

SEGURIDAD SOCIAL Y REFORMA DEL MERCADO DE TRABAJO

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA

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

EXTRACTO

Palabras Clave: Reforma del mercado laboral

El presente trabajo versa sobre las medidas de Seguridad Social que se han introducido en el texto de la Ley 35/2010, de reforma del mercado de trabajo, partiendo de dos ideas básicas: una, que algunas de esas medidas ya habían sido incluidas en otras normas anteriores, también aprobadas para afrontar las consecuencias de la crisis económica en el ámbito sobre todo del desempleo, de forma que la Ley 35/2010 sólo las recoge, las matiza o amplía; otra, que en el marco de la reforma del mercado de trabajo, las medidas de Seguridad Social son sólo de acompañamiento sin ocupar, en ningún caso, un papel central. Partiendo de estos presupuestos, el artículo analiza con detalle las medidas de protección social relacionadas con la suspensión de los contratos o la reducción de la jornada como alternativa a la extinción, el recurso a la bonificación de las cotizaciones para incentivar la contratación indefinida de ciertos colectivos en situación particularmente frágil en el mercado de trabajo, así como otras medidas de Seguridad Social relacionadas con los contratos formativos, el compromiso de actividad de los desempleados, la protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos y, finalmente, el control de las situaciones de incapacidad temporal para el trabajo, fundamentalmente la ocasionada por contingencias comunes.

ABSTRACT

Key Words: Labour market reform

The present piece of work studies the Social Security measures that were introduced in the 35/2010 Law, about the labour market reform, taking two main ideas: one, that some of these measures were already included in other legislative norms that were created before such reform of the norm, therefore the current 35/2010 Law only reflect the already taken changes and just rewrites, clarifies and broaden its sense. And the second one, is that in the framework of the labour market reform, the Social Security measures do not have a central role. Considering these two premises, the article analyses in detail the social protection measures related to the contract suspension or the reduction of the working hours as an alternative to termination of the contract, the recourse of bonus to pay contributions to incentive the long term contracts in certain sector that are quite fragile in the labour market. And other social security system measures related to training contracts, the compromise with those unemployed and the protection of autonomous workers that have no work, and finally, the effective control of the situations of temporal incapacity to work and fundamentally created by common contingencies.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL TRATAMIENTO DESDE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO Y DE LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN
 - 2.1. Modificación de la protección por desempleo: situación legal de desempleo y consumo de prestaciones
 - 2.2. Las medidas de Seguridad Social de incentivo a la suspensión y a la reducción de jornada
 - 2.2.1. En cuanto al trabajador: la reposición del derecho a la prestación por desempleo
 - 2.2.2. En cuanto a la empresa: la bonificación de la cotización empresarial
3. LA BONIFICACIÓN DE LAS COTIZACIONES A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO INCENTIVO A LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA, POR LA CONVERSIÓN DE LOS CONTRATOS Y PARA LOS CONTRATOS PARA LA FORMACIÓN
 - 3.1. Las bonificaciones de carácter general
 - 3.2. Las bonificaciones relacionadas con la conversión de los contratos en indefinidos y para el contrato para la formación
4. LA COBERTURA SOCIAL DE LOS CONTRATOS PARA LA FORMACIÓN
5. OTRAS MEDIDAS DE SEGURIDAD SOCIAL, EN PARTICULAR, EL DESEMPLEO Y LA INCAPACIDAD TEMPORAL
6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCION

Como ya viene siendo habitual en los últimos tiempos, las últimas medidas legales de reforma del mercado de trabajo se han aprobado en dos momentos sucesivos, cercanos en el tiempo, sin que ello signifique, lo que seguramente sería lo lógico, que, en cada ocasión, se hayan abordado materias distintas. Por el contrario, en ambas ocasiones se han regulado los mismos temas, en gran parte de forma idéntica, pero sin que ello haya impedido que lo que se aprobó meses antes quede parcialmente alterado por la intervención normativa posterior sobre la misma materia y, lo que es más llamativo, sin que existan razones particulares que justifiquen este cambio normativo reformador de la reforma inmediatamente anterior.

Esta práctica, absolutamente criticable desde el punto de vista de la técnica normativa y de la seguridad jurídica, está propiciada por el art. 86.3 de la Constitución (CE) que habilita a las Cortes a tramitar como proyectos de ley y por la vía de urgencia, los Reales Decretos Leyes aprobados por el Gobierno en los casos de extraordinaria y urgente necesidad (art. 86.1 CE). En la dinámica parlamentaria esta posibilidad se ha convertido en regla; de forma que, una vez aprobado el correspondiente RD Ley, en el plazo de treinta días (los que el art. 86.2 CE señala para su convalidación por el Congreso de los Diputados), se inicia el trámite parlamentario de urgencia para aprobar la Ley correspondiente. Pero, como se ha dicho, y contrariando lo que parecía ser la intención del constituyente, no hay ninguna garantía, sino todo lo contrario, de que el texto legal finalmente aprobado sea sustancialmente igual al RD Ley del que parte puesto que el debate parlamentario abre así la vía para una discusión del texto

primitivo que, normalmente, resultará alterado en algunos de sus aspectos, a veces no precisamente secundarios. Con ello, como se ha dicho antes, se suscitan graves problemas de seguridad jurídica, por no hablar de las numerosas cuestiones de vigencia y de derecho transitorio que provoca la reforma del RD Ley por la Ley posterior.

Esto es lo que ha sucedido en el caso de la reforma laboral de 2010. Materializada en el RD Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, sobre ella ha vuelto la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, del mismo nombre, sin que por cierto su Disp. Deroga. Única incluya expresamente entre las disposiciones derogadas al propio RD Ley, sólo concernido mediante la fórmula general del apdo. 2 de dicha disposición cuando señala que se derogan todas las normas que se opongan a la Ley, estando comprendido en esta referencia sin duda el RD Ley 10/2010; aunque de forma particular, al existir hechos jurídicos, comprendidos entre el inicio de vigencia de ambas leyes, que seguirán regulándose por el mismo. En todo caso, puesto que atender simultáneamente a ambas normas puede inducir a confusión, he adoptado el criterio de centrar el análisis en la Ley 35/2010, a la que harán referencia todos los comentarios; sin perjuicio de que, incidentalmente, considere de interés remitirme al texto anterior del RD Ley.

Pues bien, respondiendo a un enfoque incorrecto por unilateral, los textos legales de reforma del mercado de trabajo no abordan de forma directa la materia de Seguridad Social, habitualmente remitida a una acción de reforma autónoma, propiamente de la Seguridad Social, a su vez igualmente unilateral y desconectada de lo relativo al mercado de trabajo y guiada por otras preocupaciones como, por ejemplo, la del equilibrio financiero, la reducción de los costes sociales o la protección de situaciones de necesidad. Un tratamiento dual y descoordinado que es contrario a los análisis actuales sobre la dinámica y el funcionamiento del mercado de trabajo, donde las exigencias de flexibilidad, que se proyecta sobre la dinámica del contrato de trabajo y de la negociación colectiva, exige el contrapunto de la seguridad, en su mayor parte encomendada a los sistemas de protección social que aparecen como herramientas indispensables para la implantación no lesiva de la lógica de la flexibilidad y de la adaptación.

La Ley 35/2010 no escapa al enfoque que se critica, por lo que, como se evidencia en el Preámbulo, se dedica, entre otros temas, a la contratación laboral, a la modificación sustancial de condiciones de trabajo, al despido, o a las agencias de colocación y a las empresas de trabajo temporal, sin que la materia de Seguridad Social tengan ningún protagonismo salvo como auxiliar de la innovación normativa de naturaleza esencialmente contractual. En concreto, la presencia de los temas de Seguridad Social en la Ley 35/2010 se limita a los tres grupos siguientes: a) las medidas de Seguridad Social integradas en

la reforma que afecta a la suspensión del contrato o a la reducción de jornada como forma de flexibilización interna de la relación laboral y como alternativa a la extinción del contrato; b) las medidas de Seguridad Social de incentivo a la contratación que se materializan en las bonificaciones; y, c) otras medidas relacionadas con la cobertura de protección social de algunas modalidades contractuales como los contratos formativos. Junto a las anteriores, aún puede señalarse otro conjunto heterogéneo de medidas de protección social, no siempre particularmente conectadas con la reforma laboral, pero para las que se ha aprovechado la Ley 35/2010 para incorporarlas a un texto legal.

2. EL TRATAMIENTO DESDE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO Y DE LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN

El art. 7 de la Ley 35/2010 modifica el art. 47 del RDLegislativo 1/1995, de 24 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (ET), mediante cambios normativos que tienen como finalidad facilitar el recurso a esta medida de flexibilización en los casos de necesidades o crisis empresariales frente a la extinción de los contratos por las mismas causas; una manera, en fin, de preservar, aunque sea transitoriamente, el empleo. El favorecimiento de esta medida no sólo se manifiesta en el terreno estrictamente laboral (facilitando el acceso al procedimiento que permita esa suspensión o reducción colectiva de jornada y permitiendo alternativas más amplias a la reducción de la jornada autorizable) sino, y seguramente habría que decir, sobre todo, en cuanto a la protección social vinculada a dichas situaciones. En concreto, lo relativo a la cobertura de desempleo que pueden obtener los trabajadores afectados, así como las ventajas en términos de bonificación de cuotas en beneficio del empresario.

Las reformas introducidas por la Ley 35/2010 (que viene a reproducir y confirmar lo ya establecido en el RDL 10/2010) en relación con el tema que aquí se trata son de menor entidad que las modificaciones, en el plano laboral, del art. 47 ET, en la medida en que, en parte, no son sino una adaptación de lo que fue introducido por el RD Ley 2/2009, de 6 de marzo, y por la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, ambas normas de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas (si bien esta última también ha sido modificada por la Ley 35/2010). Por este motivo, el contenido de la Ley 35/2010 se expondrá integrado en esas medidas, anteriores a la misma y que ésta mantiene, aun con pequeñas modificaciones. En todo caso, sí que la Ley 35/2010 aporta una regulación novedosa (que ya se encuentra en el RDL 10/2010) que es, como reflejo de las modificaciones del

art. 47 ET, lo referido a la prestación por desempleo; o, mejor dicho, al acogimiento en la LGSS de las situaciones de desocupación por suspensión (o de reducción del tiempo de trabajo) que el art. 47, en su nueva redacción, prevé. Empezaré por esto último

2.1. Modificación de la protección por desempleo: situación legal de desempleo y consumo de prestaciones.-

El art. 8 de la Ley 35/2010 modifica, reproduciendo lo establecido en el RDL 10/2010, los arts. 203, apartados 2 y 3 y 208.1.3 LGSS; si bien añade a tales modificaciones una nueva que atañe al art. 210.5, también de la LGSS. El primero de ellos para revisar la distinción entre el desempleo total o parcial; el segundo para, en coherencia con lo anterior, redefinir la situación legal de desempleo originada por la suspensión del contrato o la reducción de la jornada; y el tercero, para establecer de qué forma se consumen las prestaciones por desempleo generadas en el caso de desempleo parcial.

Pues bien, en cuanto a lo primero, el nuevo art. 203 LGSS, establece cuándo existirá un desempleo total o un desempleo parcial, teniendo en cuenta que, en el primer caso, se tendrá derecho a la integridad de la prestación por desempleo por el tiempo que dure ese desempleo total (obviamente con el límite de los derechos generados por cada trabajador conforme a la escala de cotización previa y el tiempo de prestación, todo ello establecido en el art. 210 LGSS); mientras que, en el caso del desempleo parcial, el art. 211.4 LGSS señala que la prestación se determinará *“en proporción a la reducción de la jornada de trabajo”*.

