

# La protección del desempleo en los convenios de la OIT

# Unemployment protection in ILO conventions

CARMEN VIQUEIRA PÉREZ\*

## 1. PLANTEAMIENTO. LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN LOS CONVENIOS DE LA OIT

En tanto que expresión de un desajuste entre la oferta y la demanda de trabajo, el desempleo es un riesgo social inherente al modo de producción capitalista y, con toda probabilidad, eso explica el temprano interés de la normativa internacional que, desde antiguo, regula este fenómeno en su doble vertiente: la prevención y la protección (lo que, en nomenclatura más actual, suele nombrarse como medidas de política activa y de política pasiva frente al desempleo).

A este trabajo interesa sólo la vertiente de la protección, de modo que únicamente se analizarán los instrumentos normativos que regulan la protección que otorga la Seguridad Social a las personas desempleadas, cuyo hilo conductor arranca del Convenio 002 sobre desempleo de 1919 y transita por el Convenio 008 sobre las indemnizaciones de desempleo –naufragio– (1920); el Convenio 044 sobre el desempleo (1934); el Convenio 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo (1988); el Convenio 179 sobre contratación y colocación de la gente del mar

(1996); además de, claro está, el Convenio 102 sobre Seguridad Social (1952). Este panorama se completa con un razonablemente amplio número de Recomendaciones que, con carácter central o tangencial, se ocupan también de la protección por desempleo<sup>1</sup>, y, claro está, con un buen número de disposiciones que, aunque contenidas en normas reguladoras de otras materias, inciden en la ordenación de la protección por desempleo.

La práctica totalidad de los convenios citados han sido ratificados por España, excepción hecha del Convenio 168 (el más moderno y completo sobre protección por desempleo) lo que no deja de ser llamativo si se tiene en cuenta que nuestro país es –si así puede decirse– proclive a la ratificación de los Convenios de la OIT. Ello, en otro plano, hace que el referente central de la regulación internacional en materia de protección por desempleo venga constituido por un Convenio –digamos antiguo (de 1934, ratificado en 1971) que, obviamente, contiene una regulación acorde a

\* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Alicante.

<sup>1</sup> Recomendación 1, sobre el desempleo (1919); Recomendación 10, sobre el seguro de desempleo (gente del mar) (1920); Recomendación 11, sobre desempleo –agricultura– (1921); Recomendación 44 sobre desempleo (1934); Recomendación 45 sobre desempleo –menores– (1935); Recomendación 176, sobre fomento del empleo y protección contra el desempleo (1988); Recomendación 151, sobre trabajadores migrantes (1975); Recomendación 67, sobre la seguridad de los medios de vida (1944); Recomendación 165, sobre trabajadores con responsabilidades familiares.

los estándares de la época y, por ello, lejanos de los que hoy delimitan el escenario en el que opera y se aplica.

Si, con frecuencia, se tiende a pensar que las normas internacionales tienen escasa repercusión práctica y que, en la medida en que la norma nacional alcanza un estándar satisfactorio (maduro) de reconocimiento de garantías en determinada materia, la norma internacional deviene ineficaz; puede pensarse que la tarea de medir la adecuación de un cuadro normativo (el de desempleo) cuyo núcleo principal en breve alcanzará los 100 años sólo puede ofrecer como resultado la constatación de que la regulación nacional ha superado lo establecido en la norma internacional. La realidad, sin embargo, es algo distinta y, aunque con carácter general, puede decirse sin duda que ello es así, existen todavía (o han existido hasta hace bien poco) algunos aspectos en los que la norma nacional no ha alcanzado cabalmente la marca fijada por la norma internacional.

## 2. ADECUACIÓN DE LA NORMA INTERNA A LA NORMA INTERNACIONAL

Consustancial a la naturaleza de la norma internacional, por su carácter de mínima, es que su contenido venga referido a cuestiones estructurales, lo que no debe ser entendido como equivalente a cuestiones generales o de encuadramiento sino como equivalente a cuestiones fundamentales -sustentadoras de la institución- de modo que, en ocasiones, esas cuestiones estructurales pueden venir referidas a un aspecto muy concreto. Esto es lo que ocurre en el tratamiento de la protección por desempleo, que, como se verá, alcanza tanto a cuestiones generales, atinentes a la estructura y ordenación del sistema, como a otras tan puntuales (pero tan importantes) como la duración o la cuantía de la prestación económica.

### 2.1. La estructura del sistema de protección y ámbito de aplicación

La estructura de la protección frente al desempleo es una de las cuestiones más complejas a las que se enfrentan los sistemas de protección social y, como se sabe, es ya clásica la reflexión acerca de la inadecuación de la técnica del seguro social como fórmula de protección frente al paro en la medida en que la lógica contributiva descansa en una previsión estadística y casa mal con un fenómeno de intensidad y duración difícilmente previsible. Este desajuste resulta especialmente apreciable cuando (como ahora ocurre) el desempleo alcanza a un significativo porcentaje de la población activa, adquiere carácter intermitente para gran parte de los afectados y alcanza de modo masivo a los demandantes de primer empleo y, por eso, como se sabe, tradicionalmente se ha defendido que, además de la protección contributiva (seguro) es preciso articular una protección de base asistencial que permita ofrecer cobertura a quienes resultan excluidos del ámbito contributivo o hubiesen agotado las prestaciones allí ofrecidas.

Tal vez en esa dificultad para articular un modelo adecuado de protección hay que encontrar la explicación al hecho de que el Convenio 44 ofrezca un amplio abanico en cuanto a la estructura que puede adoptar el modelo de protección, indicando, en su art. 1.2 que podrá sustentarse en un sistema de seguro obligatorio, voluntario o mixto, completado en todo caso con un sistema de asistencia<sup>2</sup>.

Abarcando ese abanico, la estructura de la protección en nuestro país ha evolucionado desde una cobertura exclusivamente con-

<sup>2</sup> "A condición de que garantice a todas las personas a las que se aplique el presente Convenio las indemnizaciones o subsidios previstos en el párrafo 1 (desempleados involuntarios), este sistema podrá ser: a) un sistema de seguro obligatorio; b) un sistema de seguro voluntario; c) una combinación de los sistemas de seguro obligatorio y seguro voluntario; d) cualquiera de los sistemas precitados completado con un sistema de asistencia".

tributiva (Ley de 1961) a otra de andamiaje más complejo que, a día de hoy, descansa en un triple escalón que cumple ampliamente los requerimientos de la norma internacional.

En efecto, como se sabe, hasta la promulgación de la Ley de Protección por Desempleo (LPD) la estructura del sistema de la protección por desempleo podía describirse como contributiva y escasa. La entrada en escena de la LPD (cuyo contenido da cuerpo hoy a los art. 202 y ss de la LGSS) marca un punto de inflexión al establecer junto a la protección de corte contributivo un nivel asistencial de protección, de modo que establece la protección en dos niveles, un nivel contributivo y otro asistencial (art. 204 LGSS). No está de más puntualizar que, aunque el decir de la LGSS conduce a pensar que se establece un mecanismo de cobertura que comprende, por un lado, un sistema de base contributiva y, por otro, uno de base puramente asistencial (o, lo que es lo mismo, que ante una situación de desempleo se tiene derecho a la protección bien en función de las cotizaciones previamente realizadas, o bien sólo porque se demuestra la existencia de un estado de necesidad) esto no es del todo cierto. El nivel de protección denominado asistencial actúa, es verdad, solo si concurre un estado de necesidad (por la carencia de rentas), pero para el acceso a la protección se requiere además –salvo en contadas excepciones– bien una previa conexión con el nivel contributivo, bien la acreditación de un periodo mínimo de cotización (menor que en el nivel contributivo). De modo que, realmente, no se articula un doble sistema de protección (contributiva y asistencial), sino un sistema integrado: la protección se estructura conforme al modelo contributivo, pero, en determinadas situaciones de necesidad, puede ser prolongada mediante el acceso a las prestaciones del nivel asistencial.

