

LAS REFORMAS EN LA PRESTACIÓN CONTRIBUTIVA POR DESEMPLEO Y SU REPERCUSIÓN EN EL INICIO DE ACTIVIDADES POR CUENTA PROPIA*

MARÍA JOSÉ CERVILLA GARZÓN

*Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz*

EXTRACTO

A pesar de que, tradicionalmente, los trabajadores autónomos no están incluidos en la noción legal de “desempleados” a los efectos de poder ser beneficiarios de la correspondiente prestación por desempleo, ello no quiere decir que el régimen jurídico previsto para la misma no les afecte en absoluto. De hecho, cuestiones tales como las reglas de incompatibilidad entre el percibo de la prestación y el ejercicio de actividades por cuenta propia, las reglas de suspensión o extinción de la prestación cuando se desarrollen actividades profesionales, los plazos para su solicitud e, incluso, las formas de pago que para ella estén previstas, pueden regularse de forma más o menos favorable en lo que al impulso del inicio de actividades autónomas se refiere.

Y podemos afirmar que antes de las numerosas reformas introducidas por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, el régimen jurídico de la prestación por desempleo no era, ni mucho menos, beneficioso para el empleo autónomo. La desprotección frente a las situaciones de abandono del ejercicio de la actividad autónoma, unida a un rígido régimen de incompatibilidades y a una regulación poco flexible de las causas de suspensión y extinción del derecho a la prestación, demandaban una revisión global de los efectos que la regulación de esta prestación tenía en el apoyo al autoempleo.

Dada la extensión de la norma que se analiza, y por estar dirigida única y exclusivamente a la reforma de la prestación por desempleo, no cabe duda de que el legislador contaba con una oportunidad única para modificar esta situación. Sin embargo, veremos en las páginas que siguen, que, ni se han tratado todos los aspectos que inciden negativamente en el desarrollo de actividades por cuenta propia, ni los que se han tratado lo han sido de la forma más favorable para el trabajo autónomo.

* Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación “Las relaciones laborales en las microempresas”, conforme al los proyectos de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico, BJU 2002-04794.

ÍNDICE

1. Planteamiento previo de la problemática
2. Aspectos que afectan al ejercicio de actividades autónomas no modificados por la Ley
 - 2.1. La extensión del derecho a la prestación por desempleo a los trabajadores autónomos
 - 2.2. El plazo de solicitud: la necesaria modificación del art. 209.1 LGSS
 - 2.3. La incompatibilidad de la prestación con la realización de una actividad profesional por cuenta propia
3. Aspectos objeto de reforma que afectan al ejercicio de actividades autónomas:
 - 3.1. Causas de suspensión y extinción del derecho
 - 3.2. La forma de pago
 - 3.2.1. Novedades en los autónomos beneficiarios
 - 3.2.2. Novedades en los mecanismos de pago
4. Conclusión final

1. PLANTEAMIENTO PREVIO DE LA PROBLEMÁTICA

El hecho de que el beneficiario de una prestación por desempleo, en su nivel contributivo, vaya a iniciar una actividad por cuenta propia, tiene repercusiones no poco desdeñables en relación con el mantenimiento de su derecho a la misma. Así, antes de las reformas introducidas en su régimen jurídico por el Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo¹, y, posteriormente, la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad², el comienzo de tales actividades determinaba la aplicación de un régimen jurídico específico en aspectos como sus reglas de incompatibilidad con el ejercicio de una actividad profesional, sus causas de suspensión y extinción o su forma de pago.

Habida cuenta de que el cese en una actividad por cuenta propia no daba derecho al cobro de prestación por desempleo, fuese cual fuese la causa determinante del mismo, lo deseable hubiera sido que tales normas no contribuyesen a desincentivar, aún más, el inicio de proyectos de autoempleo. Pero la actitud adoptada por el legislador no fue, precisamente, ésta. De hecho, las reglas de incompatibilidad eran más duras que las establecidas para los trabajos por cuenta ajena y la extinción del derecho a la prestación tenía consecuencias mucho más perjudiciales si se producía por el ejercicio de una actividad autónoma, al ser imposible el rescate del importe no agotado de la prestación una vez llegado su fin. Además, el acceso a la modalidad de pago único en el cobro de la prestación por desempleo, cuando se acreditase el inicio de una actividad por cuenta propia, no era extensible, de forma genérica, a todos los trabajadores autónomos.

Por otra parte, otras cuestiones, como es la del momento a partir del cual se computa el plazo para solicitar la prestación “ex” art. 209 LGSS, no tenían en cuenta sus perjuicios para el inicio de actividades por cuenta propia sin solución de continuidad respecto del cese en la actividad asalariada, al no estar su finalización configurada como “situación legal de desempleo”.

¹ BOE de 25 de mayo.

² BOE de 13 de diciembre.

En definitiva, el régimen jurídico de protección del desempleo, antes de la reforma acometida por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, no era, precisamente, un incentivo al desarrollo de proyectos de autoempleo. Por ello, a nuestro juicio era necesaria una reforma global de la incidencia que el ejercicio de actividades por cuenta propia tiene en el mantenimiento del derecho a la prestación, incluso la propia persistencia a negar cualquier clase de protección social al trabajador que cesa en la realización de tales actividades debía ser objeto de un necesario replanteamiento. Analicemos, pues, el alcance que han tenido las reformas introducidas por esta Ley en todos estos aspectos.

