



## PROTECCIÓN Y PRESTACIONES SOCIALES EN LA REFORMA LABORAL: DESEMPLEO Y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

### EXTRACTO

El Acuerdo de 9 de mayo de 2006 y el RDL 5/2006, de 9 de junio, que la ha articulado, ambos bajo la invocación de la mejora del crecimiento y del empleo, han supuesto modificaciones en materia de protección por desempleo y de las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial.

Tanto en uno como en otro caso, las reformas no son de particular relevancia, limitándose las primeras a mejorar la protección por desempleo de algunos colectivos particulares, como es el caso de los trabajadores fijos discontinuos y los mayores de 45 años.

Por lo que se refiere a las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial, la situación financiera excedentaria del Fondo ha permitido la mejora de sus prestaciones mediante la ampliación de los supuestos protegidos y la elevación de las cuantías máximas por las que el Fondo ha de responder.

Dada la caracterización de la reforma en esta materia, el trabajo analiza las que se han producido en los dos ámbitos, desgranando, en cada uno de ellos, los aspectos concretos de las modificaciones.

Así, en cuanto al desempleo, se considera el alcance de las mejoras según cada colectivo afectado.

Por lo que se refiere a las prestaciones del Fondo de Garantía, se consideran, de forma particularizada, las mejoras introducidas en relación con la ampliación de supuestos tutelados en materia de indemnizaciones debidas por extinción del contrato y respecto de la elevación de los topes máximos de responsabilidad del Fondo.

## ÍNDICE

1. CONSIDERACIONES GENERALES
2. LA REFORMA DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO
  - 2.1. La mejora de la protección por desempleo de los trabajadores mayores de 45 años: eliminación de obstáculos para el acceso al subsidio
  - 2.2. La mejora de la protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos: la generalización de la tutela particular de estos trabajadores y la ampliación de las posibilidades de acceso al subsidio especial para mayores de 45 años
    - 2.2.1. La equiparación a efectos del desempleo de los dos tipos de trabajadores fijos discontinuos
    - 2.2.2. El subsidio especial de los trabajadores fijos discontinuos mayores de 45 años
    - 2.2.3. El menor coste para los trabajadores fijos discontinuos del derecho de opción entre prestaciones
  - 2.3. La ampliación del ámbito subjetivo de cobertura de la protección por desempleo: los socios trabajadores de cooperativas
  - 2.4. Previsiones del Acuerdo en materia de desempleo no articuladas normativamente
3. LA AMPLIACIÓN DE LA COBERTURA DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL
  - 3.1. La ampliación de los supuestos extintivos contractuales frente a los que debe responder el Fondo de Garantía Salarial: las indemnizaciones derivadas de tales situaciones
  - 3.2. El incremento de la cuantía de las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial: la elevación de los topes
  - 3.3. La ampliación de los títulos o documentos que fundan la reclamación
4. CONCLUSIONES

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES

Como en la mayoría de los acuerdos sobre mercado de trabajo o empleo, el Acuerdo de 9 de mayo de 2006 (denominado, como se sabe, «para la mejora del crecimiento y del empleo») contiene referencias a la regulación de las prestaciones por desempleo; o a lo que se califica normalmente como políticas pasivas de empleo. Las menciones del Acuerdo a la protección por desempleo se han trasladado (no íntegramente, aunque esta circunstancia no es inhabitual en estos procesos de concertación social) a los arts. 15 y 16 del Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo (RDL 5/2006, en adelante), que reforman parcialmente los arts. 208.1 y 215.1 de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, LGSS) y el RD 1043/1985, de 19 de junio, por el que se regula la protección por desempleo a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado.

Puesto que este es el significado de las reformas en materia de desempleo, hay que avanzar que, inevitablemente, el alcance de las mismas es muy limitado. No hay otro posible calificativo para unas modificaciones que están ordenadas a mejorar parcialmente la protección por desempleo de los

trabajadores fijos discontinuos y de los trabajadores mayores de 45 años, así como a extender la tutela a los socios temporales de cooperativas de trabajo, hasta el momento excluidos de la misma. Desde luego, el RDL 5/2006 no podrá caracterizarse por los cambios que ha introducido en el desempleo, en relación con el cual ha supuesto innovaciones más relevantes el recientemente aprobado RD 200/2006, de 17 de febrero, por el que se modifica el RD 625/1985, de 2 de abril, reglamento general de la protección por desempleo y, con todas las matizaciones que sean pertinentes ya que se trata de una norma previa a la introducción del Título III en la LGSS, disposición reglamentaria de desarrollo de dicho Título III de la LGSS. En efecto, el RD 200/2006 ha regulado desde cuestiones procedimentales y de gestión del desempleo hasta la cuantía de la prestación, pasando por aspectos relativos a la incompatibilidad entre prestación y trabajo, la suspensión de la prestación, o, en fin, el mecanismo de determinación de las rentas o recursos en relación con el cumplimiento del requisito de carencia para acceder al subsidio de desempleo. Frente a estos cambios de relevancia, el RDL 5/2006 aparece como una norma menor, concentrada en la mejora del desempleo para muy determinados colectivos; como se ha dicho, fijos discontinuos, mayores de 45 años y cooperativistas.

Algo semejante, aunque no obstante de mayor entidad, sucede con lo relacionado con las prestaciones del FOGASA. Tanto el Acuerdo como el Preámbulo del RDL 5/2006 subrayan que el propósito de las reformas normativas es mejorar la protección de los trabajadores, lo que se logra ampliando los supuestos en los que el trabajador tiene derecho a las prestaciones (en concreto, en lo que hace a las indemnizaciones por fin de contrato), e incrementando la cuantía de las mismas por el expediente de incrementar los topes cuantitativos que determinan el alcance de las obligaciones económicas del FOGASA. La reforma también afecta a aspectos más técnicos o procedimentales, al ampliar la relación de títulos o documentos que puede fundar la reclamación del trabajador al FOGASA. Mejora, pues, de la calidad de las prestaciones, basada no tanto en un objetivo de empleo (al final, esa mejora no hace otra cosa que ampliar el nivel de socialización de deudas empresariales, haciéndolas recaer en mayor medida en el conjunto de los empresarios a través de su cotización al FOGASA), sino justificada en la situación excedentaria del FOGASA, al superar ampliamente los ingresos por cotizaciones empresariales el volumen de las prestaciones a que tienen derecho los trabajadores.

La mejora de las prestaciones, consecuencia directa de la buena situación financiera del FOGASA, tiene lugar de forma simultánea a la reducción en un cincuenta por cien de las cotizaciones empresariales. Para lo que el art. 11 del RDL 5/2006 modifica, con efectos desde el 1 de julio de 2006, el número 2 del apartado Nueve del art. 110 de la Ley 30/2005, de 29 de

diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, reduciendo el tipo de cotización del 0.40 a 0.20. En cuanto a la mejora sustantiva o material de las prestaciones, el art. 12 del RDL 5/2006 modifica distintos apartados del art. 33 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (ET, en adelante), dedicado precisamente a regular el FOGASA. Por último, el RDL 5/2006 incluye, respecto del FOGASA, una disposición un tanto imprecisa (la disposición adicional cuarta) donde se establece que «las modificaciones futuras del tipo de cotización y en la cuantía de las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial estarán determinadas por la situación del excedente financiero del mismo»; y también que dicho excedente financiero «podrá utilizarse como fondo de estabilización para la financiación de las necesidades anuales del organismo». Todo lo cual, finaliza la disposición que se comenta, habrá de hacerse «previa consulta a su Consejo Rector».