Probablemente para paliar los vacíos en la protección que se derivan de esta estructura, la acción protectora por desempleo se completa con un “tercer nivel”, una ayuda específica

denominada “*renta activa de inserción*”, dirigida a desempleados con especiales necesidades económicas y dificultades para encontrar empleo que no tengan acceso a las prestaciones o subsidios del nivel contributivo y asistencial (DA 5ª LGSS)<sup>3</sup>.

Este eje central en torno al que se construye la protección se completa con el sistema de protección propio de los trabajadores autónomos que, aunque extramuros de la protección por desempleo en sentido estricto, opera con una finalidad similar y constituye también una preocupación de la norma internacional que aconseja que “*siempre que sea posible y en particular cuando puedan aplicarse medidas de control adecuadas, deberían tomarse disposiciones especiales para ayudar, en caso de desempleo, a los trabajadores independientes con escasos recursos económicos*” (Recomendación 44, principio 4.d)<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Coyunturalmente, atendiendo a la situación originada por la grave destrucción de empleo acaecida en los últimos 4 años, este panorama se completa con programas excepcionales de protección por desempleo (Programas PRODI y PREPARA, RDL 10/2009 y RDL 1/2011).

<sup>4</sup> La inclusión de la prestación por cese de actividad en el ámbito de cobertura de la protección social de los trabajadores autónomos se produce al amparo de la Ley 32/2010. La protección que facilita la nueva prestación (tan común como incorrectamente llamada “*desempleo de los autónomos*”) se configura siguiendo el modelo de la prestación por desempleo. A trazo grueso puede decirse que en lo primero que se sigue ese modelo es en la delimitación de la situación protegida, en la determinación de la situación de “cese de actividad” de manera que del mismo modo que el desempleo sólo es protegible si el trabajador por cuenta ajena ha perdido su trabajo involuntariamente y muestra su disponibilidad para reincorporarse al mercado de trabajo, el cese en la actividad por cuenta propia sólo resulta merecedor de protección cuando deriva de una causa ajena a la voluntad del autónomo y cuando éste acredita estar dispuesto a reincorporarse al mercado de trabajo. El mimetismo con la prestación por desempleo quiebra, sin embargo, por lo que hace a la tipología de la situación protegible (del cese de actividad protegible) por cuanto, en este caso, la norma sólo configura como protegible el cese de actividad total (sea éste definitivo o temporal) quedando extramuros de la protección el cese parcial de actividad, una limitación que se explica fácilmente desde la idea de que en la actividad por cuenta propia no hay referente de prestación parcial de actividad y que descansa también –para decirlo todo– sobre

Algo parecido a lo señalado con respecto a la estructura del sistema de protección cabe decir por lo que respecta su **ámbito de aplicación**. Parecido porque también en este punto la norma internacional establece unos estándares que encuentran cumplido reflejo en la norma nacional. Y parecido porque la regulación interna ha experimentado una pausada pero constante evolución que, en los últimos años, ha ensanchado notablemente el colectivo de personas que quedan protegidas por el sistema (si bien con desigual intensidad). Con todo, como se verá, la invocación de la norma internacional ha servido a los tribunales para dar respuesta positiva a la inclusión de determinados colectivos.

El Convenio 44 delimita el ámbito subjetivo de la protección por la vía de la regla y la excepción: señalando a qué personas ha de alcanzar la cobertura y estableciendo, a renglón seguido, el listado de colectivos que pueden ser excluidos de ésta. La regla general se formula diciendo que han de estar incluidos en la protección por desempleo *“todas las personas habitualmente empleadas que perciban un salario o sueldo”* (Convenio 44) y encuentra su traducción en los artículos 205 LGSS y concordantes que dibujan un ámbito de aplicación razonablemente amplio (trabajadores por cuenta ajena incluidos en el régimen general o en los regímenes especiales que protegen esta contingencia, al personal contratado en régimen de derecho administrativo, a los funcionarios de empleo al servicio de las administraciones públicas, emigrantes retornados, socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado y a los liberados de prisión) que se completa con la inclusión de los *“trabajadores agrícolas”* (excluidos del ámbito de aplicación del Convenio 44<sup>5</sup>) que cuentan con su propio sistema de protección por desempleo.

un mal disimulado temor a la utilización especulativa de la prestación.

<sup>5</sup> También autoriza el Convenio 44 la exclusión de la Gente de Mar (*“Este Convenio no se aplica a la gente de mar, a los pescadores, ni a los trabajadores agrícolas, tal como puedan definirse estas categorías por la legislación nacional”*) que, en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentran incluidos en el sistema de protección.

Las excepciones a la regla viene constituidas por un variopinto panorama al que dan cuerpo diez colectivos que la norma internacional permite excluir de la protección por desempleo y de los que nuestro ordenamiento acoge (aunque en distinto grado de intensidad) la relativa a las personas empleadas en el servicio doméstico; la referida a los trabajadores que ocupen empleos estables dependientes del gobierno, de las autoridades locales o de un servicio de utilidad pública; la que afecta a los trabajadores que excedan de una edad determinada y disfruten de una pensión de retiro o vejez; y residualmente –si así puede decirse– la relativa a los miembros de la familia del empleador.

La exclusión de las personas empleadas en el servicio doméstico de la cobertura frente al desempleo, como se sabe, viene de antiguo y es deudora evidente de la conveniencia del mercado, en la medida en que la protección social del trabajo doméstico se ha mantenido siempre en niveles mínimos por ser éste un sector extremadamente sensible al aumento de los costes sociales, cuyo incremento se traduce muy rápidamente en un retraimiento de la demanda y en una precarización importante derivada del paso del empleo declarado al empleo sumergido<sup>6</sup>. La precaria protección social ofrecida por el antiguo Régimen Especial de Empleados del Hogar ha dado paso a un nuevo encuadramiento de este colectivo en el Sistema Especial del Régimen General (DA 39 Ley 27/2011 y RDL 29/2012) que ofrece una protección notablemente mejorada pero sin alcanzar la protección frente al desempleo.

<sup>6</sup> Un dato revelador en este sentido lo ofrece el *“Informe sobre el balance de la integración de los trabajadores del Régimen Especial de Empleados del Hogar en el Sistema Especial para empleados del hogar en el Régimen General”* (2012) en el que se pone de manifiesto que a pesar de producirse un incremento en la afiliación se observa un notable descenso de lo recaudado (3,28 millones de euros) debido a que únicamente un tercio de los afiliados cotizaba por la base máxima que, con anterioridad, operaba como base única.

La exclusión relativa a los “trabajadores que ocupen empleos estables dependientes del gobierno, de las autoridades locales o de un servicio de utilidad pública” (art. 2c), se identifica en la norma interna con la exclusión de los funcionarios públicos y se justifica en razón de su estabilidad en el empleo, lo que explica que la exclusión no alcance a otro tipo de empleados públicos que no gozan de esa estabilidad y que, aunque contratados en régimen de derecho administrativo, corren –como los trabajadores por cuenta ajena– el riesgo de perder el empleo. La cobertura alcanza, por eso, al personal contratado en régimen de derecho administrativo y a los funcionarios de empleo al servicio de las administraciones públicas que se encuentran protegidos cualquiera que sea su régimen de afiliación, con tal de que el mencionado régimen prevea la cotización por esta contingencia (así, entre otros, el personal al servicio de Administración Local; el personal de las escalas de complemento y reserva naval y clases de tropa y marinería profesional, el personal de empleo interino al servicio de la Administración de justicia). La exclusión, amén de plasmarse con un ámbito menos amplio del que la norma internacional autoriza, ha sido objeto de una interpretación restrictiva que ha permitido a los tribunales solventar determinados supuestos dudosos a favor de la inclusión en la cobertura. Esto es lo que ha sucedido con respecto al personal eventual al servicio de la Administración Local (personal de confianza) y los funcionarios interinos, a los que la doctrina judicial considera incluidos en el ámbito de cobertura de desempleo por entender que en ellos concurre la nota de provisionalidad propia del funcionario de empleo y no puede apreciarse la nota de “estabilidad” en torno a la que la norma internacional estructura la exclusión<sup>7</sup>.

