

EFFECTOS DERIVADOS DE LAS SUCESIVAS MODIFICACIONES DE LOS REQUISITOS DE ACCESO AL SUBSIDIO POR DESEMPLEO PARA MAYORES DE 52/55 AÑOS Y DE LA STC 61/2018, DE 7 DE JUNIO DE 2018

Ana M^a Moreno Márquez
Universidad Carlos III de Madrid

Resumen

Como es sabido, un elevado porcentaje de desempleados son mayores de 50 años, muchos de ellos fueron despedidos debido a la situación de crisis económica, y su reinserción al mercado de trabajo ha sido prácticamente imposible. No obstante, a pesar de esta situación, lo cierto es que gran parte de este colectivo, una vez agotada su prestación por desempleo, podía beneficiarse del subsidio de desempleo para mayores de 52 años. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en los años 2012 y 2013 se modificó la regulación prevista para el citado subsidio, que pasó a ser el subsidio para mayores de 55 años, endureciendo los requisitos de acceso e introduciendo determinadas limitaciones en cuanto a su contenido y duración. El resultado de las progresivas modificaciones ha sido la restricción del acceso al subsidio dejando al margen a miles de desempleados, reduciendo la protección social de este colectivo; lo que, a su vez, ha supuesto la coexistencia de diferentes regímenes vinculados a la entrada en vigor de las distintas normas. Recientemente, el régimen de este subsidio se ha visto afectado por la sentencia del Tribunal Constitucional 61/2018, de 7 de junio de 2018 (en adelante STC 61/2018), que ha declarado inconstitucionales y nulas diversas disposiciones del citado Real Decreto-Ley 5/2013, por considerar que vulneran el art. 86.1 de la CE.

Pues bien, en este trabajo, se estudian los principales cambios en la regulación de este subsidio, los efectos de los mismos y de la citada sentencia. En concreto, las disfunciones que se han derivado de las distintas modificaciones, con las consiguientes consecuencias negativas y la necesidad de flexibilizar los requisitos de acceso al subsidio, restituyendo el subsidio de mayores de 52 años.

Palabras Clave: Subsidio, desempleo, requisitos, flexibilización.

1. Introducción

El legislador establece unos requisitos comunes que han de cumplir los posibles beneficiarios que pueden acceder al subsidio de desempleo, en concreto, figurar inscritos como demandantes de empleo durante el plazo de un mes y mantener la inscripción, no haber rechazado una oferta de empleo adecuada, ni haberse negado a participar en acciones de promoción, formación o reconversión profesional, salvo que exista una causa justificada, así como la carencia de rentas, y, junto a estos, unos requisitos específicos para los diferentes colectivos a los que se destina la protección entre los que se encuentran, por lo que aquí interesa, los mayores de 55 años (art. 274 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, en adelante, LGSS). Requisitos estos últimos que para este colectivo se han visto modificados en los últimos años, al igual que el contenido y la duración del subsidio. En este caso se hará referencia precisamente a todos estos aspectos, destacando las modificaciones normativas y los efectos derivados de las mismas; sin olvidar el alcance de la STC 61/2018.

2. El subsidio por desempleo para mayores de 55 años como grupo específico protegido: requisitos singulares de acceso

Como se ha indicado, para poder acceder a este subsidio, junto a los requisitos generales señalados, se exigen una serie de requisitos específicos; requisitos que en gran parte se han visto modificados en términos restrictivos, con las consiguientes consecuencias negativas para los posibles beneficiarios.

2.1. La edad y su vinculación a determinadas situaciones

La edad es uno de los requisitos que va a condicionar el acceso a este subsidio de desempleo, en concreto, se exige ser mayor de 55 años, a la vez que se establece la situación en la que debe encontrarse el posible beneficiario, al margen de que tenga o no responsabilidades familiares (art. 274.4 LGSS). Pues bien, con respecto a la edad hay que señalar que, de acuerdo con lo previsto en el art. 13.2 de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, inicialmente se situaba en 55 años, después, por Real Decreto-Ley 3/1989, de 31 de marzo, de Medidas Adicionales de Carácter Social (RDL 3/1989), se redujo a 52 años, edad que se mantuvo en la redacción prevista en el art. 215 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RDL 1/1994),

