

La promoción del autoempleo a través de la protección por desempleo

Promoting self-employment through unemployment protection

FERNANDO MORENO DE VEGA Y LOMO

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

Resumen

A tenor de la actual tasa de desempleo y del giro de las políticas en favor de la promoción de la actividad autónoma, este trabajo aborda tanto el régimen jurídico como el ciclo vital de una prerrogativa que a ciencia cierta actúa como relación causa y efecto entre sendas realidades, léase la opción de compatibilizar tutela pública y una nueva actividad profesional o, en su caso, suspender la primera durante cierto tiempo como medida de gracia para el impulso de la segunda. No obstante y a pesar de los esfuerzos del legislador, los resultados no acompañan y, en consecuencia, alientan el debate sobre lo inadecuado del modelo de protección por desempleo.

Abstract

Given the current unemployment rate and the turn to policies promoting self-employment, this study addresses both the legal regulations and the life cycle of a prerogative that acts as a cause and effect relation between these two situations, that is, the option of harmonizing public protection for unemployment and a new professional activity, or, where appropriate, discontinuing the former for a certain time as a measure to foster the latter. However, and despite the efforts of the legislator, the results are not good, and as a result, raise the debate about the inadequacy of the unemployment protection model.

Palabras clave

Sistema de Seguridad Social; Régimen General de la Seguridad Social; prestación contributiva de desempleo; dinámica de la prestación; fomento del trabajo autónomo

Keywords

Social Security system; General Scheme Social Security; contributory unemployment benefits; dynamics of benefit; promotion of self-employment

1. INTRODUCCIÓN

Está demostrado; la vertiginosa tasa de desempleo en España ofrece carta de naturaleza a un problema alarmantemente consolidado: el alto nivel de paro en sí mismo y, en el marco del porcentaje de ocupación, la apabullante variable de temporalidad. Que acontecimientos de fuerza mayor como la gran crisis económica que desde 2008 se ceba en el globo han causado estragos resulta innegable, pero no deviene menos cierto el reconocer que bastante tiempo antes se transparentaban señales de inquietantes deficiencias a nivel estructural que alimentaban, en términos peyorativos, la patología del paro; con talante orientativo, la indefinición en el catálogo de servicios a cubrir por el Servicio Público de Empleo o la desidia en la reforma de las modalidades de contratación laboral (perspectiva material), la desatención a colectivos en situación de exclusión social (perspectiva subjetiva) o la creciente problemática en cuanto al régimen de descentralización territorial de competencias en favor de las Comunidades Autónomas (perspectiva geográfica y funcional)¹.

¹ OJEDA AVILÉS, A.: “Las políticas activas de empleo en España”; en VVAA, *La protección por desempleo en España*, Laborum, 2015, páginas 66 y siguientes.

Tomando como referencia de tiempo originaria la transición desde la dictadura franquista a la democracia constitucional, se abre un nuevo periodo de reajuste político social y, especialmente, de sufrimiento económico que, en materia de política de empleo y contratación, viene a sufragar una vidriosa componenda: el fomento de la contratación temporal *coyuntural*, interpretado este calificativo no tanto desde una posible formalidad en cuanto a su carácter temporal sino más bien *sin causa*, pues el objetivo último era el de crear empleo a cualquier precio. Desde este preciso instante y a pesar de los esfuerzos del legislador de 1994 por tratar de revertir esta tendencia (contratación a tiempo parcial, ruptura del monopolio público en labores de contratación, etc.), el incremento de la precariedad en el trabajo dependiente se ha convertido en una constante entrelazada al continuo descenso de la contratación laboral indefinida, involución progresiva y permanente que, a la postre, viene siendo materializada en una tasa de desempleo total que, salvo puntuales picos de oscilación, permanece anclada desde hace años en variables superiores al 20 por cien.

Así las cosas y desde una perspectiva contemporánea, en el horizonte de la lucha contra este mal endémico que encarna, en pleno siglo XXI, el trabajo temporal, la primera gran composición de lugar y tiempo viene mediatizada por la práctica imposibilidad de crear más y mejores puestos de trabajo por cuenta ajena y carácter indefinido, circunstancia que obliga a la política de empleo a cambiar la dirección del viento. Actualmente, se promueven el emprendimiento, la autonomía y el interés por cuenta propia como fundamento no sólo de una visión profesional cercana a corto o medio plazo sino también, directamente, de la más rabiosa actualidad²; han sido varias las manifestaciones normativas que, tanto de un modo directo como colateral, han postulado un favorecimiento activo de este formato de actividad profesional y entre las que se encuentra, acaso como el principal exponente, la Ley 20/2007, de 11 de julio, que da vida al *Estatuto Básico del Trabajador Autónomo* (en adelante *EBTA*). Esta expresión legislativa se ha visto acompañada por otras cosechas originadas en el trienio 2011-2013 y que no vienen sino a ratificar la idea de que el trabajo autónomo es sinónimo de opción para la ocupación profesional del ser humano.