Por razón de la edad, el Convenio 44 autoriza dos exclusiones, la de los trabajadores jó-

venes que no alcancen una edad determinada y la de los trabajadores que excedan de una edad determinada y disfruten de una pensión de retiro o vejez. Sólo ésta última, la relativa a los trabajadores “no jóvenes”, tiene reflejo en la norma interna, en un doble sentido, en tanto que el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación en condiciones tales que permita el acceso a la pensión contributiva de jubilación (cotización suficiente) por un lado, impide el acceso a la prestación contributiva de desempleo (art. 207 LGSS) y, por otro lado, determina la extinción de la prestación (o subsidio) de desempleo para el desempleado que cumpliera la edad y los requisitos necesarios para acceder a la jubilación contributiva durante la percepción (art. 213 LGSS).

Como en los casos anteriores, la exclusión viene de antiguo (arranca de la Ley 62/1961 –art. 9.5–) y, aunque amparada en la norma internacional (no sólo la contempla el Convenio 44<sup>8</sup> sino que a ella alude también –indirectamente– la Recomendación 44<sup>9</sup>), presenta un perfil de dudosa constitucionalidad en la medida en que lo que la norma regula, en realidad, es la abierta exclusión de la protección (probablemente, por razones estrictamente económicas) de las personas mayores de determinada edad a las que, ante la pérdida del empleo, directamente se les impide acceder a las prestaciones por desempleo a que tendrían derecho y se las aboca al disfrute de la pensión de jubilación que no sólo puede ser cualitativamente distinta en su cuantía económica y en sus prestaciones complementarias, sino que –esto es lo importante– coloca a su titular en una situación sustancialmente

<sup>8</sup> “Todo miembro podrá establecer en su legislación nacional las excepciones que juzgue necesarias con respecto a ... los trabajadores que excedan de una edad determinada y que disfruten de una pensión de retiro o vejez” (art. 2g).

<sup>9</sup> Señala el principio 4<sup>º</sup>b que “los beneficiarios de estos sistemas –de seguro o de asistencia por desempleo– deberían estar protegidos por el seguro o por la asistencia hasta la edad en la que tengan derecho a cobrar pensión por vejez”.

<sup>7</sup> Por todas, puede verse, S.TSJ Cantabria 2 febrero 2005 (AS 2005/166) respecto del personal eventual y S.TSJ Comunidad Valenciana 17 junio 2008 (AS 2008/2124) para los funcionarios interinos.

distinta frente al mercado de trabajo y el acceso al empleo (en búsqueda uno, en abandono el otro). El hecho de que quien pueda acceder a la pensión contributiva de jubilación pierda su derecho a la protección por desempleo, por lo demás, contrasta vivamente con el derecho de opción que asiste al desempleado cuando la pensión a la que puede tener derecho es la de invalidez.

Aunque en otro plano, la plasmación que la norma nacional hace de la posibilidad de exclusión de “*los miembros de la familia del empleador*” presenta también alguna arista porque la exclusión de determinados familiares del empresario de la protección por desempleo se produce en nuestro ordenamiento jurídico de modo reciente, indirecto y torticero. En efecto, como es conocido, el ET contiene una presunción de no laboralidad con respecto a las relaciones de trabajo que el empresario pueda establecer con determinados familiares (cónyuge y familiares de hasta 2º grado por consanguinidad, adopción o afinidad). La presunción, como el propio ET indica, admite prueba en contrario (“*salvo que se demuestre su condición de asalariados*”) de modo que la relación laboral es posible y, si ésta existe, su pérdida involuntaria origina una situación de desempleo protegible<sup>10</sup>. En este panorama irrumpe la DA 10ª de la Ley 20/2007 (LETA) estableciendo que los trabajadores autónomos podrán contratar como trabajadores por cuenta ajena a sus hijos menores de 30 años o que sufran una discapacidad física o intelectual de cierta severidad, con la particularidad de que éstos no tendrán acceso a la cobertura por desempleo. No hay duda de que la exclusión puede encontrar amparo en la norma internacional, pero es también claro —en mi opinión— que lo que se presenta como una posibilidad de nuevo cuño (contratar laboralmente a un hijo) ha existido siempre y lo único nuevo que la norma encierra es la exclusión de estos trabajadores del ámbito de cobertura de la protección por desempleo, es, dicho de otro modo, un “recorte” en el ámbito de cobertura.

<sup>10</sup> S.TS 13 junio 2013.

En otro orden de cosas y desde otra perspectiva, la delimitación del ámbito subjetivo de la protección depende también de la respuesta que haya de darse a la cuestión de si la protección distingue a **nacionales y no nacionales**. El art. 16 Convenio 44 establece la igualdad entre unos y otros (los extranjeros deberán tener derecho a indemnizaciones y subsidios en las mismas condiciones que los nacionales) aunque admite la quiebra del trato igual para los nacionales de países no obligados por el Convenio con respecto a las prestaciones de carácter no contributivo (que su Recomendación de desarrollo (R44) alienta a no aplicar<sup>11</sup>). Nuestro ordenamiento no ha recogido esta excepción y la protección opera en las mismas condiciones para nacionales y extranjeros<sup>12</sup>. En este ámbito, el debate no ha venido de la mano del dato de la nacionalidad, como se sabe, sino que ha surgido al aliento del eventual derecho a la protección de los extranjeros en situación irregular (sin permiso de residencia y trabajo) que plantea una doble cuestión: si es posible que adquiera y mantenga el derecho quien ha trabajado regularmente pero deviene a situación de irregularidad, por un lado, y, por otro, si un trabajo desarrollado en situación irregular puede generar la protección por desempleo.

La posibilidad de mantener la prestación cuando, durante su disfrute, el beneficiario deviene en situación irregular se deriva de lo establecido en el art. 138.1.b de la Ley 4/2000 que indica que la autorización de residencia y trabajo se renovará a su expiración “*cuando por la autoridad competente, conforme a*

<sup>11</sup> Principio 16 “*Debería aplicarse la igualdad de trato, no solo a los trabajadores de la nacionalidad de los Miembros obligados por el Convenio, sino también a los nacionales de los Miembros o Estados que, sin haber ratificado el convenio, apliquen efectivamente sus disposiciones*”.

<sup>12</sup> A salvo de la puntual excepción establecida en la DA 16ª del RD 557/2011 (Reglamento de la Ley 4/2000) conforme a la cual en las contrataciones de los extranjeros titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de duración determinada no se cotizará por la contingencia de desempleo, quedando consecuentemente excluidos de la protección.

la normativa de Seguridad Social, se hubiera otorgado una prestación contributiva por desempleo” y también de lo señalado en el art. 57.5.d de la misma norma que establece la imposibilidad de imponer sanción de expulsión (salvo excepciones) a los extranjeros “que perciban una prestación contributiva por desempleo”.

Por su parte, la cuestión de si la pérdida de un trabajo prestado de modo irregular puede generar prestaciones por desempleo, tras un tortuoso camino, ha sido zanjada en el sentido de considerar que no es posible generar el derecho a la protección por desempleo<sup>13</sup>. Como es sabido, aunque la inicial redacción de la Ley 4/2000 dio lugar a una corriente de interpretación judicial que entendió posible el acceso a la protección, en 2008 el TS unificó doctrina en sentido negativo, estableciendo la imposibilidad de que el derecho naciera<sup>14</sup>. A renglón seguido, en práctica ya conocida, la visión ofrecida por el TS se trasladó al texto de la norma que categóricamente afirma que “en todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo”. Un mandato que, aunque no choca con ninguna norma vinculante, sí disiente de lo que aconseja el principio 8.3 de la Recomendación 151 (1975, sobre Trabajadores Migrantes) “los trabajadores migrantes cuya situación no sea regular o no haya podido regularizarse deberían disfrutar de la igualdad de trato, tanto para ellos como para sus familias, en lo concerniente a

los derechos derivados de su empleo o empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad social y otros beneficios, así como en lo que se refiere a su sindicación y al ejercicio de los derechos sindicales”.