hasta que se elevó, a partir del 15 de julio de 2012, limitando el citado acceso a los mayores de 55 años, tal y como se estableció en el art. 17.siete Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (RDL 20/2012) que modificó el art. 215.3 RDL 1/1994; dicha edad es la que en la actualidad se contempla en el art. 274.4 LGSS. Una medida, esta última, fundamentada en la racionalización del “régimen regulador del subsidio para mayores de 52 años con el objetivo de garantizar su sostenibilidad en el largo plazo y para incentivar el alargamiento de la vida activa” (exposición de motivos RDL 20/2012), que tiene como efecto inmediato la reducción del número de posibles beneficiarios y que, desde luego, no tiene en cuenta que precisamente se excluye de la protección a una parte de un colectivo que se encuentra en una situación muy complicada para reincorporarse al mercado de trabajo y que ahora no puede acceder a este subsidio por no cumplir la edad señalada. Así, a partir del 15 de julio de 2012 se deniega la solicitud del subsidio para mayores de 52 años por no haberse alcanzado los 55 años teniendo en cuenta que ya está vigente la reforma (lo que se puede constatar, por ejemplo, en las SSTSJ de Cataluña de 7 de octubre de 2014 (AS 2014, 3060), en la que se señala que se “presenta la solicitud de petición de cita previa el 16 de julio de 2012 del subsidio de desempleo para mayores de 52 años”; de 13 de mayo de 2014 (JUR 2014, 180735), se indica que “solicitó la prestación el 29 de noviembre de 2012”). En definitiva, muchos de los sujetos que podrían haber accedido a este subsidio a partir de los 52 años, cumpliendo el resto de los requisitos, tras la entrada en vigor de esta modificación quedan al margen de los posibles beneficiarios; lo que, a su vez, contribuye al incremento del porcentaje de personas de entre 50 y 54 años, entre las que se encuentran las anteriores destinatarias de este subsidio, que están desempleadas y han dejado de recibir alguna prestación, quedando desprotegidas, a la vez que aumenta el porcentaje de personas de este colectivo que se encuentran en la citada situación y, además, viven en hogares en los que no hay ningún ingreso (SECRETARÍA DE PROTECCIÓN SOCIAL Y POLÍTICAS PÚBLICAS, CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS, pp. 4,38-41).

Sobre todo, porque el legislador no sólo modificó la edad, sino que también estableció que para poder obtener el subsidio el trabajador tiene que tener 55 años o más en la fecha en la que se agote la prestación por desempleo o el subsidio por desempleo; o cuando reúna los requisitos para acceder a alguno de los subsidios previstos en el propio art. 274 LGSS; o cumplir los 55 años durante la percepción de alguno de esos subsidios (art. 274.4 LGSS). En concreto, agotamiento de la prestación contributiva por desempleo; ser emigrante retornado (que ha trabajado como mínimo

12 meses en el extranjero desde su última salida de España) sin derecho a prestación contributiva por desempleo; cuando se ha sido declarado plenamente capaz o incapaz parcial como consecuencia de la revisión por mejoría de una situación de gran invalidez, incapacidad absoluta o total para la profesión habitual; liberado de prisión sin derecho a prestación contributiva por desempleo cuando la privación de libertad ha sido por tiempo superior a 6 meses; o no tener derecho a acceder a la prestación contributiva por desempleo por no haber cotizado lo suficiente (no haber cubierto el periodo mínimo de cotización, siempre que se haya cotizado, al menos, 3 meses). De este modo, aunque antes de que se incluyese esta modificación, ya se establecía esa vinculación en cuanto a la necesidad de encontrarse en alguna de las situaciones concretas previstas antes en el art. 215 RDL 1/1994 y ahora en el art. 274.1 LGSS, en la actualidad, tras la citada modificación, se ve reforzada al exigir esa coincidencia en cuanto al cumplimiento de la edad (VICENTE PALACIO, A. p. 62), es decir, de tener cumplidos 55 años en los términos indicados; lo que supone que si se cumple la citada edad en un momento posterior a los señalados no se podrá acceder al subsidio.

En este sentido, también hay que tener en cuenta que se ha planteado si es posible considerar la renta activa de inserción como situación previa para poder acceder a este subsidio para mayores de 55 años, lo que ha llevado a pronunciamientos dispares. En unos casos, se ha considerado que es posible equipararla a un subsidio por desempleo, entendiendo que de esa forma está incluida entre los supuestos indicados, en concreto, en las SSTSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 20 junio de 2018 (JUR 2018, 267649); de 30 noviembre de 2017 (JUR 2018, 74248); de 19 de febrero de 2018 (JUR 2018, 142580); de 30 noviembre (JUR 2018, 74248); de 2 junio de 2017 (AS 2017, 1802); STSJ de Asturias (Sala de lo Social), de 21 de febrero de 2017 (JUR 2017, 71438); STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 20 de mayo de 2016 (AS 2016, 1088), o STSJ de Canarias (Sala de lo Social), de 12 de marzo de 2015 (AS 2015, 1729); en otros, por el contrario, se ha establecido que la renta activa de inserción no puede considerarse equivalente ni a la prestación contributiva por desempleo, ni al subsidio por desempleo, como se indica en la STSJ Valencia (Sala de lo Social), de 30 noviembre de 2017 (AS 2018\1459), en la que se considera que existen criterios discrepantes que se contemplan en otras Salas de otros TSJ, si bien se señala que tiene una naturaleza diferente “en concreto la condición de acción específica de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión e inserción profesional establecida en favor de determinados trabajadores desempleados”, lo que conlleva que se tengan en cuenta la edad y la concreta situación que permite acceder al subsidio, sin que se considere la citada