Con todo y con ello, es preceptivo subrayar en el ánimo del detalle que en este nuevo escenario social parece claro que la idea nuclear ha de quedar institucionalizada en la promoción *pasiva* del trabajo autónomo; ello es sinónimo de afirmar que trata de relanzarse el mismo, entre otras posibilidades, desde la tesitura, más concretamente la ayuda, que representa el disfrute, con carácter previo, de una prestación contributiva por causa de desempleo *ex* artículos 266 y siguientes del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba la más reciente versión del *Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social*³ (en adelante, *TRLGSS*). En este orden de cosas y en aquello que podríamos denominar el *tripartito* de la figura legal, destacan en particular tres vías operativas y tres patrones

² La presentación por separado de estos tres sustantivos, sin lugar a dudas que no resulta baladí. Representantes de la doctrina se afanan en recalcar que no nos hallamos ante términos sinónimos por cuanto, dese un punto de vista material, el *emprendimiento* se refiere a una actividad mientras la *autonomía* hace referencia al modo, o uno de los modos, a través de los cuales se pone en ejercicio la mencionada labor (ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: “La protección por desempleo como palanca hacia el emprendimiento”; en VVAA, *La protección por desempleo en España*, página 566); asimismo y desde una dimensión de exégesis espiritual, mientras el emprendedor es un *entusiasta*, el autónomo es un *sufridor* (CHARRO BAENA, P.: “Las nuevas fórmulas de contratación laboral que fomentan el emprendimiento de los jóvenes, a examen”; en VVAA, *La protección por desempleo en España*, página 107).

³ BOE de 31 de octubre de 2015.

normativo-temporales cuya analítica de desarrollo, obviamente, habrá de informar el grueso de este trabajo; por el momento, baste con su presentación:

En lo que concierne, en primer término, a las premisas de actuación, la construcción legal ofrece las siguientes:

1ª. La opción de hacer compatibles, durante un específico segmento temporal, la tutela de naturaleza prestacional y la tarea por cuenta propia⁴.

2ª. La suspensión de la prestación contributiva, igualmente durante cierto tiempo, como consecuencia de la puesta en marcha de una actividad autónoma⁵.

3ª. El derecho de opción entre la nueva prestación por desempleo que se haya podido generar gracias a la cotización por una segunda actividad y el régimen originario de tutela, hasta cierto momento en suspenso pero ahora ya extinto.

En aquello que concierne, en segundo término, al proceder legislativo que el juego de estos elementos oferta con el discurrir del tiempo:

1. La Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de *medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad*⁶, la cual promueve directamente y a través de su exposición de motivos el *facilitar opciones de empleo para todas las personas que deseen incorporarse al mercado de trabajo*.
2. La Ley 11/2013, de 26 de julio, de *medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo*⁷. Su principal apuesta, la atención a la política de fomento del autoempleo, con especial llamamiento a uno de esos sectores particularmente desfavorecidos en cuanto al acceso al campo profesional como es el de los jóvenes.
3. La Ley 31/2015, de 9 de septiembre⁸, a día de hoy la última de las manifestaciones de reforma, seguramente y con prontitud la penúltima, pensadas para la promoción del trabajo autónomo y que, sin grandes novedades *ex novo* en la temática objeto de tratamiento, supone una veloz reforma de reformas al incidir directamente sobre los contenidos aportados por la precedente Ley 11/2013.

En suma, el efecto perverso de la contemporánea realidad social, base al fin y al cabo para la ulterior creación jurídica que representa el Derecho, con mayúscula, provoca una mutación en la hasta ahora clásica política de empleo inherente al Derecho del Trabajo para que sus tornas giren en favor de aquello que, otrora, era considerado un territorio cuanto menos grisáceo: el trabajo autónomo. Además, su promoción no actúa tanto por la proclamación de un modelo propio, novedoso, sino a través del estímulo indirecto que enarbola la tutela por causa de desempleo en el Régimen General de la Seguridad Social, y es que tal no sólo simboliza una cobertura económica sustitutiva de un salario que se deja de percibir sino también, casi con mayor importancia en la interpretación del espíritu de la ley desde hace

⁴ Artículo 33 EBTA (introducido mediante artículo primero, apartado ocho, de la Ley 31/2015).