2. ASPECTOS QUE AFECTAN AL EJERCICIO DE ACTIVIDADES AUTÓNOMAS NO MODIFICADOS POR LA LEY

Como cuestiones atinentes al régimen jurídico del derecho a la prestación por desempleo que afectan al ejercicio de las actividades profesionales de forma independiente, cuyo contenido no ha sido modificado en la reciente reforma, debemos mencionar las siguientes: su exclusión de la acción protectora de los Regímenes Especiales que les dan cobertura, las reglas para determinar el plazo que los trabajadores poseen para solicitarla y las normas reguladoras de la incompatibilidad entre el ejercicio de una actividad por cuenta propia y el mantenimiento del cobro de la prestación.

2.1. La extensión del derecho a la prestación por desempleo a los trabajadores por cuenta propia

Una de las diferencias más apreciables entre el alcance de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social para los trabajadores incluidos en el RGSS y los trabajadores por cuenta propia, cualquiera que sea el Régimen de Seguridad Social que les ofrezca cobertura (el RETA, el REA o el REM), es la ausencia de cobertura social que estos últimos padecen cuando cesan en el desarrollo de su actividad profesional³. Acudiendo al contenido del artículo 10.4 LGSS, uno de los principios rectores de las modificaciones normativas que afecten a los Regímenes Especiales debe ser el de su “*máxima homogeneidad con el RGSS*” en función de lo que, como en él se indica, permitan las “*disponibilidades financieras del Sistema*”. Por lo tanto, la primera incidencia de las reformas en el régimen jurídico de la prestación por desempleo a la que debemos aludir afecta, precisamente, a la posible extensión de su ámbito subjetivo de aplicación cuando la situación de desempleo la sufra un trabajador por cuenta propia en cumplimiento del mandato incluido en dicho precepto.

Pero, en primer lugar, lo que procede es hacer un balance de la importancia que, hasta el momento, se le ha concedido a esta prestación en las principales normas y acuerdos de concertación social que han hecho referencia al mencionado proceso de homogeneización con el RGSS. Desde luego, acudiendo al contenido de la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social⁴ y del Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protección Social⁵, la conclusión no puede ser otra que la de apreciar una

³ Ello se deduce, por una parte, de las propias normas reguladoras del RETA, el REA y el REM, los tres Regímenes en que pueden verse incluidos, al no incluir su protección en su acción protectora. Por otra, de los arts. 203, 205 y 208 LGSS, pues excluyen al trabajo autónomo del ámbito subjetivo de aplicación de esta prestación.

⁴ Ley de 15 de julio de 1997 (BOE de 16 de julio).

⁵ Firmado en Madrid el 9 de abril de 2001, entre CC.OO CEPYME y el Gobierno.

absoluta indiferencia a la hora de incluir a la prestación por desempleo en dicho proceso. De hecho, la Ley, en su Disposición Adicional primera, sólo va a establecer la necesidad de que el Gobierno efectúe un estudio sobre el RETA que contemple la aproximación de sus prestaciones a las del RGSS, sin que se mencione a cual de ellas debe afectar y sin que se incluya en tal proceso a los trabajadores por cuenta propia del REA y del REM⁶. Por otra parte, el Acuerdo, que sí es mucho más explícito y menciona prestaciones concretas que deben estar incluidas en el proceso de aproximación, caso de la incapacidad permanente total cualificada o la protección frente a las contingencias profesionales, no incluye la protección frente al desempleo.

Esta tendencia, sin embargo, parece va a comenzar ha invertirse si atendemos a los hechos siguientes:

- La creación de la Subcomisión en el seno del Congreso de los Diputados con la finalidad expresa de “impulsar el Estatuto de la microempresa del trabajador autónomo y del emprendedor” en el año 2000⁷, cuenta entre sus objetivos con el de “Realizar un estudio sobre el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social, en el que se contemplen una serie de actuaciones de futuro al objeto de equiparar el actual régimen de protección vigente en el Régimen General, haciendo especial hincapié en las prestaciones por incapacidad y en la protección por desempleo...”.
- En el ámbito de la Unión Europea, dentro de los parámetros adoptados por el Consejo para acometer la reforma del Reglamento (CEE) 1408/1971, aprobados en sesión de 3 de diciembre de 2001⁸, se incluye un parámetro 10 en virtud del cual “Deberá simplificarse el capítulo sobre desempleo...No obstante, deberá ampliarse a los regímenes para trabajadores por cuenta propia existentes en determinados Estados miembros”.

Tales indicaciones no han sido atendidas en la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, pues no se contempla ningún supuesto de posible protección al trabajador autónomo frente a estas situaciones y, por lo tanto, se mantiene la desigualdad de trato frente a los trabajadores asalariados.

