las pensiones. El último Consejo Europeo previo al estallido de la crisis crediticia, se celebró en Bruselas (junio 2007), y en sus conclusiones figuraba que *"en el ámbito de la política social, es preciso proseguir con energía los trabajos sobre coordinación de los sistemas de seguridad social, con el fin de dar solución lo antes posible a los capítulos pendientes";* así como que se estaba a la espera de una propuesta modificada de Directiva relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores mediante la mejora de la consolidación y

[58] Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Barcelona, 15 y 16 marzo de 2002, (punto n. 32) consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/70829.pdf .

[59] Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Niza, 7,8 y 9 diciembre de 2000 (punto n. 22) "los Estados miembros y los interlocutores sociales deberían estudiar el modo de poner en práctica la relación entre las políticas de empleo y las pensiones a la luz de los objetivos fijados por el Consejo Europeo de Barcelona" consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/77690.pdf .

[60] Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas de 25 y 26 marzo 2004 (punto n. 14) "El Consejo Europeo alienta decididamente a los Estados miembros a que hagan frente a las consecuencias financieras del envejecimiento de la población, reduciendo la deuda pública e intensificando las reformas del empleo, la sanidad y las pensiones" *consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/79704.pdf* .

[61] Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas, 22 y 23 marzo de 2005, "El Consejo reconoce que debe prestarse una atención especial a la reforma de las pensiones "mediante la introducción de un sistema multipilares que incluya un pilar obligatorio totalmente financiado. Aun cuando tales reformas supongan un deterioro a corto plazo de las finanzas públicas durante su período de aplicación, la sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas se verá claramente mejorada." consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/84344.pdf

preservación de los derechos de pensión complementaria, como base para proseguir los trabajos sobre este asunto.

4. LA PARTICIPACIÓN DE ESPAÑA EN EL MÉTODO ABIERTO DE COORDINACIÓN

4.1. La Estrategia Nacional Española en materia de Pensiones dentro de la Estratégica de Lisboa

Los Estados Miembros presentaron los Informes de Estrategia Nacional en septiembre de 2002[62], donde se informaba detalladamente sobre como intentar cumplir los objetivos de Leaken, a partir de los cuales, la Comisión Europea elaboraría un informe de evaluación en 2003[63]. Los segundos Informes de estrategia nacional, en esta ocasión elaborados por los 25 Estados Miembros, se publicaron en 2005[64]; y los de tercera generación en 2008[65].

La evaluación inicial de las Estrategias Nacionales, en el Informe de marzo de 2003 de la Comisión, y del Consejo Europeo, examinó pormenorizadamente cada uno de los objetivos comunes propuestos. El informe constató que todos los Estados miembros han iniciado algún tipo de reforma, incluso algunas radicales durante los años noventa. En cualquier caso, se habrá de estar atento, pues reformas suplementarias podrían acuñarse nuevamente para velar por la viabilidad a largo plazo de sus sistemas de pensiones, pues la reforma de las pensiones ha de entenderse como "*un proceso continuo y no un evento único y aislado*[66]". A pesar de tratarse de un reto común, el envejecimiento empezará a producir efectos en los sistemas de pensiones a un ritmo desigual, comenzando en algunos Estados miembros en los próximos diez años. Por todo ello, se considera "*urgente poner en marcha estrategias creíbles y eficaces, y dar a los ciudadanos señales claras de lo que pueden esperar de sus sistemas de pensiones y de lo que deben hacer para lograr un nivel de vida adecuado durante su jubilación*[67].

Entre las conclusiones generales, se contenían las siguientes indicaciones a España: "*El sistema español de pensiones parece funcionar bien en lo que respecta a la adecuación, pero se enfrenta a un reto importante en materia de viabilidad financiera. Si bien la reorganización de la financiación del sistema de seguridad social, incluida la creación de un fondo de reserva, así como ciertos ajustes en los parámetros del sistema de pensiones, son pasos en la dirección adecuada, las reformas llevadas a cabo hasta el momento no parecen ser suficientes para dar respuesta al reto de la viabilidad financiera. Se están preparando, y*

[62] Estrategia nacional de España en relación con el sistema de pensiones (2002)
ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=5464&langId=es (informe)
ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=5465&langId=es (anexo)

[63] Informe conjunto de la Comisión y del Consejo sobre la adecuación y viabilidad de las pensiones, 6527/03 REV 2, 3 marzo 2003

[64] Estrategia de España en relación con el futuro del sistema de pensiones (2005)
ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=5441&langId=es (informe)
ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=5442&langId=es (anexo)

[65] Estrategia sobre el futuro de pensiones (2008)
ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2566&langId=es

[66] Informe 2003, op. cit. pág. 104

[67] Informe 2003, op. cit. pág. 10

serán necesarias, importantes reformas para garantizar la viabilidad financiera del sistema de pensiones. Dada la baja tasa de empleo femenino y la baja tasa de actividad de las personas mayores, se requieren también más esfuerzos para permitir a estas personas participar activamente en el mercado laboral y para ofrecerles los incentivos adecuados para hacerlo[68]".

En el entretiempo, la Comisión hacía pública la comunicación de 2003 "Refuerzo de la dimensión social de la estrategia de Lisboa"[69], que racionalizaba el método abierto de coordinación, en tres capítulos, inclusión social, pensiones y asistencia sanitaria y cuidados de larga duración, el llamado *MAC social único*[70]. El segundo informe conjunto, de 2006[71], se ajustaría a él y respondería a las estrategias nacionales de 2005. Se identificaron las buenas prácticas y se definió una metodología común sobre los indicadores que permitieran examinar las tendencias y los cambios políticos para lograr los objetivos señalados y las previsiones. Se informó sobre los frentes seguidos por los estados miembros, para garantizar sistemas de pensiones adecuados y viables:

- Una reducción de la deuda pública desigual entre países.
- Reformas de las pensiones: se han reforzado los vínculos entre cotización y prestación al tenerse en cuenta la esperanza de vida en el cálculo de la pensión, lo que suele traducirse en un descenso de las tasas de sustitución, que, no obstante, *"puede compensarse prolongando la vida laboral y ahorrando más*[72]*"*. Algunos Estados miembros han aumentado el nivel de las pensiones mínimas garantizadas; asimismo, se han reconocido los periodos dedicados al cuidado de personas dependientes. Sin embargo, el Informe reconoce que las tasas de reemplazo son bajas, por lo que se han promovido los regímenes privados complementarios.
- Aumento del empleo entre personas mayores: se han reducido los factores que puedan disuadir de prolongar la vida activa y se han reforzado los incentivos para seguir en la misma.

[68] Informe 2003, op. cit. pág. 135

[69] COM (2003) 261 final, Refuerzo de la dimensión social de la estrategia de Lisboa: racionalización del método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social
eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2003:0261:FIN

[70] COM (2005) 706 final, Trabajar juntos, trabajar mejor. Un nuevo marco para la coordinación abierta de las políticas de protección social y de inclusión en la Unión Europea
eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52005DC0706 Como hemos visto, el MAC nació de la Estrategia europea de Empleo (1997) y se extendió al ámbito social en la Estrategia de Lisboa (2000), primero al proceso social de inclusión (2000), luego a las pensiones (2001), y más tarde a la atención sanitaria y a los cuidados de larga duración (2004). Para cada uno de estos ámbitos se seguía una estrategia determinada. Pues bien, a partir de 2005 se integrarán las tres áreas sociales citadas en un MAC Social único y se simplificará el procedimiento de coordinación. A su vez, fue reforzado en 2008 por la comunicación COM (2008) 418 final, Un compromiso renovado a favor de la Europa social: reforzar el método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social y la inclusión social.
eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0418&from=ES

[71] COM (2006), 62 final, Informe conjunto sobre protección social e inclusión social de 2006
eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52006DC0062

[72] Informe 2006, op. cit. pág. 9
eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0062&from=ES

El informe de 2008[73] destacó que los objetivos claves de las reformas emprendidas se centraron en el endurecimiento de las condiciones de retiro y en la creación de un marco adecuado para que los trabajadores de más edad puedan seguir participando en el mercado laboral, con excepciones en los casos de trabajos especialmente exigentes o peligrosos:

- Los trabajadores que se acogen a una jubilación anticipada representan en torno a un 20 % de la población de entre 55 y 64 años. Por lo tanto, la reducción de estas jubilaciones anticipadas puede contribuir considerablemente a extender la vida laboral.
- En algunos Estados miembros siguen aumentando las jubilaciones anticipadas. Por ello, deben aplicarse medidas más sistemáticas para reducir de manera significativa el tiempo entre el final del último empleo y el inicio de la jubilación legal.

En el informe de 2009[74], la Comisión Europea dio cuenta del avance de las orientaciones comunitarias incorporadas a las reformas a los sistemas de pensiones, destacando dos aspectos en donde se habían centrado hasta septiembre de 2008, antes de que las consecuencias de la crisis financiera calasen en la economía real:

- Tasa de empleo más altas de los trabajadores de edad avanzada, como consecuencia del aumento de la esperanza de vida. Dicha tasa ha aumentado en la última década, habiendo alcanzado once países el objetivo de Lisboa del 50%.
- Aumento de la edad de retiro y eliminación de los incentivos a la jubilación anticipada. En este sentido, el Informe señala que "*la duración normal de la vida activa debe prolongarse y los informes muestran que los Estados miembros están comenzando a retrasar la edad de jubilación en los regímenes obligatorios (…). Las posibilidades de abandono temprano de la vida activa y los incentivos a la jubilación anticipada se están suprimiendo. Se trata de señales claras para que los empresarios y los trabajadores mejoren sus prácticas de gestión de la edad y pospongan la jubilación. (…)Es imprescindible evitar que la edad real de jubilación empiece a disminuir, lo que podría ocurrir si se recurre a vías de salida anticipada del mercado de trabajo como solución al aumento del desempleo"*[75].

En el informe 2010[76], la Comisión Europea destacó tres aspectos que la crisis mundial de 2008 puso de relieve:

- *"Los regímenes públicos se reparto se han mostrado bastante resistentes a las fluctuaciones cíclicas a corto plazo (…). Los pensionistas se han visto relativamente poco afectados hasta la fecha, dado que sus ingresos estables y el bajo nivel de inflación, junto con la mejora de las pensiones mínimas en los últimos años, han servido de amortiguadores. No obstante, aunque estén sometidos a una presión creciente conforme la menor tasa de empleo reduce las cotizaciones y la*

[73] COM(2008) 42 final, Propuesta de informe conjunto sobre protección social e inclusión social 2008 eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0042:FIN:ES:PDF
[74] COM (2009) 58 final, Propuesta de informe conjunto sobre protección social e inclusión social de 2009, pág. 7
[75] Informe 2009, op. cit., pág. 7
[76] COM (2010) 25 final, Propuesta de informe conjunto sobre protección social e inclusión social, pág. 9.

base imponible como los regímenes de pensiones y su contexto económico experimentan cambios, las repercusiones de la crisis a largo plazo podrían ser bastante más graves para los futuros pensionistas si no se abordan adecuadamente".

- Ante la volatilidad de los mercados financieros, se subraya la necesidad de que los agentes políticos y las autoridades de regulación y supervisión promuevan una gestión más prudente del ahorro destinado por los ciudadanos a la jubilación, hallando así un medio equilibrado para aprovechar las ventajas de los regímenes de capitalización. La gran variedad de las pérdidas sufridas, y la todavía más variable capacidad para absorber esta conmoción, ponen de manifiesto que las diferencias en la concepción de los fondos de pensiones y en las estrategias de inversión son elementos que hay que tener en cuenta.
- No obstante, se propone reevaluar el progreso de los últimos diez años de reformas de las pensiones, a la luz de los reveses de la crisis y de los retos más intensos que supone garantizar pensiones adecuadas y sostenibles en un contexto de menor crecimiento y de envejecimiento acelerado.

4.2. Semestres Europeos en la "Estrategia Europa 2020": el Programa Nacional de Reformas y Programa de Estabilidad Español

Con el cambio de década, la nueva estrategia Europa 2020 ha reafirmado el papel del MAC Social; desde sus comienzos, el MAC Social ha sido tema objeto de debate, pero el Comité de Protección Social y la Comisión lo han corroborado como un instrumento clave para reforzar la dimensión social de Europa 2020[77], sin obviar el reforzamiento en disciplina y gobernanza económica que ha supuesto la crisis económica.

Anualmente, la Comisión inicia el llamado "*Semestre Europeo*[78]", presentando al Parlamento Europeo y al Consejo un "*Estudio prospectivo anual sobre el crecimiento"* como documento de trabajo para los Consejos Europeos de primavera, de donde saldrán orientaciones generales hacia la Estrategia Europa 2020. En pro de dichas orientaciones, cada país elabora un *Programa Nacional de Reformas* –en adelante PNR– (que contiene los avances efectuados y deficiencias encontradas con los objetivos Europa 2020) y un *Programa de Estabilidad* –en adelante PE– (planes presupuestarios plurianuales del Estado miembro), que son evaluados y sometidos a recomendaciones individualizadas por países, y concretas sobre los objetivos a alcanzar, en un plazo de doce a dieciocho meses. Se basan en el análisis de los programas facilitados por los Estados miembros, y se complementan con las aportaciones procedentes de las reuniones bilaterales entre expertos de la Comisión y los Estados miembros, la Comisión Europea, refrendadas por el siguiente Consejo Europeo de junio. Los semestres cumplen un triple objetivo: garantizar unas finanzas públicas saneadas, fomentar el crecimiento económico, y prevenir desequilibrios macroeconómicos. Se propone ahora un ejercicio sistemático de revisión de estas dinámicas en el último lustro.

[77] COM (2008) 418 final, Un compromiso renovado a favor de la Europa social: reforzar el método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social y la inclusión social.

[78] No confundir con la presidencia semestral rotatoria del Consejo de la Unión Europea.

En el año 2011, los documentos nacionales enviados por el Gobierno español, en el PNR[79], anticipaba a Bruselas, entre otras reformas, *"el desarrollo de la reforma laboral aprobada el pasado año, así como la reforma del sistema de pensiones y de la negociación colectiva, a la que se han comprometido los interlocutores sociales en el Acuerdo Social y Económico alcanzado el 2 de febrero"*, valorando el alcance que el alargamiento de la edad de jubilación alcance en el en el PE[80] –*"el impacto agregado de la reforma se evalúa en un ahorro de 1,4% del PIB en 2030, 2,8% en 2040 y 3,5% en 2050"*– y desgranando las cifras:

- *"La tasa de actividad de la población mayor podría aumentar entre 1,5 y 2 puntos porcentuales a partir de 2030. Como consecuencia, el nivel del PIB real del escenario con reformas sería un 1,4%-1,7%".*
- *"El alargamiento de la vida laboral (…) reduce el número de años en que los individuos reciben una pensión y, por tanto, el gasto agregado en pensiones. El ahorro agregado sería de 1 punto de PIB a partir de 2040, aumentando gradualmente hasta entonces".*
- *"Aumento del periodo de cómputo de 15 a 25 años. Supone un importante ahorro al sistema, de 1 punto de PIB a largo plazo".*
- El cambio en los porcentaje aplicables a la base reguladora se estima en un ahorro de 3 décimas de PIB a partir de 2040.
- Como elemento clave para garantizar la sostenibilidad del sistema en el largo plazo, el factor de sostenibilidad implicaría un ahorro adicional de alrededor de un punto porcentual de PIB en 2050.

Con todo ello, se reducirá a la mitad el incremento esperado en el gasto en pensiones, en porcentaje sobre PIB, en ausencia de reforma.

La Comisión Europea consideraba que "España presenta un alto nivel de riesgo en cuanto a la sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas", pues "las repercusiones del envejecimiento de la población sobre el presupuesto a largo plazo serán claramente superiores a la media de la UE", y valoraba la reforma propuesta, globalmente, como "un paso muy positivo en la dirección adecuada", por lo que "su rápida entrada en vigor sería importante y se ajustaría a las invitaciones realizadas en ese sentido por la Comisión y el Consejo", al tiempo que corroboraba las cifras aportadas por el gobierno español[81].

Las recomendaciones finales del Consejo adoptadas un mes antes de la aprobación de la Ley 27/2011, consideran que "*el efecto previsible del envejecimiento de la población sobre el presupuesto español a largo plazo sería superior a la media de la UE (…)*" y que "*la propuesta del Gobierno español de reforma de las pensiones, concertada con los*

[79] Programa Nacional de Reformas, España (2001), pág. 3
ec.europa.eu/europe2020/pdf/nrp/nrp_spain_es.pdf

[80] Programa de Estabilidad, España (2011-2014), pág. 37
ec.europa.eu/europe2020/pdf/nrp/sp_spain_es.pdf,
"las actuales proyecciones demográficas sugieren que el envejecimiento tendrá un impacto importante en España, por lo que el Gobierno ha presentado al Parlamento una reforma del sistema público de pensiones." l "la situación actual del Sistema de la Seguridad Social es sólida, presentan do un superávit en 2010 (excluido el Servicio Público de Empleo) y contando con un fondo de reserva que supone el 6,1% del PIB" págs. 5-6.

[81] SEC (2011) 817 final, Evaluación del Programa Nacional de Reforma de 2011 y del Programa de Estabilidad de España, pág. 10.
ec.europa.eu/europe2020/pdf/recommendations_2011/swp_spain_es.pdf

interlocutores sociales, mejorará de forma significativa la sostenibilidad de las finanzas públicas y creará incentivos para la participación en el mercado de trabajo". Asimismo, advertía a navegantes que "*no obstante, la reforma está pendiente de aprobación por el Parlamento y aún puede ser objeto de modificaciones menores*", por lo que recomendaba "*adoptar la reforma del sistema de pensiones propuesta con el fin de retrasar la edad de jubilación legal y aumentar el número de años de trabajo para el cálculo de las pensiones, según lo planeado; revisar periódicamente los parámetros de las pensiones a la luz de la evolución de la esperanza de vida, según lo previsto, y adoptar nuevas medidas encaminadas a mejorar el aprendizaje permanente para los trabajadores de más edad*"[82].

Para el ejercicio 2012, el gobierno estatal, en el PNR[83], daba cuenta a la Comisión de la reforma finalmente aprobada, e incluía como reformas la aplicabilidad de otras medidas adicionales, como *"restringir las prejubilaciones"* o el "*plan de lucha contra el fraude en materia de Seguridad Social".* Al mismo tiempo, hacía extensiva sobre el gasto de personal de las CC.AA. "*la jubilación forzosa a los 65 años con tasa de reposición nula*"; mientras que en el PE apuntaba a *"la congelación del desarrollo reglamentario del aumento de la edad de jubilación del personal docente e investigador universitario hasta los 75 años"*[84].

La Comisión[85], respecto a la recomendación segunda del curso anterior, daba a España el visto bueno: "*España ha aplicado la recomendación. Globalmente, las reformas adoptadas hasta ahora son ambiciosas en comparación con medidas anteriores, constituyen un paso significativo en la dirección adecuada, de conformidad con la recomendación del Consejo, y contribuyen a reducir los riesgos para la sostenibilidad a largo plazo de la hacienda pública*". No obstante, todo parecía quedar en aguas de borrajas, pues advertía que "*el deterioro de las perspectivas económicas limitará los efectos de las reformas sobre el aumento de los gastos públicos derivados del envejecimiento de la población, que se prevé seguirán siendo superiores a la media de la UE en 2060*". Por otra parte –continuaba–,"*la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de Más Edad 2012-2014 todavía no se ha reforzado con medidas concretas. España parece presentar actualmente un nivel de riesgo medio en cuanto a la sostenibilidad a largo plazo de sus finanzas pública*".

Por todo ello, la Recomendación del Consejo de 10 julio de 2012 instaba a "*asegurar que la edad de jubilación vaya aumentando en función de la esperanza de vida a la hora de regular el factor de sostenibilidad previsto en la reciente reforma del sistema de pensiones y respaldar la Estrategia global para el empleo de los trabajadores y las trabajadoras de más edad con medidas concretas encaminadas a desarrollar más el aprendizaje permanente,*

[82] Recomendación del Consejo de 12 julio de 2012 relativa al Programa Nacional de Reformas de 2011 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España (2011-2014), recomendación n. 2.
eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:212:0001:0004:ES:PDF

[83] Programa Nacional de Reformas, España, 2012, págs. 82 y 117.
ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/nrp2012_spain_es.pdf .

[84] Actualización del Programa de Estabilidad, Reino de España (2012-2015), pág. 44.
ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/sp2012_spain_es.pdf .

[85] SWD (2012) 310 final, Evaluación del programa nacional de reforma y del programa de estabilidad de España para 2012, pág. 32.
ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/swd2012_spain_es.pdf

mejorar las condiciones laborales y fomentar la reincorporación de este grupo de trabajadores al mercado de trabajo" [86].

Para el tercer semestre europeo –2013–, el relevo gubernamental ya se había materializado, en el relativo PNR[87], por lo que se informó acerca de la nueva reforma en pro de cumplir con la Recomendación específica número 2 de 2012, con las siguientes estimaciones: el factor de sostenibilidad aumentaría el PIB un 2,4% en 2060; la reforma de la jubilación anticipada voluntaria e involuntaria y de jubilación parcial, aumentaría el PIB en un 0,005% en 2013 y un 0,009% en 2014, y produciría un aumento de la tasa de empleo del 0,007% y del 0,014% en cada uno de esos años respectivamente; y la compatibilidad entre empleo y pensión supondría un aumento de la tasa de empleo de 0,36% en 2013 y de 0,71% en 2014, con un efecto sobre el PIB de 0,24% y 0,47%, cada año, respectivamente. A su vez, el PE cuantifica el impacto estimado del RD-Ley 5/2013, en un ahorro de 250 millones de euros en 2013 y 820 *millones de euros en 2014*[88].

La Comisión Europea, sobre la reforma de 2013, advierte de su necesidad: "*la reducción del gasto público vinculado al envejecimiento demográfico que se prevé propicie la reforma de las pensiones de 2011 no es suficiente*"; ratifica su contenido: "*la reforma de 2013 de los regímenes de jubilación anticipada contribuye a garantizar la sostenibilidad a largo plazo del sistema de seguridad social*"; insta a seguir actuando: "*parece necesario adoptar otras medidas para contener el crecimiento de los gastos relacionados con el envejecimiento de la población, por ejemplo a través de la regulación adecuada del factor de sostenibilidad previsto en la reforma de 2011 del régimen de pensiones*"; y orienta la dirección del mismo: "*deberá incluir un nexo claro entre la edad de jubilación y el aumento de la esperanza de vida, a fin de garantizar la estabilidad financiera a largo plazo del sistema, y podría tener en cuenta otros factores pertinentes*"[89].

Y sobre la valoración de la Recomendación segunda de 2012, califica las medidas adoptadas hasta la fecha de parcialmente positivas, pues se han conseguido algunos progresos en relación con la misma[90]: *"a principios de 2013 se limitó el acceso a los regímenes de jubilación anticipada y parcial. Se ha creado un grupo de expertos para valorar el factor de sostenibilidad, pero todavía está pendiente una propuesta sobre los detalles técnicos."*

Las recomendaciones finales del Consejo fueron en la dirección de "*culminar al final de 2013 a más tardar la regulación del factor de sostenibilidad, a fin de garantizar la estabilidad*

[86] Recomendación del Consejo de 10 julio de 2012, sobre el Programa Nacional de Reformas de 2012 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España para (2012-2015), recomendación n. 2. eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:219:0081:0084:ES:PDF

[87] Programa Nacional de Reformas, Reino de España, 2013, pág. 16. ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/nrp2013_spain_es.pdf.

[88] Actualización del Programa de Estabilidad, Reino de España (2013-2016), pág. 75.ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/sp2013_spain_es.pdf.

[89] SWD (2013) 359 final, Evaluación del Programa Nacional de Reformas y del Programa de Estabilidad de España para 2013, págs. 8 y 20. ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/swd2013_spain_es.pdf

[90] SWD (2013) 359 final, op. cit. pág. 44.

financiera a largo plazo del sistema de pensiones, estableciendo, entre otras cosas, que la edad de jubilación vaya aumentando en función del aumento de la esperanza de vida" [91].

En el cuarto Semestre Europeo –2014–, el Gobierno español confirmaba en el PNR[92], la regulación del factor de sostenibilidad, incluyendo aspectos relativos a la revalorización de las pensiones y a la introducción del factor del índice de vida, mediante la Ley 23/2013, e informaba de la aprobación de normativa reglamentaria sobre derecho de información del sistema de pensiones, en línea con lo apuntado por el Libro Blanco. A su vez, el PE[93], como resultado del establecimiento, en el RDL 5/2013, de condiciones más estrictas para acceder a la jubilación anticipada, aumenta la edad efectiva de jubilación en casi nueve meses hasta 2027, adicional al impacto de 2 años estimados por la reforma de 2011. En términos macroeconómicos, la tasa de participación para las edades de 15 a 74 años aumenta en 1,3 puntos en 2060 (de 67,4 a 68,6%) y ya en 2023 el aumento estimado es de 0,5 puntos (de 68,0 a 68,5%). Por su parte, esta mayor participación tiene un impacto positivo sobre el empleo y por tanto sobre el PIB. Así, el impacto de la reforma en 2060 es un aumento del PIB real del 1,8% respecto del PIB sin reforma en 2060, y en 2023 dicho aumento ya asciende al 0,7%

La Comisión Europea validó el pleno seguimiento de la recomendación n. 1 de 2013 en materia de pensiones[94], previendo una contención del gasto público en pensiones a largo plazo ("*disminuirá del 10 % del PIB en 2010 al 9,6 % en 2060, frente a la previsión de un 13,7 % del PIB en 2060 que existía antes de la reforma").* Sin embargo, "*la fórmula del factor de sostenibilidad no hace depender la edad legal de jubilación de la esperanza de vida, dificultando la adecuación de las pensiones en el caso de las pensiones más bajas. Unos altos niveles de inactividad, unos prolongados periodos de desempleo y diferencias de género en materia de empleo y periodos de cotización pueden tener efectos negativos sobre las prestaciones futuras".*

Como recomendación final, el Consejo no estableció nada en particular sobre pensiones[95], no obstante, la recomendación primera es susceptible de incidir en ellas, al advertir que se deberá *"reforzar la estrategia presupuestaria a partir de 2014, en particular especificando plenamente las medidas subyacentes para 2015 y los años posteriores, con objeto de lograr corregir el déficit excesivo de manera sostenible en 2016, a más tardar,*

[91] Recomendación del Consejo de 9 julio de 2013, relativa al Programa Nacional de Reformas de 2013 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España para (2012-2016), recomendación n.1 in fine.
ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2013/spain/csr2013_council_spain_es.pdf

[92] Programa Nacional de Reformas, Reino de España, 2014, pág. 14.
ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2014/nrp2014_spain_es.pdf

[93] Actualización del Programa de Estabilidad. Reino de España, (2014-2017), pág. 80.
ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2014/sp2014_spain_es.pdf

[94] SWD (2014) 410 final, Evaluación del Programa Nacional de Reformas de 2014 del Programa de Estabilidad de 2014 de España. págs. 15 y 45.
ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2014/swd2014_spain_es.pdf

[95] Recomendación del Consejo de 8 de julio de 2014, relativa al Programa Nacional de Reformas de 2014 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España para 2014, recomendación n. 1
ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2014/csr2014_council_spain_es.pdf

merced al esfuerzo de ajuste estructural especificado en la Recomendación formulada por el Consejo en el marco del procedimiento de déficit excesivo".

Finalmente, para el presente año, en el PNR de 2015[96], el Gobierno ha informado acerca del funcionamiento de las medidas puestas en marcha el anterior curso, señalando que "*estas medidas han permitido controlar el déficit del sistema (de un déficit de 1,11% en 2013 se ha pasado al 1,06% en 2014, en línea con el objetivo marcado)",* al tiempo que se congratulaba de no menoscabar la protección, al señalar que la pensión media superó los 1.000 euros mensuales, "*lo que supone un incremento de más del 9% respecto a 2011*", un presupuesto del 10,8% del PIB (115.000 M€), *"el mayor porcentaje de riqueza nacional nunca dedicado a este concepto",* y el aumento del poder adquisitivo (700 M€), a *"pesar de la aplicación del mínimo de revalorización del 0,25%, dada la inflación negativa (-0,4%, dato de noviembre)"*. El PE recogía la evolución de la edad real de jubilación: "*alcanzó los 64,1 años en 2014, acercándose a la edad legal de jubilación, y ya se observa una caída del porcentaje de jubilaciones anticipadas, que se sitúa en 2014 en 0,9 puntos porcentuales por debajo del nivel de 2012* [del 42,2% al 41,3%][97]*."*

La evaluación de la Comisión reconoce que "*en el primer semestre 2015, la Comisión y el Grupo de Trabajo sobre envejecimiento de la población y sostenibilidad, del Comité de Política Económica, publicarán una versión actualizada de las previsiones de gasto en materia de pensiones y asistencia sanitaria a largo plazo, basada en las hipótesis demográficas y económicas más recientes*[98]".

Entre las recomendaciones finales del Consejo[99], no figura alguna específica sobre pensiones como en otras ocasiones, pero nuevamente se insta a *"acelerar la reducción del déficit y de la deuda"* y "*racionalizar los regímenes de renta mínima y ayuda familiar y fomentar la movilidad regional."*

5. CONCLUSIONES

Las últimas reformas en materia de pensiones aprobadas por España tienen inicio y fin en las recomendaciones europeas, aun siendo competencia nacional la definición del sistemas de pensiones; de ahí la sutileza del método empleado por la Unión Europea.

No obstante, en ocasiones, tales recomendaciones son desconcertantes, como la celeridad en la regulación del factor de sostenibilidad (previsto en la reforma de 2011 con entrada en vigor en 2027). Esta celeridad, junto con las cifras macroeconómicas y la revisión abierta y constante del sistema, conducen a las pensiones a un escenario continuo de incertidumbre.

[96] Programa Nacional de Reformas, Reino de España, 2015, pág. 70
ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2015/nrp2015_spain_es.pdf

[97] Actualización del Programa de Estabilidad, Reino de España, (2015-2018), pág. 49
ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2015/sp2015_spain_es.pdf

[98] Informe sobre España 215, con un examen exhaustivo relativo a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos, pág. 44
ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2015/cr2015_spain_es.pdf

[99] Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2015 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2015 de España, recomendaciones n. 1 y 3.
ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2015/csr2015_council_spain_es.pdf

Por tanto, no se trata tanto de cuestionar la idoneidad del MAC como la de su uso. Los objetivos marcados responden a políticas concretas, y la política no deja de ser según la RAE, el arte o traza con que se conduce un asunto o se emplean los medios para alcanzar un fin determinado. La cuestión verdadera, entonces, estaría en los fines que realmente se quieren alcanzar. ¿Es posible, en fin, otra política europea?

Medidas que desincentivan el incremento del número de cotizantes. Supuestos de compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación

Measures discourage increased number of contributors. Compatibility between work assumptions and retirement pension

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL.
UNIVERSIDAD DE MURCIA

Resumen

Tradicionalmente las notas delimitadoras de la jubilación eran el cese total en el trabajo de carácter voluntario al cumplimiento de una determinada edad. La situación actual ha cambiado tanto que difícilmente se puede decir que se mantengan las mismas, al menos, tal y como eran entendidas en los inicios de la protección de esta contingencia. El presente estudio se centra en una de ellas, en el cese total en la actividad. Las posibilidades actuales de acceder a la pensión de jubilación y mantener la actividad, bien de forma total o parcial, son múltiples. Se realizará un análisis de las diversas posibilidades que ofrece actualmente el régimen jurídico de la compatibilidad del disfrute de la pensión de jubilación con el trabajo, así como de las principales controversias que se plantean en torno a ello. Así mismo se analizan las razones o motivaciones de esta tendencia de facilitar la compatibilidad y su incidencia en el número de cotizantes a la Seguridad Social.

Palabras clave

Pensión de jubilación; trabajo; compatibilidad; cotización

Abstract

Traditionally notes delimiters retirement were the total work stoppage voluntary compliance of a certain age. The current situation has changed so much that you can hardly say that they are maintained, at least , as they were understood at the beginning of the protection of this contingency. This study focuses on one of them, in the total cessation of activity . Current possibilities of access to the retirement pension and maintaining activity, either in whole or in part, are manifold. an analysis of the various possibilities currently offered by the legal system compatibility enjoy retirement pension with work done and delas main controversies that arise around it . Also the reasons or motivations of this tendency to facilitate interoperability and its impact on the number of contributors to Social Security are analyzed.

Keywords

Retirement pension; work; compatibility; quotation

Sumario: 1. La jubilación parcial. 2. La jubilación flexible. 3. La jubilación activa. 4. La compatibilidad o incompatibilidad del ejercicio de otras actividades con el disfrute simultáneo de la pensión de jubilación**.** 5. Los trabajos efectuados tras el acceso a la pensión de jubilación y su incidencia en la misma. 6. Consideraciones o reflexiones finales.

1. INTRODUCCIÓN

Curiosamente, tanto el primer texto articulado de la Ley de Seguridad Social de 1966[1] como los textos refundidos de 1974[2], 1994[3] y el actual de 2015[4] dedican el primer precepto del capítulo que norma la jubilación, antes vejez –según su rúbrica– al su concepto[5] y sin embargo realmente no lo recogen, se limitaban a indicar que tipo de prestación recibiría el jubilado. No obstante, del examen del precepto que dedicaban a precisar quiénes podían ser beneficiarios, se llega a deducir un concepto de esta situación, que podría ser el siguiente: la jubilación es el cese voluntario en el trabajo por el cumplimiento de una determinada edad. Siendo sus notas delimitadoras: a) el cese en el trabajo; b) que se hace de forma voluntaria; y c) por el cumplimiento de una determinada edad.

En los inicios del sistema las excepciones a esos requisitos eran mínimas. Las únicas existentes se limitaban a permitir anticipar la edad ordinaria de la pensión a muy concretos supuestos: a la posibilidad prevista en el extinto régimen del Mutualismo Laboral de poder anticipar la edad de jubilación para los mutualistas de dicho régimen[6]; o bien ser beneficiarios de coeficientes reductores de la edad por pertenecer a grupos o realizar actividades profesionales de carácter excepcionalmente penoso, tóxico, peligroso o insalubre. Junto a esta excepción a la edad mínima se permitirá, en situaciones muy excepcionales, excepcionar el requisito o condición de cese total en el trabajo, que sólo quedará normado –expresamente– para los trabajadores por cuenta ajena agrícolas y en unas condiciones de trabajo muy marginales. Ninguna excepción se contemplará inicialmente para la nota de voluntariedad.

No obstante, poco a poco estos elementos caracterizadores de la jubilación irán desdibujándose perdiendo su virtualidad. Sin ánimo de ser exhaustivo podrían recordarse las sucesivas y continuas excepciones que se irán incorporando a su régimen jurídico: a) Desde la DA. 5ª del Estatuto de los Trabajadores de 1980 (ET) que permitirá fijar una edad de jubilación obligatoria –con determinados requisitos–; hasta llegar a reconocer implícitamente que un trabajador se puede ver abocado necesariamente a pedir la pensión de jubilación, como es la denominada *"jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador*"; b) las sucesivas reformas que irán permitiendo distintas posibilidades de anticipar la edad mínima de acceso a la jubilación; y c) la generalización de múltiples formas de permitir total o parcialmente percibir la pensión de jubilación y seguir trabajando (jubilación parcial, flexible, activa, etc.).

Hemos llegado a una situación en la que difícilmente se puede predicar como notas delimitadoras de la jubilación, el cese en el trabajo, su voluntariedad y la exigencia de una edad mínima. Y ciertamente no falta razón.

[1] Decreto 907/1966, de 21 abril.
[2] Decreto 2065/1974, de 30 de mayo.
[3] Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.
[4] Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 octubre.
[5] Art. 149 LSS/1966; Art. 153 LGSS/1974; art. 160 LGSS/1994; y art. 204 LGSS/2015.
[6] DT.2ª LSS/1966; DT.2ª LGSS/1974; DT. 1ª LGSS/1994; y DT.1ª LGSS/2015.

A continuación nos surge el siguiente interrogante *¿cómo se ha llegado a esta situación? o ¿cuáles han sido sus causas?* La respuesta podría darse acudiendo a los tópicos habituales que todos conocen. Pero en realidad todo se debe a errático actuar de la administración favoreciendo a partir de los años 1980 y siguientes ceses anticipados, prejubilaciones, jubilaciones anticipadas, jubilaciones parciales y luego querer volver atrás sobre sus erróneas y poco meditadas decisiones.

Desde 1980 las reformas legislativas que han afectado al régimen jurídico de la pensión de jubilación han ido dirigidas:

-**Limitar las posibilidades de acceso**: a) elevación del período mínimo de cotización necesario para lucrar la pensión, en 1985[7] se pasará de 10 a 15 años mínimo; b) supresión del cómputo de días cuota al objeto de determinar la cobertura del período mínimo de cotización[8]; c) limitando las condiciones de acceso a la jubilación parcial[9]; d) endurecimiento del acceso a la jubilación anticipada y penalización de su uso[10]; y d) elevación de la edad mínima de acceso, entre otras[11].

-**Reducir su cuantía**: a) En 1983 se "toparán" las pensiones[12], medida que se presentó como coyuntural y que sin embargo ha quedado plenamente instaurada en el sistema; b) En 1985 se pasara de tomar como referencia de cálculo un período de 24 bases de cotización a un período de 96 mensualidades y con las últimas reformas cuando alcancen su plena vigencia llegaremos a 300 mensualidades de bases de cotización[13]; c) Cambios en la determinación del porcentaje de la pensión a la baja, al no permitir que las fracciones de días o meses se tomen como años completos o elevando el número de años necesario para alcanzar el 100 por cien de la base reguladora que pasará de 35 a 37 años[14]; d) El establecimiento de un instrumento reductor de la cuantía inicial de la pensión de jubilación, como es la aplicación del factor de sostenibilidad[15]; y e) Un índice de revalorización de pensiones desvinculado del índice de precios al consumo (IPC)[16].