⁵ Artículo 271.1.d) TRLGSS.

⁶ BOE de 13 de diciembre de 2002.

⁷ BOE de 27 de julio de 2013.

⁸ BOE de 10 de septiembre de 2015.

algunos lustros, un exponente de motivación para fomentar una pronta reincorporación al mercado productivo⁹. Pues bien y de manera concordante con esta aseveración, la opción legal de compatibilizar prestación contributiva por desempleo y activación de una labor, quizá autónoma o acaso dependiente, así como de suspender, no extinguir, el disfrute de la primera durante cierto tiempo por efecto operativo de la segunda, ofrece carta de naturaleza a uno de los principales baluartes de este gran objetivo del fomento de la ocupación profesional, particularmente en lo que al trabajo por cuenta propia atiende.

Claro es, en el otro platillo de la balanza ejerce su peso el interrogante en torno a si convergen en la *praxis* los resultados que dogmática y originariamente se ansían. Qué duda cabe, hacer reformas jurídicas es relativamente fácil, lo difícil, y por tanto aquello que ha de resultar lo verdaderamente valorable, es que germinen los frutos apetecidos.

Este planteamiento argumental así como la interpretación finalista en términos de eficacia, modela la esencia que pretende fundamentar la presente reflexión en torno a desempleo y productividad, la cual necesariamente se ha de sustentar, en primer lugar, sobre la exégesis de los presupuestos que construyen la prerrogativa jurídica para así dar paso, en segundo término, a un repaso en el tiempo del caminar que la misma, metafóricamente, va hollando.

2. LOS PRESUPUESTOS CAUSALES

Si recurriésemos a un símil deportivo, las propuestas de integración que cabe esperar entre prestación contributiva y actividad profesional ulterior, léase compatibilización, suspensión u opción, conforman las reglas del juego; ahora bien, de nada sirven las susodichas sin la intervención de unos deportistas que, mediante su puesta en práctica, cumplan *in fine* el espíritu causal de su misma actividad. A los efectos del presente estudio, nuestros interesados, en suma, nuestros deportistas, son tanto el factor trabajo como el elemento temporal, los cuales, en consecuencia, son merecedores de un estudio con el necesario grado de especificidad.

2.1. La modalidad de trabajo

La regla básica de partida en la historia inmediatamente anterior a la reforma por desempleo obrada en 2002, informa que la abstracción del sustantivo *trabajo* que venía empleando el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1994 parece declinar en favor de su equivalencia a *trabajo por cuenta ajena*, pues únicamente éste y más concretamente su extinción, conforme ciertos parámetros legales, daba lugar a tutela contributiva por causa de desempleo. De manera complementaria, esta tesis se habría de ver al tiempo amparada por la opción legislativa contemplada en el artículo 210.3 del recién mencionado Texto Refundido que posibilita, finalizada la segunda actividad, un derecho de opción entre reabrir la prestación, hasta ahora en suspenso pero ya extinta, o iniciar el disfrute, en sentido originario, de aquella otra cuya titularidad se haya podido generar con la nueva labor, labor en consecuencia y, como condición inexcusable, de talante subordinado.

⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “La revisión de la reforma de la protección del desempleo en la Ley 45/2002”, *Relaciones Laborales*, 2003, 4, y VALDÉS DAL-RE, F.: “Las tendencias de contractualización en el sistema español de protección social”, *Revista de Derecho Social*, 2002, 20.

Tomando como referencia interpretativa la doctrina emanada de los Tribunales de Justicia, cabe arribar a una conclusión semejante. En primer término y respecto a la modalidad de trabajo, su opción se decanta porque sólo desencadene la extinción de la prestación, generándose el correlativo derecho de opción, el trabajo por cuenta ajena, en tanto aquel otro protagonizado por cuenta propia suponga una mera suspensión; lo contrario, derivan, desencadenaría una discriminación favorecedora de la pasividad laboral por cuanto parece no apoyarse a quien intenta abandonar su situación de desempleo comenzando una actividad en régimen de dependencia¹⁰ y al tiempo, mediante interpretación extensiva del anteriormente mencionado postulado jurisprudencial, si el trabajo autónomo sólo implica una paralización temporal, será imposible hablar de un poder en pro de una elección mientras el mismo siga vinculado a la vicisitud extintiva, no así a la de carácter meramente suspensivo.