Pero, si bien las normas específicamente destinadas a reformar la comentada prestación han obviado esta tendencia, una norma posterior y de contenido más genérico, cual es la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social⁹, va a ser la que, en cierta forma, por primera vez incluye una mención a la regulación de una futura modalidad de prestación por desempleo para los trabajadores autónomos. Así, su Disposición Final sexta establece que “*En el primer semestre del año 2003, el Gobierno emitirá informe relativo a la situación de los trabajadores autónomos que dependen económicamente de uno o varios empresarios, estudiando el establecimiento de un fondo de garantía en caso de cese por causas objetivas*”.

⁶ Literalmente establece que “El Gobierno, en el plazo de ocho meses desde la entrada en vigor de esta Ley, presentará, ante la Comisión de Política Social y Empleo del Congreso de los Diputados, un estudio técnico y económico sobre el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos que contemple la mejora de las prestaciones y su aproximación a las del Régimen General...”.

⁷ En el seno de la Comisión de Economía y Hacienda, número del expediente 154/000003, por acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados con fecha de 19 de octubre de 2000.

⁸ Sesión núm.2392. Empleo y Política Social. Bruselas, 3 de diciembre de 2001. Comunicado de prensa del Consejo núm.451 (C/01/451).

⁹ BOE de 31 de diciembre.

La mención a la creación de un confusamente denominado “fondo de garantía” nos parece va a cumplir idéntica finalidad que la atendida por la prestación por desempleo, a pesar de que se evita tal denominación, si su objetivo es el que parece deducirse de tan escueto mandato: conceder una prestación económica a los trabajadores por cuenta propia cuando se produzca el cese involuntario en el ejercicio de su actividad. Ahora bien, el contenido de esta previsión no tiene, ni mucho menos, un alcance genérico para todos los autónomos. Curiosamente, sus efectos se limitan a una categoría de trabajadores cuyo reconocimiento jurídico todavía no se ha producido en nuestro ordenamiento jurídico, si bien cabe destacar la actual tramitación de una Proposición de Ley “para la regulación del trabajo autónomo dependiente”¹⁰. Estos trabajadores que dependen económicamente de uno o varios empresarios, tal y como vienen siendo caracterizados por la doctrina en función a lo establecido acerca de ellos en el Ordenamiento Jurídico italiano o alemán¹¹, son aquellos sujetos que, sin producir bienes o servicios de forma genérica para el mercado, desarrollan una concreta actividad al servicio de determinadas empresas de las cuales dependen sus ingresos y a cuyas necesidades están sometidos¹².

Por lo tanto, los que podrían ser considerados como autónomos “verdaderamente independientes”, fundamentalmente el empresario, los familiares colaboradores o los profesionales liberales, escapan de esta vía de ampliación del ámbito subjetivo de la protección por desempleo. Esta negativa a extender la protección por desempleo a tales trabajadores entendemos se vería compensada, en lo que a los empresarios se refiere, si se regulasen otras medidas alternativas tendentes a paliar la situación de necesidad derivada del cese obligado en su actividad, dándose así un mejor cumplimiento a lo que en el ámbito de la Unión Europea se denomina “el desarrollo del espíritu de empresa”¹³. Así, si en vez de concederse una prestación por desempleo se establecen subvenciones destinadas al reflotamiento de las empresas en crisis o a poner en marcha nuevos proyectos empresariales, aquellos sujetos que se arriesgan a iniciar proyectos de autoempleo, con una cierta perspectiva de creación de puestos de trabajo, ya contarían con una suerte de “colchón” ante las posibilidades de fracaso. El problema es que tales ayudas también son inexistentes, por lo que continua el legislador sin dar soluciones, ya sea por una vía u otra, a la situación de necesidad derivada del cese obligatorio en el desarrollo de estas actividades por cuenta propia.

En definitiva, la falta de alusión a esta cuestión en la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, se ve compensada sólo parcialmente y, por lo tanto, de forma insuficiente, con el contenido de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre.

¹⁰ Presentada por el Grupo Parlamentario Socialista. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados. VII Legislatura, 29 de noviembre de 2002, núm.294-1. A lo que en ella se denomina “trabajadores autónomos con dependencia laboral” también se prevé la extensión de la protección por desempleo en su art.12.

¹¹ Países en los que existe una regulación específica de esta categoría intermedia de trabajo entre el autónomo y el asalariado, denominado “parasubordinado” en Italia y “cuasiasalariado” en Alemania (traducción del término “arbeitnehmerähnliche person”). Vid., por todos, estudios de RUIZ CASTILLO, M.M. “Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo parasubordinado”, RL Tomo II, 1991 y ZACHERT, U. “Trabajo autónomo: el ejemplo alemán”, Revista de Derecho Social núm. 22.

¹² GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B. “El autónomo económicamente dependiente: problemática y método”, AS núm.18, 2003, Pág.43 y ss.

¹³ II Pilar de las Directrices para el empleo que se aprobaron por el Consejo en 15 de diciembre de 1997 (DOCE nº C 030 de 28 de enero de 1998, como resultado de la Cumbre sobre el empleo de Luxemburgo, celebrada en noviembre de 1997, en la que se acuerda adoptar una estrategia europea a favor del empleo.