Y a ello se une, la preocupación por la falta o disminución del número de cotizantes, así como el interés por nuevas incorporaciones al Sistema o por mantener al máximo la de aquellos que se encuentran en activo. El fin que se persigue es doble, menor importe en factura de las pensiones y por otro lado el mantenimiento, aunque sea parcial, de los ingresos. Estas son, entre otras, la razones por las que en los últimos años han venido proliferando las medidas que permiten trabajar y percibir pensión de jubilación.

Con independencia de que se pueda considerar un parche y una traba a la incorporación de nuevas trabajadores al mercado de trabajo y por tanto al Sistema de

[7] Ley 26/1985, 31 julio.
[8] Ley 40/2007, de 4 diciembre.
[9] Ley 40/2007, de 4 diciembre.
[10] Ley 40/2007, 4 diciembre y Ley 27/2011, de 1 de agosto.
[11] Ley 27/2011, de 1 agosto.
[12] Ley 44/1983, de 28 diciembre.
[13] Ley 26/1985, de 31 julio y Ley 27/2011, de 1 de agosto.
[14] RD 1716/2012, 28 diciembre.
[15] Ley 23/2013, de 23 diciembre y art. 211 LGSS/2015.
[16] Ley 23/2013, de 23 diciembre y art.58 LGSS/2015.

Seguridad Social, lo cierto es que al menos, se permite una salida legal a esas personas que o bien quieren o precisan mantenerse en el mercado laboral.

El panorama actual de las posibilidades de percibir pensión de jubilación y trabajar son múltiples y se pueden encuadrar en dos grandes grupos:

A) El acceso a la pensión de jubilación y el mantenimiento del trabajo de forma parcial: La pensión de jubilación parcial.
B) Un marco de compatibilidades entre trabajo y pensión:
    a. La denominada jubilación flexible.
    b. El envejecimiento activo o jubilación activa.
    c. Otros supuestos de compatibilidad del ejercicio de actividades con el disfrute simultáneo de la pensión de jubilación:
        i. Trabajos con afiliación a mutualidades de colegios profesionales.
        ii. Trabajos por cuenta propia e ingresos inferiores al salario mínimo interprofesional.
        iii. Otros supuestos: trabajos de pensionista procedentes de determinados sistemas especiales, funciones inherentes al mantenimiento de la titularidad de un negocio, etc.

Un análisis de las particularidades de cada una de estas situaciones y una valoración crítica de las mismas es el objeto de este estudio. Junto a ello se analizarán otras medidas en el ámbito de las prestaciones de la Seguridad Social que desincentivan el incremento del número de cotizantes como efecto indirecto por el deseo o necesidad de retrasar al máximo el acceso a la pensión de jubilación.

2. LA JUBILACIÓN PARCIAL[17]

2.1. ANTECEDENTES

La Ley 32/1984, de 2 de agosto, introdujo importantes reformas en el Estatuto de los Trabajadores de 1980, ya que cambió la concepción del trabajo a tiempo parcial, que hasta entonces era visto como una medida de fomento de empleo para ahora considerarlo como una modalidad *normal* del contrato de trabajo. La Ley, a su vez, introdujo una modalidad nueva, el denominado contrato de relevo con la finalidad declarada de facilitar la jubilación parcial de aquellos trabajadores que estuvieren cerca de su edad ordinaria de jubilación, ya que este sería el instrumento a utilizar para la sustitución del trabajador jubilado parcialmente en la parte que liberara de jornada de trabajo. El RD 1991/1994, de 31 de octubre, vino a desarrollar tales previsiones y reguló el contrato de trabajo a tiempo parcial, el de relevo y la jubilación parcial.

La configuración **inicial** de esta nueva modalidad de jubilación era la siguiente[18]:

[17] VV.AA. La reforma de la pensión de jubilación, GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE, M.C. (coordinadoras), Editorial Tirant Lo Blanc, colección monografías, n.º 905, Valencia, págs.235-261.

Sujetos beneficiarios	Trabajadores por cuenta ajena
Requisitos	Deben reunir todos los requisitos exigibles para acceder a la jubilación, salvo la edad: afiliación, alta y 15 años de cotización mínima. Edad mínima: 62 años. Cesar parcialmente en el trabajo. Solicitud del trabajador. Presentación de contratos de trabajo a tiempo parcial y de relevo.
Efectos	Desde el día en que entren en vigor dichos contratos.
Cuantía de la pensión de jubilación	50% de la que le correspondería en el supuesto de jubilación total. Tomando en cuenta los años cotizados al momento de la solicitud. No se aplican coeficientes reductores. No será inferior al 50% de la pensión mínima de jubilación.
Compatibilidades	Con trabajo a tiempo parcial. Con prestaciones de la S. Social derivadas de esta actividad.
Incompatibilidades	Con las situaciones de invalidez permanente total para la profesión habitual y con la invalidez permanente absoluta.
Extinción	Al cumplimiento de la edad ordinaria. Las cotizaciones efectuadas se computarán incrementadas en un 100% de su cuantía para determinar la base reguladora de la pensión de jubilación. También se computará como período cotizado a efectos de determinar el porcentaje de la pensión.
Relevista	Desempleado. Puesto de trabajo del jubilado.

Con posterioridad, el régimen jurídico de la pensión de jubilación parcial iniciará un período de reformas con la clara finalidad de flexibilizar o facilitar el acceso a la pensión de jubilación:

a) El RD 144/1999, 29 de enero[19] vendrá en sus arts. 8 a 16 a establecer un nuevo marco jurídico de la pensión de jubilación parcial, siendo sus novedades más significativas las siguientes:

[18] Arts. 11 a 13 del RD. 1991/1994, de 31 de octubre.
PANIZO ROBLES, J.A. y PRESA GARCÍA-LÓPEZ: La pensión de jubilación del sistema de Seguridad de la Seguridad Social. Guía Práctica, 2.ª ed., LEX NOVA-THOMSON REUTERS, Valladolid, págs. 377-416.

[19] Este Real Decreto es el desarrollo del Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre, que reordenaba los criterios en materia de protección social para los contratos de trabajo a tiempo parcial, con objeto de hacer compatibles el principio de contributividad propio del sistema de Seguridad Social con los de igualdad de trato y proporcionalidad en el trabajo a tiempo parcial.

Edad	**60 años como mínimo y hasta los 65 años** **Se tendrán en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de edad que puedan corresponder.**
Porcentaje reducción de jornada	Tendrá un mínimo del 25%/ y un máximo del 75%
Relevista	Desempleado Mismo puesto de trabajo del jubilado o similar. Entendiendo por tal el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente.

b) El RD 1131/2002, de 31 de octubre, por la que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial[20]. Este Real Decreto tratará de acomodar el régimen jurídico de la Seguridad Social a la modificaciones introducidas en el ET por la Ley 12/2001, de 9 de julio y la Ley 35/2002, de de 12 julio, tratando de eliminar determinadas rigideces existentes en la regulación anterior, como eran de una parte, que la jubilación parcial se extinguiese, de forma obligatoria, al cumplir el interesado los sesenta y cinco años, o, de otra, que el contrato de relevo, que debía concertarse simultáneamente con la jubilación parcial, se tuviere que suscribir inicialmente de forma temporal.

Con la regulación derivada de la Ley 12/2001, aun manteniendo el límite de los sesenta años para poder acceder a la jubilación parcial, se permitirá que el interesado pueda solicitar la misma o prolongar sus efectos más allá de los sesenta y cinco años. A su vez, el contrato de relevo que la empresa debía concertar con otro trabajador, para ocupar la jornada de trabajo dejada por el jubilado parcial, podrá suscribirse con carácter temporal por el tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación ordinaria o ser ya inicialmente un contrato indefinido.

La flexibilidad alcanza también al condicionante de suscribir un contrato de relevo, ya que el mismo no será exigible cuando se acceda a la jubilación parcial con sesenta y cinco años ; y por otro lado para los supuestos en que se haya accedido a la jubilación parcial antes de los sesenta y cinco años, cuando el jubilado parcial llega a esta edad, aun no resultando obligatoria la permanencia del contrato de relevo celebrado con carácter temporal, el mismo podrá prorrogarse, por voluntad de las partes, por períodos anuales, extinguiéndose, en todo caso, al finalizar el período correspondiente al año en el que se produce la jubilación total del trabajador relevado.

Todas estas modificaciones legales llevaban consigo la necesidad de un nuevo marco jurídico que será el contenido en el RD 1131/2002, de 31 de octubre.

Como novedades a destacar podrían señalarse las siguientes:

[20] Desarrollo las previsiones de la Ley 35/2002, de 12 de julio.

Porcentaje de reducción de la jornada	**Mínimo del 25% y Máximo del 85%.**
Relevista	Desempleado; o Con contrato temporal en la empresa. No será preciso, si se accede después de haber cumplido la edad ordinaria de jubilación

c) Inicio de un período de reformas tendentes a limitar el acceso a la pensión de jubilación parcial.

Este período comienza la Ley 40/2007, 4 diciembre, que cambiará sustancialmente las condiciones de la jubilación parcial, ya que se supeditará el acceso a la misma, como regla general, al cumplimiento de los siguientes requisitos[21]:

1) Edad general de 61 años de edad. Se podrá a los 60 años para aquellos casos de trabajadores con cotizaciones anteriores a 1-1-1967.

2) A que el trabajador tenga una antigüedad en la empresa de al menos 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial.

3) Un período de cotización de 30 años, sin que se computen los denominados días cuota.

4) Por otro lado, se modifican los porcentajes de reducción de la jornada: 25% mínimo y un máximo general del 75%, o del 85% si el relevista es contratado a jornada completa con contrato de duración indefinida.

5) Y finalmente se exigirá que la base de cotización del trabajador relevista tenga una correspondencia con la del trabajador jubilado de tal manera que no sea inferior al 65% de la que este venía cotizando.

Las reformas no acabarán aquí, sino que proseguirán llevando ajustes en su configuración:

-El RD-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, eliminará el período transitorio fijado en la Ley 40/2007, de adaptación en relación con el período mínimo de cotización exigido y el resto de requisitos y condicionantes para el acceso a la jubilación parcial[22].

-Posteriormente, el art. 6 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, dará una nueva redacción al art. 166. 1 y 2 y añadirá una nueva DT. 22 a la LGSS/1994. No obstante el RD-Ley 29/2012, dejó en suspenso, durante tres meses, la aplicación de esos apartados 1 y 2 del art.

[21] Art. 4 de la Ley 40/2007, de 4 diciembre, que da una nueva redacción al art. 166 LGSS/1994. Si bien téngase en cuenta que el apartado 2 de dicho precepto introduce una nueva Disposición Transitoria Decimoséptima en el texto refundido de la LGSS, que fijará un período transitorio de aplicación de la reforma, para las nuevas exigencias de edad de 7 años; de 5 años para el nuevo período de cotización mínima exigible y también de 5 años para el requisito de antigüedad en la empresa.

[22] Disposición derogatoria única 1 a) del RD-ley 8/2010, 20 mayo.

166, por lo que la regulación en este tiempo seguía siendo la vigente a 31-12-2012, salvo en lo referente a las edad de jubilación ordinaria.

-Y finalmente llegamos al RD-ley 5/2013, de 15 de marzo de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo que volverá a modificar precisamente el art. 6 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, afectando en consecuencia tanto al art. 166 como a la DT. 22 de la LGSS/1994[23].

El régimen jurídico actual de esta modalidad de jubilación se encuentra en el art. 215 y DT. 10ª del RD-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS/2015), junto con el art. 12 del ET y el RD 1131/2002, de 31 de octubre[24].

2.2. RÉGIMEN JURÍDICO

Son condiciones de acceso a la jubilación parcial, además de las genéricas de afiliación y alta (art. 165.1 LGSS/2015), ser trabajador por cuenta ajena incluido en el régimen general o en aquellos regímenes especiales que comprendan dentro de su ámbito personal a trabajadores por cuenta ajena[25] los siguientes requisitos[26]:

a) Haber cumplido una **edad mínima** que puede ser[27]:

---

[23] Las modificaciones afectaron a las dos modalidades de jubilación parcial:
a) Sin celebración de contrato de relevo: sustitución de la referencia a la edad de 65 años; reducción de la jornada, nuevo mínimo y máximo.
b) Jubilación con contrato de relevo: requisito de la edad; reducción de la jornada; período mínimo de cotización; correspondencia de bases de cotización entre el trabajador relevista y el jubilado parcial; duración del contrato de relevo; cotización durante la jubilación parcial; y aplicación a los socios de las cooperativas.

[24] VV.AA.: La compatibilidad de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social y el Trabajo, MERCADER UGUINA, J. (dir) y ARAGÓN GÓMEZ, C., LEX NOVA-THOMSON REUTERS, Valladolid, 2013, págs. 196-216.

[25] El art. 215.4 LGSS/2015, extiende esta posibilidad a los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas, asimilados a trabajadores por cuenta ajena en los términos previstos en el art. 14 LGSS/2015; reduzcan su jornada y derechos económicos en los términos y condiciones del art. 12.6 del ET; cumplan los requisitos del art. 215.2 LGSS/2015; y la cooperativa concierte con un socio o con un desempleado la realización, en calidad de socio trabajador o de socio de trabajo, la realización de la jornada dejada vacante por el socio que se jubila parcialmente, en las mismas condiciones previstas en el art. 12.7 ET y reuniendo el resto de condiciones exigidas por el art. 215 LGSS/2015.
Por otro lado, téngase en cuenta que las personas incorporadas antes del día 1-4-2013 a planes de jubilación parcial, recogidos en convenios colectivos de cualquier ámbito o acuerdos colectivos de empresa, no les alcanza las previsiones actuales, a tenor de la Disposición final duodécima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, a tenor de la nueva redacción dada a la misma por el art. 8 del RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo.
También puede ser beneficiario:
- El trabajador por cuenta ajena afiliado al Régimen General en el momento de causar la pensión, pero con mayor número de cotizaciones en el RETA, STS 20 enero 2009 (RJ 1436).
Sin embargo no es posible el acceso a ella de:
-El personal estatutario por falta de desarrollo reglamentario de la normativa reguladora respecto de este colectivo, STS 22 julio 2009 (RJ 5532).
-El trabajador fijo discontinuo cuya actividad se repite en fechas ciertas por falta el requisito de prestación de servicios a tiempo completo, STS de 12 abril 2011 (RJ 3829).

[26] Art. 215 LGSS/2015

[27] Téngase en cuenta que a tenor de la DT. 10ªLGSS/2015, al exigencia de este requisito de edad se exigirá de forma gradual en los siguientes términos:

(...)

-Sesenta y cinco años.
-Sesenta y tres años, si además acreditan treinta y seis años y seis meses de cotización.

La aplicación del condicionante de la edad no está exenta de complejidad (por ejemplo: como cómputar los períodos de cotización que condicionan la edad de acceso teniendo en cuenta que los períodos de cotización de los trabajadores que se ofrecen en las vidas laborales se reflejan en días y no años y meses; la necesidad de computar los períodos asimilados a cotizados, etc.) y para dar cumplida respuesta a las dudas que puedan surgir se ha de tener en consideración las reglas previstas en el RD. 1716/2012, de 28 de diciembre[28].

Año del hecho causante	Edad exigida según períodos cotizados en el momento del hecho causante		Edad exigida con 33 años cotizados en el momento del hecho causante
2013	61 y 1 mes.	33 años y 3 meses o más.	61 y 2 meses.
2014	61 y 2 meses.	33 años y 6 meses o más.	61 y 4 meses.
2015	61 y 3 meses.	33 años y 9 meses o más.	61 y 6 meses.
2016	61 y 4 meses.	34 años o más.	61 y 8 meses.
2017	61 y 5 meses.	34 años y 3 meses o más.	61 y 10 meses.
2018	61 y 6 meses.	34 años y 6 meses o más.	62 años.
2019	61 y 8 meses.	34 años y 9 meses o más.	62 y 4 meses.
2020	61 y 10 meses.	35 años o más.	62 y 8 meses.
2021	62 años.	35 años y 3 meses o más.	63 años.
2022	62 y 2 meses.	35 años y 6 meses o más.	63 y 4 meses.
2023	62 y 4 meses.	35 años y 9 meses o más.	63 y 8 meses.
2024	62 y 6 meses.	36 años o más.	64 años.
2025	62 y 8 meses.	36 años y 3 meses o más.	64 y 4 meses.
2026	62 y 10 meses.	36 años y 3 meses o más.	64 y 8 meses.
2027 y siguientes	63 años.	36 años y 6 meses.	65 años.

Esta escala tampoco será de aplicación a los trabajadores a los que se refiere la norma 2ª del apartado 1 de la DT. 4ª LGSS/2015, es decir a quienes tuvieran ya la condición de mutualista el 1-1-1967. Estos trabajadores podrán jubilarse parcialmente a partir de los 60 años.

Tampoco procede el reconocimiento del derecho al solicitarse al amparo de compromisos recogidos en un convenio colectivo sectorial y no en convenio o acuerdo de empresa a los que se refiere la DT 2ª del RDL 8/2010, STS de 25 febrero 2013 (RJ 2876).

[28] A tenor de su art. 1 las reglas a tener en cuenta son:

1) el cómputo de los meses se realizará de fecha a fecha a partir de la correspondiente al nacimiento. Si en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se considerará que el cumplimiento de la edad tiene lugar el último día del mes.

2) Los períodos de cotización acreditados, que vendrán reflejados en días –sin tener en cuenta los denominados días cuota, serán transformados en años y meses, teniendo en cuenta las siguientes equivalencias

a) El año adquiere el valor fijo de 365 días y

b) el mes adquiere el valor fijo de 30,41666 días.

Para el cómputo de los años y meses de cotización se tomarán años y meses completos, sin que se equiparen a un año o a un mes las fracciones de los mismos.

3) Y para determinar los días computables, además de los anteriores, se sumarán:

a) Los días que se consideren efectivamente cotizados, conforme a lo establecido en el artículo 237 LGSS/2015, como consecuencia de los periodos de excedencia que disfruten los trabajadores, de acuerdo con el artículo 46.3 del texto refundido del ET, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/201, de 23 octubre.

b) Los días que se computen como periodo cotizado en concepto de beneficios por cuidado de hijos o menores acogidos, art. 236 LGSS/2015.

(...)

b) Acreditar un **período de antigüedad en la empresa**. Se exigen al menos seis años, que deben ser los inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. Dentro de tal cómputo se admite la antigüedad en una empresa anterior, si ha mediado sucesión de empresas en los términos previstos en el art. 44 del ET o bien si se trata de empresas pertenecientes al mismo grupo[29].

c) Una **reducción de jornada**. El nuevo contrato a tiempo parcial a suscribir con el beneficiario de la pensión de jubilación tendrá una reducción de la jornada –respecto de la anterior– que deberá de estar comprendida entre un mínimo del 25% y un máximo del 50%[30]. Se permite llegar al 75%, si el relevista es contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida. Los porcentajes se entienden referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

Por ello no se admite la jubilación parcial de un trabajador contratado a tiempo parcial[31], ni tampoco la de los trabajadores fijos periódicos y fijos discontinuos[32].

d) **Período mínimo de cotización**. Se exige haber completado un período mínimo de 33 años en la fecha del hecho causante de la jubilación parcial. Para personas con discapacidad, en porcentaje igual o superior al 33%, el período de cotización será de 25 años. Se excluye del cómputo los denominados días cuota. Es computable, solo a estos efectos, el período de prestación del servicio militar obligatorio o prestación social sustitutoria, con el límite de un año. No cabe sin embargo el cómputo recíproco de cotizaciones entre el Régimen General de la Seguridad Social y el de Clases Pasivas del Estado, sin que la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público haya supuesto modificación normativa al respecto[33]

c) Los periodos de cotización asimilados por parto que se computen a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, art. 235 LGSS/2015.

Por otro lado téngase en cuenta que tiene derecho el trabajador que presta servicios a tiempo completo y acredita el periodo de permanencia exigido en la empresa, aunque durante un periodo de tiempo prestara servicios a tiempo parcial: no se exige que la antigüedad sea en su totalidad a tiempo completo, STS de 5 marzo 2013 (RJ 4127).

[29] Sobre el cumplimiento de este requisito de antigüedad téngase en cuenta:
-Que son computables los años de servicios prestados a la administración empleadora, en régimen funcionarial. STS 25-3-2013 (RJ 4144).
-Que no es preciso quela contratación sea a tiempo completo durante todo el período de cotización específico exigido, STS 5-3-203 (PROV 2013/152522). En similares términos se expresa el Criterio administrativo del INSS 2003-04/8 (Régimen Jurídico 146/2011).

[30] Si el trabajador en atención a su anterior jornada a tiempo completo tuviera algún beneficio en la cotización, la transformación del contrato a tiempo completo en a tiempo parcial llevará consigo la pérdida del mismo, Escrito de 6-10-1999 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS.
V. MARTÍN JIMÉNEZ, R.: Jubilación parcial y acumulación de jornada, Revista de Información Laboral núm.5/2015, BIB 2015/1861.
V. MARTÍNEZ BOTELLO, P.: Sobre la acumulación de la totalidad de la jornada de trabajo en los contratos de jubilación parcial anticipada. Revista de Información Laboral n.º 10/2014. BIB 2014\4092.

[31] Salvo la situación del contratado a tiempo parcial cuyas jornadas, en conjunto, equivalgan en días teóricos a las de un trabajador a tiempo completo comparable.

[32] V. STS de 12 abril 2011 (RJ 3829).

[33] V. SSTS 15-12-2014 (RJ 2015/1258), 11-3-2013 (RJ 4133) y 31-5-2012 (RJ 8533).

e) **Cotización**. Durante el disfrute de la pensión de jubilación será necesario que trabajador y empresa prosigan cotizando en la misma base de cotización que hubiera correspondido de seguir trabajando a tiempo completo[34].

f) **Contratación de relevista.** La empresa viene obligada suscribir un contrato de relevo con las siguientes particularidades:

-El relevista puede ser un trabajador en desempleo o un trabajador de la misma empresa con la que se tuviere concertado un contrato de duración determinada[35].

-Su duración será como mínimo, la que le faltare al trabajador para cumplir la edad ordinaria de jubilación prevista en el art. 205.1.a) LGSS/2015[36]. Por ello para la denominada *"jubilación parcial tardía*" no es preciso suscribir contrato de relevo, si el trabajador que pretende acceder a la jubilación parcial tiene ya cumplida tal edad y además reúne todos los requisitos exigibles para causar derecho a la pensión de jubilación. En este caso la reducción de la jornada está limitada por un mínimo del 25% y un máximo del 50%[37].

[34] La DT. 10ª LGSS/2015 establece un período transitorio de adaptación gradual a la base de cotización así configurada que será:
-Durante el año 2013, la base de cotización será equivalente al 50 por ciento de la base de cotización que hubiera correspondido a jornada completa.
-Por cada año transcurrido a partir del año 2014 se incrementará un 5 por ciento más hasta alcanzar el 100 por ciento de la base de cotización que le hubiera correspondido a jornada completa.
-En ningún caso el porcentaje de base de cotización fijado para cada ejercicio en la escala anterior podrá resultar inferior al porcentaje de actividad laboral efectivamente realizada.

[35] Problemas singulares lo plantean los trabajadores de empresas integradas en una misma unidad supraempresarial, es decir en un grupo de empresas. Y así puede verse el Criterio de 30-6-2005, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, que adopta el siguiente criterio: a) sobre la posibilidad de que el relevado y relevista presten servicios en empresas diferentes, pertenecientes a un mismo grupo; y posibilidad, así mismo, de que, aunque sea inicialmente una misma empresa la contratante de ambos trabajadores, éstos se muevan dentro de ese conjunto empresarial, ya sea los dos simultáneamente y siempre para la misma empresa, o ya sea con total libertad, el INSS entiende que no resulta posible separar uno de los dos componentes del conjunto unitario que forman los dos contratos de trabajo, el de jubilado parcial y el de relevo, cuyo titular único por la parte empresarial no puede ser sino una única empresa; y b) sobre la posibilidad de aceptar como relevista al trabajador demandante de empleo que proviene de una empresa del mismo grupo que aquélla en la que trabaja el futuro jubilado, y en la que ha cesado voluntariamente, también el INSS considera que no es desempleado, a efectos de su contratación como relevista, si en los 24 meses anteriores a su contratación como tal, ha prestado servicios en la misma empresas o en otra del mismo grupo, mediante un contrato por tiempo indefinido, en atención a lo previsto en la DA. 47ª Ley 2/2004, de 27 diciembre.

[36] Si perjuicio de ello si el trabajador jubilado parcialmente continuase en la empresa, el contrato del relevista podrá prorrogarse –cuando se ha celebrado por tiempo determinado– mediante acuerdo entre las partes por períodos de un año, extinguiéndose una vez que se produzca la jubilación total del trabajador relevado.
Son múltiples las controversias que se vienen planteando sobre las vicisitudes que puedan afectar al contrato del relevista, como, por ejemplo: a) la posibilidad de que el relevista se acoja a reducción de jornada del 50% por cuidado de hijo no obliga a la empresa a sustituirlo, STS 23-6-2011 (RJ 5433); b) la obligación de la empresa de sustituir al relevista que pide excedencia para el cuidado de hijo se cumple con un contrato de interinidad, STS 4-10-2010 (RJ 7999); c) Extinción de los contratos de jubilado parcialmente y relevista de ERE con autorización administrativa que incluye a la totalidad de la plantilla y cierre de la empresa, no obligación de devolver las prestaciones, STS 29-5-2008 (RJ 3465).
V. PARADA, R. Jubilación parcial. ¿Es preceptiva la sustitución de la jornada vacante de un relevista que obtiene una reducción de jornada por cuidado de un menor? STSJ Cataluña 3 febrero 2014 (AS 2014, 530), Revista Española de Derecho del Trabajo n.º 169/2014, BIB 2014\3868

[37] Ver art. 215.1 LGSS/2015.

-El contrato puede suscribirse a jornada a tiempo completo o parcial (salvo en la modalidad en que se reduzca la jornada al 75%). La duración de la jornada será como mínimo igual a la que tenga la reducción de la jornada acordada del trabajador sustituido. Cuando el trabajador jubilado parcialmente es despedido improcedentemente y no se procede a su readmisión, la empresa no está obligada a contratar un segundo relevista si el primer relevista ya estaba contratado a tiempo completo[38].

-Si durante la vigencia del contrato de relevo, antes de que el trabajador sustituido alcance la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada, se produjera el cese del trabajador relevista, el empresario: a) Deberá sustituirlo por otro trabajador desempleado o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada; b) Concertará con dicho trabajador un nuevo contrato de relevo en el plazo de 15 días naturales siguientes a aquél en que se haya producido el cese; y c) La jornada pactada en el nuevo contrato será, como mínimo, igual a la que realizaba el trabajador en el momento de la extinción de su contrato.

-Para el caso de que el jubilado parcialmente fuera despedido improcedentemente antes de cumplir la edad que le permita acceder a la jubilación ordinaria o anticipada y no se procediera a su readmisión, la empresa: a) deberá ofrecer al trabajador relevista la ampliación de su jornada de trabajo[39]; b) Si la ampliación de jornada no fuera aceptada, deberá contratar a otro trabajador desempleado o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada[40]; y c) La jornada pactada será, como mínimo, igual a la que realizaba el trabajador en el momento de la extinción de su contrato.

-En caso de incumplimiento de estas obligaciones, el empresario deberá abonar a la entidad gestora correspondiente el importe de la prestación de jubilación parcial devengado desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada[41].

---

[38] Ver STS 6-10-2011 (RJ 7697).

[39] Si la jornada de trabajo del relevista fuera superior a la jornada dejada vacante, la ampliación tendrá como límite la jornada a tiempo completo establecida en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada ordinaria máxima legal.
Si el trabajador jubilado parcial cuyo contrato de trabajo temporal a tiempo parcial se extingue por despido colectivo que afecta a la totalidad de los trabajadores de la empresa, tiene derecho a continuar en situación de jubilación parcial desde la fecha de tal extinción contractual, o desde la de finalización de la percepción de la prestación por desempleo, hasta que cumpla la edad que le permita acceder a la jubilación ordinaria o anticipada, al extenderse la calificación de despido improcedente a los supuestos en que se produce la extinción del contrato por voluntad del empresario o por causa ajena, en todo caso, a la voluntad del trabajador, incluido por tanto el despido colectivo, STS 29-1-2013 (RJ 3924).

[40] La nueva contratación deberá hacerse en la modalidad de contrato de relevo en el plazo de 15 días naturales siguientes a aquél en que se haya producido la decisión de no readmisión tras la declaración de improcedencia del despido.

[41] SSTS de 8 (RJ 4561) y 9 julio 2009 (RJ 6084); 13 abril 2010 (RJ 4645); 6 julio 2010 (RJ 6782) y 27 diciembre 2010 (RJ 1295).
V. GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M.J.: Obligación empresarial de abonar la jubilación parcial por cese del relevista, Revista Doctrinal Aranzadi Social n.º 7/2012, paraf. 48/2012. BIB 2012\3054.
V. PURCALLA BONILLA, M.A.: Despido del relevista, nueva contratación tardía y responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones reconocidas al jubilado parcial. Revista Doctrinal Aranzadi Social n.º 3/2011 paf. 18/2011. BIB 2011\787.

(...)

g) **Cotización del relevista.** Con carácter general se exige una correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial, de tal suerte que la que corresponda al relevista no sea inferior al 65% del promedio de las bases de cotización de los últimos seis meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial[42] . En el caso en que el contrato de relevo sea de carácter indefinido y a tiempo completo, la duración del mismo debe ser igual al tiempo que falte al pensionista de jubilación parcial para alcanzar la edad exigible para su jubilación ordinaria. Si se extingue antes de tal fecha, el empresario deberá de celebra un nuevo contrato en los mismos términos que el extinguido y por el tiempo que restare. En caso de incumplimiento será responsable de la pensión que haya percibido el pensionista, debiendo reintegrar las cantidades percibidas.

2.3. LA PENSIÓN

2.3.1. Su cuantía

La cuantía de la pensión es el resultado de aplicar el porcentaje de reducción de jornada al importe de la pensión que le correspondería, de acuerdo con los años de cotización que acredite el trabajador en la fecha del hecho causante, calculada de conformidad con las normas generales del Régimen de la Seguridad Social de que se trate, pero sin la aplicación del coeficiente adicional que corresponda al previsto para quien se jubila con edad superior a la exigida.

El importe de la pensión así calculada no podrá ser inferior, en ningún caso, a la cuantía que resulte de aplicar ese mismo porcentaje el importe de la pensión mínima vigente en cada momento para los jubilados mayores de 65 años, de acuerdo con las circunstancias familiares del jubilado.

A efectos de determinar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación parcial, cuando se acceda a la misma antes del cumplimiento de la edad ordinaria exigida en cada caso, no se aplicarán coeficientes reductores en función de la edad[43].

V. BLASCO RASERO, C.: Jubilación parcial y contrato de relevo: el deber empresarial de mantener el puesto de trabajo íntegramente cubierto, Revista Doctrinal Aranzadi Social n.º. 3/2011, 17/2011. BIB 2011\786.

[42] El art. 12.7 letra d) del Estatuto de los Trabajadores dispone: "El puesto de trabajo del trabajador relevista podrá ser el mismo del trabajador sustituido. En todo caso, deberá de existir una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, en los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social".

[43] Véase el apartado 7.2 de la Circular 4/2003, de 8 de septiembre, del INSS que dicta instrucciones para la aplicación de la normativa vigente en materia de pensiones de jubilación y de prestaciones por incapacidad permanente y por muerte y supervivencia (BISS 9/2003).
Sobre la base reguladora y su configuración téngase en cuenta que:
-La base reguladora de la pensión del jubilado parcial que accede a la jubilación completa se calcula teniendo en cuenta el incremento de las bases de cotización hasta el cien por cien, aunque la empresa haya incumplido la obligación de sustituir al trabajador relevista que cesa durante la situación de jubilación parcial, STS de 15 julio 2010 (RJ 7119).
-La base reguladora de la pensión del jubilado parcial que accede a la jubilación completa se calcula teniendo en cuenta el incremento de las bases de cotización hasta el cien por cien, aunque la empresa haya incumplido la obligación de sustituir al trabajador relevista que cesa durante la situación de jubilación parcial, STS de 18 enero 2012 (RJ 3625).

(...)

En los casos en que resulte procedente el incremento del porcentaje de reducción de jornada por períodos anuales, solicitado por el jubilado parcial (si se cumple con lo normado en el art. 12.2 del RD 1131/2002, de 30 de octubre) con la conformidad del empresario:

-Se modificará la cuantía de la pensión, aplicando a la reconocida inicialmente el porcentaje que corresponda en función de la nueva reducción de jornada.

-La nueva pensión será objeto de actualización con las revalorizaciones que hayan tenido lugar desde la fecha de efectos de la pensión inicial de jubilación parcial hasta la de efectos del nuevo importe de pensión.

-Para poder ampliarse la cuantía de la pensión en los términos indicados, en los casos en que, para el percibo de la pensión de jubilación parcial, resulte necesario el mantenimiento de un contrato de relevo, la empresa:

> a) Ofrecerá al trabajador relevista la ampliación de su jornada de trabajo, en proporción a la reducción de la del jubilado parcial. Si la jornada de trabajo del relevista fuese superior a la jornada dejada vacante, la ampliación tendrá como límite la jornada a tiempo completo establecida en el convenio colectivo aplicable o, en su defecto, la jornada ordinaria máxima legal;
>
> y b) Si el relevista no acepta la ampliación de su jornada, deberá contratar, por la jornada reducida por el jubilado parcial, a otro trabajador en situación de desempleo o que tenga concertado con la empresa un contrato de duración determinada.

2.3.2. Compatibilidades

Como no podía ser de otra forma la pensión de jubilación parcial es compatible con el trabajo a tiempo parcial. También resulta compatibles con otras prestaciones de Seguridad Social, como: a) La pensión de incapacidad permanente total reconocida con anterioridad con la de jubilación parcial deriva de la prestación de servicios en otra empresa y en otro trabajo, aun cuando para el reconocimiento de la jubilación parcial se hubieran computado cotizaciones que sirvieron para el reconocimiento de la incapacidad permanente[44]; b) La pensión de viudedad; y c) Con las prestaciones de desempleo y con otras prestaciones sustitutorias de las retribuciones que se correspondan con trabajos concertados antes de la situación de jubilación parcial.

Sin embargo resulta incompatible la situación de pensionista de jubilación parcial con: las pensiones de gran invalidez; incapacidad permanente absoluta; incapacidad

-La base reguladora de la jubilación total se calcula teniendo en cuenta las bases de cotización correspondientes al período de trabajo a tiempo parcial incrementadas hasta el 100 por 100 como si la relación laboral hubiera transcurrido a tiempo completo. STS de 23 mayo 2012 (RJ 2012, 7622) y 30 enero 2013 (RJ 2855).

[44] STS. 28-10-2014 (RJ 6811).

permanente total para el trabajo que se preste en virtud del contrato que dio lugar a la jubilación parcial; y con otra pensión de jubilación[45].

A tener en cuenta que el jubilado parcial tiene la condición de pensionista a los efectos de las prestaciones sanitarias y de los correspondientes servicios sociales.

2.3.3. Extinción

La pensión de jubilación parcial se extingue por:

a) Fallecimiento del pensionista.

b) Reconocimiento de la jubilación plena, bien ordinaria o anticipada[46] en virtud de cualquiera de las modalidades legalmente previstas.

c) Reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente declarada incompatible.

d) La extinción del contrato de trabajo a tiempo parcial, realizado por el jubilado parcial, salvo cuando se tenga derecho a prestación de desempleo, compatible con la jubilación parcial, o bien a otras prestaciones sustitutorias de las retribuciones percibidas en aquél, en cuyo caso, la extinción de la jubilación parcial se producirá en la fecha de la extinción de las mismas[47].

El trabajador acogido a la jubilación parcial podrá solicitar la pensión de jubilación ordinaria o anticipada en cualquiera de las modalidades legalmente previstas[48].

---

[45] V. PALOMINO SCAURINA, P.: Compatibilidad de pensión de incapacidad permanente total con pensión de jubilación parcial causada en el Régimen General de la Seguridad Social en virtud de trabajo distinto, Revista de Información Laboral n.º 5/2015. BIB 2015\1865.
V. PANIZO ROBLES, J.A.: Un nuevo supuesto de compatibilidad de pensiones causadas en un mismo Régimen: la jubilación parcial y la incapacidad permanente total (Con ocasión de la STS de 28 de octubre de 2014, rcud 1600/2013), Revista de Información Laboral n.º 4/2015. BIB 2015\951.

[46] En este caso el contrato de relevo no se vería afectado en su duración. Ver Escrito de 6-10-1999 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS (BISS 10/1999).

[47] Si bien no es causa de extinción de la misma el cese en la empresa del jubilado parcial, que mantenía un contrato a tiempo parcial con ella suscrito simultáneamente con un contrato de relevo, cuando ese contrato inicial es sucedido por otro de la misma naturaleza parcial, con una empresa diferente y con la misma jornada; procede el mantenimiento de la pensión de jubilación parcial hasta que se produzca el agotamiento definitivo de la prestación por desempleo derivada de los contratos a tiempo parcial, STS de 27 marzo 2013 (RJ 5125); en similares términos STS 5-11-2012 (RJ 1063).
Si se ha producido la extinción del contrato del jubilado parcial por despido colectivo de toda la plantilla es equiparable a un despido improcedente por lo que no produce la extinción de la pensión de jubilación parcial, manteniendo el derecho a su disfrute hasta que cumpla la edad que le permita acceder a la jubilación ordinaria o anticipada, STS de 22 enero 2013 (RJ 4106).

[48] Si bien téngase en cuenta que respecto del incremento del 3 por 100 del porcentaje previsto en el art. 163.2 LGSS/1994 –hoy art. 210 LGSS/2015– para el jubilado que accede a la jubilación definitiva con 68 años de edad, desde la situación simultánea, con 65 años, de jubilado parcial y trabajo a tiempo parcial, no es viable pues no se cumple en este caso la exigencia de aquella norma de que se trate de años completos cotizados para que se pueda incrementar el 100 por 100 de la base reguladora en jubilaciones posteriores a los 65 años y con más de 40 de cotización, pudiendo integrarse no obstante tales "años completos" acreditando la cotización de, al
(...)