Pues bien y a pesar de la enjundia innegable de estos argumentos, con todo y con ello es lo cierto que, en la *praxis*, hubo un momento en que vino imperando la posición contraria, esto es, considerar que también el trabajo por cuenta propia conlleva el fin de la tutela del desempleo y, por ende, debe ser tolerado como puente para un futurible derecho de opción, una tendencia que con el lógico transcurso del tiempo se fue asentando particularmente desde el punto de vista jurisprudencial, al ser el propio Tribunal Supremo quien unifica doctrina en pos de lo que coloquialmente habría de considerarse un *hacer la vista gorda* a la regla general antes presentada e incluir también, de este modo, la funcionalidad del trabajo autónomo¹¹.

Olvidando por un instante la notoriedad de la fuente complementaria del ordenamiento jurídico, obvio deviene el traer a colación que esta tesitura se ha estabilizado atendiendo a la nueva composición que oferta la fuente principal del mismo, léase la ley. Ciertamente, no nos hallamos ante una mutación de la misma pero sí frente a una novedosa previsión de enfoque suplementario que, obviamente, cercena el privilegio de la exclusividad que en la regulación hasta el momento vigente venía ostentando el trabajo subordinado. Efectivamente, desde hace una década en términos aproximados y con fijación normativa de orden preferente en el *EBTA*, cristaliza en nuestro sistema una pretendida ordenación de cobertura en favor de la extinción de un trabajo por cuenta propia; la así concebida y conceptuada como *prestación por cese de actividad*¹². Sin entrar a desmenuzar su régimen jurídico así como la eficacia que de la misma cabe esperar, baste a los efectos de nuestro estudio el demandar, en origen, un tratamiento paralelo, pues si en el espacio de la actividad en régimen de dependencia la causa que aminora los efectos desmotivadores de una extinción es la generación de una nueva prestación por desempleo contributivo, reclámese idéntico tratamiento en favor del autónomo ahora que éstos también se encuadran en el círculo causal de la protección por inactividad forzosa, no genérica. Ahora bien, sea

¹⁰ A modo de ejemplo, *vid.*, STSJ de Murcia de 21 de octubre de 1993 (RJ. 4439), fundamento jurídico segundo o STSJ de Andalucía –Sevilla– de 1 de julio de 1994 (RJ. 3105), fundamento jurídico primero. Desde la perspectiva de las tesis doctrinales, “se trata, por tanto, de una extinción condicionada a que se genere un nuevo derecho, pues en otro caso es simple suspensión tras esos periodos accidentales del mercado de trabajo” (LÓPEZ GANDÍA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las prestaciones por desempleo”, *Relaciones Laborales*, 1985-II, página 404); *vid.*, también, CABEZA PEREIRO, J.: “La realización de un trabajo de duración igual o superior a doce meses como causa de extinción de la prestación y del subsidio por desempleo”, *Documentación Laboral*, 50, página 72.

¹¹ STS de 18 de marzo de 1998 (RJ. 3000), fundamento jurídico octavo.

¹² Artículos 327 y siguientes TRLGSS. Puede consultarse una pluralidad de aportaciones doctrinales recientes sobre la materia en VVAA, *La protección por desempleo en España*.

ello demandable únicamente desde 2007 por influjo de dicha norma, no en consecuencia en el periodo anterior, por motivos obvios y, sobre todo de componenda jurídico legal.

Ciertamente, el presente razonamiento sobre modalidad de trabajo toma como base la imprecisión en la exégesis de los conceptos *trabajo* y *Seguridad Social* aplicables al caso y, en consecuencia, creo que es preceptivo aclarar de manera suficiente los términos de la controversia. No hay censura en entender aquello que pudieran ser concebidas como las líneas directas de actuación, esto es, si hay trabajo por cuenta ajena en el régimen de Seguridad Social que contempla desempleo, no hay problema en la viabilidad de la prerrogativa; si hay actividad por cuenta propia en una estructura que no alberga desempleo, idéntica contundencia pero para llegar a la tesis contraria, esto es, su prohibición; ahora bien, aspecto radicalmente distinto materializa aquel otro que pudiéramos identificar como líneas cruzadas de actuación o, planteado en otros términos, ¿qué habrá de ocurrir en aquellos supuestos en los que hay trabajo por cuenta ajena en un régimen o sistema que no contempla desempleo como lo es, por ejemplo, el de los empleados de hogar? Acaso formulado en otros términos, qué se supone ha de tener más peso, ¿la modalidad actuarial en términos jurídicos laborales o su cobertura complementaria mediante Seguridad Social?