2.2. El plazo de solicitud: la necesaria modificación del art. 209.1 LGSS

El art. 209.1 LGSS establece que la prestación debe solicitarse en un plazo de quince días desde el inicio de la situación legal de desempleo y, de no ser así, que el beneficiario perderá los días de prestación que medien entre la fecha en que hubiera tenido lugar el nacimiento del derecho de haberse solicitado en tiempo y forma y aquella en que efectivamente se formula la solicitud.

Esta norma perjudica a los posibles beneficiarios que, sin solución de continuidad, inician una actividad por cuenta propia una vez se produce el cese en el empleo que les permite quedar en situación legal de desempleo. De hecho, como el art. 208 LGSS no configura el cese en las actividades autónomas como situación legal de desempleo y el cobro de esta prestación es incompatible con la realización de actividades profesionales, en tales casos el trabajador perderá todos los días de prestación que medien entre la fecha de cese en el empleo asalariado y la fecha en que pueda solicitar la prestación por haber cesado en la actividad autónoma.

El propio Tribunal Supremo ha reconocido que esta regulación desincentiva el ejercicio de actividades por cuenta propia, imponiendo que, en supuestos como éste, el cómputo del plazo de los quince días se inicie en la fecha en que se extinga la actividad laboral por cuenta propia¹⁴. Por lo tanto, lo conveniente hubiese sido que la reciente reforma modificase el contenido de este precepto, acogiendo la doctrina del Tribunal Supremo. Así, debería haberse especificado que el cómputo de los quince días sólo da comienzo desde el inicio de la situación legal de desempleo cuando el cese laboral no vaya inmediatamente seguido del inicio de actividades ejercidas por cuenta propia.

2.3. La incompatibilidad de la prestación con la realización de una actividad profesional por cuenta propia

El art. 221.1 LGSS establece una severa regla de incompatibilidad entre el cobro de la prestación y el ejercicio de actividades por cuenta propia. Así, la compatibilidad se prohíbe *“aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los Regímenes de la Seguridad Social”*. Muy al contrario, en relación con el trabajo por cuenta ajena no se incluye tal limitación y, además, éste se declara expresamente compatible con el cobro de la prestación por desempleo parcial.

La Ley 45/2002, de 12 de diciembre, ha ampliado las posibilidades de compatibilidad con el ejercicio de actividades por cuenta ajena, reformando el art.228.4 LGSS. En su actual redacción, dicha compatibilidad se permite, aun cuando se trate de actividades incluidas en el Sistema de Seguridad Social, *“siempre y cuando así lo establezca algún programa de fomento de empleo destinado a colectivos con mayor dificultad de inserción en el mercado de trabajo”*, y desarrolla tal previsión en su Disposición Transitoria quinta.

En ninguna medida alcanza esta reforma al ejercicio de actividades por cuenta propia, que, de esta forma, ve incrementada sus desigualdades frente al trabajo asalariado en relación con la protección de las situaciones de desempleo, no sólo por la desprotección que

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2001 (Ar: 7013), vid. comentario de VALDES ALONSO, A. “Cesación en el trabajo por cuenta propia y desempleo: sobre la <<desincentivación>>del autoempleo”, RL núm.24, diciembre 2001. Siguiendo esta doctrina, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 14 de octubre de 2002 (AL núm.6, 2003).

sufre frente a ellas sino, también, por quedar considerablemente más limitadas sus posibilidades de concurrencia con el cobro de la prestación. Además, si la compatibilidad se sitúa en un marco de política de fomento del empleo no se justifica una opción limitada al trabajo asalariado, puesto que en las políticas de empleo comunitarias y nacionales se contempla, expresamente, la inclusión en ella del fomento de actividades autónomas¹⁵.

Por otra parte, dos son los aspectos del actual régimen de incompatibilidades para las actividades ejercidas por cuenta propia que deben ser objeto de reflexión cara a su futura reforma, y a los cuales no hace ninguna alusión la comentada norma: la incompatibilidad con las actividades no incluidas en el Sistema de Seguridad Social y la incompatibilidad con el cobro del desempleo parcial. Analicemos las razones que pueden apoyarla.

Por lo que respecta a la establecida incompatibilidad con las actividades no incluidas en el Sistema de Seguridad Social, al margen de constituir una diferencia de trato poco justificada con lo establecido para las actividades por cuenta ajena, hay que tener en consideración que en otras prestaciones, como la jubilación, las reglas de incompatibilidad son mucho más suaves. De hecho, el RETA permite que el cobro de la pensión sea compatible, no sólo con las actividades no incluidas en el Sistema de Seguridad Social, sino también con todas las funciones inherentes al mantenimiento de la titularidad empresarial¹⁶. Por lo tanto, la opción tomada por el legislador en relación con la prestación por desempleo es, cuanto menos, criticable, si consideramos que su criterio para permitir el mantenimiento de las prestaciones si se realizan actividades profesionales es mucho más flexible cuando el trabajador no tiene la edad indicada para iniciar proyectos de autoempleo¹⁷ y, precisamente, se endurece cuando el sujeto se encuentra en condiciones más favorables de cara a inclinarse por estas iniciativas.