La exigencia de consulta previa al Consejo Rector que prevé la disposición adicional cuarta del RDL 5/2006 es una evidente expresión del fomento de la participación institucional. En la medida en que el Consejo Rector, regulado por el art. 5 del RD 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, es el órgano colegiado de dirección del FOGASA donde están presentes, además de la Administración Pública, representantes de sindicatos y organizaciones empresariales más representativas. Pues bien, dicho Consejo Rector, según el art. 6 del citado RD 505/1985, tiene una serie de funciones referidas a la elaboración de criterios de actuación del FOGASA, a proponer al Gobierno las medidas que considere adecuadas para el cumplimiento de sus fines en razón de la evolución económica del organismo, y a aprobar la memoria anual y el anteproyecto de presupuestos y su liquidación anual. La disposición adicional cuarta del RDL 5/2006 viene, pues, a atribuirle, expresa y particularmente, nuevas competencias como las de dictaminar previamente acerca del posible cambio del tipo de cotización y de la modificación de la cuantía de las prestaciones, así como en relación con el uso de los excedentes financieros como fondo de estabilización. Quizás estas competencias del Consejo Rector ya pudieran considerarse incluidas en las generales previstas en el art. 6 del RD 505/1985, pero la disposición adicional cuarta del RDL 5/2006 ha venido, como se ha dicho, a precisarlas y, sobre todo, a exigir el dictamen previo del Consejo Rector antes de que el órgano habilitado para ello tome la decisión oportuna.

Pero la disposición adicional cuarta no resuelve quién puede tomar las decisiones respecto de las modificaciones de los tipos de cotización y de la mejora de la cuantía de las prestaciones. Y no parece que corresponda al Gobierno, salvo que el propósito de la mentada disposición adicional cuarta haya sido la de deslegalizar estas materias, introduciendo una habilitación

genérica al Gobierno; lo que, desde luego, no hace expresamente. Y que es dudoso que pueda realizar respecto de ciertas materias como es la de la modificación del tipo de cotización; que, por cierto, no necesariamente ha de ser en un sentido reductivo, sino también de incremento, ya que la disposición adicional cuarta se refiere a estas posibilidades bajo la denominación genérica de «modificaciones futuras». Una convicción la expresada que tiene su origen en el hecho de que el tipo de cotización se fija, por exigencia constitucional, en un instrumento legal como es la Ley de Presupuestos Generales de cada año.

En consecuencia, excluido que el cambio del tipo de cotización haya sido atribuido al Gobierno (quedando en manos, pues, del legislador a través del instrumento legal, entendido en sentido estricto), sólo restarían las modificaciones de la cuantía del FOGASA, que tampoco han de ser inevitablemente en sentido positivo o de incremento porque tampoco la disposición adicional cuarta concreta nada, salvo que esas cuantías estarán determinadas, en cualquier dirección, «por la situación del excedente financiero» del FOGASA. Una modificación de cuantías que, dada la técnica normativa usada por el RDL 5/2006 como es la de alterar la redacción del ET, difícilmente podrá estar tampoco en manos del Gobierno, siempre que dichos cambios signifiquen una nueva modificación del art. 33 del ET. En consecuencia, hay que concluir que la disposición adicional cuarta del RDL 5/2006 no tiene otro alcance que el de reforzar la participación institucional, estableciendo además algo que no tiene por qué condicionar al legislador posterior; esto es, que las modificaciones de tipos y cuantías han de tener en cuenta la situación financiera del FOGASA. Lo que, no obstante su obviedad, puede ser perfectamente ignorado por decisiones legales futuras de modificación del ET o contenidas en las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales anuales.

Establecido con carácter general el alcance de los cambios introducidos por el RDL 5/2006 en relación las prestaciones por desempleo y del FOGASA, procede a continuación analizarlos con más detalle y de forma separada.

## 2. LAS REFORMAS DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

Como se ha indicado antes, el RDL 5/2006 reforma la prestación por desempleo introduciendo medidas de mejora respecto de determinados colectivos; en concreto, los trabajadores mayores de 45 años, los trabajadores fijos discontinuos y los cooperativistas. Por otra parte, el RDL 5/2006 no recoge, aunque sí el Acuerdo, referencias alguna a ciertas reglas en materias de opción entre prestaciones por desempleo cuando se genera un nuevo

derecho y no se ha agotado el anterior, así como tampoco menciones a la Renta Activa de Inserción (RAI) y al sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrarios, abordado por un Acuerdo de 15 de diciembre de 2005. Todos estos temas se tratarán a continuación, comenzando por aquellos que sí se han recibido en el texto del RDL 5/2006.

### 2.1. **La mejora de la protección por desempleo de los trabajadores mayores de 45 años: eliminación de obstáculos para el acceso al subsidio**

Como puede adivinarse dado el alcance descrito del RDL 5/2006, la mejora en cuestión no es en modo alguno general; por el contrario, se reduce a eliminar un requisito para el acceso al subsidio por desempleo de los trabajadores mayores de 45 años, permitiéndoles disfrutar de dicha prestación con mayor facilidad y menores obstáculos. Huelga insistir en el dato de que la protección por desempleo del sistema español de Seguridad Social se articula en dos niveles (tres, si se tiene en cuenta también la RAI, como más adelante se analizará): el contributivo y el asistencial (art. 206.1 LGSS). Un nivel asistencial que, en la mayoría de los casos (salvo los supuestos de emigrantes retornados, liberados de prisión o incapacitados permanentes cuyo grado de incapacidad se revisa, art. 215.1, letras c), d) y e) LGSS), es una continuación o prolongación del contributivo. En el sentido de que, para acceder al nivel asistencial, es preciso haber disfrutado y agotado la prestación contributiva que le precede. Así lo exige el art. 215.1 letras a) y b) LGSS.

Pues bien, en la versión anterior de la LGSS, el acceso al subsidio por desempleo estaba abierto, y aun lo está, de forma más amplia a los trabajadores, al margen de la edad, que, además de haber agotado la prestación por desempleo (de cualquier duración) y de carecer de rentas superiores a un cierto porcentaje del SMI (un requisito general éste de la carencia de recursos de las prestaciones asistenciales), tuvieran responsabilidades familiares (art. 215.1.1, a) LGSS y arts. 7 y 18 del RD 625/1985). Sólo excepcionalmente se facultaba el acceso al subsidio sin tener responsabilidades familiares a los trabajadores que (además de los requisitos comunes de carecer de rentas suficientes y haber agotado la prestación por desempleo) fueran mayores de 45 años en el momento del agotamiento de la prestación contributiva. Sólo que, en contrapartida, el art. 215.1, b) LGSS exigía, a diferencia de la situación anterior, que el desempleo contributivo previo hubiera tenido una duración mínima de 360 días. Lo que, según la escala que relaciona tiempo de cotización previo y duración de la prestación contributiva por desempleo, contenida en el art. 210 LGSS, requería un tiempo mí-

nimo de cotización de 1080 días, esto es, tres años de trabajo y de cotización previos al desempleo.

Pues bien, lo que el RDL 5/2006 elimina es este requisito de prestación contributiva mínima previa. De forma que el mayor de 45 años podrá acceder al subsidio de desempleo del art. 215.1 LGSS, aunque no tenga cargas familiares, y siempre que haya disfrutado de una prestación contributiva anterior de cualquier duración, a partir de la mínima de 120 días (lo que corresponde a un año de trabajo y de cotización anterior al desempleo). Una prestación que tendrá una duración de sólo 6 meses improrrogables (art. 216.2 LGSS). A diferencia del subsidio de desempleo que se obtiene cuando se tienen cargas familiares (el establecido en el art. 215.1,a) LGSS), que tiene una duración mínima de seis meses sólo para los trabajadores menores de 45 años que no hayan disfrutado de una prestación contributiva mínima de 180 días (lo que corresponde a su vez a un mínimo dieciocho meses de trabajo y cotización previos), es decir, que sólo lo hayan hecho de una prestación de 120 días (que corresponde a un trabajo y cotización anteriores entre 12 y 18 meses). Pero si el trabajador es mayor de 45 años, la duración del subsidio será de 24 meses si el trabajador ha disfrutado de la prestación contributiva mínima de 120 días (lo que significa un año de trabajo y cotización previos); una duración que se alargará a los 30 meses si el tiempo previo de trabajo y cotización del trabajador mayor de 45 años es, al menos, de 18 meses y la prestación contributiva ha sido de al menos 180 días.