2.2. El factor tiempo

Las dudas que ha venido generando la interpretación del factor trabajo, hacen que la discusión termine inclinándose inexorablemente en favor de la exégesis del presupuesto temporal. Como punto de partida una idea que, aunque nade en los dictados de una cierta lógica, presenta a mi particular entender una importancia extraordinaria: si a menudo es complicado determinar con precisión cuándo un trabajo ha finalizado al efecto de poder afirmar que su hasta ahora titular entra en situación legal de desempleo, la prerrogativa que es objeto de estudio otorga un plus de dificultad en el abordaje de la controversia por cuanto no ha de ser uno sino dos los trabajos que finalicen, dando lugar con ello a ese potencial derecho de opción.

En la génesis de la temática, dos son los planteamientos a tratar: en primer lugar, justificar la exigencia de una determinación duración en la nueva tarea como frontera entre las vicisitudes suspensiva y extintiva de la prestación y, en segundo término, si ha de ser necesariamente una labor de tracto sucesivo o si, complementariamente, también una yuxtaposición de actividades en modo fijo-discontinuo puede habilitar la consecuencia jurídica.

2.2.1. El cuánto de la duración

Si tomamos como punto de partida material el trabajo por cuenta ajena, la extensión sobre un periodo de 12 meses como límite de la suspensión *versus* extinción pudiere tener como sentido el que éste es el periodo mínimo de cotización legalmente exigible para adquirir el derecho a una nueva prestación contributiva por desempleo y, por ende, una alternancia en términos de elección. Sin embargo y por aquello que respecta al trabajo autónomo, el duplicar tal presupuesto temporal parece tener como fin último la incentivación del mismo, lo cual resulta aplicable tanto en la época en la que no era viable una tutela por cese de actividad en favor del autónomo como en aquella otra en la que se ofrece carta de naturaleza a la misma, dadas sus evidentes carencias. Analicemos con detalle sendas prerrogativas.

En lo que atiene a la extensión temporal en referencia al trabajo en régimen de dependencia, a mi modo de entender esta tesis no es exacta. Es un dato cierto el que tanto el nacimiento como especialmente la duración de la prestación protectora están en función de la ocupación cotizada durante un concreto espacio temporal inmediatamente anterior al hecho causante; en este orden de cosas, el artículo 210.1 TRLGSS de 1994 consagra que el enclave mínimo de contribución para el beneficio de la protección es de 360 días, un límite muy cercano al año pero no equivalente, de tal manera que es absolutamente necesario diferenciar entre periodos, y particularmente en referencia al periodo legalmente exigido, para poder hablar de extinción de la prestación o, en su caso, articulación de una nueva. A tenor de estos presupuestos me parece incongruente la redacción del artículo 213.1.d) TRLGSS de 1994 en orden a condicionar un posible derecho de opción conforme a lo previsto en el artículo 210.3 de idéntica norma¹³ cuando se haya cumplido la premisa mayor de extinguir la prestación por desempleo, que hasta ahora permanecía suspendida, por efecto del desarrollo de una actividad cuyo transcurso es igual o superior a doce meses, y ello porque el referido poder de elección, en estricta interpretación del inciso legal aludido, queda supeditado única y exclusivamente a la titularidad de una nueva prestación por desempleo, requisito que adquiere carta de naturaleza con la cotización mínima que prescribe el apartado primero de este mismo precepto¹⁴. La consecuencia, entonces, se refleja en que queda en el aire un intervalo de 5 ó 6 días, dependiendo del carácter bisesto, o no, del año en cuestión, en el que sería factible el trámite electivo sin necesidad de que la anterior prestación haya finalizado.

Por lo que concierne, en segundo lugar, a la extensión de 24 meses respecto del trabajo autónomo, supone sin duda el dato más llamativo al que el lector se enfrenta en el primer acercamiento al nuevo texto del artículo 213.1.d) TRLGSS de 1994. Realmente, la reflexión en torno a los motivos que han conducido al legislador a plasmar esta modificación sugiere numerosas opiniones para el debate, sin embargo y aunque sin duda no parece fácil llegar a un epílogo claro y contundente, habría dos justificantes para sustentar esta reforma:

En primer lugar, confirmar un dato cual es la imposibilidad de vincular la duración de la segunda actividad con el paréntesis mínimo de cotización exigible como *conditio sine que non* para una nueva prestación de desempleo. Si ya antes de la transformación legislativa esta premisa era poco menos que inaceptable al no generar el trabajo autónomo derecho a tutela frente a esta contingencia, ahora queda fuera de toda duda al desconectarse con total nitidez los enclaves de tiempo impuestos para un aspecto y el otro.