Acerca de la incompatibilidad con el cobro del desempleo parcial, dos son las circunstancias en las cuales se puede plantear una reforma de esta situación:

- Cuando el trabajador desempleado viniese ejerciendo, en situación de pluriactividad simultánea, dos actividades por cuenta propia y ajena y el cese en esta última sea la determinante de la situación legal de desempleo que permite solicitar la prestación. Es evidente, en tales casos, que la dedicación a la actividad autónoma debía ser, obligadamente, parcial, y que si se mantiene podría ser compatible con la prestación asimismo parcial por desempleo.
- Cuando el trabajador desempleado inicie su actividad por cuenta propia cuando ya se encuentra percibiendo la prestación. En tales casos, como medida para contribuir al fomento del inicio de proyectos de autoempleo el legislador podría permitir la compatibilidad, durante un tiempo, entre el cobro de la prestación y el comienzo de actividades autónomas, aunque tuviese como contraprestación una reducción de la cuantía de la misma. Con ella se compensaría, en parte, la carencia de ingresos profesionales que suele acompañar a las primeras fases del desarrollo de estas actividades.

3. ASPECTOS OBJETO DE REFORMA QUE AFECTAN AL EJERCICIO DE ACTIVIDADES AUTÓNOMAS

Abordamos, a continuación, aquellos aspectos del régimen jurídico de la prestación por desempleo que afectan al ejercicio de actividades por cuenta propia y que sí se han visto

¹⁵ Vid. Directrices para la política de empleo del año 2002 de la Unión Europea (DOCE n°L060, de 1 de marzo de 2002) y Plan de Acción para el empleo del Reino de España para el año 2002.

afectados por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre. Entre ellos debemos referirnos al ejercicio de actividades por cuenta propia como causa de suspensión y extinción del derecho y a las variaciones que se pueden producir en la forma de pago de la prestación cuando el desempleado acredite que va a iniciar un trabajo como autónomo.

3.1. Causas de suspensión y extinción del derecho

Antes de su modificación por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, el art.212.1 d) determinaba, como causa de suspensión del derecho a la prestación, la realización por el titular de cualquier actividad profesional por un período de tiempo inferior a doce meses. Correlativamente, la realización de un trabajo de duración superior daba lugar a la extinción del derecho a la misma “ex” art. 213.1 d) LGSS. Sin embargo, siendo este régimen jurídico igual para los trabajos efectuados por cuenta propia o ajena, los trabajadores asalariados tienen una ventaja respecto de los autónomos en función de lo determinado por el art. 210.3 LGSS: una vez finalizada la actividad que ha dado lugar a la extinción del derecho a la prestación no quedan desprotegidos puesto que pueden elegir entre, o bien recuperar la parte no agotada de la prestación anteriormente generada, o bien comenzar el cobro de la nueva prestación a la cual tenga derecho en función del tiempo cotizado por este trabajo¹⁸.

En definitiva, la posibilidad de rescatar la cuantía no agotada de la prestación por desempleo, cuando el desempleado interrumpe el cobro para realizar un trabajo, sólo se permitía cuando dicho empleo se ejerce por cuenta ajena y no cuando se efectuasen actividades por cuenta propia.

Tal y como ha llegado a afirmar el propio Tribunal Supremo, esta regulación de las causas de suspensión y extinción de la prestación contribuía a desincentivar las iniciativas de autoempleo. Basándose, fundamentalmente, en esta argumentación, su sentencia de 18 de marzo de 1998¹⁹ inicia una jurisprudencia en virtud de la cual establece que es posible rescatar la prestación por desempleo no agotada, una vez finaliza el ejercicio de la actividad por cuenta propia de duración superior a doce meses²⁰.

Pero lo cierto era que las normas anteriormente citadas no permitían ningún resquicio a esta interpretación del Tribunal, pues no era posible considerar que existiese una laguna legal en la interpretación de esta cuestión ante el carácter explícito y taxativo de todos los preceptos de la LGSS. De hecho, la propia sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1998 incluye un extenso voto particular, firmado por seis de sus magistrados²¹, en el que

¹⁶ Art.93 Orden de 29 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para la aplicación del RETA. Interpreta lo que debe ser entendido por las mencionadas “funciones inherentes” la Circular núm.5.028 de 14 de octubre de 1999, de la Tesorería General de la Seguridad Social.

¹⁷ En este sentido, vid. crítica de PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J “La protección social del trabajador autónomo: el trasplante del esquema previsto para el trabajador por cuenta ajena como posible origen de desajustes”, RL núms.7 y 8, abril 2000, Pág.226, que destaca la “miopía” del legislador al articular estas reglas sobre el criterio del gasto y no de los ingresos que se pueden producir.

¹⁸ Dicha opción se limita a las actividades por cuenta ajena porque el precepto la limita a aquellos supuestos en los cuales al trabajador “se le reconozca una nueva prestación”.

¹⁹ Ar:3000.

²⁰ Posteriormente seguida por sentencias de 24 de marzo de 1998 (Ar: 3010), 24 de junio de 1998 (Ar: 5528) y 21 de septiembre de 1999 (Ar: 6895). También en sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía, de 1 de febrero de 1999 (Ar: 994) y Castilla-La Mancha, de 1 de junio de 1999(Ar: 2236).