En conclusión, la eliminación del requisito de 360 días de prestación contributiva previa ha abierto la puerta al disfrute del subsidio por desempleo específico para los mayores de 45 años (es verdad de sólo 6 meses de duración) cuando esos mayores no tienen cargas familiares. De forma que, al final, el mayor de 45 años sin cargas está tratado como un trabajador de menos de esa edad, con una prestación contributiva mínima de 120 días, pero al que se le exige, como ya no sucede con los mayores de 45 años, la existencia de carga familiar. Y en ambos casos, la duración del subsidio será de 6 meses. Lo que la reforma no introduce es que el mayor de 45 años que efectivamente haya logrado una prestación contributiva más amplia se beneficie de la escala de duración del subsidio hasta los 30 meses que prevé el art. 216 de la LGSS para el supuesto general del subsidio con cargas familiares.

La escasez de la prestación atenúa el impacto protector de la supresión del requisito de los 360 días de prestación contributiva previa y sigue haciendo situación privilegiada desde el punto de vista de la tutela la de tener cargas familiares; lo que, cuando se une a la edad superior a los 45 años, garantiza un mínimo de prestación de 24 meses que se pueden prorrogar hasta los 30 meses. Una diferencia de duración muy relevante ya que el subsidio general puede multiplicar por 5 el tiempo de prestación asistencial y que

quizás no se justifique. La reforma, no obstante, es limitada porque, en realidad, no recompone el cuadro de la protección por desempleo de los mayores de 45 años, ciñéndose a eliminar un requisito, un tanto excesivo, de una de las prestaciones de menor entidad temporal, y manteniendo la reserva de las prestaciones asistenciales de más duración a quienes tienen cargas familiares y que si, además, tienen 45 años, pueden lograr duraciones de hasta 30 meses. En cambio, el trabajador de esta edad, si carece de cargas familiares, sólo podrá alcanzar, como se ha repetido, un subsidio de seis meses, cuyo acceso ahora se facilita.

## **2.2. La mejora de la protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos: la generalización de la tutela particular de estos trabajadores y la ampliación de las posibilidades de acceso al subsidio especial para mayores de 45 años**

### **2.2.1. *La equiparación a efectos del desempleo de los dos tipos de trabajadores fijos discontinuos***

De las dos reformas del RDL 5/2006 que afectan a la protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos, la primera de ellas es de carácter general ya que modifica las previsiones del art. 208 LGSS destinado, como se sabe, a la definición de la situación legal de desempleo y a establecer el elenco de las situaciones que la configuran normativamente, como condición inexcusable para acceder a la prestación. Más concretamente, el apartado 1.4 de dicho artículo establecía, y establece aún, que «se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores fijos discontinuos (...) en los periodos de inactividad productiva». De forma que, a efectos del desempleo, los trabajadores fijos discontinuos se consideran en situación legal de desempleo, pese a no haber perdido su trabajo, en los periodos intermedios entre una fase de actividad y otra. Tiempos de inactividad reiterados y recurrentes que, justamente, caracterizan la prestación laboral del fijo discontinuo; sometido a un ritmo continuo de fases de actividad e inactividad laboral, no obstante la permanencia y la fijeza de la relación contractual.

Lo peculiar, pues, de esta situación legal de desempleo de los trabajadores fijos discontinuos es que, sin haberse extinguido el contrato de trabajo, se consideran tales los periodos de inactividad productiva, normalmente con una cadencia anual, que tienen lugar en el desarrollo normal del contrato. No es que este tratamiento de los periodos de inactividad asimilándolos al desempleo, no obstante siga vigente el contrato de trabajo, sea particularmente llamativo; algo similar sucede en el caso de la prestación por desem-



pleo por suspensión del contrato o por reducción de la jornada (art. 208, apartados 2 y 3 LGSS). Sin embargo, en los casos de suspensión y de reducción, este acontecimiento constituye una incidencia excepcional del desarrollo del contrato, inicialmente previsto para un desempeño continuado o a tiempo completo; lo que no sucede con los periodos de inactividad del trabajo de temporada que forman parte del diseño de la actividad e integran la naturaleza misma de este tipo de relación contractual laboral. Con lo anterior no se quiere expresar discrepancias en relación con la protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos. Sólo subrayar que se trata de una tutela reforzada para trabajadores, que puede que ciertamente no tengan otras expectativas de empleo (de acuerdo con su capacidad, su formación y el sector de actividad al que se dedican) que las que les ofrece el trabajo fijo discontinuo; pero que también pueden combinar sin dificultad, dada la previsibilidad del trabajo fijo discontinuo, desempeños profesionales discontinuos combinados con otros trabajos, sean estos a su vez discontinuos o no, a desarrollar en esos periodos de inactividad. En todo caso, es obvio que la tutela sólo se ofrece a quienes no encuentran trabajo en esos periodos de inactividad productiva.

Pues bien, en relación con este tema, el RDL 5/2006 ha modificado el art. 208.1, apartado 4, en un doble sentido. De una parte, precisando que los periodos de inactividad de los trabajadores fijos discontinuos constituyen una situación legal de desempleo respecto de todos los trabajadores fijos discontinuos, tanto los regulares (es decir, los que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas), como los irregulares (esto es, los que hagan trabajos fijos y periódicos pero que no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa). De otra parte, estableciendo, con rango legal, que las referencias del Título III de la LGSS (dedicado como se sabe al desempleo) y de su normativa de desarrollo (el RD 625/1985, sobre todo, pero no únicamente) a los fijos discontinuos incluyen a ambos tipos de trabajadores fijos discontinuos. De forma que, a partir del RDL 5/2006, no ofrece duda alguna que el tratamiento en materia de desempleo destinado a los trabajadores fijos discontinuos no se limita a los que aparecen nominalmente como tales en el art. 15.8 del ET, sino también a los fijos discontinuos regulares que, laboralmente, se contemplan en el art. 12 del ET, al amparo de la regulación prevista para los trabajadores a tiempo parcial. Lo que los trabajadores fijos discontinuos pueden ser, desde luego, si se utiliza la amplia definición de trabajo a tiempo parcial del art. 12.1 ET que permite fijar la parcialidad del trabajo en la relación entre días trabajados dentro de un año completo, que es el resultado final de todo trabajo fijo discontinuo: trabajar, en el arco temporal de un año, un periodo inferior de tiempo que está siempre acompañado de espacios de inactividad.