A estos efectos, el art. 203.2 reconoce como desempleo total dos situaciones diferentes. De una parte, la que consiste en el cese en la actividad que el trabajador venía desempeñando, con la privación consiguiente del salario. Si esa privación total es definitiva, se estará ante la situación de desempleo estándar que no es la que aquí interesa. Pero también es total el desempleo derivado de un cese, ahora no definitivo sino temporal, de la actividad; lo que puede calificarse como el ejemplo más general y menos complejo de la suspensión del contrato, esto es la que constituye un cese total y continuado, aunque temporal, de la prestación laboral. Pero, además, y aquí se encuentra quizás la aportación más relevante de la Ley 35/2010 (y, antes, del RDL 10/2010) en este punto, también se consideran desempleo total supuestos, desde el punto de vista laboral (art. 47 ET), de reducción de jornada, que no ya de suspensión, consistentes en una inactividad laboral total por días completos, con independencia de que éstos sean continuados (en realidad, una suspensión) o intermitentes (en realidad, una reducción de la jornada). Aunque es claro que, pese a la calificación como desempleo total, en este segundo caso el trabajador afectado sólo tendrá

derecho a la protección por desempleo correspondiente a los días en que no trabaja (al fin, una prestación parcial, aunque por días enteros). Por lo que se refiere al desempleo parcial, el art. 203.3 LGSS considera tal sólo al cese en el trabajo que, sin afectar a días completos, consiste en una disminución del tiempo diario de trabajo, entre el 10 y el 70 por 100, con la consiguiente y proporcional reducción del salario, aplicándosele, en consecuencia, las previsiones del art. 211.4 LGSS: esto es, la relación proporcional entre reducción de la jornada diaria y de la prestación por desempleo.

En todo caso, la LGSS sigue rechazando como situación de desempleo protegible por reducción de la jornada, las que sean definitivas o que abarquen todo el periodo que resta de la vigencia del contrato de trabajo. Exclusiones ambas criticables ya que se trata de reducciones reales del tiempo de trabajo que justificarían la tutela del desempleo. Mucho más cuando, en el primer caso, se trataría de una cobertura limitada en el tiempo debido a la propia lógica temporal de la protección por desempleo; y, en el segundo caso, el que la reducción se proyecte a la totalidad del resto de la vigencia del contrato es una circunstancia aleatoria que, finalmente, perjudica a los trabajadores más precarios, es decir, a los trabajadores temporales. Salvo que, lo que no sucede, el art. 47 ET prohibiera reducciones de jornada que no fueran temporales ya que lo que exige es que la causa de la suspensión y/o de la reducción de jornada sea temporal, lo que evidentemente no es lo mismo. Con la regla limitativa que se critica, la norma acaba haciendo incompatible, lo que no lo son en ningún caso, la naturaleza temporal de la causa empresarial, que hace que la suspensión o reducción de la jornada también lo sea, con la temporalidad del contrato. Dicho de otro modo, una causa de suspensión o reducción de jornada puede ser temporal para la empresa y proyectarse, sin perder esa condición de temporalidad, sobre los contratos, sean permanentes o temporales; los cuales merecerían, de forma indistinta, acceder a la prestación por desempleo. Pero no es así y la reforma ha persistido en esta limitación que ya se arrastraba desde las versiones de la LGSS anteriores a la reforma.

Por su parte, el art. 208.1.3, haciéndose eco de la variedad de situaciones que pueden derivarse de la suspensión o de la reducción de jornada, se limita a definir la situación de desempleo como aquella en la que *“se reduzca temporalmente la jornada ordinaria de trabajo, en virtud de expediente de regulación de empleo en los términos del art. 203.3”*. Ahora bien, el 203.3 LGSS está pensado sólo para la reducción del tiempo de trabajo como situación legal de desempleo parcial ya que la suspensión está contemplada en el apartado anterior del mismo artículo junto con la reducción de la jornada que afecte a días completos, continuados o alternos. De forma que, cuando el art. 208.1.3 LGSS habla ahora de reducción temporal de la jornada, en realidad se refiere sólo al que la misma norma califica como desempleo parcial, por cuanto la reducción de la jornada calificada como desempleo total seguirá las reglas de

la suspensión. Por eso, la situación legal de desempleo a que se refiere el art. 208.1.3 LGSS es sólo la que se origina a partir de una reducción de la jornada que afecte a todos los días, sin que tenga lugar ningún cese por días completos. Única situación, por cierto, en la que se exige una cierta entidad mínima de dicha reducción para generar el derecho al desempleo (y, antes, para permitir su autorización por expediente de regulación de empleo). Lo que sucede es que, puesto que en el art. 47 ET se exige para la reducción de la jornada (en su concepto amplio, laboral y no de seguridad social) una cantidad entre un mínimo y un máximo, al final, aunque la reducción por días completos, continuados o alternos, se califique, según las normas de Seguridad Social (art. 203.2 LGSS), como desempleo total, su aprobación por expediente de regulación de empleo (requisito necesario, tanto en el terreno laboral como en el de la Seguridad Social) requiere el porcentaje de reducción establecido entre un mínimo y un máximo (lo que no pasa con la suspensión). De forma que, en su origen laboral, es indiferente si se trata de una reducción continuada diaria o intermitente por días completos (en todos los casos se requerirá expediente y una determinada entidad de la reducción); sólo al pasar al ámbito de la Seguridad Social, la primera versión de la reducción (la que se proyecta sobre todos los días) tendrá repercusión sobre el mecanismo de disfrute de las prestaciones por desempleo al ser calificada como desempleo parcial.

Aquí es donde interviene la reforma introducida por la Ley 35/2010, añadiendo un nuevo apartado (el quinto) al art. 210 LGSS, referido a la duración de la prestación. En el sentido de que en el desempleo parcial (a efectos de la Seguridad Social, esto es, como se ha dicho, el que es consecuencia de una reducción de jornada que afecte a cada día) el consumo del tiempo de prestación por desempleo tendrá lugar por horas y no por días, puesto que en cada uno de esos días hay trabajo retribuido y el desempleo que se recibe está en proporción a la reducción diaria de la jornada. Por eso, el nuevo apartado se cierra con la afirmación de que el tiempo consumido de prestación por cada día será el equivalente a la reducción de jornada autorizada; de forma que la duración de la prestación se prolongará en proporción al tiempo de trabajo diario que resta. Siendo evidente que, como sucede con la reducción por días completos (un caso de desempleo total, como se ha visto), sólo se tenga derecho a la prestación por desempleo correspondiente al tiempo de trabajo minorado (horas en el caso de desempleo parcial; días completos tanto en el supuesto de suspensión como de reducción considerada como desempleo total). Por cierto que, aunque el art. 210 no lo establezca, si se trata de una reducción de jornada por días completos (desempleo total, según el art. 203.2 LGSS), para el tiempo consumido se computará sólo los días en los que no se trabajó y se reciben prestaciones. El añadido, pues, del art. 210.5 LGSS obra de la Ley 35/2010 es algo que podía deducirse de la lógica de la norma, si bien no es inapropiado que la LGSS lo establezca con claridad, sobre todo teniendo en cuenta la jurisprudencia al respecto (por ejemplo, la Sentencia

del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1995¹, la cual estableció que, en el consumo de las prestaciones por desempleo parcial, cada día de prestación se computa como un día completo; argumento basado, fundamentalmente, en el hecho de que para el cómputo del tiempo cotizado, cada día de cotización, aun parcial, se computa como un día entero. Al margen de los cambios producidos en relación con el trabajo a tiempo parcial, lo cierto es que el nuevo tenor legal destierra definitivamente esa interpretación.

2.2. Las medidas de Seguridad Social de incentivo a la suspensión y a la reducción de jornada

Lo que la Ley 35/2010 (siguiendo aquí al RDL 10/2010) modifica en este punto no es ya el ET ni la LGSS sino las normas que contienen los incentivos para fomentar este tipo de recurso suspensivo o de reducción de la jornada frente a la situación de crisis de las empresas; en concreto, la Ley 27/2009. Son dos, el primero es lo que el art. 3 de la norma califica como “*reposición del derecho a la prestación por desempleo*”; el segundo, lo previsto en el art. 1, en términos de bonificación en la cotización empresarial a la Seguridad Social en los supuestos de regulaciones temporales de empleo. A ambas cuestiones se refiere el art. 9 de la Ley 35/2010 (como ya lo hacía el art. 9 del RDL 10/2010), aunque tenga un epígrafe incorrecto por limitativo como es el de “*medidas de apoyo a la reducción de jornada*”, ya que abarca tanto éstas como las suspensiones del contrato, al modificar los arts. 3.1 y 1.2, respectivamente, de la Ley 27/2009; debiéndose tener en cuenta también la Disp. Transit. Quinta de la Ley 35/2010 (y también la misma Disp. Transitoria del RDL 10/2010).

2.2.1. En cuanto al trabajador: la reposición del derecho a la prestación por desempleo

Al margen de analizar la reforma de la Ley 35/2010 en esta materia, por cierto bastante marginal al tocar sólo aspectos accidentales, parece necesario detenerse en la descripción de las bases y de la mecánica práctica de esta reposición del derecho a la prestación por desempleo. Con carácter general, puede decirse que la regulación de la prestación o del subsidio por desempleo está caracterizada, en algún aspecto, por una cierta falta de funcionalidad de dicha regulación para generar una protección eficiente de los trabajadores desempleados provenientes de procesos de reestructuración empresarial.

Se trata de la cuestión regulada por el art. 210, apartados 2 y 3 LGSS. Más concretamente, de la forma de valorar y computar las cotizaciones en los casos de extinción de la prestación, prevista en el art. 213.1,d) LGSS, por el

¹ TOL 236166

desempeño de un trabajo por cuenta ajena de duración igual o superior a doce meses (veinticuatro, si se trata de un trabajador autónomo). En este caso, pese a determinarse la extinción del derecho a la prestación, el art. 210.3 LGSS prevé un derecho de opción para el trabajador entre *“reabrir el derecho inicial por el periodo que le restaba y las bases y tipos que le correspondían o percibir la prestación generada por las nuevas cotizaciones efectuadas”*. Ninguna objeción a esta alternativa que viene a respetar el principio contributivo, ahora en beneficio del trabajador. Lo criticable es el último inciso de apartado 3, conforme al cual, si el trabajador opta por reanudar la prestación anterior extinguida, *“las cotizaciones que generaron aquella prestación por la que no hubiera optado no podrán computarse para el reconocimiento de un derecho posterior”*. Dicho sintéticamente, las últimas cotizaciones, que habrían generado un derecho a protección que no se ha utilizado, se pierden si el trabajador opta por reanudar la prestación anterior. En cualquier caso, opte por lo que opte y se pueda o no generar un nuevo derecho, o se pierde el resto del tiempo de prestación ya generado y no consumido, o se pierden cotizaciones no utilizadas para generar un derecho del que no se ha disfrutado; todo ello con ignorancia del principio contributivo, en perjuicio del trabajador.