renta. De esta forma, esto puede llevar a concluir que no se cumplen los requisitos, aunque el posible beneficiario alcance la edad de 55 años agotada la prestación del programa de renta activa de inserción. En el mismo sentido, STSJ Islas Baleares (Sala de lo Social), de 18 de septiembre de 2017 (JUR 2017, 249142); STSJ La Rioja (Sala de lo Social), de 7 de junio de 2017 (JUR 2017,178125), señalando esta última que la citada renta tiene, como establece el RD 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, un carácter específico y diferenciado del nivel contributivo y asistencial y que, en todo caso, el legislador podría haber optado por llevar a efecto esa equiparación, si bien, aunque se ha modificado el régimen jurídico de este subsidio no se ha procedido a asimilarlo, ni se ha incluido entre los supuestos que se contemplan. En este sentido, se puede afirmar que no existe una intención por parte del legislador de equipararla. El resultado, en todo caso, como se puede constatar, es la existencia de pronunciamientos contradictorios, según la interpretación que se haga al respecto, lo que determina que el posible beneficiario pueda o no acceder al citado subsidio.

2.2. La carencia de rentas: ¿criterio globalizador o individual?

El subsidio de desempleo trata de cubrir una situación de necesidad (lo que determina su carácter asistencial, ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., p. 295) por encontrarse en situación de desempleo y, además, por carecer de rentas. Ahora bien, no se exige una carencia absoluta de recursos, “ni un estado de necesidad absoluta, sino que la necesidad o la precisión de subsistencia que se ha de tomar en consideración es, única y exclusivamente, aquella que tiene como causa la ausencia de ingresos suficientes” (STS (Sala de lo Social) de 12 diciembre 2000, RJ 2001, 810). Así, se cumple este requisito cuando se acreditan rentas que son insuficientes, de modo que el posible beneficiario puede contar con recursos, pero estos deben encontrarse por debajo del mínimo que establece el legislador. Un requisito que no solo debe concurrir en el momento del hecho causante (fecha en que se cumple el plazo de espera de un mes desde la inscripción como demandante de empleo, o la situación legal de desempleo, o finaliza la causa que hubiera provocado la suspensión de dicho subsidio - de acuerdo con lo establecido en el art. 279 de la LGSS-) sino también en el de su solicitud, así como durante la percepción del subsidio. Si no es así, el posible beneficiario podrá obtener el reconocimiento de un derecho al subsidio en el caso en el que se encuentre de nuevo en alguna de las situaciones a las que se ha hecho referencia, excepto en el supuesto

en el que dentro del plazo de un año desde la fecha del hecho causante se acredite que se cumple el requisito de carencia de rentas; en ese supuesto podrá obtener el subsidio a partir del día siguiente al de su solicitud sin reducción de su duración (art. 275.5 de la LGSS).

Pues bien, en concreto, en el art. 275.2 LGSS se hace referencia a carencia de rentas, de cualquier de cualquier naturaleza, superiores, en cómputo anual, al 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la proporción de las pagas extraordinarias que se exige a todos los posibles beneficiarios, de acuerdo con lo previsto en el art. 275.4 LGSS. Este requisito de carencia de recursos se había venido comprobando de forma individualizada; lo que no se modificó por el RDL 20/2012. Ahora bien, sí se introdujo un cambio por esta norma en lo que respecta a las rentas computables, en concreto, a la hora de incluir en la definición de rentas las plusvalías o ganancias patrimoniales y los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio, ya que hasta ese momento se aplicaba a su valor el 50% del tipo de interés legal del dinero vigente, de modo que se incrementa hasta el 100% del mismo. Modificación que supuso una nueva limitación a la hora de acceder al subsidio.

Además, hay que tener en cuenta que la disposición final primera del Real Decreto Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo (RDL 5/2013), incluyó un tercer párrafo al número 3 del apartado 1 del art. 215 RDL 1/1994, vigente art. 275 LGSS, para establecer como límite adicional la carencia de rentas de la unidad familiar, en la que se integran el cónyuge y/o hijos menores de 26 años, o mayores incapacitados o menores acogidos, y el propio solicitante. Lo que implica que la carencia de rentas se ha venido determinando a partir de una doble exigencia: de un lado, el nivel de rentas, en los términos señalados, del sujeto que solicita el subsidio; y, de otro, los ingresos de la unidad familiar de la que forma parte, divididos entre el número de miembros, sin que tampoco pudiese superar el citado 75% del salario mínimo interprofesional. Un requisito que debía cumplirse no solo en el momento de solicitar el subsidio, sino también durante la percepción del subsidio. De esta forma el legislador, con el fin de asegurarse de que existe una verdadera situación de necesidad, no solo ha venido comprobando el requisito de carencia de recursos de manera individualizada, sino que ha adoptado un criterio de carácter globalizador en los términos indicados; lo que ha supuesto, junto a la modificación del requisito de la edad al que se ha hecho referencia, una reducción en cuanto al

porcentaje de subsidios que se venían reconociendo (ESTEBAN LEGARRETA, R. y GALA DURÁN, C., p. 30).