Sentado el rango legal y el alcance normativo de la equiparación, conviene volver sobre el sentido de la misma. Se trata de eliminar de forma definitiva las dudas en materia de protección por desempleo que pudo suscitar en su momento esa identificación de un tipo de fijo discontinuo (el regular o cíclico) con el trabajo a tiempo parcial. Fundamentalmente porque el trabajador a tiempo parcial no se considera en situación legal de desempleo durante los días, semanas o meses en los que no realiza trabajo alguno: desde el punto de vista del desempleo ese es un tiempo de no actividad no protegible. Por lo que los trabajadores en esa situación no tienen derecho al desempleo, pese a tratarse de momentos en los que no se trabaja como consecuencia directa de la parcialidad del empleo. Por este motivo, equiparar normativamente ciertos fijos discontinuos al trabajo a tiempo parcial suscitó en su momento las dudas expuestas. Las provocó, en su origen, el RDL 5/2001, de 2 de marzo, que extrajo de la regulación del trabajo a tiempo parcial sólo a los fijos discontinuos irregulares (creando el apartado 8 del art. 15 ET) y luego las confirmó el RDL 5/2002, de 24 de mayo, al reconocer como situación legal de desempleo sólo la de los trabajadores fijos discontinuos irregulares del art. 15.8 ET; dejando sin protección por desempleo a todo trabajo a tiempo parcial, lo que podían entenderse que abarcaba la situación de los fijos discontinuos regulares.

Esta desprotección, no obstante, nunca fue clara sino todo lo contrario. En efecto, ya la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, que modificó el art. 208.1 de la LGSS, establecía como situación legal de desempleo de los fijos discontinuos los periodos de inactividad productiva, sin diferenciar directamente entre un tipo u otro de fijo discontinuo. Una consecuencia semejante podía derivarse, además, del tenor de la disposición adicional cuarta de la misma Ley 45/2002. Sin contar con que la remisión reglamentaria al art. 1.5 del RD 625/1985 también se traducía en una ausencia de distinción entre los dos tipos de trabajadores fijos discontinuos en relación con la protección por desempleo. En todo caso, la imprecisión normativa y la inestabilidad acerca de la protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos regulares ha desaparecido ya de forma definitiva con la nueva redacción del art. 208.1.4 LGSS por el RDL 5/2006.

Lo que sucede es que esa equiparación ni ha resuelto todos los problemas en materia de desempleo de actividades laborales irregulares en cuanto a su distribución en el tiempo, ni ha abordado situaciones de intermitencia de la prestación laboral que se alejan del estándar de los trabajadores fijos discontinuos, ya sean regulares o irregulares (sobre estas cuestiones, de forma amplia, S. de Soto Rioja. «Una reforma de ajuste en las prestaciones por desempleo», en La reforma laboral de 2006, Lex Nova, 2006, págs. 208-213). Fundamentalmente por la dificultad de diferenciar a los trabajadores fijos discontinuos de otras formas de trabajo intermitente a tiempo parcial;

sobre todo partiendo del dato de que, ni en la norma laboral ni en la de Seguridad Social, hay una definición más precisa desde el punto de vista temporal del trabajador fijo discontinuo. Como lo sería aquélla que fijara un mínimo de duración del trabajo a lo largo del año de referencia; o que exigiera igualmente una duración mínima a las interrupciones de la actividad; o que demandara que el trabajo fijo discontinuo se prestara, en los tiempos de actividad, de forma continuada o a tiempo completo; o que circunscribiera la noción de fijo discontinuo a determinadas actividades caracterizadas por otros rasgos, además, del hecho de ser tareas que se repiten cíclicamente dentro del volumen normal del trabajo en la empresa. Nada de esto hay por lo que cabe la duda de si, por ejemplo, puede considerarse un trabajo fijo discontinuo el que tiene varias interrupciones a lo largo del año, repartiéndose, aunque sea de forma irregular, los tiempos de actividad por periodos que puede abarcar semanas o meses. O si existe protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos que trabajan y dejan de hacerlo por periodos más o menos amplios dentro de la temporada.

Sin que acabe de solucionarlas reformas como la contenida en el RD 200/2006 que, como se dijo antes, ha modificado algunos artículos del RD 625/1985. En concreto añadiendo dos apartados al art. 13, respecto de lo que llama «solicitud agrupada de reanudación de las prestaciones por desempleo» de los trabajadores fijos discontinuos (y también de los que vean reducida su jornada, o suspendida la relación laboral por expediente de regulación de empleo, o se trate de trabajadores que trabajen para una misma empresa o en un mismo sector de actividad con sucesivos contratos temporales dentro del mes), «cuando dentro del mes tengan diversos periodos de actividad e inactividad». Al margen de su repercusión procedimental, lo que la solicitud agrupada significa es que los trabajadores fijos discontinuos también tendrán derecho a la prestación por desempleo cuando, dentro de un mes (en el que tiene lugar su actividad de fijo discontinuo, no en los periodos estrictos de inactividad productiva), hay periodos de actividad o inactividad. Por lo que el fijo discontinuo vendrá tratado, también en estas circunstancias, no como un trabajador fijo discontinuo a tiempo parcial (por tanto, sin derecho a la prestación por desempleo en los periodos de actividad, salvo que pierda el trabajo), sino como un trabajador que ha visto reducida su jornada o suspendido su contrato o, en el caso de los temporales, extinguidos los contratos de trabajo de forma sucesiva. Una tutela privilegiada que parece confirmar para los trabajadores fijos discontinuos la idea de que todas las deficiencias de ocupación (sean los periodos propios de inactividad; sean las inactividades intermitentes en los periodos de actividad) sean cubiertas por el desempleo; lo que no parece, sin embargo, que pudiera ser ampliable a la totalidad de los trabajos a tiempo parcial (en este sentido, de Soto Rioja, cit., pág. 213). De aquí los problemas de delimitación que el RDL 5/2006 no soluciona.

### 2.2.2. *El subsidio especial de los trabajadores fijos discontinuos mayores de 45 años*

Todavía en relación con los fijos discontinuos, pero ahora mayores de 45 años, el RDL 5/2006 introduce una regla particular respecto del subsidio especial para trabajadores mayores de 45 años previsto en el art. 215.1.4 LGSS. Ya se sabe que estos trabajadores, si tienen cargas familiares, pueden tener derecho a un subsidio de desempleo que puede alcanzar una duración de hasta 30 meses; alternatively, aunque carezcan de responsabilidades familiares, tienen derecho a un subsidio de desempleo, ya analizado antes, de seis meses de duración. Además de estos dos subsidios alternativos, y con carácter previo a cualquiera de ellos, los desempleados mayores de 45 años podrán tener derecho a un subsidio especial, también de una duración de seis meses, siempre que el derecho a la prestación previa contributiva de desempleo que hubieran disfrutado hubiera durado el máximo, esto es, 720 días. Así lo establece el art. 215.1.4 LGSS.

Pues bien, la reforma del RDL 5/2006 consiste en añadir al art. 215.1.4 un segundo párrafo, dedicado a los trabajadores fijos discontinuos mayores de 45 años. De forma que pueden acceder a este subsidio especial de seis meses en los supuestos de pérdida del empleo siempre que, en vez de los 720 días de prestación contributiva, hayan cotizado como fijos discontinuos un mínimo de 9 años a lo largo de su vida laboral y hayan agotado un derecho a la prestación contributiva por desempleo de cualquier duración. Esta exigencia de un tiempo laboral mínimo como fijo discontinuo, sustituye pues a los dos años de prestación contributiva. En consecuencia, con 9 años de ocupación cotizada como fijos discontinuos y con una prestación por desempleo agotada, incluso antes de la extinción de la relación laboral (porque puede no haber generado una nueva y percibir, en los periodos de inactividad, un subsidio particular previsto para los fijos discontinuos siempre que no se haya producido la extinción del contrato de trabajo), el trabajador fijo discontinuo mayor de 45 años tendrá derecho a este subsidio especial antes de acceder a alguno de los dos subsidios comunes, según tenga o no cargas familiares. En definitiva, un cambio del requisito de los 720 días de prestación por desempleo contributivo (el máximo, muy difícil de obtener por un trabajador fijo discontinuo dada la singularidad de su forma de trabajo) por el, más extendido en el tiempo y posiblemente más fácil de cumplir, de los 9 años de vida activa como fijo discontinuo.