## 2. 2. La contingencia protegida.

### El desempleo protegible y sus tipos

#### 2.2.1. La contingencia protegida

La noción de desempleo protegible que se infiere del Convenio 44 coincide con la que tradicionalmente ha mantenido nuestro ordenamiento jurídico por cuanto se identifica con una persona habitualmente empleada que percibe un salario (art. 2) que deviene en desempleado involuntario (art. 1) por la pérdida o reducción de su empleo (art. 3) y que es apta y está disponible para un nuevo trabajo (art. 4.a); esto es, lo que en la nomenclatura de la norma interna se formula diciendo que se encuentra en desempleo protegible quien, pudiendo y queriendo trabajar, pierde su empleo o ve reducida su jornada de trabajo.

Dentro de los parámetros señalados por el Convenio 44, la norma interna ha evolucionado paulatinamente hacia una mejora. Esto se observa, de entrada, con respecto a los requisitos relativos a la pérdida del empleo que, como se sabe, ha de ser involuntaria, pero en sus orígenes hubo de ser, además, inimputable. En efecto, en las primeras regulaciones de la protección por desempleo, en situación protegible se encontraban los trabajadores que perdían su ocupación “sin causa a ellos imputable”. Este panorama empieza a cambiar con la entrada en escena de la LPD (1984) que hace desaparecer de la noción de desempleo protegible la nota de inimputabilidad en la pérdida del empleo, aunque articulaba un tratamiento distinto para los ceses imputables (estableciendo un periodo de espera cuyo cumplimiento se configuraba como requisito necesario para el acceso a la prestación –posibilidad contemplada en el art. 7 Convenio

<sup>13</sup> En virtud de la nueva redacción dada en 2009 al artículo 36.5 LO 4/2000 que establece “La carencia de autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores o a otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo”.

<sup>14</sup> S.TS 18 marzo 2008.

44<sup>15</sup>–) y se modifica definitivamente al amparo de la Ley 45/2002 que sitúa la frontera que separa las situaciones de desempleo protegible de aquellas otras que no lo son en el dato de que el cese en el trabajo sea o no un cese voluntario.

Resultado de ello es que, matizaciones al margen, extramuros de la protección permanecen hoy únicamente los ceses voluntarios, que no sólo constituyen un reducto cada vez más difícil de sustentar en el plano teórico (si se trata igual a quien “merece” el despido que a quien es injustamente despedido ¿qué serias razones pueden darse para excluir a quien voluntariamente deja su empleo?) sino que reciben un tratamiento –digamos– poco acorde con la norma internacional en la medida en que ésta –aun refiriéndose con carácter general al desempleo involuntario– establece en su artículo 10.2.b la posibilidad de suspender el derecho “durante un periodo adecuado” a quien haya “abandonado voluntariamente sin motivo justificado” su empleo. La dicción de la norma no es, ciertamente, concluyente pero, en mi opinión, abunda en la idea de la conveniencia de revisar el tratamiento de los ceses voluntarios terminando con su exclusión de la protección por desempleo (lo que no excluye la posibilidad de establecer un tratamiento distinto al de los ceses involuntarios).

Más ajustada es la adecuación entre la norma interna y la norma internacional acerca del poliédrico requisito de la voluntad para trabajar. En la LGSS la voluntad de trabajar ha de manifestarse inicialmente, en el momento de acceder a la protección, mediante la suscripción del “compromiso de actividad” (art. 207 LGSS), y también a lo largo de la permanencia en la situación de paro mediante el cumplimiento de la obligación de inscribirse como demandante de empleo (art.

209.1 LGSS); renovar la demanda en la forma y tiempo que determine la Entidad Gestora; aceptar las ofertas de colocación adecuada y participar en trabajos de colaboración social, programas de empleo y acciones de formación, promoción y reconversión profesional; y la más inespecífica obligación de buscar activamente empleo (art. 231.1.i LGSS). Este elenco de obligaciones enlaza y se ajusta al más genérico –pero también abundante– que contiene el Convenio 44 que permite condicionar el acceso a la protección (“el derecho podrá estar sujeto”) a que el desempleado sea apto para el trabajo, esté “disponible” para el mismo, se inscriba en una oficina pública (art. 4) y acepte un empleo en “trabajos de asistencia” (art. 9) al tiempo que autoriza a que se suspenda el derecho a la prestación si el desempleado rechaza una oferta de “empleo conveniente” (art. 10). Esta última cuestión –la del empleo conveniente– es una de las materias que presta visibilidad al contenido del Convenio 44.

La disponibilidad para aceptar un nuevo empleo que se exige al desempleado evidencia que la protección frente al desempleo –si puede así decirse– no se otorga tanto por el hecho de estar parado como por el hecho de estar buscando un nuevo empleo; que a la posición de acreedor de protección que ostenta el desempleado se une la de deudor de una actitud activa en la búsqueda y aceptación de un nuevo empleo. Esta perspectiva de la protección por desempleo como política activa de empleo (no presente en las primeras fórmulas de protección) ha ganado peso en la norma interna que, paulatinamente, ha ido aumentando las obligaciones del desempleado en esta materia al tiempo que redefinía la que constituye su núcleo central: la obligación de aceptar un empleo adecuado.

La norma internacional muestra un evidente y temprano interés por la delimitación de la ocupación adecuada (del “empleo conveniente”) que el Convenio 44 aborda en negativo, señalando qué empleos deben quedar fuera de esta calificación que, en términos generales, se identifican con el empleo que exija

<sup>15</sup> “El derecho a percibir una indemnización o un subsidio podrá estar sujeto a la expiración de un periodo de espera cuya duración y condiciones de aplicación se fijarán en la legislación nacional”.



residir en una localidad en la que no pueda conseguirse un alojamiento adecuado, el que ofrezca un salario y/o unas condiciones de trabajo menos favorables que las que razonablemente quepa esperar en atención a la profesión y región de que se trate, y el que pueda ser rechazado con razonable fundamento en atención a la situación personal del trabajador o de otras circunstancias<sup>16</sup>. Sobre esta noción en negativo, tanto la Recomendación 67 como la Recomendación 44 llevan a cabo una labor de concreción de la que se extrae que el empleo conveniente es, en primera instancia, el que se corresponde con la profesión habitual del trabajador, no exige cambio de residencia y está retribuido conforme a la tasa de salario fijada convencionalmente; y que, transcurrido un tiempo, la noción se ensancha puede considerarse también conveniente el empleo en profesión distinta (pero que se adecúe a la aptitud y formación), que exija cambio de residencia (si hay posibilidades de alojamiento adecuado) y que ofrezca condiciones menos favorables que las que el desempleado obtuvo generalmente en su región y profesión habitual (si respetan las ofrecidas en la profesión y región en que se ofrece el trabajo)<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Sobre ello incide la Recomendación 165 –sobre trabajadores con responsabilidades familiares– al concretar que a la hora de calificar un empleo como adecuado deben ser tenidas en cuenta las responsabilidades familiares del desempleado y, si el empleo implica un traslado, particularmente, debe considerarse la localidad en la que trabaja el cónyuge y las posibilidades de educación de los hijos (principio 30).