Ahora bien, en este caso, los titulares del derecho al subsidio cuyo nacimiento se inició con anterioridad a la entrada en vigor del citado RDL 5/2013, se les ha venido aplicando durante toda la duración del mismo la regulación prevista al respecto en ese momento. Sin embargo, esta doble exigencia en cuanto a la carencia de rentas se ha aplicado a las solicitudes cuyo nacimiento del derecho al subsidio se haya iniciado a partir de la fecha de la entrada en vigor de esta norma (tal y como señalaba su disposición transitoria única). De esta forma se establece un régimen diferenciado que ha determinado que se hayan visto excluidos en este último caso, solicitantes que, a pesar de carecer de rentas, no cumplan esta exigencia adicional por el hecho de que la unidad familiar de la que forma parte supere el citado límite. Una exigencia que carece de fundamento si se tiene en cuenta que no se trata de un subsidio por cargas familiares. De hecho, se puede comprobar cómo, aunque se ha venido considerando los ingresos de la unidad familiar, no se refleja de forma paralela en relación a la cuantía del subsidio incrementándose en función del número de miembros de esta; de forma que se consideran los citados ingresos, pero no las necesidades de la misma.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el TC en su sentencia 61/2018, de 7 de junio de 2018, ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad de distintas disposiciones del RDL 5/2013, por el hecho de que para su “aprobación no se ha acreditado la concurrencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad”. Tal y como señala el TC en el FJ 9 de la sentencia, tanto en el texto de la norma como en el debate parlamentario se advierte la razón por la que el Gobierno considera que es preciso reformar el subsidio para mayores de 55 años, pero no existe “una explicación de por qué esta reforma sea urgente en los términos exigidos por la doctrina constitucional para entender cumplida la exigencia del presupuesto habilitante derivado del artículo 86.1 CE”; de ahí que se declaren inconstitucionales y nulas, en concreto, por lo que aquí interesa, las referidas disposición final primera y disposición transitoria única.

Ahora bien, el TC ha matizado el alcance de la citada nulidad de modo que ha indicado que “no afectará a las situaciones jurídicas consolidadas”, así no son susceptibles de ser revisadas “no sólo aquellas decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (...), sino también, por exigencia del principio de seguridad jurídica, las establecidas mediante actuaciones administrativas firmes” (FJ 11). Es decir, la sentencia no tiene efectos retroactivos en los términos señalados. Por tanto,

desde el 7 de julio de 2018 sólo se exige el requisito de carencia de recursos de manera individualizada. Esto no ha evitado que se hayan venido planteando numerosas cuestiones con respecto a su aplicación a las solicitudes presentadas a partir del día 7 de julio de 2018, o que estuvieran pendientes de resolver, lo que ha determinado que desde la Subdirección General de Prestaciones por Desempleo se haya elevado consulta a la Abogacía del Estado, sobre todo porque el art. 275.5 LGSS establece que el requisito de carencia de rentas deberá concurrir en el momento del hecho causante (esto es, la fecha en la que se cumpla el plazo de espera de un mes (hay que recordar que uno de los requisitos exigidos es el de figurar inscrito como demandante de empleo, en concreto, durante el citado plazo, aunque el TS ha venido adoptando un criterio flexible de interpretación de este requisito, de modo que se considera como uno de “los medios acreditativos de la subsistencia de la voluntad del solicitante del subsidio de permanecer en el mercado de trabajo y de no querer separarse del sistema de la Seguridad Social” (SSTS de 17 y 30 de abril de 2.001, rec. 3086, 1998 y 1575, 2000, 11 de noviembre de 2.003, rec. 4780, 2002; 14 de febrero de 2.005, rec.1612, 2004, y 20 de junio de 2.007, rec. 1093, 2006)), o se produzca la situación legal de desempleo, o finalice la causa que hubiera provocado la suspensión de dicho subsidio - de acuerdo con lo establecido en el art. 279 LGSS – y que puede ser, entre otras, no cumplir el requisito de carencia de rentas por tiempo inferior a doce meses) y, además, en el de la solicitud del subsidio. Por su parte, el art. 276 LGSS, dispone que si la solicitud del subsidio se presenta una vez transcurrido un plazo de quince días hábiles siguientes a la fecha del hecho causante, el derecho nacerá a partir del día siguiente al de la solicitud.