Aunque esta mejora no deja de plantear problemas aplicativos que pueden hacer dudar incluso de su carácter beneficioso para los trabajadores fijos discontinuos (en este sentido, de Soto Rioja, cit. págs. 214-216). Basta referirse para certificarlo al hecho de que el tiempo de cotización que se exige es mayor: 9 años frente a los 6 años que generarían los 720 días de



prestación. Aunque es cierto que para los primeros se tiene en cuenta la totalidad de la vida laboral, mientras que para los segundos sólo se toman los seis años anteriores al momento de la pérdida del empleo o al tiempo que transcurre desde el agotamiento de la última prestación por desempleo (art. 207 LGSS). Por otra parte, y salvo trabajadores dedicados de forma permanente a la actividad fija discontinua, resulta difícil reunir esos 9 años de cotización como fijo discontinuo a lo largo de toda la vida laboral, aunque ya se tengan 45 años; basta pensar que en un trabajo fijo discontinuo que durara seis meses cada año, un trabajador necesitaría 18 años para cumplir el requisito. Por último, el cambio de requisito genera el problema de la prueba de la naturaleza del trabajo y la necesidad de su identificación a posteriori como fijo discontinuo; lo que, sin duda, planteará muchas dificultades a trabajadores que han de remontarse tanto tiempo atrás en su vida laboral.

### ***2.2.3. El menor coste para los trabajadores fijos discontinuos del derecho de opción entre prestaciones***

La atención del Acuerdo hacia los trabajadores fijos discontinuos no se agota en las anteriores mejoras, sino que también pretende introducir una regla de favor en materia del derecho de opción entre prestaciones. Según el art. 210.3 de la LGSS, la prestación contributiva por desempleo de un trabajador se extingue porque el titular del derecho realice un trabajo de una duración igual o superior a los doce meses; mientras que, si la duración del trabajo es menor, la prestación sólo se suspende, pudiendo reanudarse su percibo. La extinción prevista es lógica porque el período mínimo de trabajo indicado de doce meses es justamente el que da derecho a una nueva prestación por desempleo. No obstante, la LGSS le permite al trabajador que pierda ese segundo empleo elegir entre seguir disfrutando de la prestación por desempleo anterior que se vio interrumpida por el trabajo, o comenzar el disfrute de la nueva prestación originada por el nuevo empleo. La opción tiene sentido en la medida en que es posible que a la prestación de desempleo interrumpida le restara una duración mayor que la generada por el nuevo empleo que ahora se pierde; recuérdese que con un año de trabajo, justo lo que provoca la extinción de la prestación, sólo se tiene derecho a 120 días de prestación. Siendo la opción lógica, no obstante, la LGSS le pone un precio: si se opta por seguir disfrutando la prestación anterior (que de esta forma se revitalizaría), los meses de cotización del último empleo (esto es, lo que el art. 210.3 LGSS califica como «las cotizaciones que generaron aquella prestación por la que no hubiera optado») no pueden computarse para generar un posible futuro nuevo derecho a prestación por desempleo. Son, pues, cotizaciones que se pierden.

Esto es lo que la reforma también quiere cambiar mediante una regla de privilegio, exclusiva para los fijos discontinuos, ya que se acuerda que, si el trabajador fijo discontinuo hubiera optado por reanudar el derecho anterior, «las cotizaciones tenidas en cuenta para la prestación por la que no hubiera optado se computarán para el reconocimiento de un derecho posterior» (regla 5.ª del apartado III.1 del Acuerdo). Esto es, que no se pierden. Sin duda que la razón de ser de esta previsión excepcional está vinculada a la propia inestabilidad del trabajo del fijo discontinuo y a la sucesión inevitable de periodos de actividad e inactividad. Dadas estas características, y en el esquema legal general, el fijo discontinuo se ve abocado a elegir entre una prestación por desempleo no agotada (que le permitiría cubrir con prestaciones los periodos de inactividad) pero sin que los tiempos de actividad intermedios le sirvieran para generar ninguna prestación en el futuro; o una prestación contributiva mínima (los 120 días) que sólo alcanzaría tras dos o tres años de actividad, condenándole a tiempos entre campaña sin protección contributiva, ni asistencial, hasta que no sumara el mínimo de los 360 días de trabajo. Un dilema en ambos casos costoso que la reforma quiere aliviar al permitir al fijo discontinuo agotar su derecho primero a la prestación contributiva e ir, a la vez, acumulando tiempo de cotización para una prestación futura, sin perder ninguna de ellas a efectos de dicho cómputo.

El contenido del citado apartado del Acuerdo no ha encontrado traducción legal en el RDL 5/2006, posiblemente siguiendo el tenor del Acuerdo que, en este punto, parece considerar que no es necesaria ninguna reforma legal y que basta, como el Acuerdo establece, que el Servicio Público de Empleo Estatal adopte las instrucciones precisas para el cumplimiento de lo acordado. Sin embargo, por muy singular que pueda considerarse la situación de los trabajadores fijos discontinuos, no parece que esta excepción de la regla legal contenida en el art. 210.3 LGSS pueda introducirse simplemente mediante instrucciones técnicas. Por el contrario, al contrariar una regla legal, parece inevitable una reforma expresa de la misma mediante el instrumento normativo adecuado. No se ha hecho y es dudoso que lo establecido en el Acuerdo pueda encontrar aplicación sin dicha modificación legal (en este sentido, de Soto Rioja, cit. pág. 218).

### **2.3. La ampliación del ámbito subjetivo de cobertura de la protección por desempleo: los socios trabajadores de cooperativas de trabajo**

Por lo que hace a los socios trabajadores de cooperativas, la reforma tiene un alcance limitado cual es de ampliar la protección por desempleo a los socios de carácter temporal. Los socios trabajadores ya tenían derecho a

la prestación por desempleo desde el año 1985, al haberse articulado mediante el RD 1043/1985, de 19 de julio, que amplió la protección por desempleo a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado. La reforma da cabida ahora a la protección por desempleo de los socios que tengan con la cooperativa un vínculo societario de duración determinada, tratando esta situación de forma semejante a como las normas de desempleo regulan el cese en el trabajo por extinción de un contrato de duración determinada.

A este fin, el art. 16 del RDL 5/2006 incorpora al RD 1043/1985 una letra (la c) en al art. 2.1., una letra (la d) en el art. 3 y modifica el art. 5.1 de dicha norma, con el siguiente resultado. En primer lugar, y lo que es más relevante, la nueva letra c) del art. 2.1 señala expresamente que, junto a otras situaciones legales de desempleo de los trabajadores de cooperativas de trabajo asociado derivadas de la pérdida definitiva de la condición de socio de quien ha permanecido vinculado con la cooperativa de forma permanente, ha de incluirse la situación del socio, vinculado a la cooperativa por una duración determinada, que ve finalizado el periodo de tiempo por el que se acordó dicha vinculación temporal. Un tipo de vínculo temporal que, dentro de ciertos límites, es siempre posible según la normativa que regula las cooperativas (Ley 27/1999, de 16 de julio, general de cooperativas), siempre que así se recoja en los estatutos. En segundo lugar, el RDL 5/2006 fija también el modo en que se acredita que el socio trabajador se encuentra en esa nueva situación legal desempleo; y que no es otra forma que mediante la certificación del Consejo Rector donde conste la baja en la cooperativa por la causa de finalización del vínculo temporal y su fecha de efectos (nueva letra d) del art. 3). En tercer lugar, y también en el plano procedimental, el nuevo apartado 1 del art. 5 del RD 1043/1985 establece la obligación de solicitud de la prestación por parte del interesado, y el plazo de quince días para hacerlo a partir de la fecha en que finalizó el periodo al que se limitó el vínculo societario de duración determinada.