²¹ Formula el voto particular D. Jesús González Peña y a él se adhieren D. Luis Gil Suárez, D. Víctor Fuentes López, D. Miguel Angel Campos Alonso, D. Leonardo Bris Montes y D. José María Botana López.

se pone de manifiesto que los argumentos esgrimidos por el Tribunal para apoyar su postura no son estrictamente jurídicos sino que están basados en otras consideraciones como sus beneficios para la salud financiera del Sistema o el necesario fomento de la ocupación de los desempleados²².

Se hacía necesario, por lo tanto, un cambio normativo que modificase los mencionados preceptos en una necesaria adaptación a esta doctrina jurisprudencial. Máxime cuando el Tribunal Supremo deja diversas cuestiones sin resolver y que necesitan ser especificadas, como es el plazo durante el cual se permite interrumpir el cobro de la prestación por desempleo más allá de los doce meses indicados por el art. 213.1 d) LGSS (o si la suspensión de mantiene “sine die”), y la determinación de si es o no necesario acreditar el cese involuntario en la actividad autónoma como requisito para reabrir el derecho a la prestación.

Con la promulgación de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, el contenido de los arts. 212.1 d) y 213.1 d) LGSS se modifican de tal forma que la suspensión del derecho a la prestación, cuando se vayan a efectuar actividades por cuenta propia, se mantiene durante veinticuatro meses (y no doce), momento a partir del cual se produce la extinción del derecho sin que el trabajador pueda reabrir la parte no agotada de la cuantía de la prestación por desempleo anteriormente concedida²³.

De esta forma, el legislador ha optado por no establecer una suspensión “sine die” del derecho a la prestación por desempleo cuando se efectúen actividades por cuenta propia y, en este sentido, se restringe el alcance de la jurisprudencia anteriormente comentada. Si bien es cierto que se duplica el período de tiempo anteriormente establecido, y esto favorece al impulso de iniciativas de autoempleo por trabajadores desempleados, incluso podría haber sido más amplio si atendemos a los amplios plazos de tiempo que estas actividades necesitan para que se pueda evaluar su rentabilidad económica. Además, en otras ramas del ordenamiento jurídico, como es la del derecho fiscal, las bonificaciones en el pago de determinados impuestos para los autónomos que inician sus actividades se mantienen durante cinco años²⁴.

Sobre el carácter voluntario o involuntario que deba tener el cese en la actividad por cuenta propia, entendemos que es independiente la causa del abandono en su ejercicio a la hora de solicitar el rescate de la prestación al no quedar establecida ninguna limitación en los preceptos reformados²⁵.

²² Incluidos en el Fto.Jco. octavo de la Sentencia.

²³ Según el nuevo art.212.1 d) la suspensión durará “mientras el titular del derecho realice un trabajo por cuenta ajena de duración inferior a doce meses, o mientras el titular del derecho realice un trabajo por cuenta propia de duración superior a veinticuatro meses”. Atendiendo al nuevo art.213.1 d) la extinción se producirá por la “realización de un trabajo por cuenta ajena de duración igual o superior a doce meses, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 210, o la realización de un trabajo por cuenta propia, por tiempo igual o superior a veinticuatro meses”.

²⁴ El art. 89.1 b) Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, incluye una bonificación del 50 % de la cuota correspondiente a dicho impuesto, para quienes inician el ejercicio de cualquier actividad profesional, durante los cinco años de actividad siguientes a la conclusión del segundo período impositivo de desarrollo de la misma.

²⁵ El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en sentencia de 26 de marzo de 1998 (Ar. 2001), entendió que la renuncia debía producirse por falta de éxito en la actividad empresarial, comentada por FERNÁNDEZ ORRICO, J. “Derecho a la percepción de la prestación por desempleo por trabajador procedente del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos”, AS Tomo III, 1998.

Hay que hacer referencia, también, a lo establecido acerca de la aplicación de estas modificaciones en las Instrucciones dictadas, con carácter provisional, por el INEM²⁶. Así, en su apartado Sexto, epígrafe 2, se puntualizan dos cuestiones:

- Por una parte, que las reformas van a ser aplicadas tanto a las interrupciones de la prestación que se produzcan a partir de la fecha de entrada en vigor de la norma como a las ya efectuadas con anterioridad a la misma.
- Por otra, que en caso de que se suceda un trabajo por cuenta propia tras un trabajo por cuenta ajena o viceversa, sin reanudar el derecho a la prestación entre ellos, para la aplicación de estos preceptos se estará a la duración del último trabajo realizado tras cuyo cese se solicite la reanudación.

3.2. La forma de pago

Antes de la reforma, el único supuesto en que el Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, admitía la solicitud de la prestación por desempleo en la modalidad de pago único se refería a aquellos beneficiarios con intención de comenzar una actividad por cuenta propia como socios trabajadores de una cooperativa de trabajo asociado o de una sociedad laboral²⁷. La Ley 50/1998, de 30 de diciembre, la hizo, asimismo, extensiva a los trabajadores minusválidos que se convirtieran en trabajadores autónomos²⁸.