Pues bien, la Abogacía del Estado, en su Dictamen de 19 de julio de 2018, ha informado que es posible reconocer el derecho al subsidio en los casos en los que la solicitud se ha presentado a partir del 7 de julio de 2018, con efectos del día siguiente a la fecha de la petición, y ello al margen de que antes se le hubiese denegado o extinguido mediante resolución firme en vía judicial o administrativa por no cumplirse el requisito relativo a la carencia de rentas, si bien se deberá acreditar que se cumple este requisito en el momento de la solicitud y que se ha cumplido desde el momento del hecho causante, o que se ha incumplido durante menos de 12 meses, puesto que si no fuese así el subsidio se consideraría extinguido; además, han de cumplirse el resto de los requisitos exigidos por la LGSS. Teniendo en cuenta el citado Dictamen, las Direcciones Provinciales del SEPE han dictado una serie de “Instrucciones provisionales sobre la incidencia de la Sentencia del TC 61/2018, de 7 de junio de 2018” (<http://www.sepe.es/contenidos/personas/prestaciones/pdf/F06003.pdf>) en las

que se parte de la aplicación a los solicitantes del requisito de carencia de rentas los solicitantes cumplen el requisito de carencia de rentas de forma individualizada, con independencia de que tengan o no cónyuge y/o hijos menores de 26 años, o mayores incapacitados o menores acogidos; en concreto, para las solicitudes presentadas a partir del 7 de julio o que estuvieran pendientes de resolver en dicha fecha. En todo caso, no es posible solicitar la recuperación del subsidio con efectos retroactivos, ni exigir las cantidades que se hubieran devengado si se hubiera aplicado el citado requisito de carencia de rentas, pero sí es posible solicitar la prestación de nuevo y en el caso de cumplirse los requisitos ser beneficiarios de la misma.

2.3. La cotización previa y el cumplimiento de los requisitos de acceso a la pensión de jubilación

Pero no basta con cumplir los requisitos en cuanto a edad y carencia de recursos, en los términos señalados, sino que, además, es preciso que los posibles beneficiarios hayan trabajado y cotizado previamente. Es decir, el acceso a este subsidio está supeditado al cumplimiento de determinadas condiciones que le otorgan un carácter contributivo. De modo que, teniendo también en cuenta su corte asistencial, que, como se ha indicado se pone de manifiesto en el requisito de carencia de recursos, el TS ha señalado que este subsidio “no es una prestación pura y estrictamente asistencial, sino que tiene una naturaleza híbrida entre asistencial y contributiva que rebasa ampliamente los límites de una mera asistencia social. El carácter contributivo del mismo aparece sobre todo en la exigencia de que el interesado ha de tener cubierto un número de años de cotización previa, entre otros requisitos” (SSTS (Sala de lo Social) de 12 diciembre 2000, RJ 2001, 810; de 23 de mayo de 2003, RJ 2003, 5866; de 28 de octubre de 2009, RJ 2010, 67). En concreto, al posible beneficiario se le exige un periodo mínimo de cotización por desempleo de 6 años a lo largo de su vida laboral, un requisito que se introdujo por el RDL 3/1989, de modo que, aunque, como se ha señalado, se redujo la edad de 55 a 52 años, y, por tanto, se amplió el círculo de posibles beneficiarios, en realidad la mejora que esto supuso se vio limitada por el hecho de introducir este nuevo requisito. Además, junto a lo anterior, el posible beneficiario al que se viene haciendo referencia debe acreditar que, en el momento en el que solicita el subsidio, reúne todos los requisitos, excepto la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el sistema de Seguridad Social (art. 274.4 LGSS). Por tanto, si no se reúnen estos requisitos no podrá acceder a este subsidio.

En este sentido, cabe señalar que el legislador “de forma específica enfatiza y destaca que ese requisito afecta al acceso a “cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación”” (STS (Sala de lo Social) de 19 de abril de 2018 (RJ 2018\2024)). Es decir, no se hace referencia única y exclusivamente a la jubilación ordinaria, y, por tanto, a los requisitos, al margen de la edad, que señala el art. 205.1 LGSS, en concreto, estar afiliadas y en alta en dicho Régimen o en situación asimilada a la de alta (al sobrevenir la contingencia o situación protegida), y tener cubierto un periodo mínimo de cotización de 15 años (periodo de carencia genérica), de los cuales, como mínimo, 2 años en los últimos 15 años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho (periodo de carencia específico). También se podrán beneficiar del subsidio quienes, salvo la edad, cumplan los requisitos para acceder a la jubilación anticipada. En el caso de la involuntaria, tal y como señala el art. 207 LGSS, excepto la edad, estar inscrito en las oficinas de empleo como demandante en empleo, al menos, durante un plazo de 6 meses anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación; acreditar un periodo mínimo de cotización efectiva de 33 años; y que el cese en el trabajo haya tenido lugar como consecuencia de una situación de reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral. Mientras que en el de la voluntaria, se exige, de acuerdo con lo establecido en el art. 208 LGSS, al margen de la edad, la acreditación de un periodo mínimo de cotización efectiva de 35 años; y que el importe de la pensión que vaya a percibir sea superior a la cuantía de la pensión mínima que le correspondería por su situación familiar al cumplir 65 años.