No se entiende bien, salvo por razones de ahorro de costes para el sistema público y de recorte de las prestaciones, esta regla limitativa que, finalmente, acaba desincentivando la aceptación de un nuevo trabajo por parte de un trabajador desempleado cubierto por la prestación por desempleo; consciente de que, mientras que le reste un amplio periodo de tiempo de prestación contributiva generada por el primer desempleo, no le será de interés aceptar una nueva ocupación que, normalmente, supondrá la ineficacia de las nuevas cotizaciones para generar un nuevo derecho al desempleo. Esta regla limitativa del derecho a la tutela se completa con la contenida en el segundo párrafo del apartado 2 del mismo art. 210 LGSS. Según este precepto, en el cómputo de las cotizaciones a efectos de determinar el periodo cotizado, dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo, no se cuentan las cotizaciones hechas por la entidad gestora durante el tiempo de abono de la prestación anterior; lo que es lógico ya que, si se ha extinguido el contrato, la cotización abonada por la entidad gestora no comprende, entre otras, la de desempleo, a tenor del art. 214.3 LGSS.

Pero no lo es tanto si se trata de una prestación por desempleo derivada de la suspensión de la relación laboral o de la reducción de la jornada. En efecto, en este caso, la cotización por desempleo subsiste y, lo que es más significativo, la abona la empresa, completando sólo la entidad gestora la parte correspondiente al trabajador (art. 214.2 LGSS); y, no obstante (y salvo el caso excepcional del desempleo por suspensión de la relación laboral debida a un caso de violencia de género) esas cotizaciones se pierden igualmente sin que valgan para generar, pese a no haber sido consumidas, una futura presta-

ción por desempleo. De nuevo se está en presencia de una norma que ignora las exigencias del principio contributivo, tan rígidamente reclamado en otras dimensiones de la prestación, siempre con finalidad limitativa. Esta es una cuestión que, en su momento, recibió un trato contrario en los casos en los que la suspensión del contrato (con sus preceptivas prestaciones por desempleo en beneficio del trabajador) era consecuencia de un expediente de regulación de empleo. De forma que el tiempo de prestación durante la suspensión no se consumía respecto de la sucesiva prestación por desempleo derivada de una extinción posterior (ambas, en expediente de regulación de empleo); siempre que la suspensión subsidiada durase, como mínimo, seis meses. Un trato preferencial que se ampliaba también a los casos de prestaciones por desempleo parcial en los casos de reducción de jornada². Una forma, sin duda, de favorecer los expedientes suspensivos y de reducción de la jornada laboral frente a los extintivos y, en general, los procesos de reestructuración empresarial menos agresivos.

Esta regla se recuperó parcialmente, si bien por ahora con carácter transitorio, por el Real Decreto-Ley 2/2009³, y ha sido confirmada, con alguna modificación, por la Ley 27/2009, también con carácter transitorio⁴. Con dos medidas muy relacionadas. La primera consiste en ofrecer una bonificación

² La regla de favor en relación con las suspensiones y reducciones de jornada, adoptadas en el contexto de un expediente de regulación de empleo, se contenía en la primitiva Ley reguladora de la Prestación por Desempleo (art. 8.3) y fue suprimida por el Real Decreto-Ley 1/1992, de 3 de abril (luego Ley 22/1992, de 30 de julio). De esta forma, la protección por desempleo eliminó uno de los aspectos más directamente funcionales a las reestructuraciones empresariales, en la medida en que servían para influir en éstas intentando reconducirlas hacia soluciones alternativas a la extinción de los contratos.

³ Sobre el tema, M.R. VALLECILLO GAMEZ, "Como frenar la sangría de empleos en España: nuevas medidas sociolaborales para el mantenimiento de la ocupación", Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros, 30/2009, págs. 67 y ss.

⁴ Actualmente, el derecho a la reposición de las prestaciones sólo podrá ejercitarse si la autorización de la suspensión o de la reducción de la jornada (sea administrativa, o judicial en caso de concurso) se ha producido entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2011; mientras que el despido, o la resolución administrativa o judicial que autorice la extinción posterior (imprescindible para hablar de reposición) debe tener lugar entre el 18 de junio de 2010 y el 31 de diciembre de 2012 (art. 3.1 de la Ley 27/2009, modificado por el RDL 10/2010 y que se ha mantenido por el art. 9 de la Ley 35/2010). Se trata de fechas que han ampliado las inicialmente previstas en el RD Ley 2/2009 y en la Ley 27/2009, dado el transcurso de más de un año desde la primera y de seis meses desde la segunda, con la finalidad de favorecer la conexión de este tipo de extinciones con las suspensiones o reducciones previas. En todo caso, es preciso tener en cuenta la Disp. Transit. Quinta, apartado 2, del RDL 10/2010, según la cual los trabajadores que hubieran visto suspendido o reducida la jornada de su contrato conforme al procedimiento exigido, y posteriormente se hubieran extinguido sus contratos después de las fechas establecidas por el RD Ley 2/2009 (finales del año 2009), tendrán derecho a reponer sus prestaciones por desempleo si la extinción de sus contratos hubiera tenido lugar antes de la entrada en vigor del RDL 10/2010 (18 de junio de 2010), si bien en los términos y con los límites establecidos en la normativa vigente en el momento en que se produjo el despido o la resolución administrativa o judicial que autorizó la extinción de los contratos. Un mandato que ha sido reproducido textualmente por la Disp. Transit. Quinta de la Ley 35/2010.

de la cotización empresarial por contingencias comunes a las empresas que opten por la suspensión de los contratos o la reducción temporal de la jornada y siempre que hayan sido autorizadas en expedientes de regulación de empleo o conforme a la aplicación de la legislación concursal y siempre, además, que las empresas se comprometan a mantener el empleo de los trabajadores afectados al menos durante un año con posterioridad a la finalización de la suspensión o reducción autorizada (art 1), o, al menos seis meses en algunos casos, según reforma de la Ley 35/2010. Un evidente intento de incentivar, en el marco de situaciones de crisis o de reestructuración, la suspensión o reducción de la jornada de los trabajadores afectados frente a las decisiones puramente extintivas⁵.

Junto a esta medida, que se analizará ahora, y en evidente conexión con ella, y a los efectos que aquí interesan, el art. 3 de la Ley 27/2009, al regular la reposición del derecho a la prestación por desempleo, establece que: “cuando se autorice a una empresa en virtud de uno o varios expedientes de regulación de empleo o procedimientos concursales, a suspender los contratos de trabajo, de forma continuada o no, o a reducir el número de días u horas de trabajo”, y luego, “se autorice por resolución administrativa en expediente de regulación de empleo o por resolución judicial en procedimiento concursal la extinción de los contratos o se extinga el contrato al amparo del art. 52,c) ET” (es decir, la secuencia suspensión o reducción y posterior extinción de los mismos contratos afectados), el trabajador tendrá derecho a que se integren en la nueva y última prestación por desempleo derivada de la extinción, la duración de la prestación que hubiera recibido en la situación de suspensión o reducción de la jornada, aunque con el límite de 180 días⁶. O a sumar los días consumidos al tiempo de la primera prestación por desempleo no agotada por la que se opte; o, finalmente, a reiniciar el disfrute de la prestación si se hubiera agotado durante el tiempo de suspensión o de reducción de la jornada y no haya habido ocasión de generar un nuevo derecho a prestación de desempleo contributiva. A esto es a lo que la norma llama “reposición del derecho a la prestación por desempleo”, que no es otra cosa que la consideración como no consumidos, aunque no en su totalidad, de los días de protección en la situación legal de desempleo suspensiva o reductiva anterior, que vendrán a sumarse a los que se generen conforme a la nueva situación de desempleo, si es el caso⁷.

⁵ No se trata de una bonificación temporalmente ilimitada ya que sólo puede abarcar, como máximo, 240 días por trabajador (es decir, ocho meses) y las solicitudes de suspensión o reducción colectiva deben haberse producido entre el 1 de octubre de 2008 (con un cierto efecto retroactivo, pues) y el 31 de diciembre de 2009; plazo ampliado por la Ley 27/2009 hasta el 31 de diciembre de 2010 y que la Ley 35/2010 ha vuelto a ampliar hasta 31 de diciembre de 2011.

⁶ Que se han incrementado por el RDL 10/2010 desde los 120 días previstos por el RD Ley 2/2009 y que la Ley 345/2010 ha mantenido en los 180 días.

⁷ Vallecillo Gamez, cit., pp. 77-80.

Se trata de una regla compleja que requiere alguna aclaración que permita valorar su alcance. La hipótesis típica sería la de un trabajador que genera un derecho a la prestación por desempleo por suspensión del contrato o reducción de la jornada (en las situaciones limitadas establecidas: autorización laboral o judicial), que consume todo o parte del derecho que hubiera generado (que, conforme a la escala del art. 210.1 LGSS podría llegar a 720 días de prestación) y que, posteriormente, ve extinguido su contrato por despido objetivo, autorización administrativa o resolución judicial. Si la extinción ha tenido lugar sin solución de continuidad (lo que es, obviamente, posible), no podría generarse un nuevo derecho ya que no existirían cotizaciones computables (ya se sabe que las que se abonan durante la suspensión no cuentan a efectos de futuras prestaciones) por lo que se produciría una continuidad en el disfrute de la misma prestación hasta su agotamiento o una nueva ocupación. Sólo que la duración se incrementaría con el tiempo ya consumido (con el límite ahora de 180 días). Una manera, pues, de favorecer a los trabajadores afectados por procesos de reestructuración a quienes se permite un doble disfrute (con el límite ya dicho de los 180 días) de la misma prestación generada.

Otra hipótesis, también típica (y mucho más de conformidad con las previsiones de la Ley 27/2009) es la de un trabajador que igualmente genera un derecho a la prestación por desempleo por suspensión del contrato o por reducción de la jornada (en las situaciones limitadas establecidas: autorización laboral o judicial), que consume parte del derecho que hubiera generado (que, conforme a la escala del art. 210.1 LGSS, podría llegar a 720 días de prestación), que se reintegra al trabajo tras el fin del periodo de suspensión⁸ y que, posteriormente, ve extinguido su contrato por despido objetivo, autorización administrativa o resolución judicial. Puesto que hay retorno a la actividad laboral y luego una nueva situación de desempleo por extinción del contrato, pueden darse a su vez dos situaciones.

Una, que el trabajo se haya mantenido un año o más tras la suspensión. En este caso, el trabajador habría generado un nuevo derecho que podría elegir, o reanudar el anterior interrumpido por el trabajo. Pues bien, según el RD Ley 2/2009, sólo si el trabajador optaba por la reanudación tendría derecho al beneficio de la suma o a la recuperación de los 120 días que como máximo permitía dicho RD Ley. Pero, y esto es relevante, el art. 3.3 del RD Ley 2/2009, exigía que “la reposición prevista (...) se aplicará al mismo derecho a la prestación por desempleo que se consumió durante la suspensión temporal o reducción temporal de la jornada de trabajo”, insistiendo además en que la base de coti-

⁸ Precisamente es lo que pretende la bonificación del art. 1 de la Ley 27/2009, que se verá más adelante, puesto que este beneficio está condicionado al mantenimiento del empleo durante al menos un año (o seis meses) tras la finalización de la suspensión o de la reducción de los trabajadores afectados.

zación y la cuantía a percibir, durante la reposición, serían las mismas que las que correspondieron a los periodos objeto de la reposición.