<sup>17</sup> Señala la Recomendación 67 *“Durante un periodo inicial, fijado equitativamente según las circunstancias del caso, deberían considerarse empleos convenientes únicamente los siguientes: a) un empleo en el trabajo habitual del asegurado, en un lugar que no entrañe un cambio de residencia, retribuido con la tasa vigente de salarios, fijada por un contrato colectivo, cuando esta sea aplicable, o b) otro empleo aceptable por el asegurado. Después de la expiración del periodo inicial: a) podrá considerarse conveniente un empleo que entrañe un cambio de profesión si puede ser ofrecido razonablemente al asegurado, habida cuenta de sus fuerzas, aptitud, experiencia previa y de las facilidades de formación a su alcance; b) podrá considerarse empleo conveniente aquel que entrañe un cambio de residencia si existen posibilidades de alojamiento adecuado en el nuevo lugar de residencia; c) podrá considerarse*

La adecuación de la norma nacional a estos mandatos tiene sus luces y sus sombras, como se verá.

Coincidiendo con los criterios que barajan los instrumentos internacionales, la determinación de la ocupación que el desempleado está obligado a aceptar se construye sobre la concurrencia de dos tipos de factores: los que se refieren al tipo de trabajo en que consiste el empleo y los que guardan relación con las circunstancias y condiciones en las que el empleo ha de desarrollarse. Más allá de esta coincidencia estructural, los detalles marcan la diferencia, como ocurre, ya de entrada, con respecto al “tipo” de actividad –de trabajo– en que la ocupación adecuada ha de consistir, que, para la norma interna puede ser –indistintamente– bien el coincidente con la profesión demandada por el trabajador, con su profesión habitual o con la última actividad desarrollada, o bien aquella que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas, y transcurrido el primer año de percepción ininterrumpida de prestaciones *“podrán ser consideradas adecuadas otras colocaciones que, a juicio del servicio público de empleo, puedan ser ejercidas por el trabajador”*, lo que es tanto como decir que, al cabo del año, sólo la falta de capacidad física y/o formativa del desempleado juegan como límite para definir la ocupación adecuada, de modo que cualquier trabajo que el desempleado pueda realizar, será adecuado.

*conveniente un empleo en condiciones menos favorables que las que el asegurado obtuvo generalmente en su región y profesión habituales si las condiciones ofrecidas corresponden a las normas comúnmente observadas en el empleo”* (Artículo 14).

Por su parte, la Recomendación 44 puntualiza que *“Cuando se trate de determinar si el empleo ofrecido al solicitante, en una profesión distinta de la que ejercía anteriormente, es un empleo conveniente cuya no aceptación pueda dar lugar a la descalificación del solicitante autorizada por el Convenio, debería tenerse en cuenta el tiempo de servicio del interesado en la profesión anterior, las posibilidades que tenga de encontrar nuevo empleo en la misma profesión, su formación profesional y sus aptitudes para el trabajo propuesto”* (Principio 9).

El hecho de que, transcurrido el primer año, cualquier trabajo que pueda el desempleado desarrollar pueda ser considerado adecuado no creo que se ajuste a lo aconsejado en las Recomendaciones 67 y 44 –que rodean de exigencias y garantías el trabajo distinto de la profesión habitual– y, aunque no contraviene las elementales indicaciones que contiene el Convenio 44, probablemente tampoco se ajusta cabalmente a su sentido en la medida en que el concepto de “*empleo conveniente*” ha de diferir en algo del concepto “*empleo posible*”.

También existe una general coincidencia en los criterios que delimitan en qué condiciones un determinado tipo de actividad es adecuado o no. El juicio de adecuación del empleo ofrecido gira sobre los tres factores que recoge el Convenio 44 el factor retributivo, el factor geográfico y el factor referido a la calidad del empleo. Los dos primeros, forman tradicionalmente parte de la regulación contenida en la norma interna pero el tercero no encuentra adecuado reflejo hasta la reforma de 2002 que, además de definir con cierto detalle el criterio salarial y el geográfico (hasta entonces insuficientemente definidos), establece que el juicio de adecuación ha de tener en cuenta también esas “*otras condiciones de trabajo*” a las que se refiere el Convenio 44.

A diferencia de los criterios que definen el tipo de trabajo en que la ocupación adecuada ha de consistir, los criterios referidos a las condiciones que el empleo ha de revestir no decaen al transcurso del año sino que operan siempre, aunque pueden ser objeto de un cierto desdibujamiento porque todos los parámetros que definen la ocupación adecuada pueden ser modalizados por el servicio de empleo en atención a un ingente número de circunstancias relativas ya a la persona del trabajador (situación familiar, personal, profesional) ya en torno al empleo ofrecido (características del puesto, existencia de medios de transporte, características de los mercados locales de empleo). Cierto es que esta modalización sólo podrá tener lugar para redefinir “al alza” la

ocupación adecuada, pero es indudable que se introduce un factor de indefinición importante que, desde luego, se acomoda mal a la necesaria seguridad jurídica y también, y por lo que ahora importa, a la evidente intención de la norma internacional de establecer parámetros claros, definidos y seguros a la hora de definir esta fundamental obligación del desempleado.

Aplicando la ley de las compensaciones, a esta definición –cada vez más amplia– de lo que deba entenderse por ocupación adecuada, anuda la LGSS, para el caso de incumplimiento, una sanción cada vez más leve: si en las regulaciones iniciales el primer rechazo provocaba la extinción del derecho, en la actualidad la extinción se produce con el tercer rechazo, correspondiendo al primero la pérdida de tres meses de prestación y al segundo la pérdida de seis meses, en una regulación que puede tenerse por acorde con lo establecido en el Convenio 44 cuando indica que la negativa en la aceptación puede generar la suspensión de la percepción de la prestación o el subsidio “*durante un periodo adecuado*” (Convenio 44 –art. 10–). Por lo demás, conviene hacer notar que este ámbito –el del rechazo a la ocupación adecuada– es uno de aquellos en los que ha sido visible el juego de la norma internacional porque, en más de una ocasión, los tribunales han tenido que pronunciarse acerca de la legitimidad de la negativa y en esa labor han invocado lo establecido –aunque no siempre de modo central y con carácter decisorio– en la regulación internacional<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Por ejemplo, la S.TSJ de Castilla-La Mancha 14.12.1992 (AS 1992/6311) que considera justificado el rechazo de una ocupación ajena a la historia profesional del trabajador, en una localidad distinta que obliga a un traslado y a no convivir con la familia, o la S.TSJ Galicia 4.04.2005 (AS 2005/1460) sobre la negativa a participar en curso ocupacional por no poder atender a hijo, al entender justificada la negativa por circunstancias familiares.

### 2.2.2. *El desempleo protegible y sus tipos*

También la regulación interna cumple con los mandatos de la norma internacional por lo que hace a los **tipos de desempleo protegible** que ha de comprender la situación de desempleo que deviene de la pérdida total definitiva de la ocupación (identificable con la extinción contractual) el que deviene de la pérdida total temporal de la ocupación (identificable con los supuestos de suspensión contractual) y el que trae su causa de la pérdida parcial de la ocupación (identificable con la reducción de jornada)<sup>19</sup>. Las tres situaciones se encuentran cubiertas por nuestro sistema aunque la cobertura prevista para el desempleo parcial, en algunos aspectos, pueda considerarse insuficiente.

Sobre la figura del desempleo parcial muestra la norma internacional un especial interés al establecer el Convenio 44 que “se concederán indemnizaciones o subsidios a los trabajadores cuyo empleo se encuentre reducido” (art. 3) e insiste en ello la Recomendación 44 (principio 3) al aconsejar que el sistema de protección “debería amparar no sólo a las personas que estén totalmente desempleadas, sino también a las que se encuentren desempleadas parcialmente”.