La Ley 45/2002, de 12 de diciembre, ha venido a incrementar, no sólo el número de sujetos con iniciativas de autoempleo que pueden acceder a esta forma de pago, sino también las posibilidades de abono de la prestación a las que puedan acogerse que no supongan su percibo mensual y, por lo tanto, su correlativa incompatibilidad con la realización de la actividad profesional por cuenta propia. Hay que tener en cuenta, en cualquier caso, que el Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, sigue vigente en todos los aspectos que no se opongan al contenido del art. 9 y de la Disposición Transitoria cuarta de la comentada norma²⁹.

3.2.1. Novedades en los autónomos beneficiarios

Estas formas de pago pueden ser solicitadas por los siguientes beneficiarios de la prestación:

- a) Los que pretendan incorporarse, de forma estable y a tiempo completo, como socios trabajadores o de trabajo, en cooperativas o sociedades laborales, en las que previamente no hubiesen cesado, o constituirlos³⁰.

Se produce, por lo tanto, una ampliación respecto a la normativa anterior, que no incluía a los socios de trabajo. Con la exigencia de que no hubiese un cese previo en ellas no se introduce un criterio nuevo más limitativo, sino que se recoge la interpretación que la jurisprudencia venía efectuando del contenido del Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio³¹.

²⁶ Publicadas, sin fecha, en Revista de Estudios Financieros, Trabajo y Seguridad Social, núm.40, marzo 2003, Pág.167 y ss.

²⁷ Art.1.1.

²⁸ Art.31.

²⁹ Como se deduce del apartado 1 de la mencionada Disposición Transitoria cuarta.

³⁰ Disposición Transitoria cuarta.1, apartado 1º, primer párrafo.

³¹ Pues entienden los Tribunales Superiores de Justicia que, en tales casos, se encubre una falsa situación involuntaria de desempleo. Por todas, sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 28 de enero de 2002 (Ar: 645) y 26 de junio de 2001 (Ar: 2842), y del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 24 de enero de 1997 (Ar:638).

- b) Cuando se trate de personas con minusvalía igual o superior al 33 por 100 y pretendan constituirse como trabajadores autónomos³².

Como única novedad se precisa el grado de reducción necesario para que el solicitante pueda ser considerado como “minusválido”, adoptando un acertado criterio que coincide con el menor grado de incapacidad reconocido por la Seguridad Social³³.

- c) Todos los beneficiarios que pretendan constituirse como trabajadores autónomos, aunque no se trate de personas con minusvalía igual o superior al 33 por 100.

Tras su supresión con la entrada en vigor de la Ley 22/1992, de 30 de julio, de Medidas Urgentes sobre el Fomento al Empleo y Protección por Desempleo, vuelve a retomarse esta posibilidad a la cual, no cabe duda, van a poder acogerse el mayor número de trabajadores por cuenta propia y por ello es loable esta actitud del legislador. De hecho, a falta de precisión en contra, en la norma se admite sea cual sea la naturaleza del trabajo que vaya a ser efectuado (como profesional liberal, empresario individual, constituyendo una sociedad mercantil...etc) y sin que existan limitaciones en cuanto a la necesaria creación “ex novo” de una sociedad o a la integración de una previamente constituida.

Para este último supuesto, ni siquiera se requiere, como sucede en el caso de las cooperativas o sociedades laborales, que el trabajador no haya cesado en ellas previamente. A pesar de ello, el legislador debería haber adoptado igual solución, pues la doctrina jurisprudencial también trata de impedir, en estos casos, que el pago de la prestación sirva como instrumento de financiación de proyectos ya iniciados antes del comienzo de la situación legal de desempleo³⁴.

3.2.2. Novedades en los mecanismos de pago

El art.228.3 LGSS ha sido modificado de forma que los sujetos anteriormente mencionados tienen dos posibilidades de cobrar el importe no agotado de su prestación por desempleo, sin que ello sea incompatible con el inicio de una actividad por cuenta propia. Por una parte, se mantiene el mecanismo, anteriormente vigente, de abono en pago único del importe total de la prestación que esté pendiente de percibir. Por otra parte, también puede recibir dicho importe a través de las denominadas “subvenciones” a la cotización, que es donde se encuentra la mayor novedad introducida por la comentada norma.

A esta forma de pago es posible acceder, bien porque la inversión necesaria para desarrollar la actividad autónoma sea inferior al importe total de la prestación por desempleo a la que tenga derecho el beneficiario, bien porque éste decida cobrar su importe íntegro de tal manera³⁵. En el primer caso, puede solicitar el pago de la parte necesaria para la inversión mediante la forma de pago único y el importe restante como subvención a la cotización³⁶.

³² Disposición Transitoria cuarta.1, apartado 1º, primer párrafo.

³³ Cual es la incapacidad permanente parcial, apartado 3 del art.137 LGSS antes de su reforma por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social. También coincide con la definición del Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en centros especiales de empleo, art.2.1.

³⁴ Por todas, sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 28 de junio de 1993 (Ar: 3047), de Extremadura de 9 de enero de 1997 (Ar: 588) y de Cataluña de 26 de febrero de 1999 (Ar: 906).

³⁵ Disposición Transitoria cuarta .1º, último párrafo.