Frente a esta regla, no se entendía bien por qué la reposición del derecho a la prestación sólo podía operar cuando se reanudaba la prestación anterior y no cuando se optaba por la nueva que pudiera haberse generado. Lo que, por cierto, sería lo habitual si se conectaba este beneficio con el incentivo al mantenimiento del empleo tras la suspensión, fijado en un año como mínimo para que el empresario pudiera conservar el derecho a la bonificación de las cotizaciones; de forma que, de haber trabajado tras la suspensión el mínimo del año exigido a la empresa para mantener la bonificación, el trabajador tendría derecho a una prestación nueva de 120 días (art. 210.1 LGSS) a los que se añadirían, como máximo, los 120 días ya disfrutados durante el desempleo por suspensión o reducción. No era así y quizás se debiera a que el legislador consideraba que, con sólo un año de trabajo, se generaba un tiempo de prestación igual al máximo de la reposición, por lo que considera que lo normal sería que el trabajador eligiera la reanudación del derecho anterior que es, al margen lo que restara, lo que le permitía sumar los días de reposición. Con el coste de la pérdida, a efectos de futuras prestaciones, del tiempo de cotización posterior a la suspensión.

Esta limitación fue suprimida por la Ley 27/2009, la cual ha ampliado (además del número de días de reposición de 120 a 180), en los términos antes descritos, las posibilidades de aplicación de la regla de reposición. De forma que, ahora, el trabajador podrá beneficiarse de la reposición de la prestación en las tres situaciones dichas: reanudación del derecho anterior no consumido plenamente; opción por abrir el disfrute de nuevo derecho generado por el tiempo de trabajo posterior a la suspensión o reducción⁹; o, inicio de la nueva situación de desempleo sin haber generado un nuevo derecho y habiendo agotado el anterior. Por eso sorprende que el apartado 4 del art. 3 de la Ley 27/2009 siga estableciendo (lo que no ha sido tampoco alterado por el RDL 10/2010 ni por la Ley 35/2010), como si nada hubiera cambiado, que “la reposición prevista (...) se aplicará la mismo derecho a la prestación por desempleo que se consumió durante la suspensión temporal o reducción temporal de la jornada de trabajo”. Un apartado cuya conservación sólo puede interpretarse como un olvido del legislador de establecer las necesarias correlaciones entre la ampliación de las

⁹ Aunque hay que decir que la modificación ampliatoria introducida por la Ley 27/2009 en el art. 3.2 es confusa ya que enumera como situaciones diferentes la “reanudación del derecho a la prestación por desempleo” y la “reapertura del derecho a la prestación por desempleo inicial”; lo que es difícil de entender ya que la reanudación y la reapertura parecen referirse a la misma situación de prestación disfrutada parcialmente, interrumpida por el trabajo y reanudada después. Lo que confunde es el término “reapertura” que, entendido como una errata, debe leerse sencillamente como “apertura”. En caso contrario no tendría sentido diferenciar dos situaciones idénticas.

hipótesis de disfrute de la reposición y la prestación de desempleo a la que se suman los actuales 180 días máximos de reposición.

La otra situación, no descartable desde luego, es que el trabajo haya durado menos de un año, en cuyo caso el trabajador no habría generado un nuevo derecho y estaría obligado a reanudar el remanente temporal del derecho anterior, si bien sumando a los días de prestación que restaran los 180 días que como máximo permite el la Ley 27/2009 a partir del RDL 10/2010 y que la Ley 35/2010 no ha alterado. En ambos casos, de nuevo, un doble disfrute del tiempo de tutela pero que, basado en la reanudación del derecho anterior, siempre supondrá la pérdida de las cotizaciones realizadas tras de la suspensión y por el tiempo de trabajo posterior.

Una tercera hipótesis, un tanto excepcional, está prevista en el propio art. 3.3 de la Ley 27/2009 y es cuando, autorizada la primera suspensión del contrato o reducción de la jornada, el trabajador agota el tiempo de la prestación contributiva durante la suspensión o la reducción, para posteriormente, tras un tiempo de trabajo, ver de nuevo suspendido su contrato o reducida su jornada (segunda suspensión o reducción), pero sin haber generado un nuevo derecho (ya que no habrá trabajado el mínimo del año requerido o, haciéndolo, sus cotizaciones no podrán causar un nuevo derecho al desempleo). En este caso, la Ley 27/2009 le otorga el derecho a recuperar (reponer) o disfrutar por segunda vez, aun no pudiendo ni reanudar una prestación que ya está agotada ni generar una nueva por carecer de cotizaciones suficientes, la duración de la prestación contributiva por el mismo número de días que la hubiera percibido en la primera suspensión o reducción, pero ahora con el límite de 90 días. Como se ha dicho, se trata de una previsión un tanto marginal que, además, también está limitada temporalmente de forma muy estricta ya que la primera suspensión o reducción debe haberse autorizado entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2010, y la segunda suspensión o reducción entre la entrada en vigor del RD Ley 2/2009 (8 de marzo de 2009) y el 31 de diciembre de 2010.

2.2.2. En cuanto a la empresa: la bonificación de la cotización empresarial

Como ya se ha indicado, el art. 1 de la Ley 27/2009 se dedica a regular el especial supuesto de bonificación de la cotización empresarial en los casos de regulaciones temporales de empleo. Recordando muy sintéticamente lo que establece dicho artículo puede señalarse que: a) La bonificación de la cotización se aplica a la cotización empresarial que se haya devengado a favor del trabajador durante el tiempo de suspensión del contrato o de reducción de la jornada, autorizadas en expedientes de regulación de empleo o por resolución judicial en el caso de concurso, si bien con un máximo de 240 días por trabajador; b) La cuantía de la bonificación será del 50 por 100 de la cotización empresarial por contingencias comunes; c) Como requisito necesario para beneficiarse de

la bonificación, el empresario deberá mantener el empleo de los trabajadores afectados durante al menos un año tras la finalización de la suspensión o de la reducción autorizada, debiendo reintegrar las bonificaciones en caso contrario, además de afrontar las sanciones administrativas que procedan por ese comportamiento y pudiendo quedar excluido, durante doce meses, de los beneficios similares asociados al fomento del empleo; d) Se considera incumplimiento si la extinción de los contratos tiene lugar por despido improcedente o por despido colectivo (debe entenderse, aunque la norma no lo diga, también por despido objetivo). Como también se ha señalado, el beneficio de la bonificación apuntada sólo se aplica a las solicitudes de regulación de empleo presentadas entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2010 (art. 1.5 Ley 27/2009), siendo compatible con otras ayudas públicas hasta el límite del 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes.

En este esquema, el RDL 10/2010 incide sólo marginalmente, al añadir un nuevo apartado al art. 1 de la Ley 27/2009, el 2.bis, que no ha sido afectado por la Ley 35/2010. Lo que hace el nuevo apartado es ampliar la bonificación del 50 al 80 por 100, siempre de la cotización empresarial por contingencias comunes, si la empresa beneficiaria, en la solicitud de expediente de regulación de empleo, incluye medidas cuya finalidad sea reducir el impacto de la regulación temporal de empleo sobre los trabajadores. Medidas que el apartado ejemplifica (sin que pueda entenderse que se trata de una enumeración exhaustiva o excluyente, ya que se habla de “cualquier otra medida alternativa o complementaria dirigida a favorecer el mantenimiento del empleo en la empresa) en “acciones formativas durante el periodo de suspensión de los contratos o de reducción de la jornada” que tengan como finalidad “aumentar la polivalencia del trabajador o incrementar su empleabilidad”. Como una manera de favorecer, en fin, la permanencia en la empresa tras la suspensión o la reducción de jornada.

Dos son las innovaciones introducidas por la Ley 35/2010, consistentes, de una parte, en un nuevo párrafo del apartado 2 bis del art. 1 de la Ley 27/2009 y en una nueva redacción para el apartado 5 del mismo artículo. El nuevo párrafo del apartado 2 bis facilita la aplicación de la bonificación empresarial ya que limita el compromiso empresarial de mantenimiento del empleo a seis meses (y no a un año) si se trata de acuerdos (se supone que adoptados en un expediente de regulación de empleo o, en su defecto, autorizados) concluidos con posterioridad a la entrada en vigor de la propia Ley 35/2010, es decir, el 19 de septiembre de 2010, y sin límite máximo más allá del que se haya fijado en general para obtener este beneficio. Sin duda, el diagnóstico de la situación del empleo y la dificultad de mantenimiento del mismo durante un año, ha hecho rebajar las expectativas y las ventajas, en términos de empleo, que se

pueden derivar de la suspensión o reducción unida a la bonificación de cuotas. De forma que seis meses parecen ser el tiempo que es razonable esperar que el empresario mantenga el empleo tras obtener una bonificación de cuotas que, por otra parte, sólo puede abarcar hasta los 240 días.

La segunda de las modificaciones se refiere, precisamente, a los plazos de aplicación de la medida de bonificación de cuotas, en el entendido de que se trata de una medida transitoria y no permanente. Así, el nuevo apartado 5 del art. 1 Ley 29/2009 establece que dicho beneficio se aplicará a las solicitudes de regulación de empleo presentadas entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2011, ampliando en un año el plazo disponible. Si bien marca un tiempo de referencia diferente (que las solicitudes se hayan presentado entre el 1 de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2011) para que puedan beneficiarse de lo establecido en, según cita textual, “el último párrafo del apartado 2 de este artículo”. Puesto que ese párrafo hace referencia a la exclusión de las bonificaciones de empresas que hayan incumplido el compromiso de mantenimiento del empleo durante un año, se trata de una remisión seguramente errónea. Siendo más razonable entender que se refiere al último párrafo del apartado 2 bis del mismo artículo que, como se ha visto, fija el compromiso de mantenimiento del contrato en sólo seis meses que se aplicará sólo a las solicitudes presentadas desde 1 de enero de 2010 hasta 31 de diciembre de 2011, pero cuyo acuerdo haya recaído tras el 19 de septiembre de 2010. En todo caso y como puede apreciarse, una regulación un tanto caótica de los diversos y acumulados periodos transitorios o de los plazos de referencia para aplicar los beneficios establecidos en la ley; lo que se complica, además, al tratarse de tres normas diferentes que aportan cada una sus propios plazos. Una regulación más sistemática y unitaria hubiera sido aconsejable para facilitar la comprensión y el manejo de esta normativa.

Por último, la Disp. Transit. Quinta, primer apartado, del RDL 10/2010 favorece la aplicación del incremento de la bonificación también a empresas que hayan instado expedientes de regulación de empleo, de carácter temporal, resueltos y en vigor antes del 18 de junio de 2010 (fecha, como se sabe, de comienzo de la vigencia del RDL 10/2010), siempre que reúnan las condiciones que se han indicado antes y con efecto sólo en relación con cotizaciones posteriores a dicha fecha. Se trata de una fórmula, dotada de una cierta retroactividad, ya que permite (es verdad que sólo a partir del RDL 10/2010) que las empresas cuyos trabajadores ya se encuentran en suspensión o en reducción de la jornada puedan incorporarse a la nueva regla más ventajosa en cualquier momento mientras dure la suspensión o reducción de jornada, adoptando las medidas que permiten el incremento. De forma que no es necesario que ya lo hayan hecho o lo estén aplicando, beneficiándose de la bonificación del 80 por 100 sólo, lógicamente, a partir de la fecha en que lo hagan. Aunque la Disp.