<sup>19</sup> Al desempleo parcial se refiere el Convenio 44 (“En caso de desempleo parcial, se concederán indemnizaciones o subsidios a los trabajadores cuyo empleo se encuentre reducido”, art. 4), la Recomendación 44 (“Todo sistema que establezca el pago de indemnizaciones o subsidios a los desempleados debería amparar no sólo a las personas que estén totalmente desempleadas, sino también a las que se encuentren desempleadas parcialmente”, art. 3), y más claramente –aunque es instrumento no vinculante– el Convenio 168 (“Las contingencias cubiertas deberán abarcar ... el desempleo total, definido como la pérdida de ganancias debida a la imposibilidad de obtener un empleo conveniente. Además, todo Miembro deberá procurar extender la protección...a las contingencias siguientes: a la pérdida de ganancias debida al desempleo parcial definido como una reducción temporal de la duración normal o legal del trabajo; la suspensión o reducción de ganancias como consecuencia de una suspensión temporal de trabajo, sin terminación de la relación de trabajo, en particular por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos”, art. 10).

La cobertura otorgada a la pérdida parcial del empleo depende, en nuestro ordenamiento, de cómo se plasme la minoración del tiempo de trabajo: la reducción de proyección diaria configura la situación de desempleo parcial (que permite percibir el salario correspondiente a la jornada que se conserva y la prestación por desempleo correspondiente a la parte de jornada perdida) en tanto que si la minoración implica días completos de inactividad la protección transita por la vía –digamos– común, la del desempleo total, percibiendo el trabajador la prestación por desempleo correspondiente a las jornadas de inactividad (art. 203 LGSS). Sea por una u otra la vía, la minoración de tiempo de trabajo que da lugar a la protección por desempleo ha de cumplir, como se sabe, ciertos requisitos.

En primer lugar, es preciso que la suspensión y la reducción tomen cuerpo a través del procedimiento establecido en el artículo 47 ET, lo que implica que no resultan protegidas las reducciones de jornada que devienen del acuerdo entre trabajador y empresario, ni las que encuentran su causa en los distintos “*motivos personales y familiares*” a los que el ET anuda este derecho, lo cual es lógico porque no puede apreciarse aquí la involuntariedad en la pérdida del empleo que es necesaria para poder articular la protección por desempleo<sup>20</sup>.

Si verificado el ajuste a través del procedimiento del art. 47 ET, cualquier minoración del tiempo de trabajo origina protección si se plasma con días completos de inactividad (reducción de jornada vertical) pero no sucede lo mismo si se plasma en una reducción diaria

<sup>20</sup> Por la misma razón, resultaría igualmente excluida la reducción de jornada establecida por la vía de la modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 ET) en el caso de que quepa introducir la reducción de jornada por la vía del artículo 41 ET (opinión que no comparto). Si ello fuera así, sería difícil mantener la exclusión de la medida articulada a través del artículo 41 ET porque, desaparecido el control público en el procedimiento del art. 47 ET, la frontera entre uno y otro procedimiento es prácticamente inexistente y no justifica la diferencia de trato.

del tiempo de trabajo (reducción de jornada horizontal) porque, en este caso, para originar la protección, es preciso que el recorte se sitúe entre el 10% y 70% de la jornada diaria (art. 203 LGSS) de modo que no toda pérdida parcial del empleo se encuentra protegida. En sentido estricto, el hecho de que ello sea así no contraviene la norma internacional toda vez que el Convenio 44 señala la necesidad de proteger el desempleo parcial *“en las condiciones que fije la legislación nacional”* pero sí evidencia la existencia de un vacío de protección que ha de tenerse en cuenta.

Con toda probabilidad, el juego de estos topes mínimo y máximo encuentran su explicación en la idea de que se pretende evitar la cobertura de reducciones de jornada tan pequeñas que hagan simbólico el contenido prestacional, y, en el otro extremo, la cobertura de reducciones tan amplias que puedan alentar la tentación de mantener vivos contratos de forma especulativa, solo para obtener las ventajas ligadas a la reducción. La otra cara de la moneda es que, lógicamente, ello implica una limitación del ámbito de la protección, ya que quedan extra muros de la protección las reducciones de jornada que no alcancen el 10% o que superen en 70% (a salvo de que se verifiquen mediante el cese de jornadas completas, dando cuerpo a la figura del desempleo total definitivo).

Restringe también la concepción del desempleo parcial la exigencia de que la reducción de jornada corresponda a un periodo temporal determinado quedando excluidas de cobertura las reducciones de jornada definitivas y aquellas que –aun siendo temporales– se extiendan a todo el periodo de vigencia del contrato de trabajo. Este requisito encuentra su sentido en la idea de que una reducción de la jornada con carácter definitivo implicaría la conversión del vínculo en un contrato a tiempo parcial, algo que –según indica el art. 12 ET– solo puede tener lugar con la intervención de la voluntad del trabajador, lo que, a su vez, excluiría la involuntariedad en la pérdida

del empleo que se exige para el acceso a la protección. Pero el requisito tiene también un importante efecto adverso porque expone a la falta de cobertura a los trabajadores temporales (un colectivo muy amplio y muy precarizado) ya que una reducción de naturaleza temporal puede, para un contrato temporal, tener alcance definitivo.

La protección otorgada por desempleo parcial, por el contrario, ha sido objeto de un notable reforzamiento en los últimos años, con la confesada intención de revertir el proceso de destrucción de empleo incentivando la vía de la regulación temporal de empleo frente a la opción extintiva. Este interés por hacer atractiva la reducción temporal de empleo fructifica en una mejora de la posición de los trabajadores afectados por la pérdida parcial del empleo que se materializa en un reforzamiento de su protección, mediante lo que la norma denomina *“reposición del derecho a la prestación por desempleo”*. La reposición viene a ser una versión corregida de una solución ya experimentada en la LBE y en la LPD, y que, muy sintéticamente, puede explicarse diciendo que la prestación contributiva por desempleo percibida durante la reducción de jornada producida al amparo de un ERE (común o concursal) se tendrá por no consumida si posteriormente (y dentro de determinado arco temporal) tiene lugar una nueva situación de desempleo por suspensión, reducción o extinción producidas al amparo de un nuevo ERE o del art. 52.c ET.

### 2.3. El contenido de la protección

La protección por desempleo se articula en la norma nacional en torno a la concesión de dos prestaciones de distinta naturaleza: por un lado, la consistente en el pago de una suma de dinero (prestación o subsidio) que constituye la prestación “básica”, y, por otro, ligada a esta prestación básica, otras prestaciones complementarias cuyo objeto es el abono por parte de la Entidad Gestora de las

cotizaciones correspondientes a determinadas prestaciones (en el caso de los subsidios sólo la correspondiente a jubilación). En paralelo, la acción protectora incluye también una serie “*acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación y reconversión profesionales*” que constituyen medidas correspondientes al campo de la política de empleo y con las que se trata de lograr el establecimiento de las condiciones que permitan salir de la situación de desempleo. El núcleo central de la protección es la prestación económica (sea prestación o subsidio) y, esto es lo que explica que la regulación internacional se ocupe de los dos elementos sobre los que ésta se define: la duración y la cuantía<sup>21</sup>.

No hace falta decir que determinar la duración de la protección por desempleo es siempre una cuestión compleja que se agrava muy especialmente en situaciones de crisis en las que el paro es intenso y duradero y en las que hay que procurar ofrecer una protección prolongada en el tiempo evitando poner en riesgo el sistema. En la búsqueda de este equilibrio la norma interna ha sufrido sus vaivenes, si bien dentro del cumplimiento del estándar establecido en los Convenios de aplicación.

En efecto, aunque la Recomendación 67<sup>22</sup> aconseja que la protección se extienda “*hasta que se le ofrezca al asegurado un empleo conveniente*” (art. 14.2) y a pesar de que la Recomendación 44, más concreta, señala que la prestación contributiva “*debería prolongarse tanto como lo permita la solvencia del sistema*” y los subsidios deberían pagarse “*durante todo el tiempo que los solicitantes lo necesiten*” (principio 7); abandonando el plano de lo que sería deseable hacer, los instrumentos vinculantes (Convenio 102, Convenio 44) autorizan

a limitar la duración de la protección (sea prestación o subsidio) estableciendo un doble umbral mínimo: el que debe operar “*normalmente*” (que se sitúa en 26 semanas por año o su equivalente en días laborables -156- para el Convenio 44) y el que opera como umbral mínimo (que se cifra en 13 semanas por año o 78 días laborables para el Convenio 44).