Los efectos que se pueden producir por la extinción de la pensión de jubilación parcial, pueden ser los siguientes:

a) Durante la situación de jubilado parcial se ha cotizado y simultaneado con contrato de relevo

En este caso si la pensión se extingue por fallecimiento o acceso a la condición de IPT o IPA, a la hora de determinar la base reguladora de las prestaciones (de supervivencia o incapacidad permanente), se tendrán en cuenta:

Las bases de cotización correspondientes al período de trabajo a tiempo parcial en la empresa donde redujo su jornada y salario, incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido de haber realizado en la empresa, en dicho período, el mismo porcentaje de jornada desarrollado antes de pasar a la situación de jubilación parcial[49]. El mismo criterio se aplica a los períodos en que la jubilación parcial se hubiese simultaneado con la prestación de desempleo, compatible con la jubilación parcial, o con otras prestaciones sustitutorias de las retribuciones correspondientes al trabajo a tiempo parcial[50].

b) No se ha simultaneado contrato de relevo durante la situación de jubilado parcial

Para determinar la base reguladora, se podrá optar entre computar las bases de cotización realmente ingresadas, durante la situación de la jubilación parcial o que aquella magnitud se calcule en la fecha en que se reconoció la jubilación parcial o, en su caso, en la fecha en que dejó de aplicarse el beneficio del incremento del 100% de las citadas bases de cotización, si bien aplicando las demás reglas que estuviesen vigentes en el momento de causar la correspondiente pensión.

3. LA JUBILACIÓN FLEXIBLE[51]

3.1. ANTECEDENTES

El RD-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, estableció en su art. 1 la posibilidad de que una persona que venga percibiendo la pensión de jubilación pueda compatibizar el percibo de la misma, con la realización de un trabajo a tiempo parcial, si bien con la reducción proporcional del importe de la pensión. Se trata de la denominada *"jubilación flexible"*, que

menos, un año, calculado en la forma que permite el art. 3 del RD 1131/2002 para los trabajadores a tiempo parcial. STS de 21 marzo 2011 (RJ 3556).

[49] Incluso aunque la empresa haya incumplido la obligación de sustituir al trabajador, SSTS de 15 julio 2010 (RJ 7119) y de 18 enero 2012 (RJ 3625).

[50] Salvo en el caso de que el cese en el trabajo se hubiese debido a despido disciplinario procedente, en cuyo caso el beneficio de la elevación al 100% de las correspondientes bases de cotización únicamente alcanzará al período anterior al cese en el trabajo

[51] VV.AA. La reforma de la pensión de jubilación, GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE, M.C. (coordinadoras), Editorial Tirant Lo Blanc., colección monografías, n.º 905, Valencia, págs.267-269.
PANIZO ROBLES, J.A. y PRESA GARCÍA-LÓPEZ: La pensión de jubilación del sistema de Seguridad de la Seguridad Social. Guía Práctica, 2.ª ed., LEX NOVA-THOMSON REUTERS, Valladolid, págs. 226-232.

se caracteriza frente a la jubilación parcial en que aquí se causado ya la pensión de jubilación y ahora se quiere retornar o volver a trabajar, pero a tiempo parcial. En definitiva, la pensión de jubilación se va compatibilizar con un contrato a tiempo parcial, dentro de los límites de jornada a que se refiere el artículo 12.6 del ET, con la consecuente minoración de aquélla en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista, en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable.

3.2. RÉGIMEN JURÍDICO

Actualmente no está contemplada como una modalidad de jubilación, sino que deriva del régimen de incompatibilidades y compatibilidades de la pensión de jubilación previstas en los artículos 213 y 214 de LGSS/2015. Siendo también de aplicación en todo aquello que no se oponga a la misma lo previsto en el RD 1132/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial[52].

Dispone el art. 5.1 del RD 1132/2002, que:

> *"Se considera como situación de jubilación flexible la derivada de la posibilidad de compatibilizar, una vez causada, la pensión de jubilación con un contrato a tiempo parcial, dentro de los límites de jornada a que se refiere el art. 12.6 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, con la consiguiente minoración de aquélla en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista, en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable, en los términos señalados en el apartado 1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores".*

Alcanza a todo pensionista de jubilación procedente de cualquier régimen de Seguridad Social[53]. Cabe la posibilidad de que sin solución de continuidad se acceda desde el trabajo a una situación de jubilación flexible, manteniendo un contrato de trabajo a tiempo parcial, ya sea éste derivado de su anterior jornada de trabajo a tiempo completo u otro trabajo que tuviera a tiempo parcial con anterioridad, si bien precisará el cese simultáneo en todos los trabajos incluidos en el mismo régimen en que se causa la pensión y alta simultánea por el nuevo[54].

A estos efectos, se entiende por "*trabajador a tiempo completo comparable*", a un trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar. Si en la empresa no hubiera ningún trabajador comparable a tiempo completo, se considerará la jornada a tiempo

[52] VV.AA.: La compatibilidad de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social y el Trabajo, MERCADER UGUINA, J. (dir.) y ARAGÓN GÓMEZ, C., LEX NOVA-THOMSON REUTERS, Valladolid, 2013, págs. 220-222.

[53] Arts. 4 y 5 RD 1132/2002, de 31 de octubre.
No procede de: pensionistas de jubilación del régimen SOVI (Circular del INSS 4/2003, de 8 septiembre); o de pensionistas de los Regímenes de Funcionarios Civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y del Personal al Servicio de la Administración de Justicia; ni tampoco de pensionistas de jubilación parcial, ya que no están plenamente jubilados.
Por otro lado no puede utilizarse la modalidad de contratación de fijo discontinuo si este es una trabajador fijo discontinuo cuyo trabajo no se repite en fechas ciertas (apartado 5.4 Circular INSS 4/2003, de 8 de septiembre).

[54] Apartado 5.3 Circular INSS 4/2003, de 8 septiembre (BISS 9/2003).

completa prevista en el convenio colectivo aplicable o, en su defecto, la jornada máxima legal.

A partir de 17-03-2013, el límite de reducción de jornada se sitúa entre un mínimo del 25% y un máximo del 50%. Consecuentemente, el jubilado debe realizar una jornada de entre el 75% y el 50% de la jornada de trabajo a tiempo completo. Cualquier otra jornada que se situé fuera de estos límites daría lugar a la suspensión de la pensión conforme a lo dispuesto en el art. 16 de la Orden de 18-1-1967.

Por otro lado, téngase en cuenta, que durante esta situación el trabajador-jubilado mantiene su condición de pensionista a efectos de reconocimiento y percepción de las prestaciones sanitarias[55].

3.3. LA PENSIÓN

3.3.1. Su cuantía

El importe de la pensión a percibir se reducirá en proporción inversa a la reducción de la jornada de trabajo realizada por el pensionista, en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable[56].

La minoración de la cuantía de la pensión tendrá efectos desde el día en que comience la realización de las actividades.

El importe de la pensión será equivalente, como mínimo, a la cuantía que resulte de aplicar el porcentaje correspondiente al importe de la pensión mínima vigente en cada momento para los jubilados de igual edad, de acuerdo a las circunstancias familiares y económicas[57]. Durante el período de disfrute no se percibirá el porcentaje adicional que se hubiere, en su caso, reconocido porcentaje a la jubilación ordinaria por prolongación de la vida activa laboral[58].

El pensionista de jubilación, antes de iniciar las actividades realizadas mediante contrato a tiempo parcial, deberá comunicar tal circunstancia a la entidad gestora respectiva[59].

La falta de comunicación en los términos indicados tendrá como efectos[60]:

-El carácter indebido de la pensión, en el importe correspondiente a la actividad a tiempo parcial, desde la fecha de inicio de las correspondientes actividades.

[55] Art. 9 RD 1132/31 de octubre.
[56] Arts. 5.1 y 6.2 RD 1132/2002, de 31 octubre. Si se realizaran dos o más trabajos a tiempo parcial se suman los porcentajes de todas la jornadas.
[57] Apartado 7.6.3 de la Circular INSS 4/2003, de 8 septiembre.
[58] Criterios Administrativos INSS 2002/15 ampliación del anterior de 13-5-2009, RJ 43/2009 y RJ 77/2009. Tampoco se general derecho a porcentaje adicional.
[59] Art. 6.1 RD 1132/2002, de 31 octubre.
[60] Art. 6.3 RD 1132/2002, de 31 octubre.

-La obligación de reintegro de lo indebidamente percibido, sin perjuicio de las sanciones que procedan de acuerdo con lo previsto en la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social.

3.3.2. Compatibilidades

La pensión de jubilación flexible será incompatible con las pensiones de incapacidad permanente que pudieran corresponder por la actividad desarrollada, con posterioridad al reconocimiento de la pensión de jubilación, cualquiera que sea el régimen en que se causen aquéllas.

El percibo de la pensión de jubilación flexible será compatible con las prestaciones de incapacidad temporal o de maternidad, derivadas de la actividad efectuada a tiempo parcial[61].

3.3.3. Extinción

Extinguida la obligación de cotizar por la realización de las actividades y comunicada tal situación a la entidad gestora se restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación, previo recálculo de su cuantía, teniendo en cuenta lo siguiente[62]:

-Las cotizaciones efectuadas en las actividades realizadas, durante la suspensión parcial del percibo de la pensión de jubilación, surtirán efectos para la mejora de la pensión, una vez producido el cese en el trabajo.

-Se procederá a calcular de nuevo la base reguladora, mediante el cómputo de las nuevas cotizaciones y aplicando las reglas vigentes en el momento del cese en la actividad, salvo que la aplicación de lo establecido en esta regla diese como resultado una reducción del importe de la base reguladora anterior, en cuyo caso, se mantendrá esta última, si bien aplicando a la cuantía de la pensión las revalorizaciones habidas desde la fecha de determinación de la base reguladora hasta la del cese en el trabajo.

-Las cotizaciones efectuadas, tras la minoración del importe de la pensión de jubilación[63]:

a) Darán lugar a la modificación del porcentaje aplicable a la base reguladora, en función del nuevo período de cotización acreditado.

b) Surtirán efectos para disminuir o, en su caso, suprimir el coeficiente reductor que se hubiese aplicado, en el momento de causar el derecho a la pensión de jubilación anticipada por tener o no la condición de mutualista.

c) Si el trabajador falleciese durante la situación de jubilación flexible, a efectos del cálculo de las prestaciones por muerte y supervivencia que correspondan, los beneficiarios podrán optar por que aquéllas se calculen: 1) Desde la situación de activo del causante. 2) O, en su caso, desde la situación de pensionista,Tomándose como base reguladora la que sirvió para la determinación de la pensión de jubilación, aplicándose las revalorizaciones habidas desde el momento en que se determinó la correspondiente base reguladora.

[61] Art. 7 RD 1132/2002, de 31 octubre.
[62] Art. 8 RD 1132/2002, de 31 octubre.
[63] El tiempo de cotización se computará conforme a lo dispuesto para los trabajadores contratados a tiempo parcial.

4. LA JUBILACIÓN ACTIVA[64]

4.1. INTRODUCCIÓN

La *primera* Ley de Seguridad Social de 1966 (LSS/1966)[65], disponía como principio general que "*El disfrute de la pensión de vejez será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que reglamentariamente se determinen*".[66] Su desarrollo reglamentario se llevó a cabo en la Orden de 18-1-1967 (OV) cuyo artículo 16.1 proclamaba la incompatibilidad del disfrute de la pensión con "*… con todo trabajo del pensionista, por cuenta ajena o propia, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General de alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, previstos en los números 2 y 3 del artículo 10 de la Ley de la Seguridad Social*". Ahora bien, eso no suponía la imposibilidad de que el pensionista trabajara, solamente se le exigía que debía de comunicarlo previamente, quedando entonces en suspenso el abono de la pensión (también de su condición de pensionista a efectos de asistencia sanitaria)[67]. En estos primeros tiempos de puesta en marcha de nuestro sistema de Seguridad Social, sólo se contemplarán dos excepciones a esta situación, la prevista en el art. 52.2 del D. 3772/1972, de 23 de diciembre, que aprobó el Reglamento General del Régimen Especial Agrario, relativa a actividades marginales del pensionista de vejez[68]; y la recogida en el art. 93.2 de la Orden 24 septiembre de 1970, sobre normas para la aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, que

[64] VV.AA. La reforma de la pensión de jubilación, GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE, M.C. (coordinadoras), Editorial Tirant Lo Blanc, colección monografías, n.º 905, Valencia, págs. 149 y ss.
PANIZO ROBLES, J.A. y PRESA GARCÍA-LÓPEZ: La pensión de jubilación del sistema de Seguridad de la Seguridad Social. Guía Práctica, 2.ª ed., LEX NOVA-THOMSON REUTERS, Valladolid, págs. 219-225.
V. TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: La edad avanzada en relación al empleo, la jubilación y la seguridad social: envejecimiento activo, política de reinserción y derecho antidiscriminatorio, Revista Aranzadi Doctrinal n.º. 4/2015. BIB 2015\998.
V. PALOMINO SAURINA, P. : Medidas para el fomento del envejecimiento activo, Revista Española de Derecho del Trabajo num. 162/2014. BIB 2014\631
V. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: La reforma de la jubilación por el RD-ley 5/2013, de 15 de marzo, Revista Aranzadi Doctrinal n.º2/2013. BIB 2013\757.

[65] Decreto 907/1966, de 21 de abril, que aprueba el texto articulado de la Ley 193/1967, de 28 diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social.

[66] Art. 156.2 LSS

[67] Art. 16.2 OV. Cuando posteriormente se cesaba en el trabajo se restablecería el abono de la pensión teniendo en cuenta en su caso el tiempo cotizado que podría mejorar el porcentaje de la pensión de vejez inicial.

[68] El número 2 de dicho Decreto, disponía lo siguiente ". El disfrute de la pensión de vejez será incompatible con el trabajo del pensionista, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación de cualquiera de los Regímenes de la Seguridad Social, y será compatible con la realización de labores agrarias que tengan carácter esporádico y ocasional y sin que, en ningún caso, puedan llevarse a cabo tales labores durante más de seis días laborables consecutivos, ni invertir en ellas un tiempo que exceda, al año, del equivalente a un trimestre. Cuando la realización de las labores que se declaran compatibles con el percibo de la pensión, se lleven a cabo por cuenta ajena, el empresario que emplee en ellas al pensionista, vendrá obligado a formalizar su protección por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, de conformidad con lo dispuesto en el apartado a) del artículo 20; cuando las indicadas labores se lleven a cabo por cuenta propia, el pensionista quedará protegido, de pleno derecho, por las aludidas contingencias, en la Mutualidad Nacional Agraria, sin que tenga que satisfacer por ello cuota alguna."

permitía mantener una vez jubilado la condición de titular del negocio y el ejercicio de funciones inherentes a la titularidad del mismo[69].

El Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS/1974), reproducirá la misma situación de incompatibilidad del trabajo del pensionista en su art. 156.2. La situación permanecerá en esto términos hasta el RD 1991/1984, de 31 de octubre, que regulará la denominada jubilación parcial, que declarará compatible el trabajo a tiempo parcial con la pensión de jubilación en los términos allí normados. El siguiente texto refundido de la LGSS aprobado por RD-Legislativo 1/1994, de 20 de julio (LGSS/1994)[70], mantendrá en su art. 165 tal incompatibilidad general con la salvedad de la jubilación parcial que recogerá expresamente en su art. 166.

La posibilidad de compatibilizar trabajo a tiempo parcial y pensión (también parcial) será objeto de un importante impulso a través del RD-ley 16/2001, de 27 diciembre, de medidas para el establecimiento de una jubilación gradual y flexible, luego sustituido por la Ley 35/2002, de 12 julio y desarrollado por el RD 1132/2002, de 31 de octubre.

Pero el impulso más relevante a la posibilidad de trabajar y disfrute simultáneo de la pensión de jubilación vendrá en el año 2011, cuando el Congreso de los Diputados el 25-1-2011 en la Comisión de Seguimiento del Pacto de Toledo, aprueba la siguiente recomendación[71]:

> *"La Comisión sostiene que es necesario incentivar la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación. A tal efecto, sería necesaria la adaptación y mejora de cuantos incentivos sociales, fiscales y laborales sean posibles para fomentar la permanencia de los trabajadores en activo; en concreto, se establecerán las medidas adecuadas para que aquellas cotizaciones que darían lugar a una pensión superior al tope máximo, den lugar a*

[69] Sobre las funciones inherentes a la titularidad del negocio véase la Resolución de 13 de agosto de 1999, de la Dirección General de Ordenación Jurídica de la Seguridad Social, que señala que son:
"… funciones inherentes a la titularidad del negocio de que se trate" a que se refiere el artículo93.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, comprenden exclusivamente dictar instrucciones directas y criterios de actuación a las personas que tienen encomendada la gestión y administración de la empresa, así como los actos de disposición que no sean necesarios para efectuar aquéllas. Además, cuando ese "titular" se asimile a un administrador con control sobre la sociedad en los términos de la disposición adicional vigésima séptima de la Ley General de la Seguridad Social, las "funciones inherentes a la titularidad" incluirán también aquellas actividades que por ley no pueden encomendarse a personas ajenas al órgano de administración.
Fuera de lo anterior, es decir, todo lo que suponga gestión, administración y dirección ordinaria de la empresa debe reputarse actividad incompatible con la pensión de jubilación del RETA, tanto para el empresario individual como para el empresario "de hecho" de una sociedad mercantil capitalista, pues dará lugar al alta en el Sistema de la Seguridad Social –RETA–, pudiéndose citar, a título de ejemplo, la firma de contratos en general, de convenios colectivos, solicitudes de crédito, representación en juicio y fuera de él de la empresa, firma de avales y cuantos actos jurídicos requiera la gestión y administración ordinaria reiteradamente aludida"

[70] Incorporará además las referencias a la incompatibilidad con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público (art. primero, apartado 1 párrafo segundo de la Ley 53/1984, de 26 diciembre y con el desempeño de altos cargos (Ley 25/1983, de de 26 de diciembre).

[71] Véase también el Informe sobre la compatibilidad de la percepción de la pensión de jubilación y la realización de una actividad de octubre de 2012, Informe 5. Se puede consultar en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-208.PDF.

un incremento mensual de la pensión final, el cual ha de suponer una mejora de la pensión máxima establecida en la Ley. El incremento mensual de la pensión será proporcional al porcentaje adicional de cotizaciones efectuadas, una vez alcanzada la pensión máxima. La Comisión considera que debe mejorar la coordinación entre la legislación laboral y la de seguridad social respecto al objetivo de ocupación de los mayores; en particular, sobre las pensiones de incapacidad y su conexión con el empleo, sobre la regulación del contrato de relevo, sobre la cotización del empleo a tiempo parcial o sobre las entradas y salidas del empleo de los pensionistas, entre otros extremos. Hay que introducir esquemas de mayor permeabilidad y convivencia entre la vida activa y pasiva, que permitan e incrementen la coexistencia de salario y pensión. Resulta adecuada, en la misma línea que otros países de nuestro ámbito, una mayor compatibilidad entre percepción de la pensión y percepción del salario por actividad laboral, hoy muy restringida y que no incentiva la continuidad laboral. La Comisión está convencida de que se debe combatir la discriminación por edad en nuestro mercado laboral, restringiendo al máximo el abandono prematuro de la vida laboral, como orientación de futuro en las políticas de igualdad, de acuerdo con las iniciativas de la Unión Europea. ***Es prioritario remover la normativa que fuerza a colectivos o personas a la jubilación obligatoria, en contra de sus deseos y capacidade****s. No debe establecerse un límite de edad para el trabajo en un régimen de libertades individuales y de derechos fundamentales. Asimismo, las políticas activas de empleo también deben estar orientadas a la recolocación de las personas de más edad y a su mantenimiento en situación activa. La Comisión constata que no se ha alcanzado acuerdo alguno en materia de edad legal de jubilación.* ***La importancia que tiene prolongar la presencia activa de las personas en el mercado de trabajo y, por tanto, el retrasar la edad efectiva de jubilación para garantizar el futuro del sistema de pensiones,*** *en un contexto de creciente aumento de la esperanza de vida, de disminución de la población en edad activa e incremento del número de pensionistas, es fundamental"*[72].

Y ello encontrará luego su definitiva plasmación positiva en el RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, cuya exposición de motivos, apartado II, reza así:

"La recomendación número 12 del mencionado Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo incluía referencias expresas a tres elementos que todavía deben ser abordados para asegurar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social y el impulso efectivo del envejecimiento activo. Por un lado, es necesario conceder una mayor relevancia a la carrera de cotización del trabajador para favorecer la aproximación de la edad real de jubilación a la edad legal de acceso a la jubilación. Por otro, la jubilación anticipada debería reservarse a

[72] Recomendación 12. Se recoge en el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, BOCG, serie D, 31-1-2011, núm. 513.
También debe recordarse en este tiempo la DA 31ª de la Ley 27/2011 que acogería los criterios de los tribunales en orden a la compatibilidad de ingresos por trabajo autónomo o cuenta propia y disfrute de la pensión de jubilación. También debe ser citada la DA. 7ª de Ley 27/2011 que contiene un mandato al Gobierno para que regule la posibilidad de realizar trabajos agrícolas por cuenta ajena y percibo de la pensión de jubilación.

aquellos trabajadores que cuenten con largas carreras de cotización. ***Finalmente, debe facilitarse la coexistencia de salario y pensión.***

Por otra parte, la cuestión del envejecimiento activo debe abordarse de forma integral, ya que la transición entre vida activa y jubilación implica tanto a la política de Seguridad Social, como a las políticas de empleo. Por ello, el presente real decreto-ley incorpora también entre sus objetivos la lucha contra la discriminación por razón de la edad en el mercado de trabajo, así como la racionalización del sistema de prestaciones por desempleo para reforzar su vinculación con sus objetivos originales.

*El presente real decreto-ley aborda estas cuestiones a través de medidas en el ámbito de la jubilación anticipada, la jubilación parcial****, la compatibilidad entre vida activa y pensión****, la lucha contra el fraude, y las políticas de empleo. Estas medidas permiten satisfacer las Recomendaciones del Consejo de la UE de 10 de julio de 2012 en el ámbito de la sostenibilidad del sistema de pensiones y el impulso del envejecimiento activo."*

Regulando en el capítulo I de dicho RD-Ley (arts. 1 a 4) la compatibilidad entre la percepción de una pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia o ajena con las finalidades declaradas de[73]:

a) Favorecer el alargamiento de la vida activa;

b) Reforzar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social;

c) Aprovechar en mayor medida los conocimientos y experiencia de estos trabajadores.

Para ello permitirá a los trabajadores que han accedido a la jubilación al alcanzar la edad mínima exigible, y que cuentan con largas carreras de cotización, compatibilizar el empleo a tiempo completo o parcial con el cobro del 50 % de la pensión, con unas obligaciones de cotización limitadas. Está posibilidad se encuentra normada en el art. 214 en relación con el art. 213 del RD-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (LGSS/2015).

Ahora bien, no debe olvidarse de que el art. 213.1 de la LGSS/2015 mantiene ese viejo principio general de declarar incompatible la pensión de jubilación con el trabajo del pensionista quedando comprendidos también: a) el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público delimitado en el art. 1.1 párrafo 2º de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre (art. 213 LGSS/2015 y art. 52 de la Ley 44/1983, de 28 diciembre; y b) el desempeño de los altos cargos a los que se refiere el art. 3 de la Ley 5/2006 de 10 de abril. Aunque luego esta declaración general será matizada *"con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen*". El propio precepto se refiere expresamente a la

[73] Sobre esta modalidad véase con carácter general el estudio de : PANIZO ROBLES, J.A y PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R.: La pensión de jubilación del Sistema de la Seguridad Social, Guía Práctica, Lex Nova y Thomson Reuters, Valladolid, 2ªed. 2015, págs. 216-225.

jubilación parcial y a la pensión de jubilación y trabajos por cuenta propia con ingresos inferiores al Salario Mínimo Interprofesional (SMI).

4.2. RÉGIMEN JURÍDICO

La normativa básica reguladora de esta situación se encuentra en los arts. 153 y 214 de la LGSS/2015

Para acceder a esta modalidad de compatibilizar el trabajo con la pensión es preciso reunir los siguientes requisitos (art. 214.1 LGSS/2015):

a) Acceder a la pensión de jubilación contributiva una vez cumplida la edad que resulte exigible al trabajador[74]. No pueden acogerse a esta situación quienes hayan accedido a la jubilación vía bonificaciones o anticipaciones de edad, a las que hubiera tenido derecho el beneficiario. Ni tampoco, el jubilado a tiempo parcial con obligación de contratar a un relevista, aunque pase luego a una jubilación plena con un 100% de la pensión de jubilación cuando cumpla la edad ordinaria de acceso[75]. Tampoco podría el trabajador que haya utilizado la modalidad –hoy desaparecida– de jubilación especial a los 64 años, haya realizado o no actividad laboral durante un año o más con suspensión del abono de la pensión. Por otro lado nada impide, que quien se encuentre en situación de incapacidad temporal y reúna los requisitos para ello puede acceder a esta modalidad de jubilación, cosa distinta es si puede o no empezar a percibir la pensión de jubilación y compatibilizarla con el subsidio de incapacidad temporal. No parece que ello sea viable y las vías posible que le quedan al trabajador, serán solicitar la pensión de jubilación en cuyo caso la situación de incapacidad temporal se extinguirá (art. 174.1 LGSS/2015) o lo que sería lo más recomendable, esperar a ser dado de alta médica y solicitar entonces la jubilación activa.
b) La pensión debe haberse causado en alguno de los regímenes que integran el sistema, salvo que se trate de pensión con cargo al Régimen de Clases Pasivas, que se regirá por lo dispuesto en su propia normativa[76].
c) La pensión de jubilación a la que se tenga derecho lo debe ser en cuantía del 100 por cien a la base reguladora al momento del hecho causante[77]. Lo que supone que el requisito debe reunirse al momento inicial de reconocer la pensión de jubilación. Por ello no se pueden tener en cuenta los trabajos posteriores suficientes para alcanzar el 100% y poder eliminar coeficientes reductores por anticipo en el acceso a la pensión de jubilación[78].
d) Desarrollar un trabajo a tiempo completo o a tiempo parcial por cuenta ajena o propia. No hay tope en la retribución o ingresos que por ello se perciban. Si le son

[74] La establecida en el art. 205.1.a LGSS/2015.
[75] Criterio Administrativo INSS 2014/3.
[76] Ver DA. 2.ª y 3.ª RD-Ley 5/2013.
[77] Cabe la posibilidad de utilizar esta vía de compatibilidad para aquellos casos en que se accedió a la pensión de jubilación ordinaria sin alcanzar el 100% por no acreditar el número de años preciso para ello conforme a la normativa española, en el caso de trabajadores que si los pudieran acreditar por totalización de los períodos de seguro en los distintos estado de la Unión Europea.
[78] Véanse criterios del INSS 2014/3, RJ 31/2014 de 4-3-2014 y RJ 112/2014, de 27-2-2015.

de aplicación las restricciones prevista en el art. 213.2 y 4 LGSS/2015 relativas al desempeño de puestos de trabajo en el sector público o de altos cargos en la Administración General del Estado (art. 214.7 LGSS/2015).

Aunque aparentemente la situación normal será la de una compatibilidad (acceso a la pensión y mantenimiento del trabajo) sin solución de continuidad, nada impide el que pueda acceder aquel pensionista de jubilación que tiene suspendida la pensión por realizar trabajos y ahora pretenda acceder a esta situación. Sin que sea necesario cesar en el trabajo, rehabilitar la pensión y solicitar luego el acceso a esta modalidad.

4.3. LA PENSIÓN

4.3.1. Cuantía

Determinada la pensión de jubilación, su compatibilidad lo será en el 50% del importe resultante de su cuantía inicial, con aplicación en su caso del tope máximo de la pensión pública que este percibiendo al momento en que se inicie la compatibilidad y con exclusión del complemento a mínimos que en su caso le hubiere procedido (art. 214.2 LGSS/2015). Este porcentaje se aplica al importe total que percibe o debería percibir incluido el complemento por jubilación demorada[79], o en su caso al nuevo importe a determinar por cómputo de las cotizaciones realizadas si se tenía la pensión suspendida por la realización de trabajos[80].

La situación de jubilación activa se entenderá causada en la fecha en que el interesado haga constar en su solicitud, siempre y cuando en tal momento se reúnan los requisitos exigidos.

Cabe la posibilidad, al igual que está prevista para cuando se interesa una pensión de jubilación "normal"[81] que la solicitud se presente tres meses antes de que vaya a tener efecto en cuyo caso a tal fecha se producirán los efectos económicos, por supuesto si se reúnen los requisitos para esta modalidad de jubilación.

Para el caso de trabajadores por cuenta propia los efectos serán a partir del día primero del mes siguiente al que se indique en la solicitud.

4.3.2. Compatibilidades

Durante el tiempo en que se compatibilice la pensión con el trabajo, aquella (art. 214. y 3 LGSS/2015):

a) Se revaloriza en su integridad de la misma forma que cualquier otra pensión del sistema, si bien en tanto se mantenga la compatibilidad, el importe de la pensión más las revalorizaciones acumuladas se reducirán en un 50%; y

[79] Criterio INSS 2014/3, RJ 112/2014, de 27-2-2015.
[80] Criterio INSS 2014/3, RJ 112/2014, de 27-2-2015.
[81] Art. 14.2 Orden de 18 de enero de 1967.

b) No se verá completada mínimos

Problemas no resueltos en esta modalidad de pensión son, por ejemplo:

-Cuando se esté percibiendo además de la pensión de jubilación otra pensión pública compatible (por ejemplo, la pensión de viudedad), ya que entonces cabe pensar que dependerá de si el importe inicial alcanza el tope máximo, en cuyo caso sería este o no lo alcanza, en cuyo caso se aplicaría el 50% sobre el importe inicial. Pero la cuestión no termina aquí ya que habrá que ver si luego la suma de la pensión de jubilación activa más el importe de la concurrente supera o no el tope máximo; y también por otro lado no queda claro como se procedería si la concurrencia de pensiones se produce una vez iniciada la situación de jubilación activa.

-Y finalmente, tampoco queda normado el supuesto de concurrencia de pensiones de jubilación causadas en diferentes regímenes de Seguridad Social, pudiendo a su vez distinguirse las situaciones de pensiones de jubilación en las que se ha alcanzado el 100% de la base reguladora en ambas o solamente en una de ellas.

4.3.3. Extinción

El cese en el régimen de compatibilidad vendrá determinado por la extinción de la obligación de cotizar. La pensión se percibirá de forma íntegra desde el día siguiente si el trabajo es por cuenta ajena o desde el día primero del mes siguiente si el trabajo es por cuenta propia.

4.3.4. Obligaciones y otros efectos durante la situación de jubilación activa

Aunque no se diga expresamente deberá de comunicarse previamente al INSS esta situación y cumplimentar en forma el alta en Seguridad Social en el régimen que corresponda.

Mientras que se esté realizando trabajos por cuenta ajena o por cuenta propia, compatible con la pensión de jubilación, los empresarios y los trabajadores cotizarán a la Seguridad Social, si bien únicamente por incapacidad temporal y por contingencias profesionales, según la normativa reguladora del régimen de Seguridad Social que corresponda (art. 153 LGSS/2015).

Además, están sujetos a una cotización especial de solidaridad del 8% (no computable para las prestaciones) que en los regímenes de trabajadores por cuenta ajena (General, Trabajadores del Mar y Minería del Carbón) se distribuirá entre empresario y trabajador, corriendo a cargo del empresario el 6% y del trabajador el 2%.

Esta cotización supondrá que se podrán causar prestaciones de incapacidad temporal por cualquier contingencia y las prestaciones por incapacidad permanente y por muerte y supervivencia derivadas de contingencias profesionales. Pero no sirve para mejorar la pensión de jubilación ya reconocida.

En las empresas en las que se compatibilice la prestación de servicios con el disfrute de la pensión de jubilación no deberán haber adoptado decisiones extintivas improcedentes de las relaciones laborales en los seis meses anteriores a dicha compatibilidad[82].

Quizás con la finalidad –no declarada– de evitar un efecto general de sustitución en las empresas, trabajador en activo que se jubila y va a tener una cotización reducida, el art.214.6 de la LGSS/2015 establece una obligación para las empresas de tener que mantener, durante la vigencia del contrato de trabajo del pensionista de jubilación, el nivel de empleo existente en la misma antes de su inicio. A este respecto se tomará como referencia el promedio diario de trabajadores de alta en la empresa en el periodo de los 90 días anteriores a la compatibilidad, calculado como el cociente que resulte de dividir entre 90 la suma de los trabajadores que estuvieran en alta en la empresa en los 90 días inmediatamente anteriores a su inicio.

Si bien no se considerarán incumplidas la obligaciones de mantenimiento del empleo anteriores cuando el contrato de trabajo se extinga por causas objetivas o por despido disciplinario, cuando uno u otro sea declarado o reconocido como procedente, ni las extinciones causadas por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de los trabajadores o por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato.

Un dato a tener en cuenta es que ni el RD-Ley 3/2013, ni el art.214 LGSS/2015 prevén consecuencias para el caso de incumplimiento empresarial de esta obligación.

Mientras que se esté en esta situación de compatibilidad el trabajador tendrá la consideración de pensionista a todos los efectos (art.214.4 LGSS/2015).

Al término de la relación laboral por cuenta ajena o producida el cese en la actividad por cuenta propia, se restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación.

A modo de resumen, las diferencias más relevantes entre las diversas modalidades de jubilación y la posibilidad de trabajar pueden verse en el siguiente cuadro:

[82] La limitación afectará únicamente a las extinciones producidas con posterioridad al 17-03-2013 y para la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción.

PENSIONISTA DE JUBILACIÓN QUE DECIDE TRABAJAR						
TIPO DE JUBILACIÓN	**ALTA EN SEGURIDAD SOCIAL**	**% DE JORNADA LABORAL**	**CONDICIONES**	**EFECTOS SOBRE LA PENSIÓN**	**COTIZACIÓN**	**EFECTOS SOBRE LA PENSIÓN A SU TÉRMINO**
JUBILACIÓN TOTAL	No	----	Los ingresos no pueden superar el SMI	Ninguno	Ninguna	Ninguno
	SI	NO	NO	La pensión queda en suspenso	SI	Incrementa % aplicable a la base reguladora. Reduce porcentaje reductor aplicado
JUBILACIÓN PARCIAL	SI	25% al 50% 75% excepcional	Contrato relevo exigible cuando no se ha alcanzado la edad mínima ordinaria de jubilación. La edad en este caso será de 63 o 65 años en función años cotizados (períodos transitorios hasta 2027).	Depende del porcentaje de reducción de la jornada de acuerdo con los años de cotización acreditados	SI	Recálculo de la pensión a su extinción
JUBILACIÓN FLEXIBLE	SI	25% al 50%	El trabajador debe haber cumplido la edad ordinaria de jubilación	La pensión ser reduce en la proporción al % de jornada a realizar	Ordinaria, con posibles beneficios si son trabajadores con 65 años de edad y 35 años y 6 meses cotizados	Incrementa el % aplicable a la base reguladora. Recalculo de la BR.
JUBILACIÓN ACTIVA	SI	Tiempo completo o a tiempo parcial sin límites	El trabajador debe haber accedido a la jubilación cumpliendo los requisitos de edad ordinaria y cotización suficiente para tener una pensión del 100% de la BR	Se percibe el 50% de la pensión con independencia de la jornada a realizar	Cotización por IT y AT más un porcentaje de solidaridad	Ninguno

4.4. LOS PENSIONISTAS DE JUBILACIÓN O RETIRO DEL RÉGIMEN DE CLASES PASIVAS DEL ESTADO[83]

4.4.1. La situación previa a la reforma introducida por el RD Ley 5/2013

A su vez podemos distinguir dos momentos, la situación anterior al año 2009 y la posterior iniciada a partir del mismo.

a) La situación a 31-12-2008

El art. 33 del RD Legislativo 670/1987, de 30 abril, texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, disponía que:

> *"Las pensiones de jubilación o retiro, a que se refiere este capítulo, serán incompatibles con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público por parte de sus titulares, entendido éste de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 del apartado 1 del artículo 1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, y aplicándose, a este efecto, las excepciones contempladas en la disposición adicional novena de dicha Ley y, en el caso de que no se perciban retribuciones periódicas por el desempeño de cargos electivos como miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones Locales, las previstas en el artículo 5 de la misma"*[84].

En el caso de que la situación estuviere afectada por incompatibilidad la pensión de jubilación quedaba entonces en suspenso hasta el cese de su titular en el puesto de trabajo incompatible. En definitiva, la pensión de jubilación de este régimen no se veía afectada por

[83] VV.AA.: La compatibilidad de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social y el Trabajo, MERCADER UGUINA, J. (dir.) y ARAGÓN GÓMEZ, C., LEX NOVA-THOMSON REUTERS, Valladolid, 2013, págs. 226-245.
PANIZO ROBLES, J.A. y PRESA GARCÍA-LÓPEZ: La pensión de jubilación del sistema de Seguridad de la Seguridad Social. Guía Práctica, 2.ª ed., LEX NOVA-THOMSON REUTERS, Valladolid, págs. 436-440.