Pocas observaciones pueden hacerse a las modificaciones descritas salvo que la protección por desempleo de los socios temporales de la cooperativa sólo será posible si la cooperativa misma ha realizado la opción de integración de sus socios en el Régimen General de la Seguridad Social o en cualquier otro Especial que prevea la protección por desempleo. Y que la reforma no se refiere sólo a los trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, como pudiera hacer pensar el título del RD 1043/1985, sino también a los socios trabajadores de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra así como al resto de los socios de trabajo de los demás tipos de sociedades cooperativas, en virtud de la extensión recogida en la disposición final tercera del RD 1043/1985. No así, a los socios de las sociedades laborales (en este sentido, de Soto Rioja, cit. p. 221).



#### 2.4. Previsiones del Acuerdo en materia de desempleo no articuladas normativamente

La primera de ellas se refiere a la Renta Activa de Inserción (RAI) y está recogida en la regla 2.<sup>a</sup> del apartado III.1 del Acuerdo. En este punto, la afirmación más importante del Acuerdo es la de configurar la RAI como un derecho subjetivo. Se trata de una precisión muy significativa por cuanto sirve para insertar de modo claro la RAI entre las prestaciones por desempleo, y hacerlo de forma equivalente a como se configuran comúnmente los derechos de prestación en el sistema de Seguridad Social. Para confirmar la existencia de ese derecho subjetivo, el Acuerdo cambia la técnica de aprobación de Programas anuales de RAI, para comprometer una regulación estable o permanente. Lo que significa que la protección dispensada no necesariamente queda sujeta a periodos anuales sino que puede prolongarse más allá, según la duración que se establezca; y que seguramente pierda sentido la prohibición de beneficiarse de la RAI si ya se ha percibido en el año anterior. Así lo establece todavía hoy la norma que la regula.

Aunque las anteriores son previsiones del Acuerdo que deberá recoger, ya se verá cómo, el correspondiente RD de regulación de la RAI, lo cierto es que se mantiene la duración de la prestación en once meses (lo que puede ser incongruente con esa permanencia del derecho de que se hablaba) y que la RAI sigue estando dirigida a colectivos con especiales dificultades de obtener un empleo (mayores de 45 años, desempleados de más de 12 meses, personas sin derecho a prestaciones por desempleo o subsidios de ningún tipo, con rentas inferiores al 75 por 100 del SMI, discapacitados, emigrantes retornados, víctimas de la violencia de género). La única innovación concreta del Acuerdo consiste en establecer la obligación de la entidad gestora de esta prestación de cotizar por las contingencias de asistencia sanitaria y protección a la familia; de la misma forma como se hace cuando se percibe el subsidio por desempleo. Con lo que esta regla acerca sin duda la RAI a una prestación más del desempleo.

En todo caso, quizás hubiera sido mejor llevar estos cambios, que se pretenden de alcance, al texto de la LGSS, modificando por ejemplo la disposición final quinta de la LGSS, en la medida en que habilita al Gobierno para regular, dentro de la acción protectora del desempleo, la ayuda específica denominada Renta Activa de Inserción. En la medida en que dicha disposición final quinta no es sólo una norma habilitadora en blanco sino que esa habilitación al Gobierno se realiza para insertar, dentro de la acción protectora por desempleo, la ayuda específica en que consiste la RAI, con dos condicionamientos: que está dirigida a desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo; y que quines reciban la ayuda han de asumir el compromiso de realizar acciones que favo-



rezcan su inserción laboral. Pues bien, el Acuerdo podría haber provocado la reforma de la disposición final quinta de la LGSS, insertando más claramente la RAI en el sistema de protección por desempleo, a modo de un tercer escalón o nivel; podría haber condicionado esa habilitación al Gobierno con los nuevos rasgos que pretende que la RAI tenga tales como estabilidad de la regulación y reforzamiento del derecho; y podría igualmente haberse pronunciado por condicionar la regulación futura de dicha RAI con otros rasgos centrales de la prestación que se consolida (por ejemplo: condición de recursos, limitación o ampliación de los colectivos beneficiarios, requisitos centrales para el acceso a la prestación). No ha sido así y el Acuerdo se ha limitado a remitirse a un futuro RD, con pocos condicionantes a la regulación a realizar por el Gobierno salvo la obligación de cotizar durante su percepción de forma equivalente a lo que sucede con el subsidio de desempleo.

La segunda de las previsiones se recoge en la regla 7.<sup>a</sup> del apartado III.1 del Acuerdo. También aquí se hace una remisión al Gobierno a quien se ordena mejorar la protección por desempleo de los trabajadores agrarios en los términos del Acuerdo suscrito en relación con este tema el 15 de diciembre de 2005. Es pues un recordatorio de los compromisos ya asumidos y que pueden resumirse en los siguientes rasgos. En primer lugar, se altera la escala que relaciona los días de cotización previa con los de prestación, de forma que se equiparen a los trabajadores comunes que reciben un día de prestación por cada tres cotizados, mientras que para los trabajadores agrarios la proporción es de 1 día de prestación por cada cuatro cotizados. En segundo lugar, se cambia la forma de cálculo del periodo previo de cotización, al multiplicar los días reales de cotización por un determinado coeficiente de mejora, lo que beneficia sobre todo a los trabajadores eventuales. En tercer lugar, llevando al ámbito del desempleo agrario las reglas favorecedoras del desempleo de los trabajadores fijos discontinuos, considerando tales a los trabajadores eventuales. En cuarto lugar, y en relación con la Renta Agraria, mecanismo anual de protección del desempleo alternativo al subsidio agrario, eliminando el tope de las seis veces que, como máximo, puede reclamarse esa prestación.

En esta misma línea de mejora de la protección por desempleo de los trabajadores eventuales del campo, aunque para nada mencionado por el Acuerdo, ha de inscribirse el RD 2389/2004, de 30 de diciembre, por el que se estableció la vigencia indefinida de las disposiciones transitorias del RD 5/1997, de 10 de enero, regulador del subsidio especial de desempleo de los trabajadores eventuales del campo. De forma que las reglas especiales previstas en esas disposiciones transitorias, relativas sobre todo al número de jornadas reales de trabajo que dan derecho a la conservación del subsidio, han dejado de tener el carácter provisional de que estaban dotadas (aunque

esa provisionalidad no ha impedido su reiterada prórroga anual) para convertirse en permanentes.

### 3. LA AMPLIACIÓN DE LA COBERTURA DEL FOGASA

El segundo bloque de reformas contenidas en el apartado III del Acuerdo se refiere a las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial y ha determinado, mediante el art. 12 (números Tres, Cuatro, Cinco y Seis) del RDL 5/2006 la reforma de los apartados 1, 2, 7 y 8 del art. 33 del ET. Como el propio Acuerdo y el RDL 5/2006 señalan y se dijo al inicio, es la situación financiera excedentaria del FOGASA la que justifica la adopción de dos tipos de medidas: de una parte, la reducción de la cotización empresarial; de otra, la mejora de la protección otorgada. Esa mejora consiste en: a) la ampliación de los supuestos en los que el trabajador tiene derecho a las prestaciones; en concreto, en lo que hace a las indemnizaciones por fin de contrato; b) el incremento de la cuantía de las prestaciones por el expediente de incrementar los topes cuantitativos que determinan el alcance de las obligaciones económicas del FOGASA; c) la ampliación de los títulos o documentos que puede fundar la reclamación del trabajador al FOGASA.