Con respecto a lo señalado, hay que tener en cuenta que cabe aplicar la teoría del paréntesis (con respecto a esta, STS de 19 de julio de 2001, RJ 2002, 580) en cuanto al plazo de carencia específica al que se ha hecho referencia, de modo que se aplican interrupciones al plazo considerado cuando existen intervalos en los que no pudo cotizar por razones ajenas a su voluntad, no cuando no exista voluntad continuar en el mundo laboral. Así, no se beneficia de la citada teoría en el caso en el que “en la vida laboral y de ausencia de trabajo del demandante no cabe apreciar esa continuidad de voluntad de permanencia en el mundo del trabajo” (STS (Sala de lo Social) de 15 de enero de 2010, RJ 2010\3092); al contrario que en el supuesto en el que se procede de una situación legal de desempleo y se permanece ininterrumpidamente inscrito como demandante de empleo (STS (Sala de lo Social) de 26 mayo 2009. RJ 2009, 4169). De esta forma, se limita el acceso al subsidio, y se denegará si no reúne los citados requisitos (por ejemplo, STSJ de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 21 de marzo de 2018 (JUR 2018\201628)), al igual que, a sensu contrario, tampoco será reconocido a quienes cumplan los requisitos, también la

edad, para acceder a la jubilación, de acuerdo con lo señalado, incluida la anticipada a la que después se hará referencia; y ello con independencia de la voluntad del posible beneficiario, por lo que se puede acceder a la pensión de jubilación pero no al subsidio (STSJ Asturias (Sala de lo Social), de 23 de enero de 2015, JUR 2015, 41718).

3. Contenido y duración del subsidio

Aunque la cuantía del subsidio, en términos generales, no se ha visto reducida por las distintas modificaciones de su régimen jurídico, lo cierto es que no se puede afirmar que esto haya sucedido en todos los casos ya que el RDL 20/2012 vino a reducir la cuantía del subsidio para aquellos beneficiarios que se encuentran en situación de desempleo por pérdida de un trabajo a tiempo parcial. Así, mientras que en el art. 217.1 RDL 1/1994 se venía estableciendo que la cuantía del subsidio sería igual al 80% del indicador público de rentas de efectos múltiples mensual que estuviera vigente en cada momento, señalando expresamente que en el supuesto de que el beneficiario proviniese de una relación laboral a tiempo parcial también percibiría esta cuantía, en este último caso, tras la reforma operada por el RDL 20/2012, la cuantía del subsidio se ha visto reducida de modo que “se percibirá en proporción a las horas previamente trabajadas”; tal y como en la actualidad se contempla en el art. 278.1 LGSS, con los consiguientes efectos negativos para este colectivo. En este sentido, llama la atención como la DA 18^a de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, modificó el art. 217.1 RDL 1/1994, en el que precisamente se aplicaba ese criterio de proporcionalidad, tratando de evitar los efectos discriminatorios, sobre todo si se considera que el trabajo a tiempo parcial que predomina es el femenino, y, cómo, en la actualidad, se retoma ese criterio; lo que puede suponer una reducción del gasto por parte del Estado, si bien carece de justificación si se tiene en cuenta el carácter de este subsidio. Desde este punto de vista, lo más acertado sería suprimir ese criterio de proporcionalidad.

Junto a lo anterior, hay que tener en cuenta que la entidad gestora cotizará por la contingencia de jubilación durante la percepción de este subsidio, y esta cotización tendrá efecto para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y del porcentaje aplicable a la citada base, sin que esta cotización tenga eficacia a efectos de poder acreditar el periodo mínimo exigido para acceder a cualquier tipo de prestación contributiva (art. 280.1 LGSS). De este modo, se reconocerá el derecho al subsidio cuando los posibles beneficiarios “reúnan en aquel momento “todos” los

requisitos para acceder a “cualquier tipo” de jubilación contributiva “en el sistema de Seguridad Social”, imponiendo a la entidad gestora del desempleo la obligación de cotizar por la contingencia de jubilación a los únicos efectos del cálculo de la base reguladora y el porcentaje de la pensión de jubilación, pero sin que tales cotizaciones tengan eficacia para acreditar el periodo mínimo de cotización exigido” (STS (Sala de lo Social), de 19 abril de 2018, RJ 2018, 2024). Pues bien, lo cierto es que, aunque esa obligación sigue vigente en la actualidad, el RDL 20/2012 redujo la base de cotización pasando de un 125% del tope mínimo vigente en cada momento a un 100% de dicho tope (artículo 280.3 TRLGSS); reducción que, sin duda, tiene consecuencias negativas con respecto a la cuantía de la pensión de jubilación que en el futuro pueda percibir la persona beneficiaria del subsidio de desempleo. Es cierto que el beneficiario puede tratar de evitar la reducción de sus bases de cotización, y, con ello, de la base reguladora de la futura pensión de jubilación, con la suscripción de un convenio especial, aunque a su cargo; salvo en el caso previsto en el art. 51.9 ET, para los procedimientos de despidos colectivos, en que el empresario tendrá “la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial”.