La prestación contributiva cumple, desde antiguo, el estándar señalado en los convenios en cuanto a su duración, que supera el umbral de las 13 semanas, y cumple también con los máximos de cotización exigible que contiene, al amparo del Convenio 44, la Recomendación 44 que aconseja no superar las 26 semanas de cotización en un año o 52 semanas en dos años. Y esa misma adecuación puede observarse en las duraciones de los distintos subsidios, a salvo del denominado “*subsidio contributivo*” que en su tramo mínimo alcanza una duración de sólo tres meses -12 semanas- (para una cotización previa de tres meses). Que ello sea así no infringe la norma internacional dado que el art. 24 del Convenio 102 (art. 24) permite entender cumplida la exigencia de la duración mínima (13 semanas) en los casos en los que la duración de la prestación varíe en función de la cotización si “*el promedio de la duración comprende, por lo menos, 13 semanas en el transcurso de 12 meses*”, cosa que sucede en este caso.

Además de las previsiones directamente referidas a la duración de la prestación o del subsidio, conviene tener en cuenta que se cumple también la previsión de la Recomendación 176 (principio 8.19) relativa a la conveniencia de que, cuando la prestación contributiva tenga una duración determinada, se prolongue la protección hasta “*la edad de admisión a la pensión de vejez*”, que es exactamente el cometido que cumple el denominado “*subsidio de prejubilación*” (215 LGSS).

No menos complejo que determinar la duración de la prestación es determinar su **cuantía** y sobre ello ya muestra su preocupación la Recomendación 67 cuando, con carác-

<sup>21</sup> Aunque en instrumento no vinculante –por no ratificado– también muestra su interés la norma en la asistencia médica de los beneficiarios (Convenio 168, art. 23) que, como se sabe, en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra garantizada (RD 1992/2012).

<sup>22</sup> Recomendación sobre Seguridad de los Medios de Vida, 1944.

ter general, indica que las prestaciones “*deberían sustituir a las ganancias perdidas... hasta un nivel tan elevado como sea factible, sin que ello impida el deseo de reanudar el trabajo*” (art. 22) de modo que la cuantía ha de fijarse con la idea de facilitar al desempleado una renta próxima a la renta salarial perdida pero procurando que no tenga un efecto disuasorio de cara a la búsqueda y aceptación de un nuevo empleo<sup>23</sup>. Este equilibrio lo cifra la Recomendación 67 –para trabajadores no especializados– en un mínimo del “40% de las ganancias anteriores netas del asegurado, si no tiene cargas familiares, o del 60%” en el caso de que las tenga, al tiempo que autoriza a reducir esta relación cuando se trata de salarios elevados (art. 22).

Estas rudimentarias referencias acerca de la cuantía de la prestación son respetadas en la norma nacional que establece la cuantía de la prestación en la cantidad resultante de aplicar un determinado porcentaje a una base reguladora constituida por el promedio de la base por la que se hubiera cotizado por dicha contingencia durante los últimos 180 días del periodo de seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar (artículo 211 LGSS). Se observa así la vinculación entre la cuantía de las rentas salariales perdidas y la de la prestación que viene a sustituirlas.

La idea de que la cuantía de la prestación no debe tener efectos disuasorios de cara a la búsqueda de un nuevo empleo, por su parte, encuentra su plasmación en el hecho de que el porcentaje a aplicar a la base reguladora varía de forma decreciente, de modo que la cuantía de la prestación decrece con el transcurso del tiempo: durante el primer tramo, constituido por los primeros 180 días, se apli-

<sup>23</sup> Esta idea es la que muy gráficamente expone el Convenio 168 sobre fomento del empleo y protección por desempleo –1988, no ratificado– cuando señala en su artículo 2 que la prestación ha de tener una cuantía que “no tenga por efecto disuadir a los empleadores de ofrecer un empleo productivo ni a los trabajadores de buscarlo”.

ca el 70%, mientras que a lo largo del segundo, que transcurre desde el día 181 hasta la finalización del periodo reconocido, se aplica el 50%. La previsión ha sido muy criticada en el ámbito interno<sup>24</sup> pero es preciso reconocer que se encuentra en sintonía con los mandatos de la norma internacional que muestra una especial preocupación en este punto.

En este orden de ideas, también puede entenderse acorde a las previsiones de la Recomendación 67 la existencia de topes mínimos y máximos en la cuantía de la prestación (artículo 211.3 LGSS) por cuanto obedecen a ese objetivo de garantizar la suficiencia de la prestación (función del límite mínimo) evitando que ésta tenga un efecto disuasorio (función del límite máximo).

Sobre estas reglas generales para la determinación de la cuantía de la prestación opera una excepción referida a los casos en los que la situación de desempleo tiene lugar cuando la jornada se encuentra reducida al amparo de las causas del art. 37 ET (motivos familiares y violencia de género). Establece la LGSS que, en estos supuestos, el cálculo de la cuantía de la prestación se efectuará tomando en cuenta las bases de cotización que hubieran correspondido si no hubiera tenido lugar la reducción de jornada, y que la cuantía de los topes máximo y mínimo se calcularán teniendo en cuenta el IPREM correspondiente a las horas trabajadas antes de la reducción de jornada (art. 211.5 LGSS) procurándose así una protección reforzada (de mayor cuantía) en estos casos en los que entra en juego un derecho ligado a la conciliación de la vida familiar y laboral y, por ello, objeto de una especial protección.

<sup>24</sup> En base a la idea de que el fundamento teórico del establecimiento de tramos decrecientes (empujar al desempleado a la búsqueda de empleo) es un planteamiento que puede ser defendido con cierta eficacia cuando la situación del mercado de trabajo permite encontrar un empleo en plazo y condiciones razonables, pero no en las coyunturas de paro cíclico –que es cuando suelen intensificarse estas medidas– en los que la vuelta al mercado de trabajo puede tornarse casi imposible.

La determinación de la cuantía de la prestación cuando ésta deviene de la pérdida de un **trabajo a tiempo parcial** sigue las reglas generales que acaban de verse, si bien los topes máximo y mínimo de cuantía se ajustan proporcionalmente (“se determinarán teniendo en cuenta el IPREM que hubiera correspondido al trabajador en función de las horas trabajadas”). Y también rige la regla general sin especialidad alguna para determinar su duración, esto es, se determina en atención al periodo de ocupación cotizada en los 6 años anteriores, considerando que cada día trabajado (sea cual sea la duración de la jornada) se computa como día cotizado<sup>25</sup>.

Conviene señalar que el hecho de que cada día trabajado (por corta que sea la jornada) compute como un día cotizado tiene como efecto que la diferencia entre la prestación por desempleo que deviene de la pérdida de un trabajo a tiempo completo y la que deviene de un trabajo a tiempo parcial, a igualdad de remuneración, se aprecie en la cuantía de la prestación pero no en su duración (a salvo, para decirlo todo, de que se trate de un trabajo a tiempo parcial “vertical” –en el que se no trabaja todos los días– en el que esa equivalencia quiebra).