#### 3.1. La ampliación de los supuestos extintivos contractuales frente a los que debe responder el FOGASA: las indemnizaciones derivadas de tales situaciones

Tanto en el caso de las indemnizaciones, como en el de los salarios, es innecesario subrayar que el RDL 5/2006 no ha modificado, obviamente, los requisitos comunes establecidos por el art. 33.1 ET, y por los arts. 13 a 20 del RD 505/1985, de 6 de marzo, de desarrollo reglamentario del art. 33 ET, para que surja la responsabilidad del Fondo. En todo caso se tratará de salarios o indemnizaciones debidas por el empresario y pendientes de pago por causa de «insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores»; situaciones que, salvo la insolvencia, quedan resumidas ahora, por obra de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en la de concurso. En consecuencia, la responsabilidad del FOGASA es indirecta o, mejor, subsidiaria. Salvo la que expresamente se establece como una responsabilidad directa del Fondo en relación con las indemnizaciones legales que correspondan a los trabajadores de empresas de menos de 25 trabajadores cuya relación laboral se extinga por despido colectivo o por amortización, individual o plural, de su puesto de trabajo (art. 33.8 ET).

Pues bien, lo que el art. 12. Cuatro del RDL 5/2006 modifica, en primer lugar, es el apartado 2 del art. 33 ET en el sentido de añadir a los supuestos de responsabilidad allí incluidos con anterioridad, otros nuevos. De la versión anterior del art. 33.2 se mantienen las indemnizaciones por despidos disciplinarios improcedentes o nulos, sin readmisión o con readmisión irregular (art. 54 ET); por resolución contractual a iniciativa del trabajador en los casos de incumplimiento contractual grave del empresario (art. 50 ET); por despido colectivo producido mediante la aplicación del procedimiento establecido en el art. 51 ET; y por despido objetivo basado en la causa c) del art. 52 del ET, esto es, por amortización del puesto de trabajo debida a las mismas causas que justifican el despido colectivo.

El RDL 5/2006 ha ampliado, en primer lugar, la responsabilidad del FOGASA a todos los supuestos de extinción, individual o plural, del contrato de trabajo por causas objetivas (art.52 ET). Por lo que también ha de afrontar las indemnizaciones debidas por extinción del contrato por ineptitud del trabajador (art. 52, a) ET); por falta de adaptación del mismo a las modificaciones técnicas de su puesto de trabajo (art. 52, b) ET) ; por ausencias excesivas al trabajo, aun justificadas o despido por absentismo (art. 52, c) ET); y por la finalización de contratos indefinidos concertados con administraciones públicas o entidades sin fin de lucro para la ejecución de programas públicos y financiados mediante consignaciones presupuestarias, cuando tales contratos no puedan mantenerse por insuficiencia d dicha consignación (art. 52, e) ET). En este punto, el RDL 5/2006 ha ido más allá que el Acuerdo ya que en éste se excluía la responsabilidad del FOGASA en el caso de la extinción del contrato por absentismo del trabajador. Una exclusión no explicada, que quizás pudiera tener algún fundamento relacionado con la causa que justifica la terminación del contrato, pero que ha desaparecido en el tenor final del RDL 5/2006.

En segundo lugar, el RDL 5/2006 ha incluido la hipótesis de la extinción de los contratos de trabajo de conformidad con el art. 64 de la Ley 22/2003, Concursal. Se trata de extinciones colectivas de los contratos de trabajo que puede decidir, mediante auto, el juez del concurso, así como de la resolución de las acciones extintivas emprendidas por el trabajador de conformidad con el art. 50.1, b) ET, esto es, por falta de pago o por retrasos continuados en el pago de los salarios, cuando se superen ciertos umbrales cuantitativos. Al margen la polémica acerca de si estas extinciones estaban o no incluidas, mediante una interpretación integradora, en los supuestos ya previstos por el art. 33.2 ET, lo cierto es que, tras el RDL 5/2006, no cabe duda alguna de la responsabilidad del FOGASA en estas situaciones (sobre estos temas, R. Roqueta Buj. «La ampliación de las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial», en el volumen La Reforma Laboral de 2006. Lex Nova, 2006, págs. 1192-196).

En tercer lugar, el RDL 5/2006 también ha establecido la responsabilidad del FOGASA en relación con las indemnizaciones por extinción de los contratos temporales o de duración determinada en los casos en que legalmente procedan. Que no son otros que los previstos en el art. 49.1,c) ET, es decir, la indemnización de ocho días de salario por cada año de servicio, respecto de todos los contratos temporales menos los de interinidad, formativos y de inserción; y los recogidos en los arts. 11.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal, y en el RD 1989/1984, relativo a los contratos de fomento del empleo, esto es, los doce días de salario por año de servicio por finalización de los contratos temporales de puesta a disposición y de los de fomento del empleo, respectivamente.

Por último, hay que indicar que el RDL 5/2006, al modificar el art. 33.8 ET, dedicado a los casos de responsabilidad directa del Fondo en lo que hace a las empresas de menos de 25 trabajadores, ha añadido a los dos supuestos que se mencionaban antes (la extinción de los contratos como consecuencia del expediente instruido en aplicación del art. 51 ET y la extinción, individual o plural, por causas objetivas de conformidad con el art. 52, párrafo c) ET), el de la extinción de los contratos en aplicación del art. 64 de la Ley 22/2003, Concursal. Sin duda por las mismas razones que se acaban de exponer y, más concretamente, por la connotación de crisis económica, organizativa, técnica o productiva que caracteriza los dos primeros supuestos; y a los que la extinción en aplicación del art. 64 de la Ley Concursal, se adscribe sin dificultad.

### **3.2. El incremento de la cuantía de las prestaciones del FOGASA: la elevación de los topes**

En materia de elevación de los topes de la responsabilidad del FOGASA o de incremento de las cuantías garantizadas, el RDL 5/2006 opera en tres lugares del art. 33 del ET. En primer lugar, modifica el art. 33.1, segundo párrafo, de manera que el tope hasta el que responde el Fondo será igual a multiplicar el triple (antes era el doble) del salario mínimo interprofesional diario (donde se debe incluir ahora el importe de las pagas extraordinarias, lo que no era posible antes), por el número de días de salario pendientes de pago. Con un límite general de ciento cincuenta días de salario (antes eran ciento veinte días). Sobre si la fórmula descrita constituye un tope temporal o cuantitativo, se trata de una polémica anterior a la reforma, solucionada por la opinión mayoritaria en el sentido de que se trata de un tope cuantitativo absoluto (en este sentido y reproduciendo la polémica, A. Costa Reyes. El crédito salarial. Consejo Económico y Social de Andalucía, 2005, págs. 419-427).

En segundo lugar, el RDL 5/2006 ha elevado también los topes máximos por los que el FOGASA responde respecto de las indemnizaciones por fin de contrato, modificando al efecto el apartado 2 del art. 33 ET. De forma que, actualmente, el Fondo responderá como máximo de una anualidad de la indemnización pero calculando ésta conforme a una base en la que el salario diario no puede exceder del triple del salario mínimo interprofesional (antes el límite esa el doble de ese salario diario), incluyendo en dicho salario diario (lo que antes no sucedía tampoco) las pagas extraordinarias. De nuevo aquí se plantea, siendo una cuestión previa a la reforma, la naturaleza del tope si bien existe consenso en entender (en esta línea, Costa Reyes, cit. pág. 426) que se trata de un tope a la vez cuantitativo (el triple del salario mínimo diario) y temporal (una anualidad).