[84] La Ley 53/1984, de 26 de diciembre, disponía lo siguiente:
Artículo1.
1. El personal comprendido en el ámbito de aplicación de esta Ley no podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño, por sí o mediante sustitución, de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público, salvo en los supuestos previstos en la misma.
A los solos efectos de esta Ley se considerará actividad en el sector público la desarrollada por los miembros electivos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, por los altos cargos y restante personal de los órganos constitucionales y de todas las Administraciones Públicas, incluida la Administración de Justicia, y de los Entes, Organismos y Empresas de ellas dependientes, entendiéndose comprendidas las Entidades colaboradoras y las concertadas de la Seguridad Social en la prestación sanitaria.
Artículo 3.
..
2. El desempeño de un puesto de trabajo en el sector público, delimitado en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 1, es incompatible con la percepción de pensión de jubilación o retiro por Derechos Pasivos o por cualquier régimen de Seguridad Social público y obligatorio. La percepción de las pensione sindicadas quedará en suspenso por el tiempo que dure el desempeño de dicho puesto, sin que ello afecte a sus actualizaciones.
Por excepción, en el ámbito laboral, será compatible la pensión de jubilación parcial con un puesto de trabajo a tiempo parcial

el ejercicio de actividades privadas. La única salvedad estaba en que se hubiere accedido a la pensión de jubilación del régimen de clases pasivas con el cómputo de periodos de cotización de un régimen del Sistema de Seguridad Social, en cuyo caso, si resultaba incompatible con trabajo por cuenta ajena o propia.

b) La situación entre 1-1-2009 y 17-3-2013

Con efecto 1-1-2009 y vigencia indefinida, la DA. 17ª de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado modificó el art. 33 del RD Legislativo 670/1987, de 30 abril, texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, incorporando un nuevo apartado 2 y reenumerando el resto del articulado, del siguiente tenor literal:

> ***"2.*** *Asimismo, el percibo de las pensiones de jubilación o retiro será incompatible con el ejercicio de una actividad, por cuenta propia o ajena, que dé lugar a la inclusión de su titular en cualquier régimen público de Seguridad Social.*
>
> *No obstante, en los términos que reglamentariamente se determine, en los supuestos de pensiones de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, cuando el interesado no esté incapacitado para toda profesión u oficio, se podrá compatibilizar el percibo de la pensión con el desempeño de dicha actividad siempre que sea distinta a la que venía realizando al servicio del Estado. En este caso, y mientras dure dicha situación, el importe de la pensión reconocida, se reducirá al 75 por ciento de la correspondiente cuantía, si se acreditan más de 20 años de servicios efectivos al Estado; o al 55 por ciento, si el interesado hubiera cubierto menos de 20 años de servicios al momento de su jubilación o retiro"*

Teniendo en cuenta además, que la citada DA. 17ª se encargo de precisar en su apartado dos, indicaba que la reforma afectaría a las pensiones que se causaran a partir de 1-1-2009 manteniendo las causadas con anterioridad el régimen vigente de incompatibidades al momento en que fueron reconocidas.

En definitiva, las pensiones de jubilación causadas a partir de 1-1-2009 además de ser incompatible, con la ocupación de un puesto de trabajo en el sector público, también le alcanza la incompatibilidad con cualquier actividad privada, por cuenta propia o ajena, que diera lugar a la inclusión de su titular en cualquier régimen público de Seguridad Social.

4.4.2. La situación tras las reforma del RD Ley 5/2013

La reforma introducida por la DA. Segunda del RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, vino también a modificar el art. 33 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, que aprobó el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas de Estado. El número 2 de este artículo 33 vendrá a establecer un régimen similar de jubilación activa para los funcionarios que quedan dentro de su ámbito de aplicación. La posibilidad de compatibilizar la pensión de jubilación o retiro con el ejercicio de una actividad que de lugar a su inclusión en el sistema de Seguridad Social se desarrollará –con carácter general– en los siguientes términos:

-La edad de acceso a la pensión de jubilación o retiro debe ser, al menos, la establecida como edad de jubilación forzosa.

-El porcentaje aplicable al haber regulador a efectos de determinar la cuantía de la pensión debe ser del cien por cien.

Desarrollada una actividad compatible, la cuantía de la pensión será equivalente al cincuenta por ciento del importe resultante en el reconocimiento inicial, una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública, o el que el pensionista esté percibiendo en la fecha de inicio de la actividad, excluido, en todo caso, el complemento por mínimos, que no se podrá percibir durante el tiempo en que se compatibilice pensión y actividad.

En los supuestos de pensiones de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, cuando el interesado no esté incapacitado para toda profesión u oficio, se podrá compatibilizar el percibo de la pensión con el desempeño de dicha actividad, siempre que sea distinta a la que venía realizando al servicio del Estado. En este caso, y mientras dure dicha situación, el importe de la pensión reconocida, se reducirá al 75 por ciento de la correspondiente cuantía, si se acreditan más de 20 años de servicios efectivos al Estado; o al 55 por ciento, si el interesado hubiera cubierto menos de 20 años de servicios al momento de su jubilación o retiro.

5. LA COMPATIBILIDAD O INCOMPATIBILIDAD DEL EJERCICIO DE OTRAS ACTIVIDADES CON EL DISFRUTE SIMULTÁNEO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

5.1. ACTIVIDADES DESEMPEÑADAS EN EL SECTOR PÚBLICO

El desempeño de un puesto de trabajo en el sector público delimitado en el art. 1.1, párrafo 2º, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas (artículo 213.2/2015 LGSS y artículo 1.1 de la Ley 53/1984, de 26 diciembre) resulta incompatible con el disfrute de la pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social[85]. Esta incompatibilidad afecta tanto a funcionarios de carrera como interinos; y también a cualquier otro empleado que preste sus servicios en la administración pública o en una institución o servicio dependiente de aquélla a través de un vínculo de naturaleza administrativa.

Esta incompatibilidad de la percepción de la pensión de jubilación con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público, incluye la actividad desarrollada por los miembros electivos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales. Afecta a quienes desempeñen sus cargos de manera retribuida, con dedicación exclusiva o parcial. Si el cargo público representativo no se realiza de manera retribuida, entonces será compatible con la percepción de la pensión de jubilación, aunque

[85] Recuérdese que en el apartado anterior (3.4) se analizó la incompatibilidad del trabajo en relación con la pensión de jubilación o retiro del régimen de clases pasivas del estado.
En general y sobre las incompatibilidades de la pensión de jubilación en sector público véase: GALA DURÁN, C.: "Aspectos generales de la nueva regulación de la jubilación y de su compatibilidad con el trabajo en el sector público", Revista digital CEMCI, número 22, enero a marzo de 2014, pág. 1 a 20.

perciban remuneración por asistencia a los plenos de las corporaciones y demás sesiones de los órganos de gobierno de las entidades locales.[86]

Quedan exceptuados de esta incompatibilidad (art. 213.2 p.3.º LGSS/2015):

-Los profesores universitarios eméritos.

-El personal licenciado sanitario emérito que, además, no debe ser dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social (artículo 77.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre).

5.2. ACTIVIDAD DE LOS ALTOS CARGOS

Con carácter general es incompatible el disfute de la pensión con el desempeño de los altos cargos a los que se refiere el artículo 1 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo (artículo 213.3 LGSS/2015)[87].

[86] Véase criterios interpretativos del INSS 1999/75 y 2001/27.

[87] El art. 1.2 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, dispone lo siguiente:
"2. A los efectos previstos en esta ley, se consideran altos cargos:
a) Los miembros del Gobierno y los Secretarios de Estado.
b) Los Subsecretarios y asimilados; los Secretarios Generales; los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y en Ceuta y Melilla; los Delegados del Gobierno en entidades de Derecho Público; y los jefes de misión diplomática permanente, así como los jefes de representación permanente ante organizaciones internacionales.
c) Los Secretarios Generales Técnicos, Directores Generales de la Administración General del Estado y asimilados.
d) Los Presidentes, los Vicepresidentes, los Directores Generales, los Directores ejecutivos y asimilados en entidades del sector público estatal, administrativo, fundacional o empresarial, vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado que tengan la condición de máximos responsables y cuyo nombramiento se efectúe por decisión del Consejo de Ministros o por sus propios órganos de gobierno y, en todo caso, los Presidentes y Directores con rango de Director General de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social; los Presidentes y Directores de las Agencias Estatales, los Presidentes y Directores de las Autoridades Portuarias y el Presidente y el Secretario General del Consejo Económico y Social.
e) El Presidente, el Vicepresidente y el resto de los miembros del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, el Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, el Presidente de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, el Presidente, Vicepresidente y los Vocales del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Presidente, los Consejeros y el Secretario General del Consejo de Seguridad Nuclear, así como el Presidente y los miembros de los órganos rectores de cualquier otro organismo regulador o de supervisión.
f) Los Directores, Directores ejecutivos, Secretarios Generales o equivalentes de los organismos reguladores y de supervisión.
g) Los titulares de cualquier otro puesto de trabajo en el sector público estatal, cualquiera que sea su denominación, cuyo nombramiento se efectúe por el Consejo de Ministros, con excepción de aquellos que tengan la consideración de Subdirectores Generales y asimilados.
3. No tendrá la consideración de alto cargo quien sea nombrado por el Consejo de Ministros para el ejercicio temporal de alguna función o representación pública y no tenga en ese momento la condición de alto cargo."

5.3. TRABAJOS CON AFILIACIÓN A MUTUALIDAD DE COLEGIO PROFESIONAL[88]

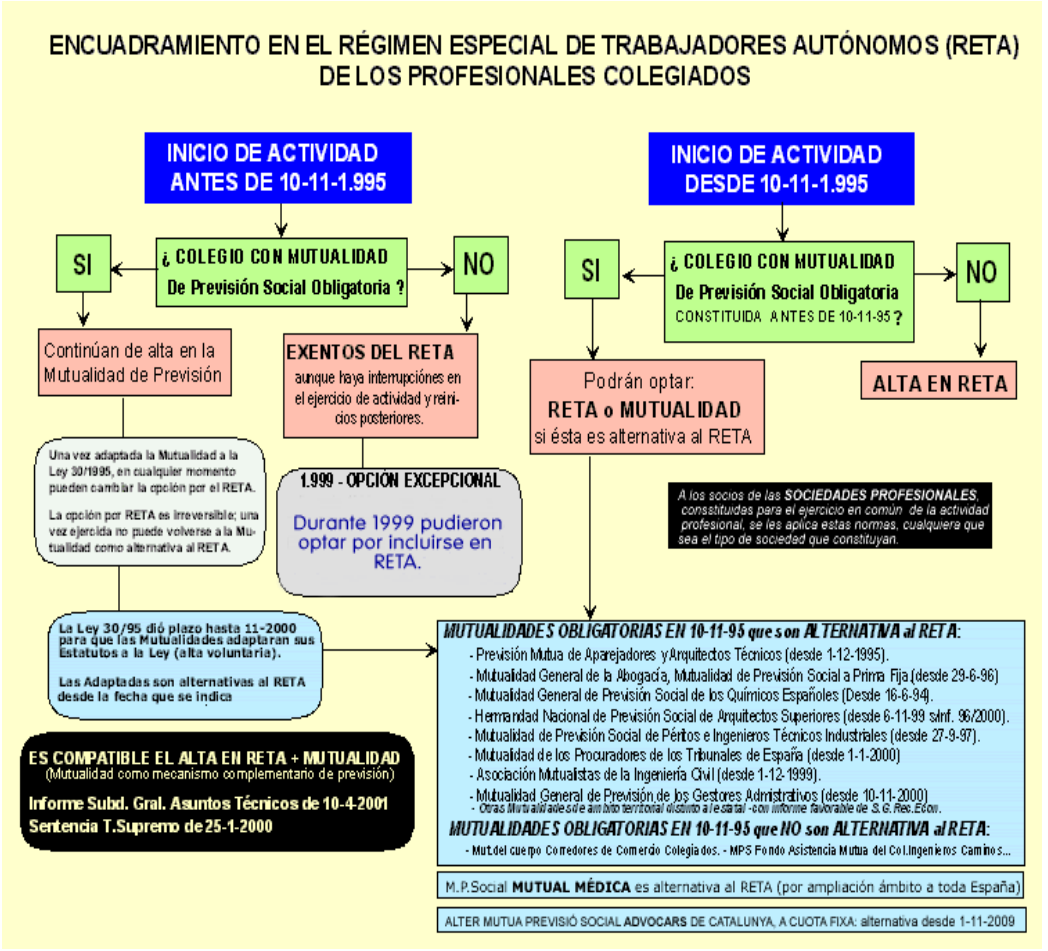
5.3.1. Los profesionales colegiados y las diferentes formas de ejercicio de su actividad. La compatibilidad con la situación de pensionista de jubilación

La Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, marcó un punto de inflexión en la protección social de determinados colectivos de profesionales cuyo aseguramiento, hasta aquellas fechas, lo era vía adscripción obligatoria a Mutualidades propias del colectivo implicado. Hasta su entrada en vigor, su cobertura prestacional venía a través de su propia Mutualidad obligatoria. La Disposición Adicional 15.ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, estableció la obligatoriedad de la afiliación a la Seguridad Social, de aquellas personas que ejercieran una actividad por cuenta propia y que se incorporaran a un colegio profesional cuyo colectivo no hubiera sido integrado en el RETA. Si bien, se permitía que el cumplimiento de esta obligación se realizara, bien solicitando la afiliación y/o alta en el RETA o bien mediante la incorporación a la Mutualidad de Previsión que tuviera establecida el Colegio Profesional. Constituyendo una decisión individual de cada profesional optar por su incorporación al RETA o a la Mutualidad de previsión correspondiente.

Un resumen de la situación en orden a ese encuadramiento alternativo a la Seguridad Social puede verse en el siguiente cuadro (Fuente TGSS[89]):

[88] VV.AA.: La compatibilidad de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social y el Trabajo, MERCADER UGUINA, J. (dir.) y ARAGÓN GÓMEZ, C., LEX NOVA-THOMSON REUTERS, Valladolid, 2013, págs. 181-194.

[89] www.seg-social.es.



Con independencia de la polémica creada sobre tal obligatoriedad y la resistencia de los los colectivos afectados a facilitar a los profesionales esa opción, inmediatamente surgió la controversia de si los profesionales colegiados que optaran por incorporarse o mantenerse a la mutualidad que tuviera establecida el colegio profesional respectivo, estaban afectados por la incompatibilidad establecida en el artículo 165 LGSS/1994 y artículo 16.1 de la Orden de 18 de enero de 1967[90]. La respuesta de los órganos superiores administrativos de la Seguridad Social fue la de entender que la incompatibilidad no surgía por la realización de cualquier actividad, sino por el hecho de que ésta determinara el encuadramiento en algún Régimen de la Seguridad Social. Y por otro lado, que en los casos de incorporación a una Mutualidad de previsión social no se producía una inclusión en el RETA, y por tanto, no

[90] Se trataba de la incompatibilidad del percibo de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, con el trabajo del pensionista.

había incompatibilidad entre la percepción de una pensión de jubilación y ese trabajo por cuenta propia que determinaba la incorporación a una Mutualidad[91].

La controversia pareció avivarse con la nueva redacción dada a la DA. 15ª de la Ley 30/1995, por el art**.** 33 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, que vino a establecer que quienes ejercieran una actividad por cuenta propia, que requiriese la incorporación a un colegio profesional –cuyo colectivo no hubiera sido integrado en el RETA–, se entenderían incluidos en el campo de aplicación del mismo, debiendo solicitar, en su caso, la afiliación y, en todo caso, el alta en dicho Régimen.

No obstante, se mantenía la exención de la obligación de alta en el RETA para los colegiados que opten o hubieren optado por incorporarse a la Mutualidad de Previsión Social que pudiera tener establecida el correspondiente Colegio Profesional, siempre que la citada Mutualidad fuera alguna de las constituidas con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 al amparo del apartado 2 del artículo 1 del Reglamento de Entidades de Previsión Social, aprobado por el Real Decreto 2615/1985, de 4 de diciembre[92]. Y si el interesado, teniendo derecho, no optaba por incorporarse a la Mutualidad correspondiente, ya no podría ejercitar dicha opción con posterioridad. El criterio administrativo acerca de la compatibilidad o no de la pensión de jubilación y ejercicio posterior de la profesión no varió.

Todo siguió igual hasta que se promulgó la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo, sobre régimen de incompatibilidad de la percepción de la pensión de jubilación del sistema de la Seguridad Social con la actividad desarrollada por cuenta propia por los profesionales colegiados.

La citada Orden recuerda –en su exposición de motivos– lo siguiente:

> -Que el régimen de incompatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo se encuentra normado en el art. 165.1 LGSS/1994 y el art. 16 de la Orden de 18-1-1967 (OV).
>
> -Que el artículo 16 de la OV prevé que el disfrute de la pensión de vejez será incompatible con todo trabajo del pensionista, por cuenta ajena o propia, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General o de alguno de los regímenes especiales de la Seguridad Social previstos en los números 2 y 3 del artículo 10 de la LGSS.

[91] Resolución de la DGSS de 6-11-1996.

[92] La Circular de la TGSS consideraba Mutualidades obligatorias alternativas a la Seguridad Social: a) Previsión Mutua de Aparejadores y Arquitectos Técnicos; b) Mutualidad General de Previsión de Gestores Administrativos; c) Mutualidad General de la Abogacía; d) Mutualidad General de Previsión Social de los Químicos Españoles; e) Mutualidad de Previsión Social de los Procuradores de los Tribunales de España; f) Hermandad Nacional de Previsión Social de Arquitectos Superiores; f) Mutualidad de Previsión Social de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales.
Además de la Mutualidad General de Previsión de la Abogacía, desde 2009 está autorizada a operar como Mutua alternativa al alta en el RETA de este colectivo "Alter Mutua", véanse la Orden EHA/1984/2009, de 6 de mayo, autorizando a la entidad Alter Mutua para el ejercicio de la actividad aseguradora como mutua de previsión social en todo el territorio español; y el Oficio de 8 de octubre de 2009, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social del Ministerio de Trabajo e Inmigración por el que se reconoce a Alter Mutua la condición de alternativa a la de lata en el RETA en todo el territorio del Estado.

-Dicha incompatibilidad, no impide que pueda desarrollarse el trabajo en cuestión, si bien mediando la previa solicitud del interesado (cuya ausencia puede implicar incurrir en responsabilidad y dar ocasión al reintegro del importe de pensión indebidamente percibido y a la imposición de la correspondiente sanción administrativa) y con los efectos que se detallan en el reseñado artículo, entre ellos el de la suspensión del derecho a la pensión reconocida.

-Que en la aplicación práctica de esta normativa venía a suscitar dudas en relación con quienes, habiendo accedido al derecho a la pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social, pretendían compatibilizar la percepción de tal pensión con el ejercicio de una profesión liberal, sin causar alta en el RETA por haber optado por una mutualidad de previsión social, al amparo de lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre,

-Por otro lado y a tenor de dicha regulación, cabía llegar a la interpretación, como se hizo en vía administrativa, de que la actividad del profesional colegiado no daba necesariamente lugar a la inclusión de quien la llevara a cabo en el campo de aplicación de alguno de los regímenes de la Seguridad Social, lo que hubiera comportado la obligación de quedar encuadrado en el mismo; sino que la cuestión quedaba al albur del interesado y su derecho de optar libremente entre quedar en el campo de aplicación de uno (público) u otro (privado) mecanismo de protección.

-Que el criterio interpretativo anterior había perdido validez a partir de la innovación producida con la nueva redacción operada de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, por el artículo 33 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Dado que tras dicha modificación queda claro que los profesionales colegiados que ejercen su actividad por cuenta propia se entenderán incluidos en el campo de aplicación del RETA, lo que lleva aparejada la obligación de solicitar, en su caso, la afiliación y, en todos los supuestos, el alta en dicho régimen en los términos reglamentariamente establecidos. Esa obligación de alta en el repetido régimen queda exonerada, no obstante, en aquellos casos en que el interesado opte por incorporarse alternativamente a la correspondiente mutualidad de previsión social, en la hipótesis de que exista tal mutualidad y que la misma reúna los requisitos que en la propia disposición se exigen para actuar como alternativa al RETA.

Partiendo de las anteriores consideraciones, la nueva Orden establece un nuevo marco jurídico que pretende completar el anterior y que desarrolla el principio legal de incompatibilidad entre el percibo de la pensión de jubilación de la Seguridad Social y el ejercicio de una actividad laboral por el pensionista, con el fin de disipar las dudas que se han venido originando en la práctica con relación al desarrollo de la actividad como profesional colegiado en los casos en que se ha producido la jubilación en cualquiera de los regímenes del sistema de la Seguridad Social.

La oposición de los colectivos afectados no se hizo esperar y la imposibilidad de ejercer en la profesión por cuenta propia una vez que se accede a la jubilación duró apenas 32 días (desde el 1 de julio en que entró en vigor la Orden y el 2 de agosto que entró en vigor la Ley 27/2011)

La nueva situación que quería implantar la Orden TIN/1362/2011, prometía tener una especial incidencia aquellos todos los colectivos profesionales colegiados que hubieran ejercido su profesión por cuenta ajena y que accedieran a una pensión de la Seguridad Social, si bien y en la práctica afectaba básicamente a dos colectivos, principalmente a los médicos y en menor medida a los abogados. La presión de los colegios profesionales fue tal, que unos días después, el 4 de junio, el BOE publicó una corrección de errores en la que estipulaba que la previsión excepcional sería aplicable no solamente a los profesionales que ya venían compatibilizando la pensión de jubilación con el ejercicio de la actividad profesional, sino también a los que en dicha fecha –la de su entrada en vigor– hubieren ya cumplido 65 años. La excepción tenía singular relevancia para los médicos que ya habían cumplido 65 años, estaban jubilados en el servicio público de salud correspondiente y seguían vinculados a las Universidades cuya jubilación obligatoria era a los 70 años. La presión profesional no solo dio lugar a esta curiosa corrección de errores, sino que prosiguió y logró un acuerdo con los principales partidos político dejando sin efecto la cuestionada Orden al incorporar a la Ley 27/2011, 1 de agosto, que en aquellos momentos estaba a punto de ser aprobada, una disposición adicional, la trigésimo séptima, que señalaba que:

> "*El Gobierno presentará un proyecto de ley que regule la compatibilidad entre pensión y trabajo, garantizando el relevo generacional y la prolongación de la vida laboral, así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades. Mientras no se produzca esta regulación, se mantendrá el criterio que se venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigor de la orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo*"

5.3.2. Compatibilidad de la pensión de jubilación y el ejercicio de profesión colegiada

Tras la noticiada evolución de la incorporación de los profesionales colegiados al sistema de Seguridad Social y sus alternativas en relación con lo que aquí nos ocupa la compatibilidad de dicha actividad profesional con el disfrute de la pensión de jubilación, la situación actual podría resumirse así[93]:

a) Profesión ejercida por cuenta propia

Cuando el profesional alcance la edad de jubilación que le sea aplicable de acuerdo a lo previsto en el art. 205.1 a) y Disposición Transitoria séptima de la LGSS/2015[94] nos podremos encontrar con las siguientes situaciones:

[93] V. REQUEJO GUTIÉRREZ, F.: Incidencia en el ejercicio de las profesiones colegiadas del nuevo régimen de compatibilidad de la pensión de jubilación y el trabajo tras el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, Revista Española de Derecho del Trabajo n.º. 174/2015. BIB 2015\1047.
V. SEMPERE NAVARRO, A.V.: La Orden Ministerial sobre incompatibilidad de la pensión de jubilación para profesionales colegiados, Actualidad Jurídica Aranzadi n.º 825/2011. BIB 2011\1139.
V. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: La Orden Ministerial sobre incompatibilidad de la pensión de jubilación para profesionales colegiados, Actualidad Jurídica Aranzadi n.º 825/2011. BIB 2011\1138.

[94] Haber cumplido 67 años de edad, o 65 y acreditar cotizados 38 años y seis meses, art. 205.1.a) LGSS. Para este año 2016 a tenor la DT. 7.ª de la LGSS la edad será de 65 años si se han cotizado 36 años o más; o bien 65 años y 4 meses de edad si se han cotizado menos de 36 años.

-Profesionales solo mutualistas. Percibirán entonces su prestación conforme al plan de aseguramiento suscrito.

-Profesionales que cotizan solamente en el RETA. Si cumple los requisitos exigidos en el art. 205.1. a) en relación con el art. 314 ambos de la LGSS/2015, pasarán a tener la condición de pensionista de jubilación del sistema con aplicación de las reglas generales de compatibilidades e incompatibilidades del trabajo y la pensión de jubilación.

-Profesionales que cotizan simultáneamente a la Mutualidad y al RETA. En esta situación se puede a su vez distinguir dos supuestos que la incorporación al ejercicio de la profesión haya sido posterior al 10-11-1995 en cuyo caso si en ambos sistemas de protección, mutualista y Seguridad Social, cumplen con las respectivas condiciones pasarán a percibir sus correspondientes pensiones. O bien profesionales que ya estaban incorporados a la mutualidad antes de 10-11-1995 en este caso el supuesto normal será el que solamente perciban prestación de su Mutualidad ya que sería en la práctica imposible (por la edad) que alcancen el mínimo necesario para obtener la protección del sistema, teniendo en cuenta que no está previsto el cómputo recíproco de cotizaciones entre los sistema de previsión de los colegios profesionales y la Seguridad Social[95].

b) Profesión en régimen de trabajo por cuenta ajena

En este acaso llegada la edad de jubilación y partiendo del cumplimiento de los requisitos recogidos en el art. 205 LGSS/2015, percibiría su pensión de jubilación y podrá seguir trabajando, ahora por cuenta propia en la modalidad de jubilación activa prevista en el art.214 LGSS.

c) Ejercicio profesional simultáneo por cuenta propia y por cuenta ajena

En este caso estaríamos ante una combinación de las anteriores modalidades con aseguramiento en el Régimen General por la actividad por cuenta ajena y en el RETA o Mutualidad por la actividad autónoma. Si estamos ante una situación de pluriactividad, con dos altas en el Sistema de Seguridad Social (Régimen General y RETA), podrán causarse dos pensiones de jubilación si se dan las condiciones exigidas por el art. 205.3 párrafo segundo de la LGSS/2015[96].

Llegado a este punto, la pregunta que surge es *¿se puede compatibilizar el ejercicio de la profesión por cuenta propia con el percibo de una pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social?* y *¿con la pensión de la Mutualidad?*

Debe de partirse que la condición de profesional ejerciente no viene impedida por pasar a tener la condición de jubilado, cualquiera que sea el sistema protector que el profesional hubiere tenido (público o privado). Así lo reconoce expresamente la propia Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social en escrito de fecha 24-6-2013[97]:

[95] Ver Criterio INSS 1995-96/17.
[96] Es decir, cotizaciones superpuestas en ambos regímenes durante al menos quince años.
[97] El escrito es respuesta a consulta formulada el 2-5-2013 por el Colegio de Abogados de Barcelona.

> *"Por todo ello, considera esta Dirección General que la modalidad de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo regulada en el Capítulo I del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, no afectaría al específico régimen de compatibilidad previsto para los profesionales colegiados que en el ejercicio de una actividad por cuenta propia y al amparo de lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre queden exentos de la obligación de alta en el Régimen Especial de los Trabajadores por cuenta Propia o Autónomos, y opten o hubieran optado por incorporarse a una de las Mutualidades de previsión social a las que la citada disposición legal posibilita su actuación como alternativas al alta en el expresado régimen especial".*

De lo que en principio cabría concluir que si el profesional está percibiendo una pensión del sistema público y continúa en su ejercicio entonces verá afectada está en las condiciones establecidas en el art. 214 LGSS/2015[98].

Y por otro lado, si el profesional percibe las prestaciones de su plan de previsión o protección profesional, no verá afectadas las mismas por el hecho de llevar a cabo su actividad profesional.

Por último, si tuviera derecho a la protección privada y a la pública, el ejercicio de la actividad profesional solamente afectaría a la pensión pública en la forma antes reseñada.

Estas conclusiones parece que vuelven a tener actualidad tras la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, de 2 de marzo de 2016 (rec. núm. 1857/2014)[99]. En la meritada sentencia se decide la viabilidad de la baja en el RETA solicitada por un abogado tras el reconocimiento de la pensión de jubilación en el mismo una vez comprobado que prosigue en el ejercicio de dicha actividad[100]. La tesis de dicho profesional era que su alta en el RETA

[98] Ver escrito de la DGOSS 21-6-2013.

[99] Un análisis sobre la misma puede verse en: PANIZO ROBLES. J.A.: El TS en sentencia de 2 de marzo de 2016 zanja la cuestión: no se puede percibir pensión de jubilación en el RETA y mantenerse en el ejercicio profesional de la abogacía (Con ocasión de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 2 de marzo de 2016, rec. núm. 1857/2014), el estudio se puede consultar en www. laboral-social.com/profesionales-colegiados-abogados-mutualidad-reta-pension-jubilacion-incompatibilidad-sts-2-marzo-2016-rec-1857-2014.html.

[100] Los hechos allí debatidos fueron los siguientes:
1. Resulta que el sr. X permaneció en la situación de alta en el Régimen General de la Seguridad Social durante el período comprendido entre el 1 de marzo de 1974 y el 5 de octubre de 2006.
2. Con fecha 1 de octubre de 1975 se dio de alta en la Mutualidad General de la Abogacía, situaciónen la que ha permanecido ininterrumpidamente hasta la actualidad.
3. Con fecha 9 de febrero de 2007 el interesado solicitó y obtuvo su alta en el Régimen Especial deTrabajadores Autónomos (RETA), señalando como fecha de inicio de su actividad de abogado el 1 de febrerode 2007.
4. Durante todo el período mencionado compatibilizó su inclusión en el régimen correspondiente de la Seguridad Social (tanto en el general, como en el especial) con su pertenencia a la Mutualidad General de la Abogacía.
5. Con fecha 6 de junio de 2013, el Sr. X solicitó de la Tesorería General su baja en el RETAcomo abogado, fijando como fecha de cese de su actividad la del 31 de mayo de 2013 y como causa de lamisma su pase a la situación de jubilación compatible con el trabajo profesional.
6. Mediante resolución de 13 de junio de 2013, y con efectos de 1 de junio de 2013, se le reconoce una pensión de jubilación por el Régimen General de la Seguridad Social.
7. Como consecuencia de tal reconocimiento de la pensión, se procedió a su baja de oficio en el RETA con efectos de 31 de mayo de 2013, acuerdo que le fue notificado al interesado con fecha 20 de junio de 2013.
8. Iniciado expediente de revisión de oficio de esta última resolución, se dicta finalmente acuerdo de 29 de julio de 2013, posteriormente confirmado en alzada, por el que se deja sin efecto el reconocimiento de su baja en el
(...)

fue debida o condicionada a que era la única forma que le permitía continuar con su «carrera de cotización» en el sistema de Seguridad Social (la desarrollada en el R. General desde 1974), dada la inexistencia de cómputo recíproco entre las cotizaciones del Régimen General y las de la Mutualidad General de la Abogacía, por lo que no serían de aplicación las previsiones de la disposición adicional 15ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado. Su tesis sería acogida por el TSJ de Asturias en sentencia de 14-4-2014, si bien y tras el recurso de casación interpuesto por la TGSS la sentencia sería revocada por el el TS.

Su Fundamento de Derecho Tercero, reza así:

> *"La solución a la cuestión controvertida exige partir de un presupuesto esencial: la normativa vigente desde el año 1995 tiene la clara finalidad de permitir que los trabajadores autónomos con colegiación obligatoria puedan afiliarse o darse de alta por su cuenta, y sin la necesaria intervención de los órganos directivos de sus Colegios, en el Régimen de Trabajadores Autónomos, imponiéndoles, con carácter general, la obligación de hacerlo en ese mismo régimen especial con una sola excepción: que lo hicieran a una Mutualidad sustitutoria (en el caso, la de la Abogacía).*
>
> *A tal efecto, se les otorga una opción consistente en la posibilidad de permanecer en la Mutualidad o darse de alta en el Régimen Especial, opción que ha de considerarse en todo caso vinculada a la obligatoriedad de figurar necesariamente incorporados en uno u otro régimen, sin que la normativa que resulta de aplicación prohíba en absoluto la permanencia en ambos regímenes, que pueden resultar, por tanto, compatibles entre sí. Dicho de otro modo, en la medida en que estas mutualidades pueden constituir, como el propio artículo 64 de la Ley 30/1995 establece, una " modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaria al sistema de Seguridad Social obligatoria", es claro que la pertenencia a las mismas puede complementar la afiliación o sustituirla.*
>
> *Desde esta perspectiva adquiere toda lógica lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995: los interesados no están obligados a incorporarse el RETA si optan por el régimen sustitutivo de una Mutualidad; pero si el interesado, teniendo derecho, no optara por incorporarse a la Mutualidad correspondiente, "no podrá ejercitar dicha opción con posterioridad".*
>
> *En el caso analizado en la instancia, el actor formuló su solicitud de alta en el RETA, aunque continuando de alta en la Mutualidad General de la Abogacía, circunstancia conocida por la Administración. Lo hizo en el mes de febrero de 2007, cuando ya estaba vigente la discutida disposición adicional decimoquinta. Por más que en su solicitud de alta no manifestara expresamente que "optaba" por*

RETA por entender de aplicación lo establecido en la disposición adicional decimoquinta dela Ley 30/1995 , señalándose que "el Sr. X optó por la afiliación y alta en el RETA con efecto de 1 de febrero de 2007, aunque continuando de alta en la Mutualidad General de la Abogacía como previsión profesional voluntaria y complementaria" y añadiendo que "una vez producida su alta en el RETA, solo puede producirse la baja en el mismo por el cese en la actividad determinante de su inclusión en él y solicitándola, además, a la Tesorería General de la Seguridad Social", siendo así que el interesado " no acredita el cesen el desarrollo de su actividad profesional; al contrario, tanto en su solicitud de baja, como en el escrito de legaciones, como en la solicitud de jubilación manifiesta su intención de pasar a la situación de jubilación compatible con el trabajo profesional".

un régimen en detrimento del otro, es lo cierto que una vez producida a su instancia su alta en el RETA bajo la vigencia de aquella norma, solo puede producirse la baja en el mismo por el cese en la actividad determinante de su inclusión en él y solicitándola, además, a la Tesorería General de la Seguridad Social.

Así se desprende del Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 de enero. En efecto: a) A tenor de su artículo 30 "la comunicación de iniciación de la prestación de servicios o de la actividad o la del cese en las mismas efectuadas en los modelos oficiales de alta o de baja, o por los sistemas especialmente establecidos al efecto, implicará la solicitud en regla del alta o de la baja en la Seguridad Social" ; b) Según su artículo 31 " los sujetos obligados a solicitar las altas y bajas (...) deberán acreditar, según proceda, la prestación de servicios, el ejercicio profesional de la actividad y la concurrencia de los demás requisitos y circunstancias determinantes de la inclusión en el Régimen de que se trate, que han dejado de reunir los requisitos o, en su caso, que se han producido las variaciones que a los mismos afecten "; c) Y de conformidad con su artículo 35 " la baja del trabajador producirá efectos desde el cese (...) en la actividad por cuenta propia ", siendo así que " la mera solicitud de la baja y el reconocimiento de la misma no extinguirá la obligación de cotizar ni producirá los demás efectos de aquélla si continuase la prestación del trabajo o el desarrollo de la actividad o situación correspondiente.

En definitiva, es cierto que el actor no venía obligado en su día a darse de alta en el RETA al mantenerse incorporado a la Mutualidad General de la Abogacía desde el mes de octubre de 1975. Pero en febrero de 2007, vigente ya la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, decidió libre y voluntariamente (optó, en sentido propio) causar alta en el RETA, sin sustituir tal afiliación por su pertenencia a la Mutualidad

De esta manera, una vez producida dicha alta en el mencionado régimen especial, solo puede causar baja en el mismo por cesar en la actividad laboral por cuenta propia, sin que quepa revocar aquella decisión voluntaria, ejercitable por una sola vez, dada la indisponibilidad de los derechos y deberes derivados del sistema de la Seguridad Social vigente.

La sentencia recurrida, al admitir la eficacia de la solicitud de baja en el régimen especial, ha infringido lo dispuesto en los preceptos legales y reglamentarios citados, tal y como aduce la Tesorería General de la Seguridad Social en su único motivo de casación.

La conclusión a la que parece que nos lleva el fallo (aunque téngase en cuenta que el tema de la compatibilidad no es tratado directamente) es muy clara, la inclusión en el RETA del profesional supone la aplicación en toda su extensión de la normativa reguladora del mismo, y en consecuencia:

-La baja en el RETA, implica que el interesado cesa en la actividad que dio lugar a su inclusión en el mismo. No procediendo la misma, si se continúa en la actividad

-Que la pensión de jubilación, con carácter general, es incompatible con el desempeño de una actividad o trabajo que dé lugar a la inclusión en cualquiera de los Regímenes de Seguridad Social, salvo las excepciones establecidas, es decir: la jubilación flexible, la

jubilación activa y la actividad desarrollada por cuenta propia cuyos ingresos por tales servicios sean inferiores al SMI.

Lo que no queda claro es que ocurre si se trata de una persona que está de alta en el Régimen General y también como profesional en la mutualidad alternativa, cesa en el trabajo por cuenta ajena por acceder a la pensión de jubilación y mantiene el ejercicio profesional. Aparentemente no sería de aplicación la incompatibilidad.

5.4. TRABAJOS POR CUENTA PROPIA E INGRESOS INFERIORES AL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL[101]

Desde la reforma introducida por la Ley 27/2011, a partir de 02-08-2011, el percibo de la pensión de jubilación es compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el Salario Mínimo Interprofesional, en cómputo anual[102]. Quienes realicen estas actividades económicas no estarán obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social y no generarán nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social (art. 213.4 LGSS/2015).

La suspensión o no de la pensión, queda supeditada a la decisión de la TGSS sobre la integración del pensionista en el RETA[103]. En cuanto a los ingresos anuales a computar a los efectos de entender por superado o no el importe del SMI son los ingresos netos, es decir los ingresos íntegros menos los gastos fiscalmente deducibles[104].

5.5. TRABAJOS DE PENSIONISTAS PROCEDENTES DE LOS SISTEMAS ESPECIALES AGRARIOS DE TRABAJADORES POR CUENTA AJENA Y POR POR CUENTA PROPIA[105]

El artículo 52 del Decreto 3772/1972, de 23 diciembre, reglamento general del Régimen Especial Agrario, preveía en su apartado 2. º lo siguiente:

> *"2. El disfrute de la pensión de vejez será incompatible con el trabajo del pensionista, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación de cualquiera de los Regímenes de la Seguridad Social, y será compatible con la realización de labores agrarias que tengan carácter esporádico y ocasional y sin que, en ningún*

[101] VV.AA. La reforma de la pensión de jubilación, GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE, M.C. (coordinadoras), Editorial Tirant Lo Blanc, colección monografías, n.º 905, Valencia, págs.159-175.