Transit. Quinta nada dice, se supone que la existencia de tales medidas debe ser reconocida por la autoridad laboral que es la facultada para apreciar su existencia en el procedimiento normal iniciado tras el RDL 10/2010. En este punto, la Ley 35/2010, igualmente en su Disp. Transit. Quinta, primer apartado, se ha limitado a sustituir la referencia a la fecha de entrada en vigor de la norma (el RDL 10/2010) por la cita de la fecha misma, esto es, el 18 de junio de 2010.

3. LA BONIFICACIÓN DE LAS COTIZACIONES A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO INCENTIVO A LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA, POR LA CONVERSIÓN DE LOS CONTRATOS Y PARA LOS CONTRATOS PARA LA FORMACION¹⁰

Puesto que otro trabajo del presente número monográfico se ocupa extensamente de las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social contenidas en la Ley 35/2010, me limitaré en este apartado a dar razón de las mismas y a establecer sus rasgos generales. Pese a la escasa confianza en la eficacia de las bonificaciones en cuanto al objetivo de la creación de empleo, al menos de las que de forma generalizada estaban reguladas en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, la Ley 35/2010 insiste en este tipo de incentivo, si bien concentrando más selectivamente los beneficios en los contratos indefinidos celebrados con un determinado tipo de trabajadores, conforme a la idea central de que las bonificaciones de cuotas, más que contribuir a crear empleo, desplazan la contratación hacia los colectivos más favorecidos por estas medidas; esto es, un efecto de selección más que de incentivación general al empleo¹¹. Esta es, precisamente, la orientación elegida por la Ley 35/2010. Que, pese a todo, existe una cierta reticencia en cuanto a la utilidad real del sistema de incentivos, se manifiesta en la Disp. Adic. Novena de la Ley 35/2010, que ordena al Gobierno presentar ante el Congreso de los Diputados un informe anual que contenga la evaluación y el seguimiento económico de las bonificaciones practicadas.

Con carácter general, las bonificaciones de cuotas se encuentran reguladas en el art. 10 de la Ley 35/2010, si bien hay que anticipar que lo establecido en

¹⁰ Sobre esta materia, PEREZ DEL PRADO, D. Los incentivos económicos de fomento del empleo en la reforma laboral de 2010, en el volumen colectivo *La reforma Laboral 2010*, Lex Nova, 2010, pp. 227 ss.

¹¹ Esta es una de las principales conclusiones del estudio dirigido por TOHARIA CORTES, L. El efecto de las bonificaciones de las cotizaciones a la Seguridad Social para el empleo en la Seguridad Social: un intento de evaluación macroeconómica, microeconómica e institucional. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Secretaría de Estado de Seguridad Social. Madrid, 2008; que, a su vez, ha servido de base para las Conclusiones de la Comisión de Trabajo del Congreso de los Diputados, de fecha 25 de marzo de 2010, sobre los resultados del sistema de bonificación a la contratación establecido en la Ley 43/2006,.

este artículo no significa una sustitución completa del sistema de bonificaciones regulado por la Ley 43/2006, para la mejora y el crecimiento del empleo, donde se incluye el denominado como Programa de Fomento del Empleo. En efecto, la Ley mantiene en vigor gran parte del Programa de la Ley 43/2006, derogando sólo alguno de sus artículos o apartados de ellos, como así se evidencia en la Disp. Derog. Única. De forma que la Ley 35/2010 (y, antes, en el mismo sentido el RDL 10/2010) lo que ha hecho es derogar anticipadamente el incentivo muy particular de la contratación indefinida de desempleados con responsabilidades familiares, que tenía señalaba una vigencia hasta el 31 de diciembre de 2010, respetar las bonificaciones orientadas al mantenimiento del empleo y la igualdad de oportunidades (en relación con los trabajadores mayores de 60 años y con las trabajadoras que se reincorporan al puesto de trabajo tras la suspensión del contrato por maternidad o tras la excedencia por cuidado de hijos) y alterar, eso sí, el cuadro general de bonificaciones focalizando las mismas en algunos colectivos concretos, justamente aquellos en los que se concentra el más alto nivel de desempleo y las mayores dificultades de colocación: jóvenes y trabajadores de edad madura con especiales problemas de empleabilidad, con un incremento de la cuantía de la bonificación (alrededor del 20 por 100) si se trata de mujeres. Todo ello respetando una serie de bonificaciones que se refieren a los discapacitados, las víctimas de la violencia de género y doméstica, y a los trabajadores en situación de exclusión social, contenidas en los apartados 2.4 y 5 del art. 2 de la Ley 43/2006, que siguen en vigor. Cuestión diferente son los incentivos orientados a bonificar la conversión en indefinidos de determinados contratos, naturalmente temporales debido a su función (formativos, de relevo y de sustitución por anticipo de la edad de jubilación) y los que se prevén para incentivar la suscripción de contratos formativos (arts. 10.3 y 11 de la Ley 35/2010).

3.1. Las bonificaciones de carácter general

Se encuentran reguladas por los apartados 1 y 2 del art. 10 de la Ley 35/2010. Como se ha dicho, la Ley concentra las bonificaciones de cuotas en dos colectivos: jóvenes y trabajadores de edad madura. En cuanto a los primeros, el incentivo a la contratación no es general, sino que se limita a los jóvenes (considerando tales a los que se sitúan entre los 16 y 30 años, una edad esta última que, aunque pueda considerarse elevada, se ha convertido prácticamente en un referente habitual de todas las acciones de favorecimiento del empleo del colectivo de jóvenes) que, además, tengan especiales problemas de empleabilidad. La propia Ley define (art. 10.1, segundo párrafo) qué se consideran “especiales problemas de empleabilidad”, basándolos en dos circunstancias que deben concurrir de forma acumulada: una de facto, se trata de jóvenes

que están inscritos infructuosamente en la oficina de empleo al menos durante doce meses de los dieciocho anteriores a la contratación; y otra de calidad, son jóvenes que no han completado la escolaridad obligatoria o que carecen de titulación profesional (rasgos de especial vulnerabilidad sin duda en relación con las oportunidades de empleo en el mercado de trabajo). Respecto de los trabajadores de edad madura (art. 10.2), se trata de trabajadores mayores de 45 años (una edad de referencia también habitual para fijar la frontera entre los trabajadores ordinarios y los de edad madura), y que deben haber atravesado, antes de la contratación, una larga situación de búsqueda de empleo (deben, también, estar inscritos en la oficina de empleo al menos doce meses de los dieciocho anteriores a la contratación). En ambos casos, como se ha dicho antes, si se trata de mujeres jóvenes o de edad madura, las bonificaciones previstas se incrementan en torno al 20 por 100.

Hay que subrayar que, a este efecto, la Ley 35/2010 deja también en vigor el mecanismo general de incentivo consistente no tanto en la bonificación de un porcentaje de la cuota (lo que sería ciertamente un bonificación directa por reducción de la cuantía) sino en el abono de una cantidad fija por día, mes o año y con un máximo de tres años. De manera que el incentivo económico, al ser estandarizado, no guarda relación alguna con la cuantía de la retribución, lo que, pudiendo ser menos relevante en cuanto a los trabajadores jóvenes (por la menor apertura del abanico salarial) sí lo es en el caso de los trabajadores de edad madura ya que, en estas edades y en razón de la formación y la trayectoria profesional, las diferencias salariales pueden ser muy amplias. De forma que se incentivan particularmente los trabajadores con salarios más bajos ya que, en relación con ellos, será más importante la cuantía de la bonificación. Por otra parte, la duración de la bonificación se concentra en el tiempo ya que se reduce en relación al Plan de Fomento del Empleo de cuatro a tres años.

El aspecto que más merece ser destacado del art. 10 de la Ley 35/2010, aunque no es en realidad novedoso ya que ha estado en vigor con anterioridad, es la exigencia de que las nuevas contrataciones supongan un incremento del nivel de empleo fijo de la empresa (apdo. 5), sin duda para evitar el efecto sustitución que hace que, para beneficiarse de los incentivos a la contratación, las empresas procedan a sustituir empleo fijo no subvencionado por otro que sí lo está, con un impacto nulo en el nivel de empleo, con un coste social sin ninguna consecuencia eficaz y con una desviación del beneficio del objetivo central de creación de empleo. Por este motivo el art. 10.5 de la Ley 35/2010 exige que las nuevas contrataciones incrementen el nivel de empleo fijo de la empresa, incluyendo una fórmula de cálculo a estos efectos consistente en recurrir a un promedio de los contratos fijos en el periodo de noventa días inmediatamente anteriores a la nueva contratación, excluyéndose (lo que reduce el promedio y lo hace más fácilmente cumplible) las extinciones por despido

disciplinario procedente o las extinciones del contrato derivadas de la decisión del trabajador o de circunstancias asociadas a él (muerte, jubilación, incapacidad permanente) e independientes de la decisión del empresario.

Por otra parte, y en la misma línea de lo establecido con anterioridad, el apdo. 6 del art. 10 de la Ley 35/2010 obliga a las empresas que se benefician de las bonificaciones de cuotas a conservar en vigor, durante todo el tiempo de la bonificación (es decir, tres años), no tanto el contrato bonificado en sí mismo sino el nivel de empleo fijo alcanzado con la contratación bonificada. El apartado incluye, como es habitual, indicaciones acerca de cuándo se considera incumplida dicha obligación: lógicamente, y en coherencia con lo anterior, cuando la extinción del contrato obedece a cualquier causa menos al despido disciplinario procedente o a causas vinculadas a la decisión y a las condiciones del trabajador. El incumplimiento de la obligación citada no supone la pérdida automática de la bonificación y la devolución de las ya percibidas, sino que puede repararse mediante la cobertura de las vacantes en un plazo inmediato con la contratación indefinida de nuevos trabajadores o con la conversión de contratos temporales en indefinidos, si de lo que se trata de es la disminución del empleo neto en la empresa pero no de la extinción de los contratos bonificados. La finalidad primera de la norma no es tanto, que también, la conservación del contrato bonificado sino el nivel de empleo fijo en la empresa donde ese contrato se desarrolla, por lo que no cumplido este objetivo y aunque el contrato bonificado persista, se perderá el derecho a las bonificaciones. Si, por el contrario, es precisamente alguno de los contratos bonificados el que se extingue por alguna de las causas que se rechazan, su cobertura concreta parece ser imprescindible y sólo dará derecho a percibir el resto del tiempo de bonificación, siempre que se cubra con un trabajador perteneciente a alguno de los colectivos bonificados. En el caso de que dicha vacante no se cubra, al margen hay que entender del nivel de empleo fijo de la plantilla, procederá el cese de la bonificación y la devolución de las ya percibidas. En conclusión, aunque de forma ciertamente no muy clara, parece que la intención de la Ley 35/2010 es conseguir, a través de las bonificaciones, no sólo la conservación de esos concretos contratos, sino también la del nivel de empleo fijo alcanzado en la empresa mediante ellos; lo que evita el efecto sustitución a que se hacía referencia antes.

3.2. Las bonificaciones relacionadas con la conversión de los contratos en indefinidos y para el contrato para la formación

Se trata de bonificaciones que no atienden a la condición subjetiva de los trabajadores contratados sino a la modalidad contractual, en concreto, contratos formativos, de relevo o de sustitución de trabajadores por anticipación

de la edad de jubilación. En virtud de lo establecido en el art. 10.3 de la Ley 35/2010, la transformación de estos contratos en indefinidos, cualquiera que sea la fecha de su celebración (que es como decir que, cualquiera que sea su vigencia, que puede ser mínima) podrán beneficiarse de una bonificación (de tipo igual a las otras, es decir, por cuantía fija aunque muy inferior a las anteriormente descritas) durante tres años como máximo. Bonificación que también se incrementa si la contratación afecta a mujeres. Por otra parte, el disfrute y mantenimiento de esas bonificaciones se sujeta a las mismas reglas que se han comentado en el apartado anterior, fijándose la medida (lo que no sucedía antes) con carácter temporal: sólo hasta el 31 de diciembre de 2011, lo que, sin embargo, no supone que no pueda prorrogarse llegada esta fecha, como sucede frecuentemente con este tipo de incentivos.