Otro de los aspectos que ha sido objeto de modificación es su duración. En concreto, tras la reforma operada por el RDL 20/2012, ya no es posible percibir este subsidio en todos los supuestos hasta que el beneficiario “alcance la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación”, como venía sucediendo (art. 216.3 RDL 1/1994 antes de su modificación por el RDL 20/2012), sino hasta el momento en el que “alcance la edad que le permita acceder a la pensión contributiva de jubilación, en cualquiera de sus modalidades” (tal y como se contempla en el vigente art. 277.3 LGSS). Esto implica que la duración del subsidio ya no se prolongará en todo caso hasta que el beneficiario cumpla los requisitos para acceder a la jubilación ordinaria a los que hace referencia el art. 205.1 de la LGSS, es decir, junto a los señalados, haber cumplido 67 años, edad que se reduce a 65 años cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización. En el caso de la jubilación anticipada se toma como referencia la edad prevista para acceder a la jubilación ordinaria y se establece para la involuntaria, tal y como señala el art. 207.1 LGSS, que la edad debe ser inferior en cuatro años, como máximo a aquella, mientras que para la voluntaria se reduce, ya que se indica en el art. 208.1 a) LGSS que debe ser, como máximo, inferior a dos años. En este sentido, hay que tener en cuenta con respecto a la edad de jubilación y el periodo de cotización al que hace referencia el art. 205.1 a) LGSS, que la DT 7ª LGSS contempla una aplicación gradual. En concreto, en el año 2018 se establece un periodo de cotización de 36 años y 6 meses o más, para poder

acceder a la jubilación a la edad de 65 años, si el periodo de cotización es inferior al señalado la edad se incrementa hasta los 65 años y 6 meses. Mientras que en el año 2019 el periodo de cotización se incrementa en tres meses más y esta última edad en dos meses.

Ahora bien, el beneficiario puede cumplir los requisitos previstos para acceder a la jubilación anticipada voluntaria o involuntaria, por lo que se verá extinguido su subsidio para mayores de 55 años, y, además, la cuantía de la pensión se verá reducida por la aplicación de coeficientes reductores (arts. 207.2 y 208.2 de la LGSS). Unos coeficientes que son más elevados en el caso en el que el trabajador cumpla los requisitos para acceder a la jubilación anticipada voluntaria. Sin embargo, en el caso en el que no cumpla los requisitos para poder tener derecho a la citada pensión de jubilación anticipada, el beneficiario seguirá percibiendo el subsidio hasta que alcance la edad de jubilación ordinaria y acceda a la correspondiente pensión de jubilación. Podría considerarse que el trabajador puede esperar a cumplir la edad de jubilación ordinaria en lugar de acceder a la jubilación anticipada voluntaria y así evitar que se le apliquen los coeficientes reductores, pero hay que tener en cuenta la situación en la que se va a encontrar hasta que pueda acceder a aquella ya que dejará de percibir el subsidio de desempleo y, además, la entidad gestora no cotizará por la contingencia, lo que incidirá de manera negativa en el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación. Es cierto que podría suscribir un convenio especial, pero hay que tener en cuenta, como se ha señalado, que sería a su cargo, por lo que se puede ver forzado a pasar a cobrar una pensión de jubilación a la que se le aplican los coeficientes reductores.

Esto habitualmente se producirá en los casos en los que el trabajador tenga cubierto un periodo de cotización muy amplio, teniendo en cuenta los requisitos exigidos, y será el que finalmente vea reducida la cuantía de su pensión de jubilación, mientras que en los supuestos en los que el periodo de cotización sea más reducido podrá seguir percibiendo el subsidio, con la correspondiente cotización a la que se ha hecho referencia, como se ha señalado, hasta que cumpla la edad de jubilación para acceder a la pensión de jubilación ordinaria. De esta forma el trabajador que ha cotizado durante un periodo más reducido no verá disminuida la cuantía de su pensión ya que no se le aplicará ningún coeficiente reductor; no obstante, sí se verá afectado, como se ha indicado, por la reducción de la base de cotización (art. 280.3 LGSS) y por las consecuencias negativas que conlleva en cuanto a la citada cuantía (VICENTE PALACIO, A., p. 64).