[102] Para 2016 alcanzan los 9.172,80€ (RD 1175/2015, de 29 diciembre).

[103] Criterio TGSS 2001/27, ampliado en RJ 161/2011 de 11-11-2011.

[104] Criterio Secretaria de Ordenación e Impugnaciones de la TGSS nº 20/2013.
VV.AA.: La compatibilidad de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social y el Trabajo, MERCADER UGUINA, J. (dir.) y ARAGÓN GÓMEZ, C., LEX NOVA-THOMSON REUTERS, Valladolid, 2013, págs. 150-154.
PANIZO ROBLES, J.A. y PRESA GARCÍA-LÓPEZ: La pensión de jubilación del sistema de Seguridad de la Seguridad Social. Guía Práctica, 2.ª ed., LEX NOVA-THOMSON REUTERS, Valladolid, págs. 232-233.

[105] VV.AA.: La compatibilidad de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social y el Trabajo, MERCADER UGUINA, J. (dir.) y ARAGÓN GÓMEZ, C., LEX NOVA-THOMSON REUTERS, Valladolid, 2013, págs. 161-164.
PANIZO ROBLES, J.A. y PRESA GARCÍA-LÓPEZ: La pensión de jubilación del sistema de Seguridad de la Seguridad Social. Guía Práctica, 2.ª ed., LEX NOVA-THOMSON REUTERS, Valladolid, págs. 245-249.

caso, puedan llevarse a cabo tales labores durante más de seis días laborables consecutivos, ni invertir en ellas un tiempo que exceda, al año, del equivalente a un trimestre. ***Cuando la realización de las labores*** *que se declaran compatibles con el percibo de la pensión,* ***se lleven a cabo por cuenta ajena****, el empresario que emplee en ellas al pensionista, vendrá obligado a formalizar su protección por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, …" de conformidad con lo dispuesto en el apartado a) del artículo 20;* ***cuando las indicadas labores se lleven a cabo por cuenta propia,*** *el pensionista quedará protegido, de pleno derecho, por las aludidas contingencias, en la Mutualidad Nacional Agraria, sin que tenga que satisfacer por ello cuota alguna.*

Y el apartado 3.º:

3. El pensionista que pretenda realizar trabajos que, de acuerdo con lo dispuesto en el número anterior, sean incompatibles con el disfrute de la pensión, vendrá obligado a comunicarlo a la Mutualidad Nacional Agraria y a satisfacer por tales trabajos las cotizaciones que correspondan, cesando en el percibo de la pensión mientras duren los mismos.
…"

Por su parte la disposición adicional séptima de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, de integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General, prevé en su DA. 7. ª la compatibilización de las labores agrarias esporádicas y ocasionales con la pensión de jubilación de los trabajadores por cuenta ajena agrarios, si bien remite al correspondiente desarrollo reglamentario, en un plazo de 6 meses, los términos y condiciones de su determinación, lo que hasta la fecha no se ha producido. Con lo que surge la duda de si sigue siendo aplicable la previsión del apartado 2 del art. 52 del D. 3772/1972, o bien por aplicación de lo prevenido en el art. 256 de la LGSS/2015, habrá que estar a las normas generales de compatibilidad e incompatibilidad previstas en los arts. 213 y 214 de la LGSS/2015.

Por lo que respecta a la realización de trabajos por el pensionista de jubilación procedente del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios[106] de actividades agrarias cuyos rendimientos, en cómputo anual, no superen el importe, también en cómputo anual, del SMI vigente en cada momento, se entenderá que no da lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen Especial de los trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. En consecuencia la realización de estos trabajos que no conllevan el alta en el RETA (SETA) y no ocasionarán la suspensión de la pensión de jubilación[107].

[106] V. arts. 323 y ss. LGSS/2015.

[107] Ver en este sentido Resolución de la DGOSS de 04-03-2009.
Recientemente, esta resolución ha sido interpretada por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social en fecha 4-3-2013, acerca de cómo debe realizarse el cómputo de los ingresos de los pensionistas a efectos de poder o no compatibilizar la pensión con el mantenimiento de la actividad agraria, siempre por debajo de SMI, precisándose en la consulta que "evidentemente, si el cálculo se hace por rendimiento neto, la posibilidad de mantener actividad por el pensionista se incrementa a si hablamos de un montante bruto de retribución. Dicho centro directivo entiende que la solución pasa por seguir paralelamente la *(...)*

5.6. MANTENIMIENTO DE LA TITULARIDAD DE UN NEGOCIO Y EJERCICIO DE LAS FUNCIONES INHERENTES A LA MISMA

El art. 93.2 de la Orden de 24-9-1970 determinaba que "*El disfrute de la pensión de vejez será compatible con el mantenimiento de la titularidad del negocio de que se trate y con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad*". El problema que surgía a continuación era concretar que se entiende por funciones inherentes a la titularidad de un negocio y que no supongan un autentico trabajo que necesariamente de lugar a un alta en el sistema. Teniendo en cuenta que, en general, esas funciones inherentes pueden –normalmente– ser desempeñadas por un tercero mediante un apoderamiento. Si bien no hay que olvidar que habría que distinguir en si estamos ante un empresario individual que tiene amplias facultades para delegar, o bien para el caso

solución que la normativa reguladora de este colectivo establece para su integración en el sistema especial. el artículo 2 de la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, incluye, entre los requisitos a cumplir, el ser titular de una explotación agraria y obtener, al menos, el 50 por 100 de su renta total de la realización de actividades agrarias u otras complementarias, siempre que la parte de renta procedente directamente de la actividad agraria realizada en su explotación no sea inferior al 25 por 100 de su renta total (apartado 1.a) y que los rendimientos anuales netos obtenidos de la explotación agraria por cada titular de la misma no superen la cuantía equivalente al 75 por 100 del importe, en cómputo anual, de la base máxima de cotización establecida en cada momento en el Régimen General de la Seguridad Social (apartado 1.b). La concreción de lo que debe entenderse por "renta de la actividad agraria" del apartado 1.a) y "rendimientos anuales netos de la explotación agraria" del apartado 1.b), se establecen en el ámbito reglamentario de desarrollo es decir en el RD 1382/2008, de 1 de agosto y que podrían resumirse así:

En la norma 1ª se establece lo siguiente: "De conformidad con lo previsto en los artículos 36.6 de la Ley General de la Seguridad Social y 95.1.c) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general Tributaria, las Administraciones Tributarias suministrarán a la Tesorería General de la Seguridad Social, con periodicidad anual, información sobre los datos de las declaraciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondientes a los trabajadores incluidos en este Sistema Especial que permitan determinar su renta total y la parte de renta procedente de la actividad agraria, a las que se refiere el artículo 2.1.a) de la Ley 18/2007, de 4 de julio.

A tales efectos, se considerarán renta total y renta agraria del titular de una explotación las determinadas por el artículo 5 de la Orden de 13 de diciembre de 1995, por la que se desarrolla el apartado 1 del artículo 16 y la disposición final sexta de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias".

Por su parte el art. 5 de la Orden de 13-12-1995, en su apartado 1.a) establece que la renta de la actividad agraria de explotación se calculará de la siguiente forma:

"1º.- En el caso de declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas en régimen de estimación objetiva, sumando al rendimiento neto de módulos los importes de las dotaciones a la amortización y otras reducciones efectuadas en su determinación, sin incluir las correspondientes a los índices correctores aplicados.

2ª.- En el caso de declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas en régimen de estimación directa, sumando al rendimiento neto las dotaciones a la amortización deducidas en el ejercicio."

En definitiva e la determinación de los rendimientos de las actividades agrarias de los pensionistas de jubilación procedentes del Sistema Especial Agrario habrá que estar a este precepto de la Orden de 13-2-1995. Teniendo en cuenta además el último párrafo del apartado 1 del art. 2 de la Ley 18/2007, amplía el número de ejercicios económicos que han de tomarse en cuenta para el cumplimiento de los requisitos relativos a las rentas y rendimientos obtenidos en las explotaciones (seis ejercicios económicos inmediatamente anteriores) para el mantenimiento de los requisitos necesarios para estar incluidos en este Sistema Especial para los Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios.

de que sea empresario social, que tiene unas facultades más limitadas en orden a la posibilidad de apoderar a personas ajenas al órgano de administración[108].

El criterio que viene sosteniendo la administración de la Seguridad Social puede resumirse de la siguiente forma, son[109]:

> *"…funciones inherentes a la titularidad del negocio de que se trate" a que se refiere el artículo 93.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, comprenden exclusivamente dictar instrucciones directas y criterios de actuación a las personas que tienen encomendada la gestión y administración de la empresa, así como los actos de disposición que no sean necesarios para efectuar aquéllas. Además, cuando ese "titular" se asimile a un administrador con control sobre la sociedad en los términos de la disposición adicional vigésima séptima de la Ley General de la Seguridad Social, las "funciones inherentes a la titularidad" incluirán también aquellas actividades que por ley no pueden encomendarse a personas ajenas al órgano de administración.*
>
> *Fuera de lo anterior, es decir, todo lo que suponga gestión, administración y dirección ordinaria de la empresa debe reputarse actividad incompatible con la pensión de jubilación del RETA, tanto para el empresario individual como para el empresario "de hecho" de una sociedad mercantil capitalista, pues dará lugar al alta en el Sistema de la Seguridad Social –RETA–, pudiéndose citar, a título de ejemplo, la firma de contratos en general, de convenios colectivos, solicitudes de crédito, representación en juicio y fuera de él de la empresa, firma de avales y cuantos actos jurídicos requiera la gestión y administración ordinaria reiteradamente aludida."*

Se trata en definitiva de tener en cuenta las singularidades de las actividades por cuenta propia y que el hecho de alcanzar una determinada edad y acceder a la pensión de jubilación tenga que suponer necesariamente la absoluta separación o abandono de la empresa de la que es su titular, bastará con que deje de reunir las condiciones o requisitos de realizar "*de forma habitual, personal, directa, …, una actividad económica o profesional a título lucrativo, …"* tal y como exige el art. 305 LGSS/2015 para quedar obligatoriamente incluido en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. El problema está en donde termina y empieza ese trabajo habitual, personal y directo y cual será al final el margen de tolerancia.

5.7. ACTIVIDADES REALIZADAS POR ESCRITORES Y FUNCIONARIOS TRAS SU JUBILACIÓN. PUBLICACIONES, CONFERENCIAS, CURSOS, JORNADAS, ETC

Tras la reforma introducida por el RD-Ley 5/2013 parece que la colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y el Ministerio de Empleo y Seguridad

[108] VV.AA.: La compatibilidad de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social y el Trabajo, MERCADER UGUINA, J. (dir.) y ARAGÓN GÓMEZ, C., LEX NOVA-THOMSON REUTERS, Valladolid, 2013, págs. 154-160.

[109] Resolución de 13-8-1999 de la DGOSS.

Social se ha activado en relación con determinados colectivos, en orden a controlar el correcto cumplimiento de las obligaciones e incompatibilidades que todo pensionista de jubilación tiene durante el percibo de la prestación social pública. Y así es fácil encontrar noticias, en los medios de comunicación, como la siguiente "*El conflicto de las pensiones sacude la literatura española. El Ministerio de Empleo reclama la pensión a autores jubilados que siguen publicando. Decenas de creadores son inspeccionados*"**[110]**. La noticia continúa y sigue diciendo "*el conflicto llevó ayer al PSOE a presentar en el Congreso una proposición no de ley para que sea compatible cobrar la pensión con cualquier actividad creativa. "Los autores representan una situación excepcional", explican fuentes socialistas. "Nuestro objetivo es desarrollar una ley del artista y del creador, no sólo para resolver este conflicto, sino para solucionar el problema de la creación en España de una vez".* Pero el conflicto no solo alcanza a los escritores sino también a músicos, pintores, fotógrafos, etc.; en realidad no solo aquellos que siguen realizando su actividad, sino también aquellos que continúan percibiendo tras la jubilación derechos de autor. Por otro lado, no solo alcanza esta actuación inspectora del Ministerio de Empleo y Seguridad Social a los denominados "creadores" sino también a funcionarios jubilados que prosiguen tras el acceso a la jubilación, publicando artículos, libros, impartiendo cursos, conferencias, etc.

En realidad, el supuesto conflicto que parece que se nos presenta como generalizado y con un futuro apocalíptico "*...un daño de proporciones incalculables al desarrollo intelectual de nuestro país, impidiendo que nuestro autores puedan seguir aportando en una etapa de su vida en la que el grado de madurez, experiencia y sabiduría puede ser volcado en mejorar una sociedad cada vez más necesitada de peso intelectual*"[111], hay que situarlo en sus justos términos. Todo está en función de como se desarrolle esa actividad tras el acceso a la pensión de jubilación. Si la actividad se mantiene en similares condiciones de profesionalidad que en su momento llevaron a su inclusión en el sistema de Seguridad Social[112], resulta obvio, como ocurre con cualquier otro pensionista, que tendrá que sujetarse a las condiciones generales. Por tanto, o se pide la suspensión de la pensión y se continúa desarrollando con normalidad esa actividad creativa; o bien se acoge alguna de las múltiples formas en las que se permite percibir simultáneamente pensión con ingresos por actividades, como son la jubilación parcial, la jubilación flexible, la jubilación activa o bien simplemente desarrollando la misma, pero no superando determinado volumen de ingresos (arts. 213 a 215 LGSS/2015). No se entendería una diferencia de trato respecto de otros trabajadores, también jubilados, por muy creativo o sabio que nos pueda parecer y por sus futuras aportaciones al saber o al conocimiento. Piénsese en la pérdida que también puede suponer para la sociedad la jubilación de un ebanista, un escultor, un cocinero, un cirujano, etc.; y a nadie se le ocurre pedir que se le excepcione la aplicación de la ley.

Cosa distinta a lo anterior es como trata o debería de tratarse determinadas actividades que se puedan proseguir tras el acceso a la jubilación y si son o no merecedoras de

[110] Noticia publicada en el diario El País en 22-1-2016. La noticia completa se puede leer en la siguiente dirección: http://cultura.elpais.com/cultura/2016/01/21/actualidad/1453404951_724842.html.

[111] Noticia publicada en el diario El País en 23-1-2016. La noticia completa se puede leer en la siguiente dirección: ElPaíshttp://cultura.elpais.com/cultura/2016/01/22/actualidad/1453484477_281268.html.

[112] Bien como trabajador por cuenta ajena en el Régimen General o en el RETA si la actividad era desarrollada por cuenta propia. También y para la continuación de actividad de los funcionarios públicos con posterioridad a su cese o en los residuales regímenes de funcionarios públicos, de la administración de justicia o militares.

considerarlas incompatibles. Sin ánimo de ser exhaustivo, nos podemos encontrar con las siguientes: a) Derechos de autor; b) Publicaciones esporádicas; c) Cursos, conferencias, seminarios y similares; d) Premios literarios, artísticos o científicos

a) Los derechos de autor

Los derechos de autor suponen –en términos generales– una cantidad de dinero que el autor de una obra artística o, literaria o científica percibe como participación en los beneficios que produce su difusión, publicación o reproducción. Ingresos que en algunas ocasiones se perciben una parte como anticipo a cuenta de los futuros derechos o bien periódicamente. El problema es si, por ejemplo, un libro publicado antes de la jubilación que sigue generando derechos de autor tras la misma, debe ser considerado como ingresos compatibles o incompatibles con la pensión de jubilación. En el terreno fiscal esos rendimientos se consideran prestaciones de servicios afectos a IVA; y rentas de trabajo a efectos de IRPF (si el autor ha cedido los derechos de explotación y no ordenan los medios de producción propios ni tampoco los recursos humanos)[113]; o bien renta de actividad profesional a efectos de IRPF (para el caso de que cedan los derechos de explotación y ordenen los medios de producción y en su caso los recursos humanos). Si se asumen los criterios fiscales y se trasladan al ámbito de la Seguridad Social, el jubilado que sigue percibiendo derechos de autor tendrá que tener en cuenta que los mismos podrán colisionar con el disfrute libre de su pensión de jubilación y se podrán ver afectados por las incompatibilidades previstas en los arts. 213-215 de la LGSS/2015. No parece que este debería de ser el criterio a tomar en cuenta por varias razones, a saber:

-El art. 213.1 de la LGSS/2015 declara incompatible el disfrute de la pensión de jubilación con el trabajo del pensionista. Y aquí no hay trabajo, si no que se están percibiendo unos rendimientos por un trabajo que se hizo antes de estar jubilado. Recuérdese por lo demás, que un escritor profesional, cuando está en activo cotiza por una base tarifada, luego no se puede pensar que habría un perjuicio para la Seguridad Social, ya que está percibió lo que se debía y el pensionista ahora está recibiendo su pensión calculada conforme a su cotización.

-La previsión de compatibilidad de la pensión de jubilación con trabajos por cuenta propia con el límite SMI (art. 213.4 LGSS/2015), no afectaría para nada a lo que aquí se ventila, ya que no hay trabajo efectivo alguno.

-Y por otro lado podría llevar al absurdo de que una persona tuviera que renunciar a los futuros derechos de autor si quiere jubilarse, so pena de negociar una venta definitiva –con una posible pérdida de ganancias futuras– de los mismos momentos antes de la jubilación.

b) Publicaciones esporádicas

Una publicación, una colaboración, etc., esporádica podría pensarse que no llevaría consigo su afectación a la pensión de jubilación, por falta de las notas de habitualidad que en

[113] V. art. 17 y 46 RD-Ley 1/1996, de 12 abril. V. Resolución de la DGT núm. 1296/2005, de 30 junio; y Resolución DGT núm. 2221/2008, de 25 noviembre.

el caso de los trabajadores por cuenta propia se predica para su inclusión en el RETA (art. 305.1 LGSS/2015)[114]. También podría pensarse que se vería afectada por el límite establecido en el art. 213.4 LGSS/2015 y por tanto en tanto en cuanto no supere el límite de SMI, sería perfectamente compatible. No obstante aquí queda en el aire si la incompatibilidad debería de predicarse del aspecto cualitativo o del cuantitativo. Es decir, una única publicación podría suponer la incompatibilidad, mientras que múltiples publicaciones podrían ser compatibles, todo dependería de los ingresos que percibiera el pensionista.

c) Cursos, conferencias, jornadas, etc

La situación es bastante similar, todo dependerá de cómo se articulen los mismos si estamos ante una actividad organizada y dirigida por el propio pensionista estaremos ante el ejercicio de una actividad económica y por tanto habrá que ver si quedaría encuadrable dentro de la obligación de mantener o cursar un alta en el RETA (art. 305.1 LGSS/2015). En este caso procedería la suspensión de abono de la pensión de jubilación; o bien a tenor de los ingresos quedaría dentro de los topes del art. 213.4 LGSS/2015 y por tanto compatible con el disfrute simultáneo de la pensión. Algo similar podría decirse si estamos ante una actividad por cuenta ajena, en cuyo caso habría que determinar si el sujeto debería de estar o permanecer en alta en el R. General (art. 136.1 LGSS/2015) o bien a tenor de los ingresos estaría dentro del *umbral* tolerable del art. 213.4 LGSS/2015 y por tanto los ingresos por tal trabajo no tendrían incidencia en la pensión de jubilación.

Aquí la reflexión es la misma que se ha indicado anteriormente, una única participación en un curso, jornada o conferencia podría dar lugar, por la cantidad percibida, a la aplicación de la incompatibilidad prevista en el apartado 4 del art. 213 LGSS/2015, conclusión que en principio parecería excesiva.

d) Premios literarios, artísticos o científicos

Desde el punto de vista fiscal se distinguen aquellos premios que están exentos de tributación, de aquellos que no la tienen y se consideran rentas irregulares[115]. La consideración de estar exentos o no viene determinada por la declaración en tal sentido por la Agencia Estatal Administración Tributaria, a través del procedimiento previsto en el la OHA/3525/2008, de 20 noviembre. Parece lógico pensar que si el premio está exento de tributación, cualquiera que sea su importe, no llevaría consigo en ningún caso la aplicación de regla o causa alguna de incompatibilidad. Si bien surge una duda ¿qué ocurre respecto a su explotación? Es decir, si se originan posteriormente derechos de autor con su publicación. Y aquí tendríamos que volver a las mismas consideraciones antes indicadas.

[114] El D. 3262/1970, de 29 de octubre, por el que se estableció y reguló el Régimen de la Seguridad Social de los Escritores de Libros, en su art. Segundo. Dos, en relación con la profesionalidad exigida para su alta en el mismo, exigía que se publicaran cinco libros distintos como mínimo o bien haber percibido de una o varias empresas editoriales españolas en concepto de liquidación de derechos de autor o en el de premio una suma no inferior a 50.000 pesetas.

[115] Vid. arts. 3 y 7.LIRPF y 25.1 Reglamento de la Ley IRPF.

e) Profesores eméritos de universidades[116]

Las Universidades vienen reconociendo a quienes han dedicado a ella su actividad profesional con esfuerzo y ejemplaridad de diversas formas y una de ellas es otorgarle la condición de profesor emérito. Y ello en la creencia o conveniencia académica de mantener entre sus activos a quienes, en el pleno uso de sus capacidades, alcanzan la edad "forzosa" de jubilación entendiendo que pueden aportar su producción científica, su experiencia en la formación y dan continuidad a proyectos y equipos investigadores, etc.[117]. Es obvio que la Universidad, y la sociedad en general, obtienen un claro beneficio al seguir contando con ellos en lo que representa uno de sus objetivos: el avance del conocimiento. Cada Universidad establece sus propios cauces o requisitos que deben concurrir en el solicitante y el procedimiento que ha de seguir la petición. En esas tareas que suelen las universidades encomendarles, están las actividades docentes, investigadoras, de formación de profesorado, tutoriales, etc. A cambio, a parte de tal distinción, que suele calificarse como honorífica, está la posibilidad de percibir con cargo a la Universidad una remuneración. Esa remuneración y el percibo de la correspondiente pensión de jubilación es lo que se podría cuestionar desde el punto de vista de su compatibilidad o no.

La DA. 22.ª de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades establece:

> *"Disposición adicional vigésima segunda. Del régimen de Seguridad Social de profesores asociados, visitantes y eméritos.*
>
> *1. En la aplicación del régimen de Seguridad Social a los profesores asociados y a los profesores visitantes, se procederá como sigue:*
>
> *a) Los que sean funcionarios públicos sujetos al régimen de clases pasivas del Estado continuarán con su respectivo régimen, sin que proceda su alta en el régimen general de la Seguridad Social, por su condición de profesor asociado o visitante.*
>
> *b) Los que estén sujetos al Régimen general de la Seguridad Social o a algún Régimen especial distinto al señalado en el apartado a) serán alta en el Régimen general de la Seguridad Social.*
>
> *c) Los que no se hallen sujetos a ningún régimen de previsión obligatoria serán alta en el Régimen general de la Seguridad Social.*
>
> *2. Los profesores eméritos no serán dados de alta en el Régimen general de la Seguridad Social."*

Y que viene también recogido en el art. 137 c) de la LGSS/2015, dentro de las exclusiones de trabajos en el Régimen General.

[116] VV.AA. La reforma de la pensión de jubilación, GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE, M.C. (coordinadoras), Editorial Tirant Lo Blanc, colección monografías, n.º 905, Valencia, págs.154-156.

[117] También a quienes se habían acogido a planes de incentivación de jubilaciones voluntarias en las distintas Universidades.

5.8. OTROS SUPUESTOS

5.8.1. Percepciones económicas indemnizatorias por cese en el sector público

El percibo de la pensión de jubilación es incompatible con las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquier otra percepción económica prevista con ocasión del cese en cualquier cargo, puesto o actividad en el sector público[118].

A estos efectos se considera también actividad en el sector público la desarrollada por los miembros electivos de las Cortes Generales, de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, por los altos cargos y restante personal de los órganos constitucionales y de todas las Administraciones Públicas, incluida la Administración de Justicia.

No obstante, en este caso es posible optar. Para ello se concede un plazo de quince días hábiles, a contar desde que concurra la incompatibilidad, para comunicar ante la Oficina de Conflictos de Intereses del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en el caso del sector público estatal, o al órgano competente de la Administración autonómica o local, su opción entre la percepción de las mismas o la retribución de la actividad pública o privada que estén desempeñando o, en su caso, percepción de la pensión de jubilación o retiro. La opción por la pensión se formalizará por escrito para su adecuada constancia e implica la renuncia a la pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquier otra percepción económica prevista con ocasión del cese.

5.8.2. Pensión de jubilación y salarios de tramitación

Los salarios de tramitación vienen a consistir en una cantidad igual a la de los salarios dejados de percibir por un trabajador desde la fecha de despido hasta la de notificación de la sentencia que declara la improcedencia del mismo o bien hasta la fecha en que encuentre un nuevo trabajo si es anterior a la sentencia (art. 56.2 del Estatuto de los Trabajadores). Existe obligación de cotizar por este período y se considera como de ocupación cotizada a todos los efectos.

Cuando los salarios de tramitación coinciden, en su devengo, con la pensión de jubilación su percepción es incompatible, debiendo diferenciarse dos situaciones:

a) Supuesto de readmisión del trabajador despedido:

En los casos de readmisión del trabajador despedido, en los que, pese a haber tenido lugar la jubilación del trabajador se hubiese reanudado con plenos efectos el contrato de trabajo, procederá que se declare la ineficacia sobrevenida de la resolución de reconocimiento de la pensión. Para ello, habrá de dictarse nueva resolución administrativa en la que también se deje constancia de las cantidades de pensión indebidamente percibidas por el beneficiario, que, una vez se haya notificado al interesado, se remitirá a la TGSS para su recaudación.

[118] Art. 1 RD-ley 20/2012, de 13 julio.

b) Supuesto en que el empresario opta por la no readmisión:

Si se opta por la indemnización, puesto que no estamos ante la reanudación de la prestación de servicios, debe únicamente modificarse la resolución inicial para situar el hecho causante el último día del periodo de salarios de tramitación, que será el día de la baja en el Régimen General de la Seguridad Social, y efectuar el nuevo cálculo a que pueda haber lugar. En la resolución de modificación de la originaria, se incluirá también la correspondiente declaración de deuda por las cantidades indebidamente percibidas en concepto de pensión, procediéndose a la iniciación del procedimiento especial regulado en el Real Decreto 148/1996, de 5 de febrero y Orden de 18 de julio de 1997.

5.8.3. Denegación indebida de prórroga de servicio activo. Personal estatutario

Se trata de situaciones muy singulares que han tenido que ver con el personal estatutario de los servicios públicos de salud cuando, obligados a cesar antes de los 70 años al desestimarles la prolongación de la situación de servicio activo prevista en el artículo 26 del Estatuto marco, aprobado por Ley 55/2003, de 16 de diciembre, solicitan del INSS la pensión de jubilación al tiempo que impugnan la decisión administrativa sobre la prórroga[119].

Al obtener los interesados, ya pensionistas de jubilación, fallos judiciales favorables a su demanda, en todas estas sentencias han venido anular la resolución administrativa impugnada, y se reconoce el derecho de los recurrentes a continuar en el servicio activo hasta el cumplimiento de los 70 años, mientras concurran los presupuestos legales, así como a ser indemnizados por las cantidades dejadas de percibir.

En algunas, además, al estimar la pretensión indemnizatoria se tiene en cuenta que se ha estado percibiendo la pensión de jubilación de la Seguridad Social para reconocer la diferencia cuantitativa entre ambos conceptos hasta la fecha de la ejecución efectiva de la correspondiente sentencia.

Ante estos supuestos, hay que tener en cuenta que la pensión de jubilación es incompatible con el trabajo del pensionista, incluidos los salarios de tramitación, siempre que el mismo dé lugar a la inclusión del trabajador en el campo de aplicación de cualquier régimen de la Seguridad Social.

Lo que viene hacer el INSS es supeditar su actuación sobre la pensión de jubilación concedida y abonada a lo que resuelva la Tesorería General de la Seguridad Social sobre los efectos del alta y de la obligación de cotizar del trabajador reincorporado. Y lo mismo sucederá aunque no tenga lugar la reincorporación al servicio activo.

Lo que podría suponer que:

A) Si la TGSS retrotrae el alta y la obligación de cotizar al día siguiente al del cese del personal estatutario que dio lugar a la pensión de jubilación, el INSS, declarará la

[119] Ver Criterio del INSS 2007/8, ampliación RJ 5/2014 de 06-02-2014). El mismo supuesto podría darse en el ámbito del artículo 67.3 del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril).

ineficacia sobrevenida de su anterior acto de reconocimiento de la pensión, y dejará constancia en la misma de lo indebidamente percibido por el beneficiario y de su obligación de reintegrarlo a la entidad gestora.

B) Si el alta practicada por la TGSS no tuviese efectos retroactivos, o si la retroactividad no cubriese todo el tiempo que haya transcurrido desde el día que el INSS había considerado el del hecho causante de la jubilación, la entidad gestora resolverá sobre la suspensión del derecho causado durante el periodo de alta y cotización y el percibo indebido de la prestación, en razón de esa suspensión.

5.8.4. Posibilidad de percibir la prestación de jubilación, seguir trabajando y percibir percepción de planes de pensiones

Para este caso la Subdirección General de Planes y Fondos de Pensiones del Ministerio de Economía y Competitividad en consulta planteada en fecha de 21 de julio de 2014, entiende que no hay inconveniente en ello aunque las especificaciones del plan de pensiones no hayan previsto expresamente esta situación.

5.8.5. Jubilación de Administradores o Consejeros de Sociedades en alta en el RETA[120]

Se trata de la situación planteada por los Administradores o Consejeros de Sociedades mercantiles capitalistas que ejercen las funciones de dirección y gerencia que conllevan el desempeño de dichos cargos y poseían el control efectivo, directo o indirecto, de la empresa, ya que conforme a la DA. 27ª LGSS/1994 (hoy integrada en el art. 305 LGSS/2015) debían de quedar encuadrados en el RETA. Pues bien, el problema partía de un colectivo de los mismos, administradores o consejeros ejecutivos, que ejercían su actividad de forma gratuita y que compatibilizaban esta actividad con la pensión de jubilación de la Seguridad Social. Pues bien por escrito de 4-5-1999 de la Dirección de Ordenación de la Seguridad Social, recogido en Circular 5-019, de 10 de junio, de la TGSS, vino a fijar como criterio para su inclusión o no en el Sistema y posterior encuadramiento que:

-Los administradores ejecutivos a que se refiere el apartado 1 de la DA 27ª LGSS/1994, esto es, aquellos que controlan la sociedad, resulta que no es preciso que sean retribuidos por su cargo de administradores para estar obligatoriamente incluidos en el RETA, bastando al efecto que presten servicios en la sociedad "a título lucrativo", noción en la que tendría cabida la aptitud del interesado de ingresar en su patrimonio el resultado de su actividad bien por vía de dividendos, bien por el incremento del activo de la sociedad, y ello aun cuando la misma no genere dichos dividendos o incurra en pérdidas.

-Los administradores ejecutivos que no controlan la sociedad y no prestan, simultáneamente a dicho cargo, otros servicios por cuenta ajena para aquélla, es condición necesaria para su encuadramiento en el Régimen General como asimilados a trabajadores por cuenta ajena que sean retribuidos, debiendo constar así expresamente en los estatutos

[120] VV.AA.: La compatibilidad de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social y el Trabajo, MERCADER UGUINA, J. (dir.) y ARAGÓN GÓMEZ, C., LEX NOVA-THOMSON REUTERS, Valladolid, 2013, págs. 160-161.

sociales, y ello aunque tengan la condición de socios de la empresa, a tenor todo ello del articulo 97.2.k) de la LGSS/1994 (su referencia actual sería el art. 136 LGSS/2015).

-Los administradores ejecutivos que no controlan la sociedad, pero prestan otros servicios por cuenta ajena para la misma, deberán –en todo caso– cursar su alta en el Régimen General como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, pues la prestación de servicios en régimen laboral, sea común o especial, conlleva necesariamente el derecho a retribución, cualquiera que sea la forma en que ésta se haya pactado.

Y en lo remanente a la compatibilidad de la pensión de jubilación con el desempeño del cargo de administrador ejecutivo, cuando el trabajador se encuentre en alguno de los supuestos que implican una situación de control sobre la sociedad previstos por el ap. 1 de la DA. 27. ª LGSS/1994 (hoy art. 136 LGSS/2015), al no ser necesario para la inclusión en el RETA, que dicho cargo de administrador sea retribuido según los estatutos sociales, sino que basta al efecto con que los servicios se presten "a título lucrativo", la única conclusión posible es que, al proceder el alta en el RETA, la pensión de jubilación que se devenga se considere incompatible durante el período en que deba mantenerse la situación de alta en el RETA.

El criterio administrativo podría entenderse que se mantiene, con el matiz relativo a la compatibilidad de la realización de trabajos por cuenta propia e ingresos que no superen el salario mínimo interprofesional, tal y como establece el art. 213.4 LGSS/2015.

5.8.6. Jubilación del régimen SOVI

La pensión de *"vejez"* resulta incompatible con la realización de cualquier actividad que determine la inclusión del pensionista en un *"régimen o rama de subsidios o seguros sociales obligatorios",* entiéndase ahora del Sistema de Seguridad Social (art. 5 de la Orden de 10 agosto de 1957).

5.8.7. Jubilación no contributiva

El régimen jurídico de esta prestación se encuentra en los arts. 369 a 373 de la LGSS/2015 y en el RD 357/1991, de 15 de marzo. Las únicas incompatibilidades normadas son con otras prestaciones[121] e indirectamente por el *"juego"* de las causas de extinción[122] y por el requisito para su conservación[123] que limitan su mantenimiento a no superar el umbral de renta máxima permitida. Luego no hay inconveniente en principio en que el pensionista de jubilación no contributiva trabaje y perciba rentas por ello, siempre que no superen los límites anuales que se fijen para ser beneficiario de la pensión.

[121] Art. 18 RD 357/1991, de 15 de marzo.
[122] Art. 9 del RD 357/1991, de 15 de marzo.
[123] Art. 369.2 LGSS/2015.

5.8.8. Otros vestigios de situaciones de compatibilidad[124]

Aunque su virtualidad actual es prácticamente nula, podrían citarse las siguientes situaciones:

a) Trabajadores ferroviarios

Este colectivo estaba integrado en un Régimen Especial normado por D. 2824/1974, de 9 de agosto, que contemplaba en su DT. 4ª la compatibilidad entre la pensión de jubilación con cualquier trabajo ajeno a la entidad ferroviaria. La cuestión es si tras la integración de este colectivo en el Régimen General por RD 2621/1986, de 24 diciembre se mantiene o no esta posibilidad. En realidad la cuestión aparece resuelta en la DT. 2ª, apdo. 2 regla 3ª del mentado RD 2621/1986 que señala expresamente –para los trabajadores ingresados en RENFE antes de 14-7-1967 o FEVE antes de 19-12-1969– que la pensión de jubilación será incompatible con el trabajo por cuenta ajena o propia del pensionista.

b) Funcionarios pertenecientes a la Mutualidad de la Previsión

El Reglamento de la Mutualidad de la Previsión de 30-7-1971, en su art. 23 establecía: "Las prestaciones de la Mutualidad serán compatibles con los beneficios o prestaciones que correspondan al mutualista en cualquier Mutualidad o régimen de previsión, ya sea voluntario u obligatorio".

Tras su integración en el Régimen General por RD 1220/1984, de 20 junio, la duda surgía acerca de si se mantenía esta compatibilidad, la doctrina del Tribunal Supremo ha sido favorable a ello**,** *"... es claro que la incompatibilidad entre pensión de jubilación, procedente de la Mutualidad de la Previsión, y trabajo no puede fundamentarse en la asunción de la misma por el Régimen General, por lo que, permitida la compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo por la regulación vigente al tiempo de su concesión, artículo 23 del Reglamento de 30 de julio de 1.971, es de concluir la improcedencia del descuento de lo percibido en concepto de jubilación por haber trabajado"*[125].

c) Pensionista de la Mutualidad Nacional de la Administración Local (MUNPAL)

De forma similar a los Mutualistas de la Previsión, los Estatutos de la MUNPAL, también preveían, art. 42.1 lo siguiente: "Toda prestación de la Mutualidad tendrá el carácter personal e intransferible y, en principio, será compatible con el percibo de otros ingresos, cualquiera que sea su carácter". El problema se planteaba cuando se procedió a la integración de su personal (activo y pasivo) en el Régimen General por RD 480/1993, de 2 abril. La solución es similar los pensionistas de jubilación cuyo hecho causante sea posterior a 31 de marzo de 1993 se someterán a las reglas generales de incompatibilidad prevista en el nuevo régimen de encuadramiento. Igual régimen de incompatibilidad quedan afectadas las

[124] VV.AA.: La compatibilidad de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social y el Trabajo, MERCADER UGUINA, J. (dir.) y ARAGÓN GÓMEZ, C., LEX NOVA-THOMSON REUTERS, Valladolid, 2013, págs. 1154 y ss.

[125] STS 7-12-1994 (Rec. 776/1994).

pensiones de jubilación cuyo hecho causante sea posterior o anterior a 31 de marzo cuando se trate de trabajos en el sector público a tenor de lo preceptuado en el art. 1.1 de la Ley 53/1984, 26 diciembre. No quedando afectadas las pensiones de jubilación causadas antes de 1-4-1993 si los trabajos lo son en el sector privado.

6. LOS TRABAJOS EFECTUADOS TRAS EL ACCESO A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y SU INCIDENCIA EN LA MISMA

Con carácter general cuando se realizan trabajos incompatibles con la percepción de la pensión de jubilación, la pensión queda en suspenso (también la condición de pensionista del beneficiario) y si el trabajo queda encuadrado en un régimen de trabajadores por cuenta ajena, empresario y trabajador vienen obligados a cotizar. En este caso las nuevas cotizaciones tienen los siguientes efectos:

a) Disminución de coeficiente reductor aplicable

Surtirán efecto para disminuir o suprimir, en su caso, el coeficiente reductor por edad. A tal efecto:

-Se sumará a la edad que se hubiera tenido en cuenta para determinar el referido coeficiente reductor, el período o períodos cotizados con posterioridad, aplicándose el coeficiente que corresponda a la edad equivalente al resultado de dicha suma o suprimiéndose el mismo cuando el resultado sea igual o superior a la edad de jubilación ordinaria.