En segundo término y a buen seguro como la más interesante y por ello conscientemente reservada para el final, la ratificación de que todas aquellas tareas que rebasen las fronteras de tiempo estipuladas en el artículo 213.1.d) TRLGSS de 1994 y hayan venido siendo encuadradas en regímenes de Seguridad Social que no instituyen tutela por desempleo, no implicarán suspensión sino extinción de la prestación en cuestión.

¹³ A juicio de ciertos autores, cabría la posibilidad de considerar la interpretación del artículo 210.3 como independiente de la del artículo 213, pues no la necesita para existir (RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: “La reforma del desempleo desde una óptica jurisprudencial”; en VVAA, *Desempleo: XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2004).

¹⁴ En similar línea interpretativa, CABEZA PEREIRO, J.: “La realización de un trabajo de duración igual o superior a doce meses como causa de extinción de la prestación y del subsidio por desempleo”, pág.75.

En opinión personal y sin dejar de reconocer un cierto sentido a estas argumentaciones, más bien me inclino por pensar y en base a ello afirmar que, quizá, lo único que habría de latir en el sentir del legislador es una suerte de compensación al permitir un ciclo vital superior a todas aquellas actividades que exigen en su puesta en marcha una importante dotación presupuestaria, de tal manera que dicho retraso viniera a hacer más proporcional y con ello mitigar los drásticos efectos de una extinción frente a los más benevolentes de una potencial suspensión. En otras palabras, acaso no esté pensando tanto en el primer término que supondría el aumento de actividades autónomas sino más bien en garantizar que, las ya vigentes, no supongan un quebradero de cabeza económico a sus titulares, pues ese pretendido estado de bienestar es lo que, metafóricamente, permitirá abonar el terreno para la activación de más actividades autónomas.

In fine, me parece que en nada debe sorprender esta conclusión si lo que verdaderamente se persigue es un argumento mucho más de base como la salud financiera del sistema¹⁵; en estricta opinión personal nos hallamos ante un poder jurídicamente tutelado que responde más a un interés económico, de ahorro, en favor de las arcas del sistema que a un trato de mejora hacia el beneficiario de la propia prestación aun cuando, llegado el caso, jueguen a su favor el principio *pro operario* que contemplan tanto el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores¹⁶ como el TRLGSS¹⁷ e incluso la teoría sobre vicios del consentimiento en apoyo del artículo 1265 del Código Civil: un derecho de opción que, por cierto y aunque la ignorancia de la ley no excluye de su cumplimiento, ha de ser informado al potencial interesado por parte de la Administración de la Seguridad Social.

Sea como fuere y desde estas líneas, tampoco está de más el hacer una nueva llamada a favor de una mayor atención por parte del legislador en la redacción de la norma para de alguna manera facilitar el andamiaje jurídico y, ya de paso, el acceso por todos los ciudadanos a la cobertura que el propio sistema parece otorgar¹⁸.

¹⁵ En la misma línea, MOLINA NAVARRETE, C. al afirmar que “(...) el resultado más visible no es una ampliación de la protección sino más bien una reestructuración o redistribución del gasto” [“La contrarreforma del sistema de protección por desempleo”, *Estudios Financieros (Revista de Trabajo y Seguridad Social)*, 2003, 238 página 55].

¹⁶ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (BOE 24 de octubre); artículo 3.5.

¹⁷ Artículo 3.

¹⁸ El ya comentado beneficio que repercutiría sobre la salud financiera de la Seguridad Social, implica pensar, por mente del legislador, que para el sistema es más beneficioso que el sujeto titular decida reanudar la prestación suspendida antes que acogerse a la nueva. Sin embargo, y en mi opinión, este argumento queda en entredicho cuando se toman en cuenta los principales presupuestos formales –y de fondo– que mediatizan tal reanudación: 1) solicitud en los 15 días siguientes a la extinción del segundo trabajo so pena de entender perdidos los días intermedios si se hace *a posteriori*, 2) considerar reactivado automáticamente el compromiso de actividad salvo supuestos excepcionales y 3) estimar aplicable la misma cuantía económica por efecto de la regla general según la cual, salvo contadas excepciones, no se actualizan las bases reguladoras (RIVAS VALLEJO, P.: “Dinámica de la protección por desempleo: suspensión y extinción de las prestaciones”, *Tribuna Social*, 2003, 150, página 54); a mayor abundamiento, las discusiones que puede generar este último e interesante aspecto vienen ejemplificadas en la STS de 8 de junio de 1994 (RJ. 6313).