No existen requerimientos específicos por lo que respecta a la duración y cuantía del subsidio, cuestión sobre la que el Convenio 44 únicamente señala que “*el derecho a recibir un subsidio podrá estar sujeto a la comprobación del estado de necesidad del solicitante*”. Partiendo de esta base, no parece que pueda ponerse objeción alguna a la norma nacional

<sup>25</sup> Que ello sea así marca la diferencia de la prestación por desempleo con respecto a la generalidad de prestaciones del sistema que se calculan atendiendo al tiempo trabajado (las horas trabajadas) al amparo del contrato a tiempo parcial, lo que conlleva una mayor dificultad para reunir el periodo de carencia necesario para acceder a las prestaciones y también la obtención de prestaciones de menor duración y cuantía. Aun cuando recientemente estos aspectos han sido objeto de reforma, la nueva regulación queda lejos de igualar el tratamiento que el trabajo a tiempo parcial recibe de cara a la prestación por desempleo.

que, como se sabe, cifra la cuantía del subsidio en un 80% del IPREM y le otorga, en función de su tipo, una duración que oscila entre los 3 y los 24 meses.

### 3. CONCLUSIÓN

Puede, en términos generales, decirse que el estándar establecido por la OIT en materia de desempleo encuentra cumplido reflejo en la norma nacional. Tratándose de un estándar que gira en torno a una norma aprobada en 1934 (aunque la ratificación no llegaría hasta 1971) lo sorprendente sería lo contrario y por eso resulta llamativo que la norma interna contenga todavía algunas previsiones que, aunque no abiertamente contrarias a lo establecido en la regulación internacional, se sitúan, dentro de lo permitido, en el rango menos garantista.

Tampoco es especialmente importante el reflejo de la regulación internacional en la jurisprudencia. Partiendo de la base de que la efectividad de la norma internacional no depende de la plasmación que su contenido encuentre en la norma nacional, adquiere especial importancia la interpretación y aplicación que de ella hagan los Jueces y Tribunales que es, al fin y a la postre, el principal indicio de su operatividad. En este sentido, en materia de desempleo, sólo un pequeño puñado de cuestiones han merecido la invocación de la norma internacional que, por lo general, no ha sido decisiva para el sentido del fallo y entra en escena, la mayoría de las veces, como una cita incidental, sin otro objeto que apoyar la argumentación de la sentencia.

Con todo, a la espera de que España ratifique el Convenio 168<sup>26</sup> que obligaría a efectuar algunas revisiones “*al alza*” de la norma interna, conviene no menospreciar el papel

<sup>26</sup> Adoptado en 1988 y que revisa el Convenio 44 –de 1934– sobre desempleo.

de garantía que cumple la añeja regulación internacional vinculante. Con toda probabilidad, la idea de que la mayor antigüedad del instrumento internacional encuentra su correlato en una más intensa superación de los mínimos en ella establecidos ha de relativizarse porque, con la irrupción de la crisis económica, como se comprueba en cada reforma, a la protección social le ha llegado el tiempo de la marea baja y, en este trayecto de vuelta, la norma internacional hoy superada puede encontrar un renovado protagonismo.

zarse porque, con la irrupción de la crisis económica, como se comprueba en cada reforma, a la protección social le ha llegado el tiempo de la marea baja y, en este trayecto de vuelta, la norma internacional hoy superada puede encontrar un renovado protagonismo.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL



**RESUMEN** Como es conocido, existe un temprano interés de la norma internacional en la regulación de la protección social otorgada frente al desempleo. Lógico correlato de este interés es la existencia de un buen número de instrumentos normativos que, en su práctica totalidad forman parte del ordenamiento interno, excepción hecha del Convenio 168 (el más moderno y completo sobre protección por desempleo) que no ha sido ratificado, lo que no deja de ser llamativo si se tiene en cuenta que nuestro país es –si así puede decirse– proclive a la ratificación de los Convenios de la OIT. Ello, en otro plano, hace que el referente central de la regulación internacional en materia de protección por desempleo venga constituido por un Convenio –digamos– antiguo (de 1934, ratificado en 1971) que, obviamente, contiene una regulación acorde a los estándares de la época y, por ello, lejanos de los que hoy delimitan el escenario en el que opera y se aplica.

Si, con frecuencia, se tiende a pensar que las normas internacionales tienen escasa repercusión práctica y que, en la medida en que la norma nacional alcanza un estándar satisfactorio (maduro) de reconocimiento de garantías en determinada materia, la norma internacional deviene ineficaz; puede pensarse que la tarea de medir la adecuación de un cuadro normativo (el de desempleo) cuyo núcleo principal en breve alcanzará los 100 años sólo puede ofrecer como resultado la constatación de que la regulación nacional ha superado lo establecido en la norma internacional. La realidad, sin embargo, es algo distinta y, aunque con carácter general, puede decirse sin duda que ello es así, existen todavía (o han existido hasta hace bien poco) algunos aspectos en los que la norma nacional no ha alcanzado cabalmente la marca fijada por la norma internacional.

En efecto, como a lo largo de las páginas de este trabajo se evidencia, aunque en términos generales puede decirse que el estándar establecido por la OIT en materia de desempleo encuentra cumplido reflejo en la norma nacional, resulta llamativo comprobar que la norma interna contenga todavía algunas previsiones que, aunque no abiertamente contrarias a lo establecido en la regulación internacional, se sitúan, dentro de lo permitido, en el rango menos garantista.

Tampoco es especialmente importante el reflejo de la regulación internacional en la jurisprudencia. Partiendo de la base de que la efectividad de la norma internacional no depende de la plasmación que su contenido encuentre en la norma nacional, adquiere especial importancia la interpretación y aplicación que de ella hagan los Jueces y Tribunales que es, al fin y a la postre, el principal indicio de su operatividad. En este sentido, en materia de desempleo, sólo un pequeño puñado de cuestiones han merecido la invocación de la norma internacional que, por lo general, no ha sido decisiva para el sentido del fallo y entra en escena, la mayoría de las veces, como una cita incidental, sin otro objeto que apoyar la argumentación de la sentencia.

**Palabras clave:** Desempleo, paro, seguro, ocupación adecuada, prestación, subsidio.

**ABSTRACT** As is well-known, there is an early interest in the international legislation on the regulation of the social protection afforded against unemployment. The logical consequence of this interest is the existence of a good number of legislative instruments, practically all of which form part of domestic legislation, with the exception of Convention 168 (the latest and most comprehensive one governing unemployment protection), which has not been ratified, a fact that does not fail to draw attention if we bear in mind that our country is – if it may be put this way – prone to the ratification of ILO Conventions. This, moreover, means that the mainstream of international regulation in the area of unemployment protection is formed by a Convention – let us say – long-standing (from 1934, ratified in 1971), which obviously contains regulations in keeping with the standards of the time and, therefore, far removed from those defining the scenario in which it operates and is applied.

If there is a common tendency to think that international standards have little practical impact and that as domestic standards achieve a satisfactory (mature) standard of recognition of guarantees in a given field, international standards become ineffective; it may be thought that the task of measuring the suitability of a legislative framework (that of unemployment), which has a main core that will shortly be a hundred years old, may only offer as a result the recognition that domestic regulation has surpassed the provisions of international standards. Reality, however, is rather different and although it may undoubtedly be said in general terms that this is the case, there still are (or have been until quite recently) some aspects in which domestic standards have not clearly reached the mark set in international standards.

In fact, as is made clear in these pages, although it may be claimed in general terms that the level established by the ILO in the area of unemployment is closely matched by domestic standards, it proves noteworthy to find that domestic standards still contain some provisions which, though not openly contradictory to what is stipulated in international regulations, lie within what is permissible in the range providing lowest guarantees. The extent to which international regulations are reflected in case law is not particularly important either. Starting from the basis that the effectiveness of international standards does not depend on how their content is embodied in domestic standards, special importance is acquired by the interpretation and application made by the Magistrates and Courts, which after all represents the main evidence of their operational efficacy. In this respect, in the area of unemployment, there is only a small set of questions that have warranted the invocation of international standards, which generally speaking have not proved decisive in the reaching of the decision and are mostly only cited incidentally, for no ulterior purpose beyond supporting the rationale of the ruling.

**Keywords:** unemployment, redundancy, insurance, suitable occupation, benefit, allowance.