-El coeficiente reductor aplicable a la pensión depende, además de la edad, de los años cotizados. En estos supuestos, las nuevas cotizaciones sirven tanto para incrementar la edad del beneficiario como para incrementar los años cotizados a efectos de la aplicación del citado coeficiente reductor[126].

En el caso de la denominada situación de jubilación flexible, dada su naturaleza de trabajos a tiempo parcial, les es de aplicación, a todos los efectos, la normativa existente para este tipo de trabajos es decir, se tendrán en cuenta los días teóricos de cotización obtenidos, incrementados con el coeficiente multiplicador del 1,5[127], salvo en el supuesto de trabajos agrarios que siempre se cotiza por jornada completa.

En el supuesto de que el pensionista realice trabajos bonificados por actividades penosas o peligrosas o por discapacidad, únicamente se computará el tiempo realmente cotizado, sin que las bonificaciones correspondientes a esos trabajos puedan ser tenidas en cuenta en ningún caso[128].

b) Aumentar el porcentaje ordinario de la pensión de jubilación que se hubiera reconocido.

[126] Ver criterio del INSS 2002/13.
[127] Ver art. 248.2 LGSS/2015.
[128] Ver Instrucción del INSS I-7-5-3 Circular del INSS 4/2003, de 8 de septiembre; y criterio INSS 2003- 04/24

c) Poder obtener el porcentaje adicional que corresponda por prolongación de la vida activa laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación (art.210.2 LGSS/2015)

En este caso la base reguladora sin embargo permanece inalterable. Solamente en el RETA es posible modificar también la base reguladora, al rehabilitar la pensión de jubilación suspendida por la realización de trabajos incompatibles. Para ello, es necesario que se den los siguientes requisitos: 1) Que la pensión de Jubilación hubiera sido reconocida por ese Régimen; y 2) Que los trabajos posteriores estén incluidos asimismo en el RETAy correspondan a un periodo superior a 1 año.

En este caso las bases de cotización se computan de la siguiente forma:

-Períodos de alta en RETA con la pensión suspendida: se toman las bases por las que se ha cotizado.

-Períodos cotizados a otros regímenes: en el supuesto de que, además de los trabajos como autónomo, también acreditara cotizaciones a tiempo completo a otro régimen, éstas solamente tienen eficacia para aumentar el porcentaje. En el cálculo de la nueva base reguladora, en los períodos cotizados a este otro régimen se computará cero como base de cotización ya que, ni ha percibido pensión ni puede integrarse con base mínima[129].

-Períodos sin trabajo, cobrando la pensión: se toma como BC la BR de la pensión. como base de cotización la base reguladora de la pensión.

-Períodos de alta en RETA con exoneración de cuotas: cuando por todo o por una parte del período de alta en RETA con la pensión de jubilación suspendida, el trabajador ha sido exonerado de la obligación de cotizar para dicha contingencia, las bases de cotización a tener en cuenta respecto de las mensualidades exentas, a efectos de ese nuevo cálculo de la base reguladora, habrán de ser las establecidas en el artículo 320 LGSS/2015, como si de un reconocimiento inicial se tratase.

Como fecha de referencia para el cálculo de la nueva base reguladora se tomará el último día del mes en que el pensionista cese en el trabajo. En cuanto a la normativa aplicable al cálculo y período de la base reguladora se realizará de acuerdo con las normas vigentes en la fecha del hecho causante inicial de la pensión, incluyendo la escala de porcentajes que en aquellas fechas estuviera en vigor.

7. CONSIDERACIONES O REFLEXIONES FINALES

Una vez que se han analizado las distintas modalidades de pensión y otras medidas que permiten compatibilizar el percibo de una pensión de jubilación con el trabajo, la respuesta a la pregunta de si ello conduce a desincentivar el incremento del número de cotizantes, parece que conduciría dar una respuesta positiva a ello. Pero quedarnos aquí, sería aceptar una verdad a medias.

[129] Criterio administrativo del INSS 1993/8, ampliación de 17-04-2007 con el nº RJ 31/2007.

Por un lado, la modalidad de jubilación parcial antes del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación requiere paralelamente una contratación a tiempo parcial. Contratación que además se hace bajo unas condiciones de mantenimiento de la cotización (la del jubilado a tiempo parcial y la del trabajador relevista), que al menos palia –caso de que lo hubiere– una minoración de ingresos. Otra cosa resultaría cuando el jubilado a tiempo parcial demore –una vez llegada la edad en que podría jubilarse de forma total– la misma. En este caso si que es cierto que se resienten los ingresos de la Seguridad Social por efecto de lo previsto en el art. 152 LGSS/2015.

Si se analiza la jubilación flexible y sus condiciones, el efecto es otro. Aquí resulta que tenemos que hay una pensión de jubilación, que queda en suspenso de forma parcial y que conllevan cotización a la Seguridad Social.

En cuanto a la denominada jubilación activa, debe recordarse que también supone una cotización, aunque limitada, a la Seguridad Social.

Tampoco puede olvidarse el enorme perjuicio que para la Seguridad Social ha tenido la errónea política de empleo de facilitar, podría incluso decirse promocionar, la jubilaciones anticipadas como medio para flexibilizar las plantillas de trabajadores de las empresas, sin tener en cuenta lo pernicioso que para el sostenimiento de la Seguridad Social ha tenido. La loa hacía las políticas de empleo tendentes a facilitar las diversas modalidades de anticipo de la edad de jubilación, tenían un planteamiento que se ha demostrado erróneo. Se pensaba que cuantas más personas salgan del mercado laboral de forma total y definitiva llevará consigo el acceso de otras al mismo para sustituirlos. Este razonamiento estaba en la justificación de las viejas políticas de facilitar las jubilaciones anticipadas iniciadas ya en 1982 con las denominada ayudas equivalentes a jubilaciones, con el fin de atender a determinados sectores industriales de interés general, que atravesaran situaciones de crisis de especial gravedad y que luego han ido progresivamente instalándose en nuestro sistema[130].

[130] Recuérdese la Ley 21/1982, de 9 de junio; RD-ley 8/1983, de 30 de noviembre; Ley 27/1984, de 26 de julio, etc. El panorama actual es el siguiente:

POSIBILIDADES DE ACCESO A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA		
Mutualista		A partir de los 60 años
Voluntaria		2 años como máximo inferior a la edad ordinaria
Involuntaria		4 años como máximo inferior a la edad ordinaria
Discapacidad	45% o más	A partir de los 56 años
	65% o más	A partir de los 52 años
Por aplicación coeficientes reductores	Minería del carbón. Estatuto del Minero. Ferroviarios. Trabajos aéreos. Trabajadores del Mar.	A partir de 60 o 59 años
	Bomberos. Policía autónoma vasca.	A partir de 52 años
En razón a la actividad desempeñada	Artistas.	A partir de 60 años
	Profesionales taurinos.	A partir de 60 o 55 años

Idea que en cierta forma estaba en la de cómo iba a operar la modalidad de jubilación parcial "anticipada". Recuérdese por ejemplo, la Exposición de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores[131]:

> *"La intensidad alcanzada por el paro juvenil aconseja perfeccionar las formas contractuales* ***que permiten la integración progresiva de estos colectivos en el trabajo, a través de los contratos en prácticas y para la formación los contratos a tiempo parcial y la nueva figura del contrato de relevo****. Todas ellas son formas ampliamente utilizadas en los países occidentales, en los que también se observa una situación de paro juvenil preocupante, como medio para que los jóvenes encuentren la posibilidad de una etapa de adaptación al trabajo a la salida del sistema educativo y para que se creen puestos de trabajo que les permitan familiarizarse con la vida laboral y completar su formación a través del trabajo.*
>
> ……
>
> *La derogación de la Disposición Transitoria tercera del Estado de los Trabajadores se dirige también a homologar la situación española con la de otras economías occidentales, en las que el trabajo a tiempo parcial ha adquirido un grado de difusión desconocido en España y altamente satisfactorio, al cumplir tres objetivos deseables: satisfacer los deseos de una parte de la población dispuesta a trabajar en jornada incompleta, disminuir la unidad mínima de trabajo que las empresas pueden contratar, y en general obtener por esa vía un reparto del trabajo disponible de carácter estrictamente voluntario.* ***El contrato de relevo viene a completar esta posibilidad de reparto de trabajo, mejorando además el bienestar social de trabajadores con edad próxima a la de jubilación."***

O incluso para justificar la flexibilización y ampliación de las posibilidades de acceder a ella. En este sentido puede leerse en la exposición de motivos de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad lo siguiente[132]:

---

[131] El RD 1991/1984, de 31 de octubre, por la que se regula el contrato a tiempo parcial, el contrato de relevo y la jubilación parcial, en su exposición de motivos también señalaba que : "Por otra parte, la Ley 32/1984, introduce una nueva modalidad de contratación, el contrato de relevo, **con el fin de ampliar las posibilidades de reparto del trabajo** disponible a través de la contratación a tiempo parcial, facilitando para ello la jubilación parcial de los trabajadores cuya edad se halle próxima a la de la jubilación ordinaria, siempre que simultáneamente se proceda a sustituir al trabajador jubilado parcialmente, durante el tiempo que deje vacante el mismo, por otro trabajador que se encuentre en situación de desempleo."

[132] Un resumen de las medidas flexibilizadoras, puede verse en la exposición de motivos del RD 1131/2002, de 31 de octubre: "… Las modificaciones legales suponen eliminar determinadas rigideces existentes en la regulación anterior, como eran, de una parte, que la jubilación parcial se extinguiese, de forma obligatoria, al cumplir el interesado los sesenta y cinco años, o, de otra, que el contrato de relevo, que debía concertarse simultáneamente con la jubilación parcial, se tuviese que suscribir inicialmente de forma temporal. Tales rigideces podían implicar una restricción en el desarrollo práctico de la jubilación parcial, que no alcanza en nuestro país un grado de implantación similar al alcanzado en otros sistemas de protección social. Con la regulación derivada de la Ley 12/2001, aun manteniendo el límite de los sesenta años, para poder acceder a la jubilación parcial, se permite que el interesado pueda acceder a la misma o prolongar sus efectos más allá de los sesenta y cinco años.

(...)

"De esta manera, se introducen diversas modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores referidas, en primer lugar, a la forma, duración y modalidades del contrato de trabajo. De entre ellas, cabe destacar las dirigidas a reforzar el principio de estabilidad en el empleo, introduciendo limitaciones y garantías adicionales en los contratos temporales y de duración determinada. ***Del mismo modo, se introducen modificaciones en el régimen jurídico del contrato a tiempo parcial, con objeto de lograr un mayor impulso y dinamismo de esta modalidad contractual, cuyo relevante papel en el crecimiento del empleo estable y en la adaptación a las necesidades de empresas y trabajadores ha sido puesto de relieve por todos los protagonistas de las relaciones laborales en el contexto de la Unión Europea, y en el del contrato de relevo, a fin de adecuarlo a las modificaciones introducidas por la propia Ley en el contrato a tiempo parcial y de favorecer su mayor utilización****."*

Flexibilización, que realmente no ha conseguido esa pretendida idea de fomentar y repartir empleo. La jubilación parcial anticipada no ha sido un instrumento eficaz. Un porcentaje 75% u 85% de reducción de la jornada y la posibilidad de concentrar trabajo, en realidad no viene a ser otra cosa en la práctica que una jubilación anticipada. Y que ello es así se puede deducir fácilmente de la reforma de 2007 que endurece de forma significativa las posibilidades de acceder a ella.

Paralelamente a esta posibilidad de abandonar la actividad y acceder a la condición de pensionista de jubilación, como al principio ya se indicaba y producto de la necesidad de frenar el incremento de los costes en la pensiones y minoración de los ingresos, por la salida del mercado de trabajo de los activos y no correlativa incorporación de otros que sustituyan a los mismos, al menos en la misma calidad. La reacción no ha sido otra que reformar profundamente el régimen jurídico de la pensión de jubilación, básicamente con medidas que:

-Limitan las posibilidades de acceso a la misma:

a) Incrementado el período mínimo de cotización necesario para lucrar la pensión, en 1985[133] se pasará de 10 a 15 años mínimo.

b) Endureciendo la forma de computar el tiempo cotizado al eliminar de su cómputo los días por pagas extraordinaria[134].

c) Endurecimiento de las condiciones de acceso a la jubilación parcial[135]

A su vez, el contrato de relevo que la empresa debe concertar con otro trabajador, para ocupar la jornada de trabajo dejada por el jubilado parcial, puede suscribirse con carácter temporal por el tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación ordinaria o ser ya inicialmente un contrato indefinido. Asimismo, se establecen otras reglas flexibles respecto del contrato de relevo, ya que el mismo no es exigible cuando se accede a la jubilación parcial con sesenta y cinco años ; a su vez, en los supuestos en que se haya accedido a la jubilación parcial antes de los sesenta y cinco años, cuando el jubilado parcial llega a esta edad, aun no resultando obligatoria la permanencia del contrato de relevo celebrado con carácter temporal, el mismo podrá prorrogarse, por voluntad de las partes, por períodos anuales, extinguiéndose, en todo caso, al finalizar el período correspondiente al año en el que se produce la jubilación total del trabajador relevado."

[133] Ley 26/1985, 31 julio.

[134] Ley 40/2007, de 4 diciembre.

[135] Ley 40/2007, de 4 diciembre.

d) Limitando el acceso a la jubilación anticipada y penalizando su uso[136].

e) Elevación de la edad mínima exigible para ello[137].

-O reducen su cuantía:

a) Topando las pensiones[138]. Medida que se presentó como coyuntural u que sin embargo ha quedado plenamente instaurada en el sistema.

b) Mediante la elevación del período a tomar como base reguladora, pasando de tomar como referencia de cálculo un período de 24 bases de cotización a un período de 96 mensualidades y con las últimas reformas cuando alcancen su plena vigencia llegaremos a 300 bases de cotización[139].

c) Modificando la forma en que se determina el porcentaje a la baja, sin permitir que las fracciones de días o meses se tomen como años completos o elevando el número de años necesario para alcanzar el 100 por cien de la base reguladora que pasará de 35 a 37 años[140].

d) El sometimiento de la cuantía inicial de la pensión a un instrumento reductor como es la aplicación del factor de sostenibilidad[141]; y a un índice de revalorización de pensiones desvinculado del índice de precios al consumo (IPC)[142].

Las razones son obvias, la falta o disminución del número de cotizantes, la necesidad de fomentar nuevas incorporaciones o mantener la de aquellos que se encuentran en activo, se podrá convenir que hay un interés en retrasar el acceso a la condición de pensionista total o bien el seguir manteniéndolo vinculado. El fin es doble, menor importe en las cuantías de las pensiones y por otro lado mantenimiento aunque sea parcial de los ingresos, aunque en algunas ocasiones son mínimos (por la exoneración de cotizaciones tras la edad de jubilación). Estas son, entre otras, la razones por las que en los últimos años han venido proliferando las medidas que permiten trabajar y percibir pensión de jubilación. Y todo ello sin perjuicio de que algunas de estas modalidades, aquellas que permiten compatibilizar el trabajo con la pensión de jubilación, supongan un perjuicio notable para el sistema por su nula o mínima cotización y por ser una carga para el Sistema.

Con independencia de que también quepa considerar un parche y una traba a la incorporación de nuevos trabajadores al mercado de trabajo y por tanto al Sistema de Seguridad Social, lo cierto es que al menos se permite una salida legal a esas personas que o bien quieren o lo precisan, mantenerse en el mercado laboral.

[136] Ley 40/2007, 4 diciembre y Ley 27/2011, de 1 de agosto.
[137] Ley 27/2011, de 1 agosto
[138] Ley 44/1983, de 28 diciembre.
[139] Ley 26/1985, de 31 julio y Ley 27/2011, de 1 de agosto.
[140] RD 1716/2012, 28 diciembre.
[141] Ley 23/2013, de 23 diciembre y art. 211 LGSS/2015.
[142] Ley 23/2013, de 23 diciembre y art.58 LGSS/2015.

Es pronto quizás para hacer una valoración de las últimas reformas que han posibilitado o "legalizado" lo que ya se venía haciendo, pero todavía quedan muchos aspectos a matizar o a reconsiderar como antes se han analizado. Recuérdense esas situaciones conflictivas que algunos colectivos están o han planteado. Por ejemplo, el tema de la compatibilidad no resuelta de colectivos de profesionales con mutualidades alternativas a la Seguridad Social está ahí. O el relativo a los escritores, autores, conferenciantes, etc., que no está plenamente resuelto, con esas normas generalistas que no contemplan estas situaciones peculiares.

En realidad, el problema viene de la necesidad de no tener en cuenta que las políticas activas de empleo tienen un correlativo efecto en la Seguridad Social. Si por un lado se quiere facilitar a las empresas –al máximo– el que puedan redimensionar sus plantillas y se opta por favorecer la salida del mercado laboral, por señalar un ejemplo, de trabajadores mayores, se debe pensar que eso tendrá efecto en el sostenimiento del sistema de Seguridad Social pues habrá menos ingresos (de las cotizaciones de los trabajadores) y mayores gastos en subsidios (desempleo) y luego en pensiones. Si además, se opta por unas políticas de empleo activo tendentes a facilitar a las empresas trabajadores cuyos costes de Seguridad Social sean nulos o mínimos[143], habrá que pensar quién financiará su futura acción protectora y si está es con cargo a los recursos de la Seguridad Social, los efectos serán devastadores[144]. El problema es que se opta por una visión "*nano-plazista"*, crear –si así se le puede llamar– puestos de trabajo precarios con una protección social financiada por el sistema, error que pronto repudiaremos.

[143] Véase el complejo sistema de incentivos a la contratación en http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/146061.pdf

[144] Véase el RD-Ley 1/2015, de 27 de febrero. Entre otras discutibles medidas de reducción puede verse los denominados los minimos exentos de la cotización para la contratación indefinida.

Trattamenti di disoccupazione e strumenti per l'inserimento e la ricollocazione nel mercato del lavoro in Italia

ELENA SIGNORINI

PROFESSORE AGGREGATO DI DIRITTO DEL LAVORO E DELLA SICUREZZA SOCIALE

UNIVERSITÀ DI BERGAMO[1]

Resumen

Il contributo delinea le novità apportate dal Jobs Act al sistema di tutela dei lavoratori in caso di perdita del posto di lavoro. La riforma ha inciso sulla indennità di disoccupazione disegnando un sistema destinato ad una platea di beneficiari più ampia che contempla altresì possibilità di compatibilità tra la Nuova assicurazione sociale per l'impiego e rapporti di lavoro subordinato ed autonomo. Il nuovo impianto convive inoltre con le novità apportate in sede di politiche attive per il lavoro pensate per favorire il percorso di riavvicinamento al mercato del lavoro per quanti ne siano usciti.

Palabras clave

Disoccupazione – Indennità – Naspi – Strumenti – Incentivi

Abstract

The paper highlights the innovations introduced by the Jobs Act to workers' protection system in the event of job loss. The reform had an impact on unemployment benefits by designing a system intended for a wider audience of beneficiaries, which also includes the compatibility between the new social insurance for employment and self-employment and subordinate relationships. The new system also coexists with the changes made in the active labor market policies, which have been designed to approximate to the labor market marginalized workers.

Keywords

Unemployment - Benefits - Naspi - Assistance tools

Sommario: 1. Retrospettiva circostanziata delle figure innovate dal job act 2. Il superamento della indennità di disoccupazione, l'origine della aspi, l'indennità di mobilità sino alla nuova naspi 3. Il nuovo impianto: i destinatari delle misure per l'occupazione, la nozione di disoccupazione 4. Il quadro d'insieme: la nuova assicurazione sociale per l'impiego (naspi) 5. Ancora in generale sugli ammortizzatori sociali: cenni sul reddito di cittadinanza o di base e su altre misure di inclusione sociale. I tirocini formativi e di orientamento. 6. Considerazione conclusive: le incentivazioni alle assunzioni

1. RETROSPETTIVA CIRCOSTANZIATA DELLE FIGURE INNOVATE DAL JOB ACT

L'ordinamento italiano contempla un insieme eterogeno di strumenti creati per fronteggiare alcuni eventi traumatici che possono verificarsi durante il percorso lavorativo: tali eventi sono costituiti tipicamente o dalla perdita del posto di lavoro o dalla riduzione e o dalla sospensione dell'attività lavorativa.

[1] Il presente contributo rappresenta il testo scritto da cui è stata tratta la relazione presentata dalla scrivente alla Giornata Italo Spagnola "Lucha contra el desempleo e instrumentos para la inserciòn en el mecado del trabajo" svoltosi presso l'Università di Murcia, Facoltà di Diritto, il 27 aprile 2016.

Al verificarsi di tali circostanze il lavoratore tradizionalmente si trova nella condizione passiva di essere destinatario di indennizzi e provvidenze di carattere previdenziale, come tali privi della natura di[2] retribuzione quantunque essi siano legati ad una pregressa vicenda di versamenti contributivi; altre volte tali provvidenze hanno natura assistenziale presentandosi sganciati e da qualunque rapporto contributivo. Nel nostro sistema le due espressioni "previdenziale" ed "assistenziale" delineano e traggono la loro origine nell'impegno che lo Stato Italiano si è assunto, impegno che è ben definito nell'art. 38 della Costituzione ove si prevede che attraverso organi ed istituti appositamente costituiti lo Stato provvede affinché sia dato riconoscimento, attuazione e sostegno sia ai diritti di mantenimento e di assistenza sociale di cui è titolare ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere (art. 38 c. 1), sia al diritto in capo ai lavoratori cui "siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchia, disoccupazione involontaria (art. 38 c. 2).

Tutti questi strumenti compongono la categoria degli ammortizzatori sociali volti, appunto, ad attutire le ricadute conseguenti al venir meno della fonte alimentare primaria quale è la retribuzione nelle situazioni in precedenza delineate. Compongono questo impianto sia strumenti di sostegno del reddito in caso di disoccupazione involontaria, sia strumenti destinati ad intervenire in costanza di rapporto.

Recentemente l'impianto è stato oggetto di una rivisitazione importante: sia nel 2012 che nel 2015 la Legge Fornero ed alcuni dei decreti attuativi del Job Act hanno operato una revisione del sistema degli ammortizzatori sociali[3]. Ciò è avvenuto nell'ultimo anno con l'emanazione dei Decreti legislativi n. 22, 148 e n. 150 del 2015 nei cui testi risuona il sostantivo "disoccupazione", stato da contrastare con apposite provvidenze, ove accertato e di cui si vuole comunque impedire il sopraggiungere attivando alcuni strumenti volti a contrastarne il verificarsi ove il rapporto sia ancora in vita.

Al riguardo merita evidenziare come lo stato preso in esame dal legislatore sia la disoccupazione involontaria, nozione questa che pur espressa nella Carta Costituzionale all'art. 38 va intesa in forma estensiva, riferendosi sia alla disoccupazione totale che parziale. Tale interpretazione consente di accumunare all'interno del termine di ammortizzatori sociali tanto l'indennità di disoccupazione intesa in senso stretto, ossia quella creata per chi avendo un lavoro ora l'ha perduto, quanto quelle misure quali la cassa integrazione guadagni che presuppongono una sospensione del rapporto di lavoro ma non invece la sua estinzione.

Con riguardo ai beneficiari di tali concessioni va inoltre evidenziato come debba comunque trattarsi, di soggetti che lavorano o hanno lavorato, prevalentemente, ma non esclusivamente, con contratto di lavoro subordinato. Il legislatore quando delinea i beneficiari reca l'espressione ambigua di "lavoratori dipendenti" con ciò confermando

[2] Cfr. CINELLI. M.: "Jobs Act e dintorni. Appunti sulle metamorfosi in progress nel sistema delle tutele sociali," in Rivista della sicurezza sociale, 2015, 2, p. 285; ALAIMO, A: "Ricollocazione dei disoccupati e politiche attive del lavoro. Premesse promesse nel Jobs Act dal Governo Renzi", in WP C.S.D.L.E., Massimo d'Antona, it. 2015, 249; GAROFALO, D. : "Il D.lgs, 4 marzo 2015, n. 22, un primo commento, in Rivista della sicurezza sociale", 2015, 2, p. 386s.

[3] In tema cfr. RENGA, S. : "Posta fata resurgo: la rivincita del principio assicurativo nella tutela della disoccupazione", in Lavoro e Diritto, 2015, 1, p. 77 s.

l'impianto già esistente in precedenza che beneficiava di provvidenze solo i "classici" lavoratori subordinati per i quali la riconduzione del beneficio alla pregressa vita lavorativa andava a detrimento di quanti non potevano vantare una vita lavorativa continuativa ma ad intervalli (per ovviare a questa circostanza la Legge Fornero aveva previsto la Mini Aspi).

Fatta eccezione per l'apertura praticata già con la Legge n. 92 del 2012 nei confronti delle collaborazioni coordinate e continuative, alcun riferimento fa inoltre il legislatore del Job Act nei confronti dei lavoratori autonomi quali beneficiari di provvidenze[4]. In realtà di legislatore dimostra di non aver dimenticato tale categoria allorquando sancisce la compatibilità della Naspi con lo svolgimento di attività lavorativa in forma autonoma (art. 10 dlgs n. 22 del 2015) a condizione che il soggetto dichiari entro un mese dall'inizio di tale attività all'Inps il reddito che prevede di trarne.

Ne consegue che anche il lavoratore autonomo potrebbe rientrare tra i beneficiari ma questo solo a posteriori. Dal combinato disposto degli articoli 2 e 3 e 10 del d.lgs. n. 22 del 2015 e l'art. 19 del d.lgs. n. 150 del 2015 emerge infatti che il lavoratore "dipendente", che soddisfi le condizioni di cui agli artt. 2 e 3 del dlgs. n. 22 del 2015 e che intraprenda un'attività di lavoro autonomo dopo che ha iniziato a godere della Naspi, la può mantenere, purché soddisfi gli oneri di comunicazione all'Inps sanciti dall'art. 10 e purché dalla stessa desuma un reddito inferiore al limite utile ai fini della conservazione dello stato di disoccupazione.

Una decisa apertura a favore dei lavoratori autonomi si ravvisa anche nel dlgs n. 150 del 2015 laddove, laddove l'espressione "condizione di non occupazione"[5] cui conseguirebbe la fruizione di prestazioni di carattere sociale, è stata interpretata e riferita, dalla Circolare del Ministero del lavoro n. 34 del dicembre 2015, con riguardo anche "alla prestazione di attività lavorativa di scarsa intensità", con ciò intendendo in via analogica, le ipotesi in cui il beneficiario non svolga alcuna attività lavorativa ovvero ne svolga una in forma subordinata, parasubordinata o "autonoma" da cui derivi però un reddito annuo inferiore al reddito minimo escluso da imposizione, ovverosia nel limite per le attività subordinate o parasubordinate di 8000 euro e di 4800 nel caso di lavoro autonomo.

La lettura offerta consente di ampliare la rosa dei beneficiari della Naspi[6] perché combinando la disposizione di cui all'art. 2 e 3 del dlgs. 22 del 2015 e l'art. 19 comma 7 del dlgs. n. 150 del 2015 emerge che, disciplinando le modalità di registrazione del disoccupato (ex decreto n. 150), il legislatore ha posto come condizione per godere delle prestazioni in esame la sussistenza della "condizione di non occupazione" circostanza questa che può ravvisarsi anche per i lavoratori autonomi che non raggiungono un certo reddito, per i quali pertanto si consente la registrazione come disoccupati (purché ovviamente soddisfino anche l'altro criterio della "anzianità di contributi versati" nell'arco di un quadriennio di cui all'art. 3 dlgs. 22/2015). Questa lettura renderebbe più significativa la volontà di universalizzare la

[4] Cfr. riguardo ai destinatari la Circolare Inps n. 47 del 3 marzo 2016 in www.inps.it
[5] V. al riguardo la Circolare del Ministero del lavoro 23 dicembre 2015, n. 34.
[6] Cfr. Circolare Inps 12 maggio 2015, n. 94, in www.inps.it

tutela costituzionale sostenendo un accesso più ampio e non discriminante alla misura di sostegno. Questa situazione in dottrina è stata delineata come tensione universalistica[7].

Vi è da chiedersi, e si propende per una risposta positiva, se allora debba considerarsi aperta anche a loro la godibilità della Naspi, originariamente delegata a tutela dei lavoratori "dipendenti" come dice il decreto, espressione però questa dai contorni assai troppo vaghi e sfrangiati. Il legislatore dà infatti rilievo alla cessazione di attività che sia diversa da quella di lavoro subordinato, precisando che i servizi competenti sono altresì tenuti a verificare la effettiva persistenza dello stato di disoccupazione (art. 2, c 4, dlgs. n. 181 del 2000).

Quantunque oggetto di recente revisione il sistema di welfare italiano necessita ancora di aggiustamenti e rivisitazioni. Lo stesso inoltre ancora non prevede misure previdenziali destinate a garantire un reddito base ovvero di cittadinanza del tutto sganciato dal criterio di ordine lavoristico, vale a dire sganciato dal coinvolgimento della persona in un pregresso, o prospettico rapporto di lavoro. Come vedremo nel corso di queste riflessioni vi sono stati vari tentativi volti ad introdurre una misura "universalistica" di reddito di base[8]: essi però non hanno visto la luce e restano nelle stanze del Parlamento italiano[9].

I recenti interventi normativi hanno tentato di dare una risposta alle situazioni contingenti causate dalla crisi: fasi di inattività, perdita del posto di lavoro sono episodi sempre più frequenti e non più limitati od occasionali come nel periodo antecedente la crisi del 2008. Allo stato attuale l'operatività di misure di sostegno al reddito per la perdita dell'occupazione non sono più indirizzate a arginare fasi di inattività limitate nel tempo. I caratteri di discontinuità, imprevedibilità dell'andamento occupazionale costringono a rivedere la precedente impostazione di tali misure adattandole alla situazione attuale anche sotto le sollecitazioni europee.

Nell'attuale contesto, caratterizzato da una crescente apertura verso tipologie contrattuali flessibili, intermittenti, la disoccupazione è uno stato non più patologico. Rappresenta un evento quasi normale, nella sua prospettazione, nel corso della vita lavorativa del soggetto. Da semplice incidente di percorso nell'attuazione della prospettiva del pieno impiego lo stesso diviene quasi una costante dei rapporti economico sociali, con cui tanti si trovano a fare i conti.

Vicino alla figura del disoccupato tradizionale acquistano rilevanza significativa altre categorie direttamente o indirettamente richiamate dal legislatore. Tra queste vi è quella dei cd. inoccupati, ossia di coloro che non riescono ad approdare al circuito lavorativo, nonché

[7] Nel 2009 il Ministro Franceschini aveva sostenuto che ci vorrebbe un assegno mensile di disoccupazione per tutti coloro che perdono il posto di lavoro, in www.ilsole24ore.com/art/SoleOnLine4/Italia/2009/03/pensioni-assegno-disoccupazione-pd-franceschini.shtml?uuid=1c3e0714-07f3-11de-bd54-016680bc9&refresh_ce=1

[8] V. in tema A. Fumagalli, Il reddito incondizionato come reddito primario Alcuni elementi per una teoria della libertà, in Un reddito garantito ci vuole. Ma quale? Strumento di libertà o gestione delle povertà, QR Quaderni per il reddito, BIN Italia, 2016, n.3, p. 116.

[9] Cfr. BRONZINI, R.: "Il reddito minimo garantito e la riforma degli ammortizzatori sociali", WP C.S.D.L.E., n. 270, 2015 e in ZILIO GRANDI, G., BIASI, M. (a cura di): Commentario Breve alla Riforma del Job Act, Padova, 2015; RAGONESE, G.:"Il reddito che ci vuole è quello che sostiene autonomia e innovazione", in QR, Quaderni per il reddito, cit. p. 111.

quella dei disoccupati di lunga durata [10], ossia dei prestatori di lavoro che dopo aver perduto il posto di lavoro non sono più riusciti a ricollocarsi professionalmente, nonché in ultimo quella dei cd. disoccupati intermittenti o sottoccupati, ovverosia di coloro che in mancanza di una occupazione stabile ed a tempo pieno accettano di impiegarsi solo occasionalmente o ad orario ridotto.

A tali categorie va ad aggiungersi quella del disoccupato parziale elaborata nello schema del decreto n. 150 del 2015, qualificazione di uno status che poi si è perduta nelle varie stesure del decreto. Originariamente contenuta nell'art. 19 tale qualificazione è stata ridefinita nel testo attuale del decreto n. 150 con riguardo ai "beneficiari di strumento di sostegno al reddito in costanza di rapporto" ora art. 22 nonché con riguardo ai lavoratori a rischio di disoccupazione.

Nella figura del disoccupato parziale, ora ridenominato, il legislatore voleva ricondurre quei lavoratori per i quali la riduzione di orario connessa all'attivazione di una procedura di sospensione o di riduzione dell'attività lavorativa per integrazione salariale, contratto di solidarietà … sia superiore al 50% dell'orario di lavoro. Questi debbono esser convocati dai centri per l'impiego per la firma del patto di servizio personalizzato di cui all'art. 20 del dlgs n. 150 del 2015[11]; questo patto dovrà consentire anche il mantenimento e lo sviluppo delle competenze del lavoratore in vista della conclusione della procedura di sospensione o riduzione dell'attività (art. 20 c. 2, cit). I soggetti rientranti in questa categoria saranno in seguito inseriti in una specifica classe di profilazione ai fini di determinarne il livello di occupabilità in connessione anche con la domanda di lavoro espressa dal territorio.

Anche la figura del lavoratore a rischio disoccupazione nasce all'interno del decreto n. 150 del 2015 che all'art. 19 definisce lo stato di disoccupazione nonché il rischio di disoccupazione. Questa è la condizione ravvisabile quando il lavoratore riceve la comunicazione del licenziamento, anche in pendenza del periodo di preavviso, momento dal quale egli può effettuare la registrazione al portale nazionale delle politiche del lavoro essendo considerato, appunto, a rischio di disoccupazione (art. 19, c. 5, dlgs. n. 150/2015).

Nel disegno del legislatore oltre alle misure di sostegno al reddito dovevano esserci delle misure di accompagnamento dei disoccupati verso un nuovo rapporto di lavoro. L'intento era quello di attuare l'idea della flexicurity nella prospettiva dello spostamento del fulcro delle tutele sociali dal rapporto di lavoro al mercato del lavoro bilanciando la maggiore flessibilità necessaria per rendere più competitive le imprese con più adeguate politiche attive del lavoro unitamente a misure di sostegno del reddito più estese[12].

Per consentire questo il decreto n. 150 ha previsto il potenziamento degli strumenti di politica attiva del mercato prevedendo altresì che ai percettori della NASPI spettasse l'assegno di ricollocazione. Tale strumento, disciplinato agli artt. 23 e 24 del d.lgs. n. 150 del 2015 va analizzato in combinato disposto con il contratto di ricollocazione disciplinato

[10] V. sul punto ICHINO, P. VIOLI, M. (a cura di) Nuovi strumenti per un'azione efficace contro la disoccupazione di lunga durata: i jobclubs, 1987, p. 69, in www.archivio.pietroichino.it/saggi/

[11] Cfr. BRONZINI, G.: "Il reddito minimo garantito…." cit. p. 19.

[12] Cfr. ORLANDINI, G.: "La via italiana alla flexicurity: la riforma degli ammortizzatori sociali nel Jobs Act", in Questione giustizia online, 2015, 3, p. 67s.

dall'art. 17 del dlgs n. 22 del 2015 che è stato adottato in attuazione dell'1, comma 4, lettera p), della legge n. 183/2014. Tale testo aveva delegato il Governo alla "introduzione di princìpi di politica attiva del lavoro che prevedano la promozione di un collegamento tra misure di sostegno al reddito della persona inoccupata o disoccupata e misure volte al suo inserimento nel tessuto produttivo, anche attraverso la conclusione di accordi per la ricollocazione che vedano come parte le agenzie per il lavoro o altri operatori accreditati, con obbligo di presa in carico, e la previsione di adeguati strumenti e forme di remunerazione, proporzionate alla difficoltà di collocamento, a fronte dell'effettivo inserimento almeno per un congruo periodo, a carico di fondi regionali a ciò destinati, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica statale o regionale".

Le nuove misure coniugano nuove istanze di protezione sociali dedicate alle nuove figure di disoccupati che il mercato ha concorso a produrre. L'assenza però di un organico disegno complessivo di riforma attenua e frena gli effetti benefici degli sforzi avviati. Negli ultimi decenni ad operazioni per lo più conservative degli istituti, quali ad esempio quelle relative all'indennità di disoccupazione, si sono succeduti interventi più ambiziosi anche se sovente dagli effetti rovinosi, (come quelli in tema di CIGS), nonché interventi occasionali ed emergenziali. La continua attenzione rivolta al settore ha prodotto una proliferazione di ammortizzatori sociali; questo nel corso del tempo ha dato vita ad un impianto privo di sistematicità organica, un impianto non coerente con il dettato Costituzionale e che presenta contorni caotici e sfrangiati.

Dal 2012 c'è stato un cambio di rotta perché si sono succedute alcune riforme importanti, prima all'interno della più ampia revisione delle regole di lavoro operate con la legge Fornero del 2012 ma soprattutto all'interno di una specifica norma, l'art. 2 della legge n. 92 del 2012: recante "Ammortizzatori sociali" nel quale troviamo delineati i trattamenti di disoccupazione denominati Aspi e Mini Aspi.

Su tali nuovi strumenti si abbatte nel 2014 la legge delega n. 183 del 2014 c.d. Job Act che sollecitava ulteriori revisioni sulle misure di sostegno al reddito. Da tale monito sono nati tre provvedimenti: il dlgs n. 22 del 2015, recante Disposizioni per il riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in caso di disoccupazione involontaria e di ricollocazione dei lavoratori disoccupati, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183, il dlgs n. 150 del 2015, recante Disposizioni per il riordino della normativa in materia di servizi per il lavoro e di politiche attive, ai sensi dell'art. 1, c. 3, della legge 10 dicembre 2014, n. 183, nonché il dlgs n. 148 del 2015 recante Disposizioni per il riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in costanza di rapporto, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183. L'emanazione di questi tre decreti dimostra l'intenzione di accogliere ed applicare la filosofia europea della flexicurity[13].