La otra bonificación, mucho más significativa, es la que se refiere a la específica modalidad de contrato formativo como es el contrato para la formación. Se prevé en el art. 11 de la Ley 35/2010. Se trata de una medida temporal, como cada vez más parece que es la naturaleza de todos estos incentivos, tan condicionados por la situación económica, el nivel de empleo, las tasas de desempleo según colectivos y la composición y estructura del mercado de trabajo, ya que sólo pueden beneficiarse los contratos para la formación que se celebren (o prorroguen, si celebrados antes) entre la vigencia de la Ley (19 de septiembre de 2010) y el 31 de diciembre de 2011. En segundo lugar, el beneficio de la bonificación es total: el 100 por 100 de todas las cotizaciones, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional y tanto la de la empresa como la del trabajador, aunque no es un beneficio tan notable si se tiene en cuenta que la cotización de los contratos para la formación es especial, ya particularmente reducida, como una forma de incentivar el recurso a este tipo de contratos que se consideran la vía de entrada en el mercado de trabajo de los trabajadores jóvenes sin formación; una suerte de contrato de inserción¹². En tercer lugar, para tener derecho a los incentivos el contrato para la formación deberá suponer el incremento de la plantilla de la empresa en los mismos términos que para las bonificaciones anteriores.

¹² En concreto, y para el año 2010, el art. 42 de la Orden TIN/25/2010, de doce de enero, de desarrollo de la Ley de Presupuestos Generales del estado para el año 2010 (Ley 26/2009, de 23 de diciembre), establece que la cotización en los contratos formativos será una cuantía fija de 35,92 euros/mes (de los que 29,95 corresponden a la empresa y 5,97 al trabajador), a los que hay que añadir 4,12 euros/mes, a cargo de la empresa, por contingencias profesionales, 2,28 euros/mes, también a cargo de la empresa para el Fondo de Garantía Salarial, y 1,25 euros/mes, en concepto de formación profesional (repartidos entre empresa y trabajador en 1,10 y 0,15 euros/mes, respectivamente). Como puede apreciarse, unas cantidades extraordinariamente reducidas, con una suma total inferior a la cuantía de las bonificaciones previstas tanto en la Ley 43/2006 como en la Ley 35/2010.

4. LA COBERTURA SOCIAL DE LOS CONTRATOS PARA LA FORMACIÓN

La Ley 35/2010 también destina parte de su articulado a la reforma, si bien que de escasa entidad, de los contratos formativos con la finalidad de hacer más interesante el recurso a los mismos; para lo cual, por ejemplo y por subrayar lo más relevante, modifica lo relativo al título profesional que habilita para contratar en prácticas o flexibiliza sus reglas de duración. Algo semejante, aunque desde luego no de un impacto que merezca ser destacado por significativo, sucede con el contrato de trabajo para la formación. Así, se han cambiado las reglas respecto de la edad máxima con la que se puede contratar para la formación, de manera que, en una línea que ya venía produciéndose, la edad estándar de veintiún años cada vez lo es menos ya que existen excepciones (por ejemplo, la que ya estaban en vigor antes de la Ley 35/2010 en relación con las personas con discapacidad, con respecto de las cuales no hay edad límite para concertar un contrato para la formación) que la reforma amplía: alumnos-trabajadores de escuelas taller, casas de oficios o talleres de empleo, donde la edad máxima la establecerán los propios programas¹³; por su parte, los desempleados que cursen ciclos formativos de formación profesional de grado medio pueden ser contratados para la formación hasta la edad de veinticuatro años. También se han producido cambios en cuanto a la formación teórica a recibir por los trabajadores contratados para la formación, promoviendo la obtención del título de graduado en Educación Secundaria Obligatoria, si el trabajador carece de este título; dando entrada a las Administraciones Públicas en la formación teórica en los supuestos de programas públicos de empleo-formación; o, en fin, estableciendo mecanismos de acreditación de la formación en los términos de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las cualificaciones y de la formación profesional.

Mínimas son las innovaciones en materia de Seguridad Social, tanto que una de ellas es en realidad una cuestión referida a la duración del contrato; se trata de la regla, introducida en el art. 11.2,c) del ET (y también en el art. 11.1, b), respecto del contrato de trabajo en prácticas), según la cual las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad (es decir, todas las contingencias de duración temporal limitada) interrumpirán el cómputo de la duración del contrato. Se trata de una regla lógica que tiene como finalidad hacer que los contratos formativos cumplan su función real y no agoten su limitado tiempo en situaciones de baja laboral que pueden producirse a lo largo de su

¹³ En relación con la edad, hay que recordar que la Disp. Transit. Séptima de la Ley 35/2010 establece que hasta el 31 de diciembre de 2011, aun podrán celebrarse contratos para la formación con trabajadores menores de veinticinco años.

vigencia. Si la limitación de la duración de estos contratos busca establecer un tiempo razonable para que tenga lugar con eficacia el proceso formativo (sólo práctico, en el contrato en prácticas; teórico y práctico, en el contrato para la formación), no es razonable que ese tiempo resulte disminuido, a veces de forma drástica, por la incidencia de una contingencia que no puede preverse (la incapacidad o el riesgo durante el embarazo y la lactancia) o que, si prevista, merece la tutela del ordenamiento (maternidad, paternidad, adopción o acogimiento). La modificación comentada tanto favorece al trabajador, que dispondrá de todo el tiempo útil del contrato para completar su formación, como al empresario, que igualmente podrá utilizar con plenitud al trabajador contratado por toda la duración efectiva del contrato.

La segunda de las novedades está relacionada con la cobertura de Seguridad Social que se dispensa a los trabajadores contratados para la formación y consiste en que, al igual de lo que ya sucedía con los trabajadores contratados en prácticas, los trabajadores en formación tendrán derecho a ser tutelados frente a todas las contingencias, situaciones protegibles y prestaciones de la Seguridad Social, incluido el desempleo. En la dicción legal anterior a la reforma se establecía un listado de prestaciones de las que estaban excluidas tras de reciente incorporación a la LGSS, como son el riesgo durante el embarazo, el riesgo durante la lactancia y la paternidad, la mal llamada prestación contributiva en el caso de las prestaciones familiares (esto es, el cómputo como cotizado del tiempo de excedencia dedicado al cuidado de hijos) y, finalmente, el desempleo. En realidad ésta es la protección de la que carecían los trabajadores contratados para la formación ya que, por diversas razones (entre las que no es la menos importante la falta de justificación del trato desigual en las contingencias establecidas respecto del riesgo y la paternidad así como las propias previsiones normativas respecto de estas prestaciones que no excluyen a los contratados para la formación con sujetos protegidos) las demás, sin tener en consideración la peculiar familiar contributiva, se obtenían sin dificultad. Así lo establecía la Disp. Adic. Sexta de la LGSS que se refería a todas ellas menos al desempleo. En síntesis, pues, la Ley 35/2010 lo que hace es extender la protección por desempleo a los trabajadores contratados para la formación; lo que ha provocado también la reforma de la citada Disp. Adic. Sexta de la LGSS, acogiendo textualmente la ampliación descrita.

Como consecuencia de la ampliación, la Ley 35/2010, introduce una nueva Disp. Adic. en la LGSS, en concreto, la Cuadragésimo novena, destinada a establecer la cotización por desempleo en el contrato de formación así como a fijar las reglas para determinar la cuantía de la prestación; ambas cosas necesarias ya que la cotización del contrato de trabajo para la formación es, como se ha visto, una cuantía fija mensual y, al no haber protección frente al desempleo, no se suscitaban problemas en torno a la cuantía de la prestación. En

cuanto a lo primero, la Disp. Adic. establece que la cotización por desempleo será el resultado de aplicar a la base mínima correspondiente a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, el mismo tipo de cotización y la misma distribución de la cuota que en el caso del contrato en prácticas. Conforme a los arts. 2 y 31 de la Orden TIN/25/2010, esa base mínima es de 738,90 euros/mes, aplicándose un porcentaje del 7.08 por 100, del que el 5,50 por 100 corresponde a la empresa y el 1,55 por 100 al trabajador. Basta un simple cálculo y una comparación con la cotización fija especial para el resto de las contingencias respecto del contrato de trabajo en prácticas, para apreciar que la cobertura del desempleo supone un coste de algo más de 52 euros en total, más que la suma de todas las demás cotizaciones. Sin duda que la certeza del desempleo al agotarse la duración del contrato y las dificultades de recolocación que estos jóvenes pueden encontrar han hecho que la cotización por desempleo, aun sobre la base mínima, no sea casi simbólica como las otras.

En cuanto a la forma de cálculo de la cuantía de la prestación, la nueva Disp. Adic. Cuadragésimo novena de la LGSS se remite al art. 211 de la misma, es decir, recurriendo al promedio de las bases de cotización por desempleo de los últimos 180 días y aplicando a esta base reguladora los porcentajes del 70, y tras ciento ochenta días de prestación, del 60 por 100. Como quiera que para la cotización por desempleo se recurre a una base mínima fija de 738,90 euros/mes, esta será la base reguladora y sobre ella se aplicarán los porcentajes. Se trata, obviamente, de cuantías muy reducidas que pueden no tener relación con los ingresos reales del contratado para la formación ya que lo establecido acerca del salario mínimo que este tipo de trabajadores debe percibir no impide mejoras, por ejemplo, mediante convenio colectivo. Desde este punto de vista puede decirse que la equiparación de la tutela social de los trabajadores en formación es, cuando menos, relativa.

5. OTRAS MEDIDAS DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA LEY 35/2010. EN PARTICULAR EL DESEMPLEO Y LA INCAPACIDAD TEMPORAL

El resto de las innovaciones contenidas en la Ley 35/2010 que pueden imputarse a la materia de Seguridad Social constituye un conjunto heterogéneo. Así, de una parte, se modifican algunos artículos de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, en relación con el compromiso de actividad y la financiación de la formación, y se adapta el art. 231 LGSS en función de las obligaciones de los trabajadores en situación de desempleo; todo ello, como otros muchos artículos de la Ley 35/2010, teniendo en cuenta el nuevo espacio de actuación que se ha abierto a las agencias de colocación. Un segundo bloque se acoge bajo la referencia genérica de la mejora de la gestión de la incapacidad

temporal, una tradicional preocupación en relación con el control de la realidad y de la duración de la situación de incapacidad transitoria para el trabajo, lo que, además de ser un instrumento de control del gasto, también está directamente relacionado con la problemática materia del absentismo laboral. Al margen de estos dos bloques, sólo puede destacarse en materia de Seguridad Social la reforma del art. 8.2 de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos. Se trata de una reforma mínima pero de cierta trascendencia, ya que amplía de doce a dieciocho los meses que deben transcurrir para que el trabajador autónomo pueda volver a solicitar una nueva prestación por cese de actividad. Un tercio más de duración, reformando un sistema recién implantado no pone de manifiesto sino que el cálculo inicial ha sido errado, sobre todo si se tiene en cuenta el coste del sistema y la relativa dificultad de control de esas situaciones de cese de actividad. En todo caso, todas las anteriores son materias de una relevancia desigual y que, en gran parte, se han incorporado al texto de la Ley 35/2010 sólo por razones de oportunidad legislativa.