En efecto, al hilo del razonamiento y frente a ello, cabría preguntarse: A) ¿por qué condicionar la reanudación a idénticos presupuestos que la petición inicial cuando resulta que la misma ya ha sido solicitada y concedida? (a modo de ejemplo y en idéntica línea interpretativa, la STS de 11 de noviembre de 1996 (RJ. 8417), estima que para la reanudación de una prestación en suspenso no ha de operar el plazo de 15 días para solicitud formal, pues éste queda restringido al nacimiento de la misma, propiamente dicho), B) ¿por qué la entidad gestora se reserva el derecho a prescribir un nuevo compromiso de actividad si la labor puede ser la misma? (téngase en cuenta además que, como señala la doctrina, muchos de estos supuestos en los que cabe tal posibilidad están

2.2.2. El cómo de la duración

En aquello que concierne al segundo planteamiento, en igual medida relacionado con el factor tiempo aunque desde una óptica diferente, se planteaba la duda en torno a qué papel jugaba el desarrollo pretendidamente ininterrumpido, o no, de la actividad en cuestión. A este respecto es lo cierto que, casi como no podía ser de otra manera, tanto la doctrina¹⁹ como la jurisprudencia han preconizado bastantes dudas interpretativas y aunque resulta evidente que cada una de las mismas puede llegar a tener vida propia, la pregunta que llegados a este punto y en aras del factor originalidad debiéramos de formular es la siguiente: ¿es posible, al menos bajo determinados condicionantes, una combinación de ambas?

En contra de aquello que cabría identificar como un posicionamiento fácil y que materializa no otra solución que la de decantarse unilateralmente por alguna de las tesis extremas, creo que en función de cuál haya de ser la tesis que informe cada caso en particular podrían entrar en juego las dos. La gran duda, como resulta lógico deducir, no se centra en la opción de tracto sucesivo sino más bien en lo concerniente a si un cúmulo de prestaciones laborales podría conducir al mismo resultado partiendo del dato que la casuística puede habilitar dos o más actividades asalariadas, con o sin solución de continuidad, u otras tantas entrelazadas de trabajo dependiente y autónomo. Dos grandes posicionamientos a este respecto:

En primer término, si se logra concatenar dos o más tareas asalariadas incluso sin solución de continuidad aunque dentro siempre de los parámetros legales, no habría razones para concretar moderadamente una exclusión del derecho de opción siempre que se haya dispuesto la cuantía suficiente en forma de cotización. He aquí el presupuesto fundamental para oficializar derecho a una nueva prestación por desempleo²⁰.

Ahora bien, si las actividades que se suceden sin solución de continuidad en primera instancia son de distinta naturaleza, léase trabajo por cuenta ajena, autónomo o aquel otro a tiempo parcial y carácter indefinido, conviene puntualizar, no por mero interés personal sino en este caso como simple transmisor de lo que aporta el propio legislador, que *para fijar la*

indeterminados; ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A.: *Desempleo y despido en la reforma laboral del Real Decreto Legislativo 5/2002*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, página 31) o, finalmente, C) ¿por qué no habilitar una revalorización de la base reguladora que implicase un incremento de la cuantía a recibir, aunque sólo fuese a modo de compensación por la pérdida de las bases de cotización obtenidas con la segunda actividad de cara al futuro? Como se puede comprobar, son interrogantes que ponen en tela de juicio el optar por la reanudación y, en consecuencia, la pretendida salud financiera del sistema.

¹⁹ A modo de ejemplo y a favor de un único trabajo, CABEZA PEREIRO, J.: “La realización de un trabajo de duración igual o superior a doce meses como causa de extinción de la prestación y del subsidio por desempleo”, página 76; partidario de la tesis de la yuxtaposición de actividades, entre otros, LÓPEZ GANDÍA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las prestaciones por desempleo”, página 404.

²⁰ En esta tesis podría ser incluido el referente del trabajo fijo-discontinuo tras la reforma de 2001, esto es, aquel que no se repite en fechas ciertas y, en consecuencia, aquel donde no se conoce *ex ante* el término inicial/final de los intervalos de paro. En cualquier caso, y a juicio de la doctrina, podemos estar ante otro intento típico por desviar la atención hacia artificios estadísticos que embellezcan los datos aún en ausencia de justificante para tal operativo jurídico; *vid.*, a este respecto, APARICIO TOVAR, J.: “La evolución regresiva de la Seguridad Social en el periodo 1996-2002: hacia el seguro y el asistencialismo”, *Revista de Derecho Social*, 2002, 19, página 48.