Si tratta di un impianto che pur innovando la materia mantiene la spaccatura tra tutele operanti in costanza di rapporto, con l'intento di integrare il reddito del lavoratore al verificarsi di specifiche circostanze che determinano una sospensione del rapporto di lavoro (dlgs n. 148/2015), con quelle esterne al rapporto, disciplinate ora nel dlgs. n. 22 del 2015. Quest'ultimo decreto ha introdotto tre nuovi trattamenti di disoccupazione: la Naspi, che

[13] Cfr. BRONZINI, G.:"Esiste una flexicurity europea?", in QR Quaderni per il reddito, BIN Italia, 2016, n.3, p.79.

riscrive e sostituisce l'Aspi e la Mini Aspi; la DIs-Coll, rivolto ai collaboratori coordinati e continuativi soppiantando la misura una tantum del 2012 e l'Asdi, un assegno di disoccupazione di tipo assistenziale, a carattere non contributivo, finanziato dalla fiscalità generale[14].

In tal maniera il legislatore soddisfa l'esigenza espressa nella l. n. 183 del 2014 di "assicurare, in caso di disoccupazione involontaria, tutele uniformi e legate alla storia contributiva dei lavoratori… (di) razionalizzare la normativa in materia di integrazione salariale per favorire il coinvolgimento attivo di quanti siano espulsi dal mercato del lavoro ovvero siano beneficiari di ammortizzatori sociali, semplificando le procedure amministrative e riducendo gli oneri non salariali del lavoro".

In particolare l'Aspi è stata rimodulata ed innovata per omogeneizzare la disciplina dei trattamenti ordinari e brevi, riconducendo la durata degli stessi alla storia contributiva maturata dai lavoratori, e prevedendo altresì una specifica tutela anche per i titolari di contratti di collaborazione coordinata e continuativa superando la misura una tantum prevista nel 2012.

Con la riforma del 2015 il nuovo sistema rispettivamente commisura la durata della nuova Aspi (Naspi) alla storia contributiva del lavoratore analizzando e calcolandola a ritroso su un lasso temporale massimo di quattro anni[15]; in secondo luogo non estende la Naspi ai lavoratori con contratto di collaborazione coordinata e continuativa (come richiesto dalla legge delega), ma introduce per questi una indennità diversa (per requisiti, durata e finanziamento) denominata DIS-COLL; in terzo luogo sospende i precedenti trattamenti (Aspi e Mini Aspi) disponendo un periodo di sperimentazione più breve (di otto mesi per la Naspi e di un anno per la DIS-COLL) rispetto a quello richiesto dalla legge-delega; in ultimo il nuovo sistema non abroga come richiesto dalla legge delega le disposizioni allora vigenti che regolamentavano gli strumenti di sostegno del reddito.

Il risultato del maquillage legislativo svela un costrutto che poggia sullo stretto legame tra ammortizzatori sociali, politiche attive, principio di condizionalità e obbligo di attivazione e stimolo motivazionale del disoccupato.

2. IL SUPERAMENTO DELLA INDENNITÀ DI DISOCCUPAZIONE, L'ORIGINE DELLA ASPI, L'INDENNITÀ DI MOBILITÀ SINO ALLA NUOVA NASPI

La legge n. 92 del 2012 nota come legge Fornero poneva tra i suoi obiettivi la revisione dell'impianto degli ammortizzatori sociali al fine di renderlo più efficiente, coerente ed equo, in una prospettiva di universalizzazione. In tale maniera si voleva superare la disomogeneità che sin dalle origini contraddistingueva il sistema di sostegno al reddito che si presentava non inclusivo oltre che iniquo. Quest'ultimo aspetto veniva confermato dal fatto che dal trattamento ordinario di disoccupazione erano infatti esclusi una platea assai ampia di disoccupati. L'idea di universalizzazione portata avanti dalla legge Fornero aveva

[14] V. Circolare Inps 3 marzo 2016, n. 47, in www.dottrinalavoro.it

[15] Cfr. IUDICONE, F.: "Italy: active labour market policy reform gets underway", 2016 in www.eurofound.europa.eu

però subito un contraccolpo per il fatto che le prestazioni qui elaborate vedevano come destinatari i soli lavoratori subordinati che avessero perduto una precedente occupazione (disoccupazione involontaria) e non si estendeva anche a quelli che la ricercavano senza successo. Si è trattato pertanto di una universalizzazione che ha operato "sempre nell'ambito di una sicurezza sociale occupazionale" che definirei già acquisita[16].

In questo scenario si inseriscono poi sia le problematiche dei collaboratori coordinati e continuativi che, in forza della riforma del 2012 non vantavano alcun diritto formale alla tutela contro la disoccupazione, sia quelle di chi, giunto al termine del periodo di godimento dei sussidi senza aver peraltro trovato un'occupazione, si trovava privato di ogni prestazione ulteriore.

Al fine di comprendere la portata delle novità elaborate già nel 2012 e riviste nel 2015[17] è opportuno evidenziare come il precedente assetto poggiasse su due strumenti: il trattamento di disoccupazione ordinaria e l'indennità di mobilità. Si trattava di due misure divergenti, sia sotto il profilo del quantum, sia per la durata della erogazione, nettamente più favorevole per i percettori della seconda.

Il legislatore in sostituzione delle varie indennità in precedenza regolate ha previsto l'eliminazione dal 2017 dell'indennità di mobilità risalente alla legge n. 223 del 1991, disponendo la riconduzione di tutte le erogazioni alla neo riscritta Nuova assicurazione sociale per l'impiego (NASPI). L'armonizzazione opererà pertanto riguardo agli eventi di disoccupazione con decorrenza successiva al 1 gennaio 2017. Questo sistema penalizzerà da un lato gli ex percettori della indennità di mobilità e migliorerà dall'altro sotto il profilo della durata il trattamento di disoccupati "ordinari".

La disciplina dell'indennità di mobilità tutelava, e tutelerà pertanto solo sino al 2017, i lavoratori assunti a tempo indeterminato e licenziati da imprese industriali che avessero più di 15 dipendenti, o da imprese commerciali con più di 50 dipendenti. Gli importi erogati a tale titolo erano condizionati sia sotto il profilo della durata, sia sotto il profillo anagrafico dei beneficiari.

Per i lavoratori collocati in mobilità entro il 31 dicembre 2016 la durata dell'indennità è ulteriormente ridotta; dal 2017 tutti i lavoratori potranno beneficiare solo della Naspi.

L'idea del legislatore è pertanto quella di operare una rimodulazione in senso decrescente delle durate di erogazione che sconta i problemi derivanti dalla abolizione dell'istituto nella gestione degli esuberi di personale e nell'accompagnamento dei lavoratori anziani verso il pensionamento. Da qui una gestione soft della sua abrogazione che consentirà ai lavoratori over 50 occupati nelle aree del Mezzogiorno di poter beneficiare di tale trattamento fino a tutto il 2018. Il pagamento è subordinato alla richiesta fatta all'Inps

[16] Al riguardo v. TREU, T.: "Riequilibrio delle tutele e flexicurity", in VV.AA.: La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92, MAGNANI, M., TIRABOSCHI, M., (a cura di), Milano, Giuffrè, 2012, 24; ESPOSITO, M., DELLA PIETRA, G.: L'accesso alla sicurezza sociale: diritti soggettivi e tutele processuali, Torino, Giappichelli, 2016, 25.

[17] V. ARCA SEDDA, A.:"Italy: streamlining of social safety nets in new Jobs Act", 2016, in www.eurofound.europa.eu.

che la eroga ogni mese direttamente al lavoratore dietro domanda presentata al Centro per l'impiego del luogo di residenza entro 68 gg dalla data del licenziamento. Gli anni di mobilità si considerano coperti dalla contribuzione figurativa ed utili per l'accesso alle prestazioni pensionistiche. Come detto la fonte normativa di tale indennità è la legge n. 223 del 1991 dedicata ai licenziamenti collettivi; questa oltre a disporre specifici requisiti soggettivi ed oggettivi che i lavoratori dovevano far valere per poter accedere a tale prestazione, essa implicava l'attivazione di una procedura preventiva ai licenziamenti. Coloro che avevano goduto di tale indennità potevano inoltre vantare un diritto di precedenza (pari a 6 mesi) in caso di assunzione dei lavoratori in mobilità da parte dello stesso datore di lavoro che, superato il periodo di crisi si trovasse nella necessità di assumere nuovi lavoratori.

Nel quadro complessivo che si sta delineando dal 1° gennaio 2017 la NASPI costituirà l'unica indennità riconosciuta a tutti i lavoratori disoccupati sia a seguito di licenziamento individuale che di recesso collettivo. Dovendo la stessa esser riferita alla contribuzione dell'ultimo quadriennio essa non sarà, ovviamente, uguale per tutti gli interessati e, in ogni caso, subirà la riduzione progressiva del 3% al mese a partire dal quarto mese di fruizione. Ciò farà sì che al termine del biennio essa sia particolarmente ridotta.

Nel complesso disegno di riforma va precisato come ai sensi dell'art. art. 7 del Dlgs. n. 22/2015, nonché dei principi che ispireranno l'attività dell'ANPAL ex Dlgs. n. 150/2015, il pagamento della indennità implica la partecipazione a percorsi formativi di qualificazione e di riqualificazione professionale offerti dai servizi per l'impiego.

Pertanto può evidenziarsi con la legge Fornero il legislatore aveva riformato il sistema di assicurazione contro la disoccupazione allo scopo di introdurre una misura unitaria di sostegno al reddito in caso di perdita del posto di lavoro, eliminando l'indennità di mobilità a decorrere dal 1 gennaio 2017, disciplinando due diverse prestazioni di disoccupazione (Aspi e Mini aspi). A differenza con il Dlgs. n. 22 del 2015 si è portato a compimento il processo di unificazione là avviato, sostituendo i due trattamenti preesistenti con la Nuova assicurazione sociale per l'impiego (Naspi) istituita e destinata ad operare con riguardo agli eventi di disoccupazione verificatisi a far data dal 1 maggio 2015.

3. IL NUOVO IMPIANTO: I DESTINATARI DELLE MISURE PER L'OCCUPAZIONE; LA NOZIONE DI DISOCCUPAZIONE[18]

Rispetto alla previgente normativa i beneficiari non variano: destinatari delle provvidenze in esame sono i lavoratori subordinati inclusi i soci di cooperativa e gli apprendisti nonché il personale subordinato artistico, teatrale e cinematografico. Non rientrano tra i destinatari invece i dipendenti a tempo indeterminato delle pubbliche amministrazioni (quelli a tempo determinato sono inclusi), gli operai agricoli a tempo determinato o indeterminato (i primi erano esclusi dalla tutela contro la disoccupazione in virtù del carattere stabile dell'impiego; per i secondi continuerà ad applicarsi la disciplina

[18] Per questo paragrafo si è fatto riferimento alle schede di lettura dei dlgs n. 22 del 2015, 148 del 2015 e 150 del 2015 elaborate dalla Camera dei Deputati e confrontabili sul sito www.camera.it

sull'indennità di disoccupazione agricola), nonché in ultimo i lavoratori occupati con contratto a tempo parziale verticale su base annua (art. 2 dlgs n. 22/2015).

L'identificazione dei destinatari poggiava, sino all'entrata in vigore del Dlgs. n. 150 del 2015, sul richiamo al dlgs. n. 181 del 2000 che individuava all'art. 1 i soggetti potenziali destinatari delle misure di promozione all'inserimento nel mercato del lavoro. Questi erano identificati con coloro i quali versino nello "stato di disoccupazione" (art. 1, c. 2, lett. f)), che rientrino nella categoria degli "adolescenti" (art. 1. c.2, lett. a)), ricompresi tra l'età di 14 anni e di 18 anni, o che rientrino in quella dei "giovani" (art. 1, c. 2, lett. b)) di età ricompresa tra i 18 e i 25 anni, o se in possesso di diploma di laurea fino a 29 anni [19].

Idonee misure erano state poi disegnate sia per i cd. "disoccupati di lunga durata" (art. 1, c. 2. lett. c)) categoria coincidente con coloro che avessero perso il lavoro subordinato o autonomo da più di 12 mesi, sia per gli "inoccupati di lunga durata" (art. 1, c. 2, lett. d)) ossia coloro che fossero in cerca di prima occupazione da più di 12 mesi o 6 mesi se giovani. Analoghe considerazioni valgono per la categoria delle donne in reinserimento lavorativo, che fossero state già occupate e che intendessero rientrare nel mercato del lavoro, dopo almeno due anni di inattività (art. 1, c. 2, lett. e)). Similarmente il legislatore pone la sua attenzione nei confronti delle categorie connotate da una sensibile debolezza sul mercato; il riferimento è sia, ai "soggetti svantaggiati" così intendendo disabili, lavorati anziani, donne e giovani, e ancora chi non ha diploma scuola superiore, chi non ha impiego regolarmente retribuito da più di 6 mesi; chi ha più di 50 anni; adulti che vivono soli o con una più persone a carico; membri di una minoranza nazionale all'interno dello stato, sia a quelli "molto svantaggiati" destinatari di particolari discipline legislative di favore[20] (questi sono i lavoratori privi di lavoro da almeno 24 mesi).

Da quanto in premessa indispensabile per l'erogazione delle provvidenze è lo stato in cui verte il soggetto. Fondamentale pertanto è l'identificazione tecnico giuridica di "disoccupato": sino all'entrata in vigore del Dlgs n. 150/2015 tale espressione identificava infatti la condizione del disoccupato o dell'inoccupato che sia immediatamente disponibile allo svolgimento di una attività lavorativa secondo le modalità definite dai servizi competenti (art. 1, c. 2, lett. c, dlgs n. 181 del 2015 abrogato). Oltre alla perdita pertanto del proprio lavoro per cause indipendenti dal lavoratore allo stesso deve esser riconosciuto lo status di disoccupazione così come delineato nell'art. 1, c. 2, dlgs. 181 del 2000. Non appare sufficiente per acquisire tale stato l'avvio di un iter amministrativo che comprovi la mancanza di una occupazione. È indispensabile un comportamento attivo del soggetto che dichiari la propria immediata disponibilità a lavoro ed alla ricerca di una occupazione secondo le modalità definite dai servizi di cui all'art. 1, c. 2 cit. che a loro volta debbono essere impegnati nell'erogazione di misure di politica attiva che supportino il lavoratore nella ricerca del lavoro anche con percorsi di riqualificazione. Quest'imprinting già era emerso in precedenti interventi legislativi che attribuivano l'iniziativa al soggetto interessato che aveva l'onere di presentarsi al centro per l'impiego competente. Nei decreti del Job Act si parla al

[19] SIGNORINI, E.: Diritto al lavoro. Crisi. Lavoro dei giovani, Milano, Giuffrè, 2013.
[20] Cfr. il Reg. Ce 800/2008 contenente l'elenco di tali categorie.

riguardo di condizionalità[21] identificando nell'art.21 del dlgs n. 150 del 2015 tutti quei comportamenti che il soggetto interessato deve tenere per favorire il proprio reinserimento, comportamenti che creano i presupposti per una prima condizionalità tra il comportamento attivo richiesto al lavoratore disoccupato e la sua condizione di disoccupazione. Egli dovrà pertanto attivare le misure di politica attiva e passive, ridisegnate nel dlgs n. 150, iscrivendosi telematicamente al portale nazionale delle politiche del lavoro e sulla base delle informazioni fornite in sede di registrazione tale sistema provvederà ad assegnarlo ad una "classe di profilazione" al fine di valutarne il livello di occupabilità.

Poiché tutto consegue alla condizione di disoccupazione, l'impianto già nel dlgs n. 181 del 2000 all'art. 3 ed ora all'art. 20 del dlgs n. 150 del 2015 prevede una procedura volta a confermare tale status: a tal fine è prevista l'audizione del soggetto da parte dei centri per l'impiego entro 60 gg dalla registrazione per la stipula di un patto di servizio personalizzato; in caso di mancato invito a presentarsi ai Centri per l'impiego entro i 60 giorni dalla registrazione il soggetto, ancora una volta, dovrà attivarsi richiedendo all'ANPAL (Agenzia Nazionale per le politiche attive del lavoro) per via telematica le credenziali personalizzate per accedere alla procedura telematica di profilazione predisposta dall'ANPAL per ottenere l'assegno di ricollocazione. In questa preliminare fase accertativa vengono coinvolti anche gli appartenenti alla categoria dei disoccupati part time che abbiano fatto richiesta di accedere al contratto di ricollocazione. Finanche questi soggetti debbono impegnarsi a partecipare alle iniziative di carattere formativo, di riqualificazione o di politica attiva e ad accettare congrue offerte di lavoro. L'intento del dlgs n. 150 del 2015 è quello favorire un coinvolgimento attivo dei disoccupati, costruendo le condizioni per una loro maggiore responsabilizzazione rispetto al perseguimento di risultati concreti delle istituzioni del mercato del lavoro e rafforzando la pressione sui disoccupati e sugli obblighi che debbono eserre adempiuti per reperire una nuova occupazione (artt. 21 e 22 dlgs n. 150 del 2015).

A tale scopo è nata presso il Ministero del lavoro l'ANPAL, (art. 1, dlgs n. 150/2015) centro nevralgico e di coordinamento della rete dei servizi per le politiche del lavoro; questa nuova struttura è costituita oltre alla stessa Anpal anche dalle strutture regionali per le Politiche attive del lavoro previste dal dlgs n. 150, dall'Inps in relazione alle competenze in materia di reinserimento e di integrazione lavorativa delle persone con disabilità da lavoro; dall'Inps; dall'Inail; dalle Agenzie private per il lavoro e gli altri soggetti autorizzati all'attività di intermediazione; dai fondi interprofessionali per la formazione continua; dai fondi bilaterali, dall'Isfol e dalla Società Italia lavoro Spa. Ruolo determinante in tutto questo è giocato dai centri per l'impiego che sono uffici territoriali aperti al pubblico volti ad assicurare servizi e misure di politica attiva a tutti i residenti sul territorio italiano a prescindere dalla provincia o regione di residenza.

La Dichiarazione di immediata disponibilità (DID) (art. 19 dlgs n. 150/2015) costituisce il presupposto fondamentale sia per accedere alle azioni di politica attiva del lavoro, sia per accedere a quelle di sostegno del reddito. Nei decreti del Jobs Act si parla più volte di "condizionalità" (art. 21 dlgs 150/2015) riferendo e condizionando l'erogazione dei servizi da parte dei servizi per l'impiego e degli enti previdenziali all'assolvimento di

[21] V. sul punto ORLANDINI, G.: "La riforma degli ammortizzatori sociali nel Jobs Act e il reddito garantito", in QR Quaderni per il reddito, BIN Italia, 2016, n.3, p. 77.

puntuali impegni, oneri accompagnati da specifiche misure sanzionatorie, in capo al lavoratore. Questi dovrà dichiarare al portale nazionale delle politiche del lavoro la propria immediata disponibilità (art. 19 cit.) allo svolgimento di attività lavorativa ed alla partecipazione alle misure di politica attiva per il lavoro concordate con il servizio per l'impiego; lo stesso dovrà impegnarsi tra l'altro ad accettare un'offerta congrua di lavoro che dovesse essergli comunicata dai servizi per l'impiego. La manifestazione di volontà del disoccupato formalizza sul piano giuridico la sua determinazione di non abusare dei benefici riservatigli e di voler uscire dallo stato di disoccupazione.

Analogo comportamento è richiesto anche ai soggetti "a rischio disoccupazione" (art. 18 dlgs 150/2015) ossia i lavoratori che hanno ricevuto la comunicazione di licenziamento, pur se in pendenza del periodo di preavviso: ciò per accelerare la presa in carico da parte dei Centri per l'impiego. Successivamente alla prima comunicazione del lavoratore la normativa prevede l'attivazione di una serie di adempimenti. Tra questi vi è la partecipazione ad un colloquio iniziale, la stipula del patto di servizio in cui vengono evidenziate condizioni e caratteristiche del lavoratore e misure per rendere possibile la ricerca ed il conseguimento di una nuova o prima occupazione.

L'iter è finalizzato alla predisposizione e sottoscrizione del patto di servizio (art. 20 dlgs n. 150/2015) volto altresì alla individuazione di un responsabile per le attività il cui compito è quello di definire, sia il profilo personale di occupabilità secondo le modalità tecniche predisposte dall'ANPAL, sia gli atti di ricerca attiva che devono essere compiuti e la tempistica degli stessi, nonché quello di fissare la frequenza ordinaria dei contatti con il responsabile delle attività stesse e le modalità con cui la ricerca attiva di lavoro deve essergli dimostrata (art. 20 c. 2, lett. da a) a e) dlgs n 150/2015). Tale documento deve recare la disponibilità del disoccupato a partecipare a proposte e laboratori per il rafforzamento delle competenze nelle ricerca attiva del lavoro (es. stesura CV o preparazione a sostenere un colloquio) o ad altre iniziative formative, di riqualificazione o di politica attiva. Altresì è fondamentale che il soggetto si renda disponibile ad accettare un'offerta congrua (art. 3, c. 3, lett. a) dlgs n. 150/2015) di lavoro e tale è quell'offerta che provenga dall'ANPAL, che sia coerente con le esperienze e competenze precedentemente maturate[22], che tenga contro della distanza del nuovo posto di lavoro dal domicilio e degli eventuali tempi di trasferimento mediante mezzi di trasporto pubblico. La congruità, ex art. 25 del dlgs n. 150 del 2015 ricorre quando l'ammontare della retribuzione oggetto della proposta sia superiore almeno del 20% della indennità percepita nell'ultimo mese precedente, da computare senza considerare i fondi di solidarietà che eventualmente potrebbero prevedere che le prestazioni integrative continuino ad applicarsi anche nel caso di accettazione della proposta di lavoro. Un atteggiamento passivo o un rifiuto a comparire o una mancata accettazione di un'offerta congrua preclude la fruizione degli ammortizzatori sociali e dell'assegno di ricollocazione.

Dal disegno del legislatore emerge pertanto forte la volontà di evitare abusi dei sistemi di sostegno. Per soddisfare tale esigenza allorquando il soggetto presenti domanda per l'Aspi, la Naspi o la Dis-coll questa verrà considerata equivalente alla dichiarazione di

[22] Sul tema cfr. G. R. SIMONCINI, G.R. : "La certificazione delle competenze: definizione e inquadramento giuridico Una rassegna sulla letteratura di riferimento", in Adapt, Working Paper, 2016, n. 4.

immediata disponibilità del lavoratore e sarà inserita nel Sistema informativo delle politiche attive e dei servizi per l'impiego.

Il sistema si preoccupa peraltro anche di quei beneficiari che al termine del periodo di godimento delle provvidenze non abbiano riottenuto una occupazione, a questi il legislatore ha dedicato l'art. 26 del dlgs n. 150 del 2015 ove sono disciplinate le attività di servizio che debbono esser svolte senza che questo determini l'instaurazione di alcun contratto di lavoro, nei confronti della collettività nel territorio del Comune di residenza. L'utilizzo dei lavoratori in tali attività non determinerà l'instaurazione di un rapporto di lavoro. Tali soggetti riceveranno un importo mensile pari all'assegno sociale erogato dall'INPS.

4. IL QUADRO D'INSIEME: LA NUOVA ASSICURAZIONE SOCIALE PER L'IMPIEGO (NASPI)

Nel dlgs. n. 22 del 2015 sono disciplinate le tutele esterne al rapporto così denominate perché hanno quali beneficiari i disoccupati involontari. Il corpo normativo del decreto n. 22 del 2015 si compone di 19 articoli, suddivisi in 5 Titoli, recanti rispettivamente, la Disciplina della Nuova Assicurazione sociale per l'impiego (Titolo I, articoli 1-14), l'Indennità di disoccupazione per i lavoratori con rapporto di collaborazione coordinata (DIS COLL) (Titolo II, articolo 15), l'Assegno di disoccupazione (Titolo III, articolo 16), il Contratto di ricollocazione (Titolo IV, articolo 17) e le Disposizioni finanziarie e finali (Titolo V, articoli 18-19)[23].

Il Titolo primo è tutto dedicato alla Nuova prestazione di Assicurazione Sociale per l'Impiego (Naspi) in vigore a decorrere dal 1° maggio 2015 e volta a sostituire le prestazioni di Aspi e mini-Aspi, previste dalla normativa vigente. I destinatari, già delineati in precedenza, sono individuati nell'articolo 2, mentre nell'art. 3 sono individuati i requisiti al ricorrere dei quali spetta la nuova indennità. Essa è riconosciuta ai lavoratori che abbiano perduto la propria occupazione involontariamente e che presentino congiuntamente i seguenti requisiti: siano in stato di disoccupazione; possano far valere, nei quattro anni precedenti l'inizio del periodo di disoccupazione, almeno 13 settimane di contribuzione, nonché almeno 30 giornate di lavoro effettivo nei 12 mesi che precedono l'inizio del periodo di disoccupazione (art. 2 e 3 dlgs n. 22/2015). L'indennità viene riconosciuta anche nei casi di cessazione del rapporto per risoluzione consensuale o per dimissioni ma solo ove queste siano per giusta causa, ovvero siano intervenute durante il periodo di maternità tutelato dalla legge, ovvero nel caso di dimissioni per giusta causa, intendendosi quelle non riconducibili alla libera scelta del lavoratore in quanto indotte da comportamenti altrui idonei ad integrare la condizione di impossibilità di prosecuzione del rapporto. Essa spetta ove si tratti di lavoratori che abbiano risolto consensualmente il proprio rapporto nell'ambito della procedura di cui all'7 della l. 604/1966 in tema di licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo. Pertanto laddove il lavoratore sia addivenuto alla conciliazione di cui all'art. 7 citato ed abbia accettato l'offerta conciliativa agevolata di cui all'art. 6, Dlgs. 23/2015, permane il carattere involontario della disoccupazione con conseguente diritto alla Naspi (art. 3, c. 2, dlgs n. 22/2015).

[23] Per l'analisi del testo si sono utilizzare le schede di lettura elaborate dalla Camera dei deputati sugli schemi dei decreti attuativi del Jobs Act, in www.cameradeideputati.it

Il decreto dedica poi specifiche norme alle modalità di calcolo dell'indennità (art. 4, dlgs n. 22/2015). Essa viene determinata rapportandola alla retribuzione imponibile ai fini previdenziali degli ultimi quattro anni, divisa per il totale del numero di settimane di contribuzione e moltiplicata per 4,33. Questa previsione si discosta dalle precedenti previsioni: mentre infatti la legge Fornero la calcolava retroagendo di 2 annualità, la "vecchia" indennità di disoccupazione si riferiva agli ultimi 3 mesi. L'opzione del legislatore del Job Act attua una regolamentazione al ribasso poiché ampliando il periodo di riferimento l'indennità risentirà maggiormente delle variazioni reddituali subite dal lavoratore. Il decreto fissa inoltre i parametri massimi della erogazione precisando che in caso di retribuzione mensile pari od inferiore a 1195 euro (per il 2015), l'indennità mensile è pari al 75 per cento della retribuzione; ove invece fosse stata superiore al predetto importo, l'indennità sarà pari al 75% del predetto importo, incrementato di una somma pari al 25% del differenziale tra la retribuzione mensile ed il predetto importo di 1195 euro (art. 4 dlgs n. 22/2015). Il legislatore ha però fissato un tetto massimo per il 2015: la Naspi non potrà in ogni caso superare l'importo massimo mensile di € 1300 mensili. Onde evitare altresì che i beneficiari non si attivino per uscire dallo stato di disoccupazione é previsto che l'importo sia destinato a decrescere a partire dal quarto mese di fruizione nella misura del 3% ogni mese (art. 4, c. 3, dlgs n. 22/2015). I periodi di fruizione dell'indennità sono sorretti ex lege dal riconoscimento dei contributi figurativi utili ai fini del diritto e della misura dei trattamenti previdenziali[24].

La disciplina prescinde dall'età anagrafica del lavoratore: l'articolo 5 prevede che la Naspi venga corrisposta mensilmente per un numero di settimane pari alla metà delle settimane di contribuzione degli ultimi quattro anni[25], ovverosia pari a 24 mesi, corrispondenti in termini contributivi ad aver lavorato per tre anni negli ultimi quattro anni. La norma in oggetto è però transitoria ed è dedicata agli eventi di disoccupazione che si verificheranno dal 1 gennaio 2017: a regime l'indennità verrà erogata per un massimo di 78 settimane (art. 5, dlgs n. 22/2015).

Il diritto alla prestazione matura a partire dall'ottavo giorno successivo alla data di cessazione dell'ultimo rapporto di lavoro, oppure dal giorno successivo a quello in cui l'avente diritto ha presentato la domanda, se presentata successivamente a tale data, fermo restando l'invio della stessa nei termini fissati. Il legislatore ha altresì fissato un termine ultimo per presentare la domanda. L'articolo 6 del dlgs n. 22/2015 dispone infatti che la domanda per accedere alla Naspi debba essere presentata all'INPS in via telematica inderogabilmente e a pena di decadenza del diritto stesso entro 68 giorni dalla data di cessazione del rapporto di lavoro.

Da quanto delineato il nuovo assetto degli ammortizzatori sociali mira alla connessione con le politiche attive attraverso l'introduzione di nuove previsioni di condizionalità (di cui al dlgs n. 150/2015) rispetto al passato. L'impianto non è però completo poiché la norma rimanda ad un successivo decreto.

[24] Riguardo alla durata la previgente normativa transitoria prevedeva per l'Aspi una distinzione a seconda dell'età e dell'anno in cui vi si accedeva: si sarebbe infatti raggiunta la forma definitiva solo a partire dal 1 gennaio 2016, con un trattamento spettante per 12 mesi ai lavoratori con meno di 55 anni e per 18 mesi ai lavoratori con più di 55 anni.

[25] Ai fini del calcolo della durata non sono computati i periodi contributivi che hanno già dato luogo ad erogazione di prestazioni di disoccupazione.

Il decreto 22 del 2015 contiene una importante novità in tema di autoimprenditorialità rendendo definitiva e non più sperimentale la richiesta di liquidazione anticipata dell'intera indennità non percepita al fine di avviare un'attività di lavoro autonomo o in forma di impresa individuale o di associarsi in cooperativa. Questa possibilità era già stata normata dalla legge Fornero all'articolo 2, comma 19, anche se in via sperimentale per gli anni 2013-2015 nonché dal D.M. 29 marzo 2013, n. 73380.

Il Dlgs. n. 22 del 2015 [26] disciplina altresì all'articolo 9 l'ipotesi della compatibilità e della cumulabilità della Naspi con un rapporto di lavoro subordinato. Tale circostanza è stata normata dal legislatore che non ha voluto sempre e comunque interrompere l'erogazione della Naspi in caso di avvio di una attività lavorativa da parte del beneficiario. Tale interruzione avviene d'ufficio sulla base delle informazioni e dei dati in possesso delle amministrazioni competenti allorquando la ripresa dell'attività lavorativa possa esser desunta dalle comunicazioni obbligatorie che i datori di lavoro inviano ai Centri per l'impiego. La norma dispone che, nel caso poi in cui il lavoratore instauri, mentre sta beneficiando della Naspi, un rapporto di lavoro subordinato da cui derivi un reddito annuale superiore (art. 9, c. 1, dlgs n. 22/2015) al reddito minimo escluso da imposizione fiscale, egli decade dalla prestazione, a meno che la durata del rapporto di lavoro non superi i sei mesi; in tal caso l'erogazione della Naspi viene interrotta d'ufficio per tutta la durata del rapporto di lavoro. Laddove invero il reddito che deriva da tale attività sia inferiore (art. 9, c. 2, dlgs n. 22/2015) al reddito minimo escluso da imposizione fiscale (attualmente pari a 8000 euro), il lavoratore ha il diritto a conservare la prestazione in misura ridotta pari all'80 % del reddito che si prevede di percepire e purché il soggetto comunichi all'Inps entro 30 giorni dall'inizio dell'attività il reddito previsto.

È altresì previsto dal secondo comma dell'art. 9 che il datore di lavoro o se è impiegato con contratto di somministrazione, il somministratore, siano diversi da quelli per i quali il lavoratore prestava la sua attività quando è cessato il rapporto di lavoro che ha determinato il diritto alla Naspi e che non presentino rispetto ad esso "rapporti di collegamento o di controllo ovvero assetti proprietari sostanzialmente coincidenti".

Analogamente il lavoratore (art. 9 cit. c. 3) che sia titolare di due o più rapporti di lavoro subordinato part time che cessi da uno dei detti rapporti perché licenziato, dimesso per giusta causa o risoluzione consensuale ex art. 7 L. 604/66, e che abbia un reddito inferiore al limite utile ai fini della conservazione dello stato di disoccupazione, ha diritto ove ricorrano gli altri requisiti a godere della Naspi, in misura ridotta pari all'80% a condizioni che comunichi all'Inps entro 30 gg dalla domanda di prestazione il reddito annuale previsto.

Laddove il periodo lavorativo cessi prima della scadenza prevista allora l'indennità ricomincerà a decorrere dalla data in cui era rimasta sospesa. Se il contratto ha una durata inferiore ai sei mesi si mantengono sia lo stato di disoccupazione, sia il trattamento economico di sostegno al reddito che potrebbe esser sospeso o rimodulato a seconda del reddito. Se il periodo lavorativo eccede invece i sei mesi, si perde il primo e si decade dal

[26] Per un commento del decreto cfr. GAROFALO, D. : "Il Dlgs 4 marzo 2015, n. 22, un primo commento", in www.rivisteweb.it/doi/10.3241/80104.

secondo. I sei mesi si conteggiano non necessariamente con riguardo ad un unico rapporto bensì anche a più rapporti valutati nella sommatoria di eventi lavorativi più brevi.

In ogni caso l'avvio di attività subordinata o autonoma o di impresa individuale non comunicata all'Inps determina la decadenza dalla fruizione della Naspi (art. 11, c. 1, lett. c) dlgs 22/2015).

Si applica anche alla Naspi la previsione che riconosce una dote economica al datore di lavoro che assume a tempo pieno e indeterminato i beneficiari della Naspi. Al datore di lavoro viene infatti concesso, per ogni mensilità di retribuzione corrisposta al lavoratore, un contributo mensile pari al 50% dell'Aspi residua che sarebbe spettata al lavoratore.

L'articolo 10 disciplina la compatibilità e la cumulabilità della Naspi con un rapporto di lavoro autonomo o di impresa individuale. L'aspetto è già stato in parte accennato e si riferisce all'ipotesi in cui il lavoratore intraprenda, mentre sta beneficiando della Naspi, un'attività lavorativa autonoma o di impresa individuale dalla quale ipotizza di ricavare un reddito annuale inferiore al limite utile ai fini della conservazione dello stato di disoccupazione (pari attualmente a 4.800 euro). In questi casi l'indennità è ridotta di un importo pari all'80% del reddito previsto. La contribuzione relativa all'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti versate in relazione all'attività di lavoro autonomo non dà luogo alla crediti contributivi ed è riversata alla Gestione prestazioni temporanee ai lavoratori dipendenti dell'INPS.

La norma conferma l'apertura e la tolleranza verso lo svolgimento medio tempore di lavori di breve durata, rinvenibile nell'ampliamento del periodo di riferimento che dalle 5 giornate della precedente normativa del 2012 sono passate ai 6 mesi della attuale con slittamento della data di fine prestazione. La dilatazione temporale risponde ad una finalità antielusiva nella consapevolezza di un mercato del lavoro connotato sempre più da discontinuità e dalla frequente alternanza di periodi di lavoro e di non lavoro dovuto a rapporti flessibili e di breve durata. Si decade (art. 11 dlgs n. 22/2015) dal diritto di beneficiare della Naspi nel caso di perdita dello stato di disoccupazione; di inizio di un'attività lavorativa subordinata, autonoma o di impresa individuale, senza provvedere alle comunicazioni richieste; di raggiungimento dei requisiti per il pensionamento di vecchiaia o anticipato; dell'acquisizione del diritto all'assegno ordinario di invalidità (salvo il diritto del lavoratore di optare per la Naspi) ed in ultimo nel caso di violazione delle regole di condizionalità di cui all'articolo 7 del decreto in esame. L'interruzione si realizza dal momento in cui si verifica l'evento che la determina, con conseguente obbligo di restituire l'indennità che eventualmente si sia continuato a percepire oltre la data del verificarsi dell'evento interruttivo.