³⁶ Atendiendo al contenido de la Disposición Transitoria cuarta .1º, el abono de la prestación de una sola vez se realiza por el importe de la cuantía, bien de la aportación o de la adquisición de acciones exigidas por la cooperativa o la sociedad laboral, bien de la inversión necesaria para el desarrollo de la actividad. En ella se indica que, no obstante, si no se obtiene la prestación por su importe total, el importe restante se podrá obtener conforme a la nueva forma de pago.

Su dinámica consiste en que la Entidad Gestora compensa lo que el trabajador le adeuda en concepto de cotizaciones con lo que ella le debe en concepto de prestación por desempleo, manteniéndose tal situación de impago de las cuotas a la Seguridad Social mientras se desarrolle la actividad autónoma hasta que se agote la cuantía de la misma. Por lo tanto, en realidad no se concede ninguna “subvención”, como así lo ha denominado el legislador, puesto que no hay ningún ahorro de cuotas con cargo al Estado, sino que al trabajador se le está abonando su crédito respecto de la Seguridad Social. Sí existe tal subvención en el Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, dado que, por una parte, se abona la cuantía íntegra de la prestación en la modalidad de pago único y, además, el trabajador queda eximido del pago del 50 por 100 de su cuota durante todo el tiempo en que hubiese percibido la prestación por desempleo de no haberse percibido en la modalidad de pago único³⁷. Pero ésta sólo es aplicable a esa forma de pago y no a la configurada “ex novo” por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre.

Tal y como se especifica en la Disposición Transitoria cuarta, apartado 2º, de la comentada norma, la cuantía de la “subvención” corresponde al importe de la aportación íntegra del trabajador a la Seguridad Social, calculada en días completos de prestación, por lo que no existe la posibilidad de reducciones parciales de la cuota. Además, la Entidad Gestora no efectúa el abono mensualmente, que sería lo deseable, sino trimestralmente y previa presentación por los trabajadores de los correspondientes documentos acreditativos de cotización. No cabe duda de que una estimación previa de la fecha de finalización del abono de la prestación, con la consiguiente exención mensual de la obligación de cotizar hasta que llegue tal momento, hubiese sido más beneficiosa, pues ahorra estos trámites administrativos al autónomo y, además, le permite cobrar mensualmente la parte debida de prestación. Por último, en estos casos no se prevé, como sucede en la modalidad de pago único, la deducción del importe relativo al interés legal del dinero.

Aun cuando nada se especifica en esta norma, si el cese en la actividad autónoma se produce con anterioridad al agotamiento del pago de la prestación, es de suponer que, o bien se reanuda la prestación en la parte no abonada de la misma³⁸, o bien se aplican las comentadas normas de suspensión del derecho a la prestación si se inicia una actividad asalariada.

4. CONCLUSIÓN FINAL

El alcance de la reforma efectuada por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, ha tenido más sombras que luces en cuanto a su proyección en el ejercicio de actividades por cuenta propia. Así, aquellas cuestiones que podrían, en mayor medida, incentivar el desarrollo de esta forma de empleo, cuales son la protección en caso de cese y la compatibilidad, en determinados supuestos, con el cobro de la prestación, no han sufrido ninguna variación respecto de la

³⁷ Art.4.2.

³⁸ Solución propuesta por MOLINA NAVARRETE, C. y CUEVAS GALLEGO, J. “Nuevas reglas del sistema de protección frente al desempleo: comentario del Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo”, CEF Recursos Humanos núm.232, julio 2002. Las instrucciones provisionales que dicta el INEM para la aplicación de las modificaciones de tal Real Decreto (publicadas en AA.VV *Comentarios de urgencia a la reforma del sistema de protección por desempleo* (coord. García-Perrote, Escartín, I.), editorial Lex Nova, Valladolid 2002), sólo prevén el caso de que el cese se produzca “por causa no imputable al trabajador”, adoptando la misma solución que nosotros proponemos (instrucción novena, epígrafe 3. 1 y 2). Las nuevas instrucciones dictadas para la aplicación de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, recogen iguales previsiones (Instrucción novena, epígrafe 3.4).

situación anterior. Y tampoco se ha efectuado la necesaria modificación del art. 209 LGSS, adaptándolo a la interpretación que sobre él viene haciendo el Tribunal Supremo, más criticable aún si consideramos que éste ha calificado su contenido actual como de “desincentivador” del autoempleo.

En los aspectos que sí han sido reformados, a pesar de que hay que aplaudir la modificación efectuada en los arts. 212 y 213 LGSS, bien se podría haber ampliado el plazo de extinción del derecho a la prestación cuando se desarrollan estas actividades. No hay que olvidar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la cual trae causa la reforma, ni siquiera imponía limitaciones temporales a la posibilidad de rescatar la parte no abonada de la prestación una vez se produzca el cese. Ciertamente es que, en las formas de pago, sí hay que destacar dos avances considerables: la ampliación del número de trabajadores autónomos que pueden utilizar el importe de la prestación como mecanismo para financiar el inicio de una actividad por cuenta propia y la introducción de una nueva forma de pago compatible con el desarrollo de su trabajo.

Todo ello nos conduce a seguir afirmando que es necesario efectuar una reforma global que la función que cumple la actual regulación de la prestación por desempleo en cuanto incentivadora del inicio de actividades por cuenta propia.