En tercer lugar, y por último, el RDL 5/2006 también cambia el segundo párrafo del art. 33.2 ET, relativo a la forma de calcular las indemnizaciones a las que el FOGASA hará frente en los supuestos de insolvencia y concurso del empresario. Se trata de un tope relevante ya que las indemnizaciones que se reclaman al FOGASA no se calculan conforme a los días que la norma establece (los 45 días de salario por año de servicio de los despidos disciplinarios improcedentes o de las resoluciones del contrato de trabajo por iniciativa del trabajador del art. 50 ET; o los 20 días de salario por año de servicio de los despidos objetivos o colectivos; o los 12 días de los contratos temporales de puesta a disposición; o los 8 días de los contratos temporales previstos en el art. 49.1 ET). Por el contrario, el segundo párrafo del art. 33.2 ET establece que el importe de la indemnización, sólo al efecto de su abono por el FOGASA, se calculará, con el límite señalado antes, sobre la base de treinta días por año de servicio (ante del RDL 5/2006 eran 25 días).

Esta mejora o incremento del número de días de salario, base del cálculo de las indemnizaciones sólo se refiere, así lo indica el art. 33.2 ET, a la extinción por despido o por resolución del contrato conforme al art. 50 ET. Es decir, situaciones en las que la indemnización es de 45 días de salario por año de servicio. De forma que, aunque el cálculo de la indemnización asumible por el Fondo es reductivo respecto de la indemnización legal, en todo caso el incremento a treinta días ha mejorado la situación de los trabajadores que reclaman esas indemnizaciones. Lo que queda fuera de toda duda es que esta forma de cálculo sólo sirve para los supuestos descritos en los que la fórmula legal utiliza un mayor número de días de salario por año de servicio; así lo dice (y lo decía antes) expresamente el segundo párrafo del art. 33.2 ET. En el resto de los casos, donde la indemnización legal es inferior a esos 30 días, sin duda que ha de utilizarse el número de días establecido en la norma (Costa Reyes, cit. págs. 443-444).

### 3.3. La ampliación del los títulos o documentos que fundan la reclamación

Según las referencias contenidas en el apartado 2 del art. 33 ET, en materia de indemnizaciones por fin del contrato, la indemnización misma y su cuantía habrían de estar reconocidas necesariamente como consecuencia de sentencia o de resolución administrativa a favor de los trabajadores. Lo que suponía la exclusión de cualquier otro título habilitante y particularmente la conciliación en cualquiera de sus versiones (judicial y no judicial) que, por el contrario, si eran título suficiente a los efectos de la reclamación de los salarios pendientes de pago. Esta determinación legal quedaba confirmada, como no podía ser de otra manera, por el art. 25 del RD 505/1985, de desarrollo del art. 33 ET. El RDL 5/2006 amplía, en materia de indemnizaciones, los títulos que puedan fundar la reclamación ante el FOGASA, añadiendo a la limitada enumeración del art. 33.2, dos nuevas referencias: auto y acto de conciliación judicial.

Cada uno de estos añadidos tiene una justificación. En cuanto al auto porque ya el art. 14.2 del RD 505/1985 hacía una mención a títulos judiciales diferentes de la sentencia, al establecer, en cuanto a las indemnizaciones, que la cantidad podrá estar reconocida en sentencia, resolución de la autoridad laboral, o resolución judicial complementaria de éstas. Pero, sobre todo, porque las extinciones de los contratos de trabajo decididas por el juez del concurso de conformidad con el art. 64 de la Ley 22/2003, se articulan mediante auto, como así expresamente lo prevé el citado artículo. En consecuencia, la ampliación de los supuestos frente a los que existe responsabilidad del Fondo a los basados en el art. 64 de la Ley 22/2003 ha llevado inevitablemente a incluir el auto entre los títulos justificatorios de la reclamación. Con la consecuencia, seguramente, de garantizar esa posible reclamación a otros supuestos en los que la resolución judicial conectada con una extinción del contrato puede adoptar la forma de auto (por ejemplo, el auto dictado en ejecución por incumplimiento de la readmisión acordada en conciliación).

En cuanto a la consideración de la conciliación judicial como título habilitante, constituye una solución incompleta, y no nueva, a la polémica suscitada en torno a la inadecuación de la conciliación no judicial para justificar la reclamación al FOGASA. Rechazado con carácter general que el rechazo legal a que la conciliación no pueda esgrimirse frente al Fondo constituya una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (Sentencia del Tribunal Constitucional 306/1993, de 25 de octubre), la cuestión se volvió a suscitar tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de diciembre de 2004 (370/2004). En esta Sentencia, bien es verdad que referida a salarios, se determinó que era contrario a la Directiva 80/

987/CEE, de 28 de octubre, relativa a la protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario, la exclusión de las garantías del Fondo de las indemnizaciones reconocidas en conciliación judicial. De aquí que el RDL 5/2006 haya incluido la conciliación judicial en el listado de títulos habilitantes, excluyendo la conciliación no judicial o administrativa, siguiendo la doctrina marcada por el Tribunal Supremo en las Sentencias de 17 de marzo de 2003 (RJ 3649) y de 24 de abril de 2004 (RJ 3699). La preocupación por el fraude que puede encubrir, con menor control, la conciliación no judicial, es lo que, sin duda, ha condicionado la limitada reforma del RDL 5/2006.

Como consecuencia de la ampliación de los títulos que permiten fundar la reclamación ante el FOGASA, el RDL 5/2006 ha modificado igualmente el apartado 7 del art. 33 ET, referido al plazo de prescripción del derecho a solicitar del Fondo el pago de las prestaciones a que está obligado por el ET. No para alterar ese plazo, que sigue siendo de un año, sino para precisar que el año ha de contarse desde la fecha del acto de conciliación, sentencia, auto o resolución administrativa en que se reconozca la deuda por salarios o se fijen las indemnizaciones.

#### 4. CONCLUSIONES

La descripción de las reformas contenidas en el RDL 5/2006 en materia de protección por desempleo y respecto de las prestaciones del FOGASA ha confirmado el diagnóstico inicial de la escasa relevancia de las mismas. En ningún momento las innovaciones han pretendido alterar los modelos prestaciones ni introducir principios o reglas diferentes a las que existen y viene rigiendo ambos sistemas de protección. Se trata, por este motivo, de modificaciones de escaso calado y, en el caso del FOGASA, justificadas por el factor, obviamente no permanente ni definitivo, de la situación financiera excedentaria del FOGASA. La insistencia en este dato y las cautelosas afirmaciones de la disposición adicional cuarta del RDL 5/2006 respecto de modificaciones futuras de las cotizaciones y de las prestaciones del Fondo, confirman que las reformas del RDL 5/2006 en este ámbito se consideran temporales y susceptibles en todo caso de revisión si cambian esas favorables circunstancias financieras. Por lo que se refiere a las prestaciones de desempleo, la finalidad de las reformas ha sido, de forma muy evidente, mejorar la protección de ciertos colectivos como son, en primer lugar, los trabajadores fijos discontinuos, los trabajadores mayores de cuarenta y cinco años y los cooperativistas de trabajo adscritos a las cooperativas mediante vínculos temporales. Al margen de esta mejora selectiva poco hay salvo los compromisos y recordatorios, más genéricos pero de mayor calado, de la



revisión de los sistemas de protección por desempleo diferentes de la prestación contributiva y del subsidio. En concreto, del injustificado trato desigual de los trabajadores eventuales del campo en el contexto de la protección estandarizada por desempleo; y del último y tercer escalón de la tutela frente al desempleo como son la Renta Activa de Inserción y la Renta Agraria (alternativa, a su vez, del subsidio especial para los trabajadores eventuales agrarios). Sin que se pueda aventurar resultados, seguramente que la reforma de estos instrumentos de tutela arrojará, en materia de desempleo, un balance más sustancioso que el que ahora ofrece el RDL 5/2006.