En cuanto a las novedades relacionadas con el tema del empleo y de la protección por desempleo, el art. 14. Seis, de la Ley 35/2010 da una nueva redacción al art. 27 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo. Se trata de un precepto cuya finalidad es establecer las condiciones y requisitos que deben cumplir los trabajadores para beneficiarse de las prestaciones de desempleo, beneficio condicionado a la plena disposición del desempleado al retorno al mercado de trabajo. Esta disponibilidad se plasma en el denominado como compromiso de actividad que obliga al trabajador a participar en acciones de formación o recualificación y, por supuesto, a estar plenamente disponible para aceptar una oferta de colocación adecuada. Pues bien, la reforma ha tratado de subrayar ese compromiso de actividad, reforzando las obligaciones de los trabajadores establecidas en el art. 231 LGSS, que también se reforma en esta línea, y dando contenido a dicho compromiso a través de un documento en el que se plasmen esas obligaciones del trabajador. Si estas declaraciones normativas bastarán o si será preciso apoyar prioritariamente, como se ha afirmado repetidamente, la estructura administrativa y de gestión que la puesta en práctica de las políticas activas requiere, es una cuestión que permanece abierta. Adicionalmente, la Ley 35/2010 introduce una nueva Disp. Adic., la sexta, a la Ley 56/2003, cuya finalidad es establecer mecanismos de seguimiento y control de las actividades de formación financiadas con cargo a bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social que se aplican a las empresas, beneficiándose los servicios de empleo de las Comunidades Autónomas del valor de las bonificaciones no aplicadas por causa de infracción, cantidades que deberán destinarse a las políticas activas de empleo.

Por lo que se refiere a la mejora de la gestión de la incapacidad temporal, que se contiene en la Disp. Adic. decimonovena de la Ley 35/2010 que

reforma los arts. 73, 131 bis, y añade dos nuevas disposiciones adicionales, la Quincuagésima Primera y Segunda, todo ello de la LGSS, se trata de una reforma de más calado de lo que pudiera parecer. Fundamentalmente porque interviene en dos planos: de una parte, en cuanto a la posibilidad de reducción de las cotizaciones en razón de la mayor eficacia en el control de la incapacidad temporal; de otra parte, alterando sensiblemente, en beneficio de las entidades gestoras de la Seguridad Social (no de las Mutuas), la capacidad de intervención (básicamente, pudiendo emitir altas) en los procesos de incapacidad temporal en cualquier momento de su duración. Adicionalmente, la Ley 35/2010, fija un criterio de reparto del coste de las pruebas de control (de "*prolongación innecesaria de los procesos de baja laboral*", habla la nueva Disp. Adic. Quincuagésima primera de la LGSS) así como de los tratamientos y procesos de recuperación funcional.

La primera manifestación de la reforma en este ámbito tiene una orientación similar a las iniciativas adoptadas en el ámbito de la prevención de riesgos, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales y del coste del aseguramiento frente a estos riesgos, introducidas por la Ley de Presupuestos Generales para el año 2010. A tenor de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales para el año 2010 (y, más concretamente, del RD 404/2010, de 31 de marzo, en relación con los arts. 73 y 108 LGSS) las empresas que prueben que han desarrollado una particular y eficaz actividad en el ámbito de la prevención de riesgos (lo que se manifestará en el índice de accidentes) podrán beneficiarse de una reducción de la tarifa de primas y, por tanto, de la cuantía de las cotizaciones. Pues bien, siguiendo esta línea de reducción selectiva de las cotizaciones de las empresas como contrapartida a una actuación cuidadosa de las mismas que repercuta en un ahorro de costes del Sistema, la Ley 35/2010 pretende premiar el esfuerzo de control de la incapacidad temporal por parte de las Mutuas, aceptando que parte (no se precisa cuánto, lo que está remitido a un desarrollo reglamentario) de los excedentes de económicos de su gestión se destine "al establecimiento de (un) sistema de *reducción de las cotizaciones por contingencias comunes de las empresas*". Tan vinculado está este premio al objetivo de la disminución de los costes que el nuevo apdo. 4 del art. 73 LGSS que la Ley 35/2010 crea, determina que las reducciones de cotización serán proporcionales a los ahorros de costes. Algunas matizaciones hay que hacer, no obstante, a lo innovado por la Ley 35/2010.

En primer lugar, se trata de una reducción de cotizaciones que sólo puede beneficiar a las empresas asociadas a una Mutua y que, a través de ella, aseguran los riesgos profesionales y la incapacidad temporal por enfermedad común; lo que significa que este beneficio no alcanzará, en principio, a las empresas (pocas, es cierto) que han optado por asegurar el conjunto de la protección social con el INSS. No se entiende bien por qué razón este incentivo para

un mejor y más eficaz control de las situaciones de incapacidad temporal ha de reservarse a las empresas asociadas a una Mutua, si no es que se pretenda, indirectamente, fomentar este tipo de opción. Fomento que, de articularse así, podría plantear problemas de un trato desigual injustificado. Quizás la norma ha partido del hecho de que el INSS ya tiene los instrumentos de control de esas situaciones, sobre todo a partir de la reforma hecha por la propia Ley 35/2010, que se analizará más adelante, como para poder llevar a cabo dicho control sin necesidad de incentivar a las empresas. Un control que las Mutuas también tienen, al menos en parte, durante el primer año de la situación de incapacidad temporal, en relación con las contingencias profesionales. En cualquier caso, es dudosa la corrección de esta opción legal.

En segundo lugar, la reducción es sólo de las cotizaciones por contingencias comunes; lo que no es demasiado coherente toda vez que el ahorro de costes puede afectar también a la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales. Si bien aquí la norma ya atribuye, lo que no hace con la incapacidad temporal por contingencias comunes, una capacidad de intervención de las Mutuas, pudiendo emitir incluso altas médicas. Posiblemente lo que se espera de esta norma es la existencia de un mayor control por las Mutuas de los procesos de incapacidad temporal, incluso respecto de incapacidades de las que carecen de las incisivas competencias que sí tienen en cuanto a la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales. Aunque también podría interpretarse, lo que no está nada claro según el texto del nuevo apdo. 4 del art. 73 LGSS, que lo que se pretende exclusivamente es el control de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, en el entendimiento que las Mutuas ya tienen los instrumentos para controlar las incapacidades temporales derivadas de contingencias profesionales. En todo caso, esta versión más limitativa sólo puede deducirse de los requisitos que se exigen para beneficiarse de la reducción de las cotizaciones que mencionan expresamente sólo la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.

En tercer lugar, para que exista la reducción de las cotizaciones, deben haberse producido alternativamente dos circunstancias. O bien se han reducido sin más los costes de la incapacidad (al margen, parece, de su origen y naturaleza; o, si se acepta la versión limitativa, sólo de la incapacidad temporal por contingencias comunes) por debajo de los límites que se establezcan reglamentariamente; o bien que esa reducción sea consecuencia de la aplicación de planes pactados en las empresas con los representantes de los trabajadores, planes que modifiquen las condiciones de trabajo, flexibilicen el cambio de puesto de los trabajadores afectados por enfermedad común y mejoren el control del absentismo injustificado. Esto es, que, en realidad, lo que se premia es la reducción de los costes de la incapacidad, con independencia de a través de qué procedimiento se haya logrado, incluidos los planes pactados a que se

hacía mención antes; lo que hace que la existencia de este tipo de pactos sea irrelevante. Salvo que el desarrollo reglamentario diferencie, a efectos de la reducción de cotizaciones, entre la reducción sin más de los costes o la reducción a través de los planes pactados, exigiendo, por ejemplo, una menor disminución para atribuir el derecho a ver reducidas las cotizaciones o fijando de forma diferenciada el efecto sobre las cotizaciones según si la disminución de costes se ha logrado por una u otra vía.

En cuanto al control de las situaciones de incapacidad temporal, es muy importante la nueva Disp. Adic. Quincuagésima segunda de la LGSS, que es coherente con la derogación del tercer párrafo del apdo. 1 del art. 131 bis LGSS. Si hasta el momento el control de la situación de incapacidad temporal por contingencias comunes (y por contingencias profesionales si gestionadas por el INSS, no así si gestionadas por una Mutua, que sí tiene la competencia de decidir las altas y bajas en este primer periodo) venía siempre encomendada a los Servicios Públicos de Salud. En este periodo inicial (los primeros trescientos sesenta y cinco días) sólo existían algunas posibilidades marginales de intervención del INSS (o del Instituto Social de la Marina, ISM) en relación con la emisión de altas; esto es, las llamadas propuestas o intenciones de alta. Ahora, tras la nueva Disposición Adicional, el INSS y el ISM, a través de sus propios facultativos (en el caso, los inspectores médicos adscritos a las entidades gestoras) podrán *“emitir un alta a todos los efectos”*.

Esta frase tiene dos significados muy trascendentales. Por una parte, los facultativos del INSS o del ISM podrán actuar en los primeros trescientos sesenta y cinco días de la incapacidad temporal (por contingencias comunes; o por contingencias profesionales, si están gestionadas por el INSS) con las mismas competencias que la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órganos equivalente de los respectivos Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas. La frontera de la duración inicial o estándar de la incapacidad temporal se ha traspasado, pues, y todo augura que la conflictividad existente entre los servicios públicos de salud y las entidades gestoras en cuanto a la posibilidad de emitir altas en este primer periodo se ha saldado, no mediante la expropiación de la competencia a los servicios públicos de salud, sino atribuyéndosela también, de forma concurrencial, a los facultativos de las entidades gestoras. Que se trata de una competencia equivalente se manifiesta en que ese alta emitida por los médicos de las entidades gestoras no tendrá efectos sólo económicos, como decía el derogado párrafo tercero del art. 131 bis. 1 LGSS, sino también sanitarios.

Este es el segundo de los significados de la frase antes citada ya que, cuando declara que el alta será a todos los efectos, lo que está haciendo es negar la dicción legal anterior que se refería a un alta sólo a efectos económicos, y condena a esa dualidad de efectos a la inaplicación; dualidad que, para salvar

la competencia médica de los servicios médicos públicos pero, a la vez, para excluir la responsabilidad económica del INSS, había introducido la referencia legal de un alta sólo a efectos económicos. A partir de ahora, el alta de la entidad gestora tiene también efectos sanitarios y, lo que es más importante, atribuye el control, ahora único, del proceso en el futuro al INSS o al ISM. Esto es lo que pretende el resto de la Disp. Adic., Quincuagésima segunda, al establecer que, cuando el alta haya sido expedida por el INSS o el ISM, los únicos competentes para expedir una nueva baja (en un periodo inferior a ciento ochenta días por la misma o similar patología; lo que es el concepto de recaída tanto en un sentido sanitario como prestacional) serán los médicos de las propias entidades gestoras. En consecuencia, el efecto es sin duda de desplazamiento de la competencia, sin negarla, de los servicios públicos de salud a los servicios médicos de las entidades gestoras ya que, no existiendo ya ningún periodo a salvo de la intervención plenamente competente del INSS o del ISM, y acaparando en exclusiva la competencia a partir de la primera alta y para sucesivas bajas por la misma causa en el plazo de ciento ochenta días, lo que sucede es que el espacio de intervención de los servicios públicos de salud (sin negarles la competencia) está en la práctica restringido o, cuando menos, queda a la decisión de las entidades gestoras hacerlo o no. A sabiendas de que, declarada el alta, el control de las recaídas les pertenece, como sucedía ya, a partir de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, tras el agotamiento de la duración inicial de los trescientos sesenta y cinco días.