La disciplina in esame non trova applicazione nei confronti dei collaboratori coordinati e continuativi; già ad essi la legge Fornero aveva dedicato una indennità una tantum. Con la nuova disciplina viene appositamente dedicato un Titolo il II, composto dall'art. 15, alla Indennità di disoccupazione per i lavoratori titolari di un rapporto di collaborazione coordinata (DIS-COLL). La norma è sperimentale ed è dedicata agli eventi di disoccupazione involontaria verificatisi nel corso del 2015 dal 1 gennaio sino al 31 dicembre 2015. L'indennità viene migliorata nella sua previsione e individua come destinatari i collaboratori coordinati e continuativi, anche a progetto, con esclusione degli amministratori

e dei sindaci. Essa compete a quanti abbiano perduto involontariamente la loro occupazione e siano iscritti in via esclusiva alla Gestione separata Inps. I possibili beneficiari non possono invece essere pensionati o titolari di partita Iva. Anche per questi soggetti è richiesto il possesso congiunto dello stato di disoccupazione involontaria (art. 15, c. 2, lett. a) dlgs n. 22/2015) al momento della presentazione della domanda; di almeno un trimestre di contribuzione (art. 15, c. 2, lett. b) dlgs n. 22/2015) nel periodo intercorrente tra il 1° gennaio dell'anno solare precedente la cessazione dell'attività lavorativa e la cessazione dell'attività stessa; di almeno un mese di contribuzione, oppure un rapporto di collaborazione di durata almeno pari a un mese (art. 15, c. 2, lett. c) dlgs n. 22/2015) dal quale sia derivato un reddito almeno pari alla metà dell'importo che dà diritto all'accredito di un mese di contribuzione, nell'anno solare in cui si verifica la cessazione dell'attività lavorativa. Per la quantificazione occorre rifarsi al reddito imponibile ai fini previdenziali (art. 15, c. 4 dlgs n. 22/2015) derivante da rapporti di collaborazione dell'anno in cui si è verificata la cessazione dell'attività lavorativa e dell'anno solare precedente, diviso per il numero di mesi di contribuzione (o frazioni di essi) ed è pari al 75% del reddito medio mensile così calcolato. Il legislatore rinvia per questa indennità alla disciplina generale della Naspi sottolineando che anche in questo caso vale l'importo massimo mensile di 1.300 euro nel 2015 nonché la decurtazione progressiva del 3% prevista per la Naspi (art. 15. c. 5 dlgs n. 22/2015). Le analogie con la Naspi vi sono anche rispetto alle modalità e termini di presentazione della domanda, nonché con riguardo alla durata della erogazione che può avvenire per un numero di mesi pari alla metà dei mesi di contribuzione versata nel periodo intercorrente tra il 1° gennaio dell'anno solare precedente la cessazione dell'attività lavorativa e la cessazione dell'attività stessa; in ogni caso, la durata massima dell'indennità non può superare i sei mesi (art. 15, c. 6, dlgs n. 22/2015). Per questa misura non spettano inoltre i contributi figurativi (art. 15, c.7 dlgs n. 22/2015). Vige anche in questo caso l'impianto della condizionalità con la previsione della partecipazione alle iniziative di attivazione lavorativa e ai percorsi di riqualificazione professionale proposti dai Servizi competenti.

Con riguardo alla ipotesi di compatibilità tra questa misura e lo svolgimento di attività di lavoro subordinato la disciplina si discosta dall'impianto generale della Naspi. In questo caso, infatti, ove il beneficiario svolga un'attività lavorativa con contratto di lavoro subordinato, durante il periodo di godimento della DIS CALL egli decade dal diritto all'indennità nel caso in cui il rapporto di lavoro abbia durata superiore a cinque giorni. In caso contrario l'indennità viene sospesa d'ufficio e riprende a decorrere al termine del periodo di sospensione (art. 15, c. 11 dlgs n. 22/2015). Nel caso in cui invece il soggetto svolga un'attività lavorativa autonoma o di impresa individuale, da cui ricavi un reddito inferiore al limite di reddito che consente la conservazione dello stato di disoccupazione, e comunichi all'Inps, entro un mese dall'inizio dell'attività, il reddito annuo che prevede di ricavare, ha diritto al mantenimento dell'indennità in misura ridotta di un importo pari all'80% del reddito presunto (art. 15 c. 2, dlgs n. 22/2015)[27].

Il decreto dopo aver dedicato due titoli a due nuove indennità a favore dei soggetti disoccupati dedica il Titolo III ad un'altra provvidenza nuova e connotata dalla sperimentazione che caratterizza spesso questi strumenti, denominata Assegno di

[27] In argomento v. www.dottrinalavoro.it/notizie-c/min-lavoro-accesso-dis-coll-art-15-d-lgs-n-222015

disoccupazione (ASDI) (art. 16 dlgs n. 22/2015). Questa misura è destinata a decorrere dal 1° maggio 2015 con lo scopo di prolungare la tutela dell'indennità di disoccupazione.

Destinatari sono coloro che hanno già fruito della Naspi per l'intera sua durata entro il 31 dicembre 2015 e nonostante tutto sono ancora privi di occupazione e si trovino in una condizione economica di bisogno (art. 16 c. 2, dlgs n. 22/2015) (lavoratori appartenenti a gruppi familiari in cui sono presenti minori o con un'età prossima al raggiungimento dei requisiti di accesso al trattamento pensionistico) con riferimento al nucleo familiare in termini di ISEE. L'indennità loro riconosciuta viene erogata entro il limite delle risorse dell'apposito Fondo previsto dal Ministero ed è attribuita solo ai percettori della Naspi (e non alla Aspi). Essa non compete invece nei confronti di coloro che non abbiano accesso alla NASPI e quelli che sono alla ricerca di prima occupazione. Anche in questo caso le domande debbono essere presentate all'Inps che però eroga in base all'ordine cronologico di presentazione delle medesime. L'assegno è erogato mensilmente per una durata massima di sei mesi e per un ammontare pari al 75% dell'ultima indennità Naspi percepita (art. 16, c. 3, dlgs n. 22/2015) e comunque, non superiore all'assegno sociale (che per il 2015 è pari a 448,51 euro al mese) incrementato per gli eventuali carichi familiari. Per il primo anno di applicazione si prevede che gli interventi siano "prioritariamente riservati ai lavoratori appartenenti a nuclei familiari con minorenni e, quindi, ai lavoratori in età prossima al pensionamento", mentre l'individuazione di criteri di priorità nell'accesso in caso di risorse insufficienti è delegato ad un decreto ministeriale.

Al fine di incentivare la ricerca attiva di lavoro da parte del beneficiario si prevede che i redditi derivanti da nuova occupazione possano essere parzialmente cumulati con l'assegno, la cui erogazione è comunque condizionata all'adesione del beneficiario ad un progetto personalizzato di inserimento nel mercato del lavoro redatto dai competenti servizi per l'impiego (art. 16 c. 5, dlgs n. 22/2015).

Si tratta di una misura che cela l'intento di allinearsi con le soluzioni giuridiche già adottate da altri paesi introducendo un secondo livello di prestazioni di disoccupazione a carattere non (strettamente) contributivo. Viene confermata quella condizionalità che connota tutto l'impianto voluto dal legislatore che in questo caso prevede l'adesione ad un progetto personalizzato redatto dai competenti servizi per l'impiego, contenente specifici impegni in termini di ricerca attiva di lavoro, disponibilità a partecipare ad iniziative di orientamento e formazione, accettazione di adeguate proposte di lavoro. La partecipazione ad iniziative di attivazione proposte è obbligatoria pena la perdita del beneficio (art. 16 c. 5, dlgs n. 22/2015).

Un'altra novità del legislatore del Job Act è quella contenuta nel Titolo IV del decreto che reca la rubrica Contratto di ricollocazione[28] che costituisce lo strumento più innovativo e rappresentativo del cambio di filosofia delle politiche del lavoro, con l'esplicita finalità di creare le condizioni per una rapida ed efficiente transizione dallo stato di disoccupazione, che comporta un massiccio impiego delle finanze pubbliche, al reimpiego lavorativo. Scaturito da pregresse sperimentazioni a livello regionale l'istituto denominato anche Dote

[28] In tema MASSI, E.:"Il contratto di ricollocazione – possibile strumento di politica attiva", in www. http://www.dottrinalavoro.it/notizie-c/articolo-contratto-ricollocazione-possibile-strumento-politica-attiva

individuale[29] di ricollocazione richiama alla mente un'altra figura elaborata dal legislatore del 2015 nel decreto n. 150, quella dell'Assegno di ricollocazione (art. 23 Dlgs. n. 150 del 2015) con la quale lo strumento disciplinato all'art. 17 del dlgs n. 22 del 2015 deve coordinarsi. Al di là dello scarto terminologico non del tutto condivisibile, laddove pare si sposti l'enfasi dell'intervento dall'impegno responsabile per la conclusione di un contratto di ricollocazione all'impegno di una mera prestazione economica a sostegno dell'attività di sostegno ed assistenza nella ricerca di lavoro, l'istituto rimane piuttosto definito nei suoi contorni essenziali[30].

La figura è finanziata dal Fondo per le politiche attive per la ricollocazione dei lavoratori in stato di disoccupazione involontaria (art. 17, c. 1, dlgs n. 22/2015), istituito presso l'Inps dall'art. 1, comma 215, della L. 147 del 2013 creato con l'intento di favorire il reinserimento lavorativo dei beneficiari degli ammortizzatori sociali, anche in deroga, e dei lavoratori in stato di disoccupazione involontaria attraverso la realizzazione di iniziative, anche sperimentali, volte a potenziare le politiche attive del lavoro, tra le quali la sperimentazione regionale del contratto di ricollocazione.

Il Fondo finanzia sia l'assegno di ricollocazione di cui all'art. 23 e 24 del Dlgs n, 150 del 2015, sia il contratto di ricollocazione di cui all'art. 17 del Dlgs n. 22 del 2015 traendo le sue risorse dal contributo di licenziamento a carico dei datori di lavoro previsto dalla L. 92/2012.

Pur avendo due fonti distinte si è innanzi a due figure legate tra di loro ove peraltro il contratto di ricollocazione di cui al dlgs 22 del 2015 rappresenta lo strumento diretto a collegare le misure di politica attiva del lavoro (volte a promuovere l'inserimento del lavoratore nel tessuto produttivo) con quelle di politica passiva (di sostegno al reddito).

Il contratto può esser stipulato da un soggetto in stato di disoccupazione, che abbia effettuato la procedura di definizione del profilo personale di occupabilità di cui all'art. 1, c. 4, l. 183/2014 in materia di politiche attive per l'impiego, con uno dei soggetti accreditati dalla regione per i servizi per il lavoro pubblici e/o i soggetti privati accreditati e il Centro per l'impiego di competenza (art. 17, c. 2, dlgs n. 22/2015).

Una volta definito ed acquisito la profilazione di occupabilità al soggetto è riconosciuta una somma denominata "dote individuale di ricollocazione" (art. 17, c. 3, dlgs n. 22/2015) spendibile presso i soggetti accreditati destinati ad erogare al soggetto un'assistenza appropriata nella individuazione di una nuova occupazione. Il contratto prevede inoltre il diritto del lavoratore alla realizzazione, da parte dell'agenzia stessa, di iniziative di ricerca, addestramento, formazione o riqualificazione professionale, mirate (art. 17, c. 4, dlgs n. 22/2015) a sbocchi occupazionali effettivamente esistenti ed appropriati, in relazione alle capacità del lavoratore ed alle condizioni del mercato del lavoro nella zona in cui il soggetto sia stato preso in carico; l'obbligo del lavoratore di porsi a disposizione e di cooperare con l'agenzia nelle iniziative da essa predisposte. L'agenzia ha diritto alla

[29] V. sul punto ALAIMO, A.: "Ricollocazione dei disoccupati e politiche attive del lavoro. Promesse e premesse di security nel Jobs Act del Governo Renzi", in WP Massimo d'Antona, it. n. 249, 2015, p. 15 in www.csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx

[30] http://www.bollettinoadapt.it/31273/

riscossione del compenso (cioè, del voucher) soltanto "a risultato ottenuto" (art 17 c. 5, dlgs n. 22/2015); l'ammontare del voucher deve essere proporzionato alle difficoltà di collocamento sottese al profilo personale di occupabilità[31].

Qualche perplessità in dottrina è stata avanzata riguardo l'ambito applicativo soggettivo della disposizione ove prevede che abbiano diritto al contratto di ricollocazione soltanto i soggetti licenziati illegittimamente per giustificato motivo oggettivo o per licenziamento collettivo. Accogliendo tale tesi resterebbero quindi fuori dal campo di applicazione del contratto di ricollocazione i soggetti licenziati illegittimamente per giustificato motivo soggettivo e i soggetti licenziati legittimamente per giustificato motivo oggettivo[32].

A fianco di questo strumento vi è l'Assegno di ricollocazione destinato (art. 23, c. 5, lett. a) dlgs n. 150/2015) a tutti i percettori della NASPI con disoccupazione eccedente i quattro mesi. A coloro che ne facciano richiesta al centro per l'impiego presso il quale essi hanno stipulato il patto personalizzato di cui all'art. 20 dlgs n. 150 cit., viene riconosciuta una somma denominata "assegno individuale di ricollocazione" graduata in funzione del profilo personale di occupabilità, e spendibile presso i centri per l'impiego o presso i servizi accreditati dall'art. 12 per ottenere un servizio di assistenza intensiva alla ricerca del lavoro presso i centri per l'impiego o presso i soggetti privati accreditati ex art. 12. Il servizio deve esser richiesto dal disoccupato a pena di decadenza dallo stato di disoccupazione e dalla prestazione a sostegno del reddito, entro 2 mesi dalla data di rilascio dell'assegno ed ha una durata di 6 mesi, prorogabile altri 6, nel caso in cui non sia stato consumato l'intero ammontare dell'assegno.

Nella fase di ricerca il disoccupato sarà agevolato dall'assegno di ricollocazione ma al tempo stesso viene previsto un sistema sanzionatorio graduato sulla base dei possibili inadempimenti. Il servizio di assistenza alla ricollocazione prevede che il Centro per l'impiego individui il grado di collocabilità della persona e attivi un servizio di assistenza per la ricerca di una nuova occupazione, comprendente anche l'assegnazione alla persona in cerca di lavoro, da parte dell'agenzia, di un tutor *(job advisor*)[33] che lo accompagni nel suo percorso e al quale è attribuito anche un potere di controllo sull'effettiva disponibilità del soggetto; che la persona interessata scelga l'ente per i servizi specialistici per il lavoro di cui avvalersi, tra quelli accreditati dalla regione; che non vi sia da parte della persona interessata un rifiuto ingiustificato di un lavoro o dell'attività necessaria per trovarlo. Nel caso di rifiuto, accertato dal tutor nell'esercizio del suo potere di controllo, vi sarà una conseguente riduzione o interruzione del trattamento di disoccupazione. Il servizio è coperto da un

[31] Cfr. l'esperienza della Regione Lazio che ha attivato la sperimentazione del contratto di ricollocazione , prevedendo l'assegnazione di un voucher per ogni singolo contratto concluso, per un totale di circa 50.000 interventi, proporzionato alla difficoltà di reinserimento nel tessuto produttivo e condizionato al conseguimento del risultato occupazionale rappresentato dalla conclusione, da parte della persona interessata, di uno o più contratti di lavoro subordinato di durata minima di 2 mesi ciascuno e complessivamente non inferiore a 6 mesi, anche non continuativi e con aziende diverse, nell'arco di un anno decorrente dalla sottoscrizione del primo contratto di lavoro.

[32] Cfr. STAIANO, R.: Jobs Act. Tutte le norme dei decreti attuativi, 2015, Fisco e tasse; nonché Camera dei deputati, Dossier Riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali. Schema di dlgs n. 135, in www.documenti.camera.it/leg17/dossier

[33] Cfr. ICHINO, P.: Il lavoro ritrovato, Mondadori, 2015.

voucher regionale, proporzionato alla difficoltà di collocamento, e subordinato al conseguimento di un inserimento occupazionale di durata congrua.

5. ANCORA IN GENERALE SUGLI AMMORTIZZATORI SOCIALI: CENNI SUL REDDITO DI CITTADINANZA O DI BASE E SU ALTRE MISURE DI INCLUSIONE SOCIALE. I TIROCINI FORMATIVI E DI ORIENTAMENTO

Nonostante la volontà universalistica che ha animato il legislatore del Job Act gli strumenti elaborati non coinvolgono tutte le categorie di soggetti che ben potrebbero esser destinatari degli ammortizzatori sociali. Il sistema di welfare nazionale mantiene la sua impostazione lavoristica. Quello Italiano è un modello previdenziale che mette il lavoratore al centro delle misure di sicurezza sociale ma che mantiene un'evidente arretratezza culturale avuto riguardo alla compiuta regolamentazione di misure contro la povertà e l'esclusione sociale[34]. Si parla di un modello nel quale flessibilità e sicurezza non sono concetti oppositivi ma complementari poiché favorirebbero lo spostamento della sicurezza dell'impiego stabile nell'impresa (job security) verso la sicurezza nelle politiche occupazionali ponendo i diritti sociali fuori dall'impresa (employment security)[35].

Numerosi sono stati i tentativi di introdurre una misura universalistica di reddito di base. Essi non hanno avuto esito positivo: le ragioni di questi insuccessi sono varie sia di carattere finanziario, sia relativi e alla necessità di gestire la competenza che vige su tale materia ripartendola tra Stato e Regioni. Questo perché la materia della assistenza sociale è devoluta in via esclusiva alle Regioni[36], nei limiti della competenza statale per la "determinazione delle prestazioni corrispondenti ai livelli essenziali delle prestazioni" da garantirsi su tutto il territorio nazionale (art. 117 Cost.). Le sperimentazioni legislative più rilevanti in materia di reddito di base o di cittadinanza sono regionali (Campania, Lazio, Basilicata, Friuli Venezia Giulia)[37]; esse sono state ispirate dalla volontà di assicurare sostegno reddituale a quanti versano in condizioni economiche disagiate, a fronte della loro disponibilità ad intraprendere percorsi di inserimento sociale e lavorativo. Nel 1998 il legislatore elaborò una misura di reddito minimo di inserimento, istituto che ha rappresentato la più significativa sperimentazione di reddito minimo. Tale strumento è stato in seguito affiancato da misure quali la Social Card; la Carta acquisti ordinaria e la Carta per l'inclusione. Si tratta di misure di politica di inclusione sociale in linea con una lettura più evoluta dell'art. 38 della Carta Costituzionale[38]. La prima di queste figure è una misura di contrasto contro la povertà assoluta, nata nel 2008 con il d.l. 112/2008, art. 81, c. 32 nata per i cittadini italiani "inabili al lavoro" in ragione del criterio selettivo della loro età anagrafica. La Carta acquisti ordinaria viene per la prima volta disciplinata nel d.l. 5 del 2012 (art. 60)

[34] In questo paragrafo è riportata la ricostruzione delle misure a sostegno del reddito elaborata in M. ESPOSITO, M., GAETA, L. SANTUCCI, R., ZOPPOLI, A., ZOPPOLI, L.: Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale: Volume III. Mercato, contratto e rapporti di lavoro, Torino, Giappichelli, 2014, p. 38s.

[35] Per un approfondimento cfr. BRONZINI, G.: "Il reddito minimo garantito", cit., p. 5 s.

[36] Cfr. Corte Costituzionale n. 297 del 2012, in http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2012&numero=297

[37] V. in tema MURRA E., "Reddito garantito ed universale? E' questione di diritti fondamental"i, in QR, Quaderni per il reddito, BIN Italia, 2016, 3, p. 113; sul tema già M. BARBERA, (a cura di) Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali, Milano, 2006.

[38] V. STRATI, F.: "Italia. Schemi di reddito minimo. Uno studio sulle politiche nazionali", Studio Ricerche Sociali (SRS), in http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1024&langId=en

ove era denominata Carta acquisti sperimentale. La stessa nel 2013 subisce un maquillage normativo per effetto dell'art. 3, d.l. 76/2013 convertito in legge n. 99 del 2013. Nata con una durata massima di 12 mesi mirava a divenire la forma strutturale di contrasto alla povertà assoluta costituendo il punto di partenza del programma di Promozione dell'inclusione sociale. Il momento di sperimentazione consentiva l'attivazione della misura in assenza di lavoro purchè in presenza di determinate condizioni familiari quali, la perdita di una precedente attività lavorativa. Per potervi accedere era indispensabile che al momento della richiesta del beneficio non solo tutti i componenti in età attiva fossero privi di lavoro, ma che almeno un componente del nucleo avesse terminato il rapporto di lavoro nei 36 mesi precedenti la richiesta o avesse effettivamente percepito nei 6 mesi precedenti la richiesta un reddito da lavoro (non autonomo) di importo non superiore ai 4.000 euro. La Carta acquisti sia ordinaria che sperimentale è stata più volte rifinanziata (legge di stabilità 2015). Ulteriore strumento è la Carta sperimentale per l'inclusione universale che rappresenta un buon connubio tra misure assistenziali e misure appartenenti al sistema di welfare. In quest'ipotesi il godimento è condizionato ad esempio all'impegno del nucleo familiare beneficiario ad aderire a progetti di formazione e di inclusione lavorativa.

Nel quadro d'insieme che vogliamo delineare un ruolo determinante è giocato anche da quelle misure di politica attiva volte a collocare o ricollocare sul mercato chi non ha un lavoro attraverso iniziative di inserimento lavorativo, di formazione e di riqualificazione professionale. Il richiamo è all'impianto che vide la luce con la legge quadro in materia di formazione professionale n. 845 del 1978 che disciplinò un primo nucleo di tirocini cui seguirono vari interventi culminati nella l. 236 del 1993 poi novellato con la l. 183 del 2010. Si deve però alla legge n. 196 del 1997 il merito di aver riordinato la materia normando i tirocini formativi e di orientamento cd. stages strutturando le forme di inserimento temporaneo all'interno di un'azienda pubblica o privata per neo diplomati o neo laureati che appartengono a categorie disagiate. Tali percorsi erano tesi a realizzare momenti di alternanza tra studio e lavoro per agevolare le scelte professionali attraverso la conoscenza diretta del mondo del lavoro.

Nel contempo essi costituiscono un'opportunità concreta per acquisire una specifica professionalità (tirocini non curriculari) senza che implichino la stipula di un rapporto di lavoro. La materia è stata più volte oggetto di rivisitazione per reprimere un uso sproporzionato e non corretto degli stessi o abusi sotto forma di tirocini che celavano rapporti di lavoro reali. Anche la legge n. 92 del 2012, la cd. legge Fornero è intervenuta sul punto rinviando alla conferenza Stato Regioni la definizione di un accordo sulla materia concluso nel 2013 dedicato ai tirocini non curriculari. La riforma delinea i contorni applicativi dell'istituto prevedendo gli standard minimi di riferimento che le Regioni debbono rispettare per poter qualificare l'istituto ed evitarne gli abusi. Nel novero di queste figure rientrano sia i tirocini formativi sia quelli di orientamento finalizzati ad agevolare le scelte professionali e l'occupabilità dei giovani nel percorso di transizione tra scuola e lavoro mediante una formazione a diretto contatto con il mondo del lavoro; questi sono destinati a soggetti che abbiano conseguito un titolo di studio entro e non oltre 12 mesi.

Arricchiscono l'offerta soddisfacendo gli auspici del legislatore del Jobs Act i tirocini finalizzati a percorsi di inserimento o reinserimento nel mondo del lavoro che vedono come destinatari i disoccupati, anche in mobilità, gli inoccupati, ma anche i lavoratori sospesi in

regime di CIG sulla base di accordi in attuazione delle politiche attive del lavoro per l'erogazione di ammortizzatori sociali.

Come può notarsi si tratta di un mondo di opportunità variegato nel quale troviamo anche una disciplina distinta vigente per i tirocini cd. curriculari attivati da Università, istituzioni scolastiche, centri di formazione professionale; per quelli di pratica professionale (praticantato) nonché per quelli previsti per l'accesso alle professioni; nonché per quelli transnazionali, realizzati nell'ambito di programmi comunitari per l'istruzione e la formazione e in ultimo per quelli attivati a favore degli extracomunitari promossi all'interno delle quote di ingresso. Un sistema di linee guida accompagna soggetti promotori e fruitori di questi strumenti volti nel complesso a completare quel sistema di sostegno già delineato nelle pagine precedenti[39].

6. CONSIDERAZIONE CONCLUSIVE: LE INCENTIVAZIONI ALLE ASSUNZIONI

L'impianto elaborato dal legislatore mira a disegnare un sistema che si accolla la questione di chi perde il proprio posto di lavoro e lo assiste e lo accompagna nel mercato riallocandolo. Per far questo è stato creato un sistema di strutture facenti capo all'Anpal (Agenzia Nazionale per le politiche attive del lavoro) che deve soddisfare le esigenze di chi è uscito dal circuito offrendo servizi e percorsi mirati. In tal maniera si vuole rispondere alle esigenze di un mercato che è saturo sotto alcuni profili di determinate professionalità ma è nel contempo assetato di figure che grazie ad un opportuno processo di riqualificazione possono emergere da quanti al momento temono per il proprio futuro.

Al fine di stimolare la ripresa del mercato il legislatore ha peraltro ideato un sistema variegato e complesso di incentivi alle assunzioni indirizzando le scelte dei datori di lavoro verso determinate categorie che in questo momento sono destinatarie di apposite "doti"[40]. In particolare il legislatore nel decreto n. 150 del 2015, al capo III, dagli artt. 29 a 32 ha previsto una serie di incentivi economici e normativi per le assunzioni a favore degli enti pubblici economici e di tutti i datori di lavoro privati compresi gli studi professionali che assumono particolari categorie di lavoratori[41]. Questi strumenti vanno a aggiungersi a quelli esistenti sia a livello regionale che nazionale, dando vita ad uno scenario nel quale sono premiate sia le nuove assunzioni, sia le trasformazioni da contratto determinato a tempo indeterminato. La strategia degli incentivi punta a proprio rendere i contratti stabili più convenienti ed appetibili rispetto a quelli precari, facendo sì che il costo del lavoro dei primi sia più basso di quello di un contratto a termine o flessibile[42]. Tali incentivi non competono

[39] Per una analisi cfr. BERTAGNA, G., BURATTI, U., FAZIO, F., TIRABOSCHI, M., (a cura), "La regolazione dei tirocini formativi in Italia dopo la legge Fornero L'attuazione a livello regionale delle Linee-guida 24 gennaio 2013: mappatura e primo bilancio, 2013", in www.moodle.adaptland.it/pluginfile.php/13003/mod_resource/content/9/ebook_vol_16.pdf

[40] V. VERGARI, S.: "Promuovere forme di occupazione stabile. I nuovi incentivi universali", in WP, Massimo d'Antona, It, 2016, n. 292, in www.csdle.lex.unict.it

[41] V. www.pmi.it/economia/lavoro/approfondimenti/110225/assunzioni-agevolate-guida-incentivi.html

[42] V. in tema la ricerca di Italia Lavoro, Guida incentivi all'assunzione e alla creazione d'impresa, 2016, in http://www.italialavoro.it/wps/wcm/connect/9ea0c60a-6392-40eb-9af7-aff0fd376cde/2016mar_31__NAZ_INCENTIVI_LIN_160331.pdf?MOD=AJPERES&useDefaultText=0&useDefaultDesc=0

ove l'assunzione costituisca attuazione di un obbligo preesistente, o se viola il diritto di precedenza, o ancora se il datore di lavoro o l'utilizzatore hanno in atto sospensioni dal lavoro per crisi o riorganizzazione, o se il datore che assume o utilizza in somministrazione presenta assetti proprietari sostanzialmente coincidenti con quelli di colui che ha licenziato il lavoratore nei sei mesi precedenti. Altresì essi spettano solo in caso di assunzione, trasformazione o somministrazione effettuata con un inquadramento differente o in unità produttive diverse rispetto a quelle cui appartenevano i lavoratori sospesi[43].

Per determinare diritto e durata degli incentivi debbono cumularsi i periodi in cui il lavoratore ha prestato attività alle dipendenze dello stesso datore di lavoro o utilizzatore, sia con contratto subordinato o con un contratto di somministrazione. Esulano dal cumulo le prestazioni in somministrazione fornite a diversi soggetti a meno che la proprietà sia la medesima.

Il godimento degli incentivi è legato inoltre al rispetto dei termini per l'invio delle comunicazioni telematiche obbligatorie relative la creazione o la modifica di un rapporto di lavoro o di somministrazione (art. 3, dlgs. n. 150 del 2015). Alla violazione di tale obbligo consegue la perdita di quella parte di incentivo relativa al periodo compreso tra la decorrenza del rapporto agevolato e la data di comunicazione. Oltre ad un calendario rigido e rigoroso per le comunicazioni d'inizio, trasformazione, proroga dei rapporti, con un particolare riguardo ai contratti di somministrazione di lavoro, il legislatore ha legato tali incentivi all'incremento occupazionale netto che la nuova assunzione deve apportare al datore di lavoro. Questo accertamento, costituendo la condicio sine qua non per fruire degli incentivi legati alle nuove assunzioni va effettuato mensilmente, confrontando il numero di lavoratori dipendenti a tempo pieno del mese di riferimento con quello medio dei dodici mesi precedenti.

Per rispondere alla crisi il legislatore italiano ha inoltre previsto che, sin dal 1 gennaio 2016, per ogni assunzione a tempo indeterminata effettuata entro il 31 dicembre 2016, il datore potrà beneficiare di un esonero fino a un massimo di due anni dal pagamento del 40% dei contributi previdenziali a proprio carico per un importo massimo di 3.250 euro annui (Legge stabilità 2016, l. 208/2015). Trattasi di un'agevolazione erogata attraverso la riduzione dei versamenti contributivi e riferita a tutti i datori di lavoro privati e gli enti pubblici economici, nonché a tutti i lavoratori privi di occupazione a tempo indeterminato da almeno 6 mesi. Restano esclusi coloro per i quali i datori di lavoro hanno già usufruito dell'esonero. Questa misura trova applicazione anche in caso di trasformazione del contratto da tempo determinato (o precedente contratto intermittente) a tempo indeterminato.

I beneficiari possono essere operai, impiegati, quadri, dirigenti part time (in tal caso riproporzionando il bonus) soci di cooperativa di produzione e lavoro, disabili, lavoratori con diritto di precedenza, se assunti con contratto a termine per un periodo superiore a sei mesi, o con precedente lavoro a intermittenza a tempo indeterminato, lavoratori assunti a termine con agenzia di somministrazione, lavoratori con contratto a termine in caso di trasformazione del

[43] Cfr.www.italialavoro.it/wps/wcm/connect/9ea0c60a-6392-40eb-9af7-aff0fd376cde/2016mar_31__NAZ_INCENTIVI_LIN_160331.pdf?MOD=AJPERES&useDefaultText=0&useDefaultDesc=0

contratto a tempo indeterminato. Esulano invece i lavoratori domestici, i contratti di apprendistato, i lavoratori dipendenti a tempo indeterminato assunti dalla stessa azienda o da controllate dalla stessa, lavoratori che hanno avuto un precedente rapporto di lavoro agevolato con lo stesso datore di lavoro, i lavoratori con contratto a tempo indeterminato a scopo di somministrazione nei sei mesi precedenti, le pubbliche amministrazioni e i lavoratori agricoli[44].

Il bonus può cumularsi ad altri incentivi di natura economica previsti per l'assunzione di persone che appartengono a categorie particolari (disabili, giovani genitori, beneficiari dell'ASPI, iscritti a Garanzia Giovani, lavoratori iscritti nelle liste di mobilità) ed è operante su tutto il territorio nazionale trattandosi di un intervento generalizzato e quindi conforme alla normativa europea in materia di aiuti di Stato (art. 107 TFCE).

Esso appare però modulato a seconda che i beneficiari appartengano alla categoria dei disoccupati, dei lavoratori in mobilità, cassintegrati, delle donne e dei disabili. Con riguardo ai beneficiari della Naspi, compete in caso di assunzione a tempo pieno e indeterminato una dote corrispondente al 20% dell'indennità mensile residua che sarebbe stata corrisposta al lavoratore; analogamente ove l'assunzione coinvolga donne e over 50 in caso di assunzione a tempo indeterminato (o 12 mesi se a termine) di donne di ogni età, ovunque residenti e prive di un impiego regolarmente retribuito da almeno 24 mesi (sei se risiedono in zone svantaggiate) e di lavoratori over 50 disoccupati da oltre 12 mesi, già la legge Fornero aveva previsto una riduzione del 50% dei contributi per la durata di 18 mesi. Nell'ipotesi di assunzione di lavoratori in Cigs a tutti i datori di lavoro spettano benefici economici e contributivi purché i lavoratori siano in cassa da almeno un trimestre e l'azienda sia beneficiaria della Cigs da almeno un semestre. Il contributo che ammonta al 50% dell'indennità di mobilità, viene modulato sulla base dell'età anagrafica dei lavoratori: essa va calcolata sulla indennità che sarebbe spettata al lavoratore per un periodo pari a 9 mesi per i lavoratori fino a 50 anni, per un periodo pari a 12 mesi per quelli con più di 50 anni, per un periodo pari a 33 mesi per i lavoratori con più di 50 anni ma residenti nel mezzogiorno. La contribuzione a carico del datore è pari al 10% della retribuzione imponibile ai fini previdenziali per 12 mesi. Analoghe agevolazioni seguono le assunzioni di lavoratori in mobilità[45] nonché per le assunzioni di disabili: qui il contributo è pari al 70% della retribuzione lorda imponibile ai fini previdenziali se l'assunzione riguarda un soggetto con handicap fisico superiore al 79% (il contributo varia poi in base alla % di riduzione della capacità lavorativa).

[44] L'esonero che non coinvolge i premi e i contributi dovuti all'Inail non è cumulabile con altri esoneri o riduzioni delle aliquote di finanziamento previsti dalla normativa vigente (es. quelle per l'assunzione di lavoratori e lavoratrici over 50)

[45] Se si assume a tempo pieno al datore si riconosce un contributo pari al 50 % della indennità spettante e non goduta dal lavoratore per un numero massimo di 12 mesi (24 se ultra 50enne). La contribuzione è come quella del punto precedente (10%). Se l'assunzione è a termine e nei 12 mesi viene trasformato a tempo indeterminato l'agevolazione spetta fino a 24 mesi. Incentivi spettano anche se si assume lavoratori che siano in mobilità attraverso il contratto di apprendistato professionalizzante (contribuzione per il datore 10% per max 18 mesi, contributo mensile 50% dell'indennità di mobilità che sarebbe stata corrisposta al lavoratore per un periodo pari a 12 mesi fino a 50 anni).

Completano il quadro degli incentivi quelli attivati all'interno della Garanzia Giovani FASE2[46]. Ricadono in questo alveo le assunzioni di giovani che abbiano fatto un tirocinio curriculare nell'ambito del progetto Garanzia Giovani: in questo caso i datori di lavoro potranno beneficiare di un incentivo sino ad un massimo di 12.000 euro. Il programma di politiche attive, nato per i giovani dai 15 ai 29 anni che non studiano, non seguono corsi di formazione e non lavorano (i cd. Neet), dispone che tutti i datori di lavoro che assumano giovani che abbiano frequentato un tirocinio curriculare nell'ambito del programma, godranno dei bonus previsti indipendentemente dal fatto che i giovani abbiano o meno fatto o stiano facendo il tirocinio presso di loro. L'importo del bonus varia a seconda della profilazione e va, a seconda che sia un contratto di lavoro a tempo indeterminato o in somministrazione o in apprendistato professionalizzante, dai 3000 euro in caso di profilazione bassa, ai 6000 in caso di profilazione media, ai 9000 in caso di profilazione alta sino in ultimo ai 12000 euro in caso di profilazione molto alta. La profilazione richiama alla mente quanto già detto per il dlgs n. 150 del 2015 (cfr. quanto detto in precedenza). Essa dipende dalle caratteristiche individuali come l'età, genere, il percorso formativo, l'esperienza, l'ambito territoriale di residenza, il grado di sviluppo del sistema produttivo locale e il tasso di disoccupazione. L'incentivo varia da un minimo di 3000 euro per quei giovani per i quali la distanza, in termini di opportunità di entrata, dal mercato del lavoro è bassa, sino a 12000 per quelli più difficili da inserire.

L'importo è riconosciuto anche se il contratto è part time (riproporzionato) e viene erogato mensilmente dall'Inps al datore di lavoro con le stesse modalità previste per il Bonus occupazionale garanzia giovani. Per accedere al bonus l'assunzione può esser fatta anche con contratto di somministrazione e deve avvenire tra il 1 marzo e il 31 dicembre 2016 e riguarda solo chi ha svolto o anche solo avviato un tirocinio extracurriculare entro il 31 gennaio.

Questo incentivo può altresì cumularsi con le decontribuzione previste dalla legge di stabilità per il 2015[47] per le assunzioni a tempo indeterminato e con gli altri incentivi all'assunzione nei limiti del 50% dei costi salariali.

Queste misure[48] vanno coordinate con quelle europee che non vogliono che gli incentivi causino distorsioni nella libera concorrenza favorendo quei datori che percepiscono gli aiuti; a tal fine è necessario che le imprese presentino grazie a queste assunzioni un incremento occupazionale netto, in questo caso potranno beneficiare del bonus.

La panoramica delineata esprime gli auspici di un sistema che ancora non ha saputo equilibrare le tutele esistenti nel contratto con quelle "welfaristiche" del mercato. Alcuni aspetti tra i quali il carattere promozionale di talune misure, nonché l'insussistenza di un impianto di servizi all'impiego con robuste infrastrutture, fungeranno molto probabilmente

[46] Sul punto si è fatto riferimento alla pubblicazione Sistemi di politiche attive per l'occupazione, realizzata da Italia Lavoro Spa in collaborazione con Il sole24ore, 2016, Guida agli incentivi per le assunzioni.

[47] Cfr. sul punto lo strumento introdotto dalla legge di stabilità 2015, in S. Vergari, Promuovere forme di occupazione, stabile. I nuovi incentivi universali, 2016, in WP, Massimo d'Antona, it, n. 292, 2016, www.csdle.unict.it

[48] Cfr. Servizio politiche territoriali e coesione UIL (a cura di), Il sistema degli incentivi all'occupazione, 2015, in www.uil.it/documents/incentivi-occupazione2015.pdf

da freno alle aspirazioni del legislatore. Anche la mancata previsione di sanzioni per i disoccupati "inefficienti" si frapporrà al raggiungimento degli obiettivi auspicati[49].

Questo non dovrà però rappresentare un ostacolo nel percorso di avvicinamento del nostro sistema al resto d'Europa, visto che è l'Europa stessa che ci chiede di garantire attraverso misure idonee il diritto alla dignità essenziale della persona superando l'approccio minimalista ed emergenziale che aveva caratterizzato le misure almeno sino al 2015[50]. Con questo intervento il legislatore può riscattarsi, occorre però non sviare dalla via intrapresa nella quale alla limatura dei diritti connessi al rapporto di lavoro fa da contrappeso un reale sistema di protezione nel mercato[51].

[49] Per una critica agli incentivi v. A. MARTINI, A.: "Aiuto ai precari? No Regalo alle imprese", 2012, in www.lavoce.it

[50] V. MONACO, G.: "La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative", inhttp://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0141_monaco.pdf

[51] Cfr. ICHINO, P.: Il lavoro ritrovato, Milano, Mondadori, 2015.