4. Valoraciones finales

Las sucesivas modificaciones de los requisitos de acceso al subsidio han restringido el colectivo de beneficiarios del mismo. Así, en la práctica, se puede constatar cómo la limitación en cuanto a los posibles beneficiarios por el endurecimiento de distintos requisitos de acceso y la necesidad de su mantenimiento durante el periodo de disfrute del subsidio, como ocurre, en concreto, con el relativo a la carencia de rentas, ha determinado el empobreciendo en mayor medida de los trabajadores al excluirles del derecho a acceder a este subsidio; muchos de ellos han quedado desprotegidos, en algunos casos hasta el punto de llegar a la situación de no tener ningún tipo de ingresos, por haber agotado incluso la renta activa de inserción y no cumplir tampoco los requisitos para acceder a las rentas mínimas de inserción de las Comunidades Autónomas. Es cierto que de ese modo se ha conseguido reducir el gasto por parte del Estado en materia de prestaciones, pero también lo es que no se han tenido en cuenta las necesidades de los posibles beneficiarios, ni la situación en la que quedan los que no pueden acceder al mismo, sobre todo si se consideran las enormes dificultades que tienen para reinsertarse en el mercado de trabajo. Una situación que se ha visto en cierto modo paliada tras el pronunciamiento del TC al que se ha hecho referencia, ya que, como se ha podido comprobar, se facilita el acceso a este subsidio, aunque no es posible recuperar el subsidio con efectos retroactivos, ni exigir las cantidades que se hubieran devengado si se hubiera aplicado el requisito de carencia de rentas de forma individualizada, con los efectos negativos que conlleva.

Es más, las consecuencias negativas para los posibles beneficiarios, como se ha constatado no solo se derivan del endurecimiento en cuanto a los requisitos de acceso, sino también de las modificaciones de aspectos tales como el contenido del subsidio y su duración. De hecho si se relacionan unas y otras modificaciones se puede comprobar cómo los efectos negativos se proyectan más allá de la posibilidad o no de percibir el subsidio. Así, aunque es cierto que se sigue manteniendo la cotización por parte de la entidad gestora, con la reducción señalada, lo más relevante es que si los posibles beneficiarios no acceden al subsidio, no existirá cotización por jubilación, con la consiguiente desprotección de estos desempleados, con las consecuencias que conlleva en cuanto en el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y su consiguiente minoración, incluso después de haber cotizado durante una amplia vida laboral.

En definitiva, sería necesario flexibilizar los requisitos de acceso a este subsidio, más allá de considerar única y exclusivamente el cómputo individual de las rentas. En concreto, se podría partir de la regulación establecida al respecto antes de introducir las modificaciones previstas en el RDL 20/2012 y en el RDL 5/2013, y, por tanto, reducir la edad de acceso situándola en 52 años en los mismos términos en los que se contemplaba; restablecer la regla del cómputo de rentas que se modificó; suprimir el criterio de proporcionalidad en cuanto a la cantidad que perciben los desempleados que han sido trabajadores a tiempo parcial; e introducir un cambio en su contenido, de modo que se tome como base de cotización el 125% del tope mínimo de cotización vigente en cada momento, así como en cuanto a su duración, permitiendo que se perciba el subsidio hasta que el trabajador cumpla la edad de jubilación ordinaria, y evitando la jubilación forzosa para este colectivo para impedir las consecuencias negativas que conlleva en cuanto a la pensión de jubilación. E incluso ir más allá e incrementar la propia cuantía del subsidio hasta alcanzar el 100% del indicador público de rentas de efectos múltiples mensual vigente en cada momento, mejorando de esta forma la protección de este colectivo de desempleados.

Bibliografía

ALARCÓN CARACUEL, M.R. Y GONZÁLEZ ORTEGA, S. (1991). Compendio de Seguridad Social, Madrid, Tecnos.

BLÁZQUEZ AGUDO, E. (2016). Protección por desempleo. Los distintos niveles complementarios y sucesivos, Lisboa, Editorial Juruá.

CRESPO PÉREZ, M.A. (2003). “El subsidio de desempleo para mayores de 52 años y la acción protectora de la Seguridad Social”, en Foro de Seguridad Social, nº 10, pp. 88-105.

ESTEBAN LEGARRETA, R. y GALA DURÁN, C. (2016). El retroceso en la protección social de los trabajadores de edad en materia de desempleo y jubilación, en Anuario IET de trabajo y relaciones laborales, Vol. 3, pp. 25-39.

SECRETARÍA DE PROTECCIÓN SOCIAL Y POLÍTICAS PÚBLICAS, CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS (2016) I Trimestre 2016: Mercado de trabajo y protección por desempleo, El programa de activación para el empleo y la protección por desempleo de los mayores de 52 años, en Colección Informes, nº 121, pp.1-42.

UGT. GABINETE TÉCNICO CONFEDERAL (2018). Mayores de 55 años en el mercado de trabajo español. Una década de pérdidas. En la red: http://www.ugt.es/sites/default/files/20180420_informe_mayores_55_anos_vf.pdf (abril 2018).

VICENTE PALACIO, A. (2014). “Tránsitos y conexiones entre el empleo y la seguridad social: especial referencia al subsidio de desempleo para mayores de 55 años”, en Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales, nº 30, pp. 53-77.