Sin duda que esta ampliación de la competencia del INSS, asumiendo cada vez más las función de control de la incapacidad temporal en detrimento de los servicios públicos de salud, puede que sea eficaz en relación con el control de las situaciones y la reducción de costes, al atribuirse la capacidad de generar el gasto a quien ha de abonarlo, o dicho de otra manera, permitiendo que quien debe abonar o asumir el coste de las prestaciones tenga capacidad de control de las decisiones médicas que lleva a ello. Pero, al margen de la expropiación práctica de la competencia de los servicios públicos de salud, supone la necesidad de implantar en el seno de las entidades gestoras estructuras médicas de control y diagnóstico, paralelas a las del servicio público, con lo que ello supone de mayor aparato, problemas de gestión y de gasto. En todo caso, la misma Disp. Adic. Quincuagésima segunda, señala que las nuevas funciones de los servicios médicos de las entidades gestoras que se acaban de describir entrarán en vigor a partir del momento en que la Secretaría de Estado para la Seguridad Social así lo establezca.

Por último, la nueva Disp. Adic. Quincuagésima primera LGSS desplaza hacia las Mutuas el coste de la realización de pruebas, tratamiento y procesos de recuperación funcional aplicados a los trabajadores (esto es los gastos de control y de retorno a la actividad, si ésta es posible) si se trata de prue-

bas dirigidas a evitar la prolongación innecesaria de los procesos de baja por contingencias comunes, controles hechos en base a los arts. 12 y 83 del RD 1993/1995, de 7 de diciembre, de colaboración de las Mutuas. Todo, sin perjuicio del posible resarcimiento del coste por parte de los servicios de salud o por las entidades gestoras, si es que se trata de servicios prestados a esas otras entidades respecto de trabajadores no asociados a la Mutua que los realiza. Hay que recordar que, cuando se trata de trabajadores asociados a las Mutuas, dicho coste debe ser asumido por éstas, aunque la Mutua no tiene la posibilidad de intervenir, sino marginalmente, en los procesos de incapacidad temporal por contingencias comunes ya que el control de tales situaciones, o bien se hace por los servicios públicos de salud, o, alternativamente, como hemos acabado de ver, por las entidades gestoras y no por las Mutuas. Las cuales sólo podrán solicitar la intervención del INSS, en los mismos términos que éste puede hacerlo a partir de la reforma de la Ley 35/2010; solicitud de control que las Mutuas también podía hacer antes, si bien ahora la capacidad de intervención de la entidad gestora solicitada es, como se ha visto, mucho más incisiva.

6. CONCLUSIONES

La primera y más importante conclusión, de carácter general, a la que ha de llegarse es la de que, en el contexto de la reforma del mercado de trabajo, las modificaciones en materia de Seguridad Social cumplen un papel de mero acompañamiento de las reformas específicamente laborales. Seguramente no ha sido la intención, ni la posibilidad, de la Ley 35/2010 la de articular una reforma del mercado de trabajo donde se atendieran por igual tanto los aspectos laborales como los de protección social. Ello hubiera obligado, sin duda, a abordar aspectos de Seguridad Social tan relevantes como el diseño y la funcionalidad global de la prestación de desempleo, o la cuestión de la edad de jubilación y la del tratamiento de la jubilación anticipada o las prejubilaciones, o, en fin, el tema de la función de las prestaciones por muerte y supervivencia. Nada de esto figura en el programa de la reforma regulada por la Ley 35/2010 donde, en consecuencia, los temas de protección social ocupan un lugar subalterno; como se acaba de indicar, de mero complemento de otras reformas laborales.

Pues bien, desde este limitado enfoque, puede señalarse que la regulación más importante es la que afecta a la suspensión del contrato y a la reducción de la jornada, en cuanto medida alternativa a la extinción. El fomento de esta opción, que es claro en la Ley 35/2010, tiene como finalidad la preservación de los puestos de trabajo, ofreciendo al empresario la posibilidad de suspender los contratos afectados, o reducir la jornada de los mismos, como una manera de

evitar, o al menos retrasar, la extinción contractual. Para ello, la Ley 35/2010 ha introducido importantes cambios en la dimensión laboral de esta medida (tales como: ampliar los supuestos de suspensión y, sobre todo, de reducción de jornada, o permitir que, al margen del número de trabajadores afectados, pueda acudir a un expediente de suspensión inicialmente pensado sólo para suspensiones o reducciones colectivas) que han sido acompañados por medidas en el terreno de la Seguridad Social.

Estas segundas medidas tienen igualmente una finalidad incentivadora, favoreciendo tanto al empresario como a los trabajadores. En cuanto a los primeros, ofreciéndoles una importante bonificación de cuotas durante todo o parte de la suspensión o la reducción de jornada, siempre condicionada al mantenimiento de los contratos durante un periodo mínimo posterior; bonificaciones que pueden incrementarse si la empresa aplica medidas de formación a los trabajadores afectados que les ayude a incrementar sus posibilidades de empleo (lo que suele calificarse como empleabilidad). En cuanto a los trabajadores, el incentivo es el de ampliar las posibilidades de beneficiarse de las prestaciones por desempleo, sobre todo en el caso de reducción de la jornada; de computar, en este segundo caso, el consumo de las prestaciones por el tiempo de empleo reducido; y, sobre todo, de disfrutar de esas prestaciones sin consumirlas mediante la aplicación del criterio de la reposición. Se trata de medidas que ya fueron introducidas por las normas de urgencia aprobadas durante el año 2009 para hacer frente a la situación de crisis económica y a su impacto en el empleo y que han surtido efecto como puede comprobarse por los datos relativos al número de expedientes de suspensión o de reducción de jornada aprobados. Efecto que se ampliará, posiblemente, debido a la mayor dosis de flexibilidad que la Ley 35/2010 ha incorporado en esta materia. Otra cosa será comprobar en qué medida esos contratos se han mantenido durante todo el año comprometido y en qué medida la suspensión o la reducción de la jornada han servido para conservar el empleo o sólo para demorar su destrucción.

En otro orden de cosas, la Ley 35/2010 ha reestructurado el sistema de bonificaciones a la cotización en el sentido de concentrar ese beneficio en ciertos colectivos que, a partir de los datos estadísticos, se consideran particularmente a afectados por la crisis económica y del empleo. Se trata de los jóvenes y de los trabajadores de edad madura, incrementándose la bonificación si, además, son mujeres. Con ello la Ley 35/2010, que por otra parte ha dejado en vigor muchas de las bonificaciones anteriores sobre todo si orientadas a la fomentar la permanencia en el empleo, tanto de trabajadoras embarazadas o de trabajadores mayores de 45 años así como todas las dirigidas a fomentar la ocupación de las personas discapacitadas, lo que pretende es seleccionar mejor los colectivos objeto de bonificación, sobre la base de que éstas, más que fomentar en general la contratación de trabajadores, lo que hacen es forzar la selección de

quienes se benefician de tales bonificaciones. Una selección por colectivos, como se ha dicho, forzada por los datos del empleo, pero que nada augura que continúen siendo los mismos de cambiar las circunstancias del mercado de trabajo. Igualmente se conservan las bonificaciones a la cotización en el caso de transformación de ciertos contratos (formativos, de relevo o de sustitución de trabajadores jubilados a partir de los 64 años) en indefinidos, con la finalidad de consolidar esas contrataciones inestables (aunque no otras igualmente temporales). De nuevo sólo los resultados en términos de contrataciones nuevas darán razón del éxito o fracaso de esta iniciativa normativa.

Además de los dos grandes bloques de materias descritos, la Ley 35/2010 también aborda otra variadas cuestiones heterogéneas en el ámbito de la protección. Tales son, sin que se justifique ya un mayor comentario: la ampliación de la protección por desempleo a los trabajadores en formación, con la consiguiente cotización por desempleo, por cierto sorprendentemente alta si se compara con la cuantía fija, muy reducida, en que se establece la cotización general de tales trabajadores; la ampliación notable (de un tercio) del tiempo que debe transcurrir para que los trabajadores autónomos puedan volver a solicitar la prestación por cese de actividad; o los cambios, más cosméticos que otra cosa, de lo establecido en relación con el compromiso de actividad de los trabajadores en situación de desempleo, intentando reforzar la obligación del trabajador de someterse a cursos, procesos de recualificación, o experiencias formativas, que conduzcan a un rápido retorno del trabajador subsidiado al mercado de trabajo.

Mención aparte merece la reforma relativa a la incapacidad temporal, incorporada circunstancialmente en la Ley 35/2010 y poco o nada relacionada con la reforma del mercado de trabajo. Se trata de medidas legales que se inscriben en un largo proceso de modificaciones normativas con la finalidad de mejorar la eficacia del control de las situaciones de incapacidad temporal, sobre todo por contingencias comunes. Dicho proceso ha situado en el centro del debate las competencias concurrentes de los servicios médicos públicos y de los facultativos de las entidades gestoras (INSS y el ISM), decantándose cada vez de forma más acentuada por concentrar dichas competencias en los médicos de las entidades gestoras. La Ley 35/2010 es un ejemplo claro de ello ya que el único espacio hasta ahora de control exclusivo de los servicios médicos públicos (la fase inicial de la incapacidad temporal hasta el agotamiento de los trescientos sesenta días, siempre que se trate de contingencias comunes) ha sido abierto a la intervención de los facultativos del INSS y del ISM, si bien de forma concurrencial con los servicios públicos de salud.

No obstante, esa confrontación aparentemente en pie de igualdad ha sido resuelta por la Ley 35/2010 dando prioridad a los facultativos del INSS o del ISM, al permitirles intervenir expidiendo altas y, lo que es más importante,

atribuyéndoles la competencia en exclusiva acerca de otras posibles bajas posteriores en el tiempo (en un plazo de ciento ochenta días) en los supuestos de lo que califica técnicamente como recaída (baja causada por la misma o similar patología en ese espacio de tiempo señalado). Además, esas altas no están dotadas, como sucedía hasta ahora para solucionar el conflicto entre ambos tipos de facultativos, sólo de efectos económicos y no sanitarios, de manera que podría darse el caso de un trabajador dado de baja por enfermedad por los servicios públicos de salud, pero de alta, a los solos efectos económicos o prestacionales. Con la reforma esta dualidad desaparece, aunque su precio sea arrinconar prácticamente a los servicios públicos de salud y a sus facultades expedición y control de las bajas por contingencias comunes. La perspectiva de un sistema de control sanitario paralelo, ahora a cargo de las Entidades Gestoras, parece delinearse sin duda en el futuro próximo. Junto a ello, la Ley 35/2010 también recoge una iniciativa, que ya ha encontrado una manifestación en relación con la cotización por riesgos profesionales, en el sentido de propiciar una reducción de cotizaciones como contrapartida al éxito en las iniciativas de control y de reducción del tiempo de las situaciones de incapacidad temporal; algo que, curiosamente, sólo se prevé para empresas asociadas a Mutuas y no para las que aseguran sus riesgos directamente en el INSS o el ISM. Una diferencia de trato para que, sencillamente, no se encuentra justificación.