*aplicación del artículo 212.1.d), o, 213.1.d) TRLGSS se estará a la duración del último trabajo realizado tras cuyo cese se solicite la reanudación*²¹.

Distinto es el caso, sin embargo, en el que entre tales actividades laborales el sujeto protagoniza periodos de inactividad, circunstancia que, a su vez, puede suponer una bifurcación en el abordaje de la prerrogativa dependiendo de si reactiva temporalmente la prestación por desempleo que ya tenía reconocida y que ha permanecido en suspenso, o no, pues en tantas ocasiones como ello sobrevenga, se volverá a iniciar el cómputo de los doce meses desde cero y además, reiterando con ello apreciaciones ya vertidas aunque sumamente notorias, las nuevas cotizaciones aportadas con posterioridad no habrán de ser tenidas en cuenta a efectos de una posible y nueva prestación²². Analicemos, con el detalle que merece, sendos condicionantes.

Acaso y como principal exponente en toda esta parafernalia de segmentos de actividad *versus* segmentos de inactividad, el trabajo fijo-discontinuo²³. La jurisprudencia del Tribunal Supremo deja patente que la viabilidad de esta mecánica en la mencionada modalidad contractual tiene carácter necesario ya que, bajo la circunstancia inversa, la prerrogativa se convertiría sencillamente en imposible; además y por interpretación extensiva, amplía el campo de influencia al resto de supuestos para beneficiar las opciones de los administrados, en el sentido claro de posibilitarles el alcanzar el mínimo de los 360 días de cotización²⁴.

Con carácter más específico aunque sin abandonar por ello dicho círculo temático del trabajo fijo-discontinuo, la particularidad más interesante por tratarse, quizá, de la más problemática, es aquella en la que no se reactiva con carácter inmediato a la suspensión del trabajo el disfrute de la prestación, dándose de este modo rienda suelta a la conocida como *doctrina de paréntesis*²⁵ que, en esencia y bajo interpretación jurisprudencial, cristaliza en uno de los principales exponentes de traducción de ciertos enclaves de inactividad en periodos de cotización efectiva que habrán de redundar positivamente en el cobro de según qué prestaciones, particularmente el desempleo. Esta doctrina permite delimitar el hecho causante que supone la situación legal de desempleo no en el cierre temporal de la actividad sino en el momento inmediatamente anterior al inicio de una excedencia siempre que, eso sí, pueda acreditarse por el sujeto potencialmente beneficiario una voluntad, no exclusivamente inicial sino igualmente de tracto sucesivo en el tiempo, de retornar al mercado de trabajo, voluntad que normalmente queda justificada con su inscripción en el Servicio Público de Empleo. No es tutela en dinero aunque sí tiene un trasfondo económico, tampoco resulta en puridad una cobertura en especie pero, al fin y al cabo, es garantía de mejor protección.

Lo que pretendo hacer ver con independencia de cada caso en particular, en suma, es que no se tiene por qué tratar de un enclave cerrado a modo de cuenta atrás, sino de un segmento formal modelable que no se ha de ver consumido por potenciales e intermedios periodos de inactividad siempre que, naturalmente, a lo largo de los mismos no se reactive el

²¹ Instrucción sexta (párrafo cuarto) para la aplicación de las modificaciones que introduce la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, en el sistema de protección por desempleo. La redacción literal de esta Instrucción puede ser abordada en *Estudios Financieros*, Legislación y Jurisprudencia, 2003, 240, página 179.

²² Artículo 269.3 (2º inciso) TRLGSS.

²³ Un estudio detallado en VIQUEIRA PÉREZ, C.: "Protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos"; sendos trabajos, en VVAA, *La protección por desempleo en España*.

²⁴ STS de 28 de enero de 2009 (RJ. 2868).

²⁵ STS de 4 de abril de 2011 (RJ. 3697).

disfrute de la prestación pues, en tal caso, el cómputo quedaría reseteado. En cualquiera de los casos, lo reseñable es que siguen dándose cita numerosas dudas acerca del tratamiento de esta cuestión; los postulados en juego parecen ser portadores de argumentos probatorios tanto a favor como en contra, sin embargo la solución camina por los derroteros de subrayar la regla del carácter ininterrumpido excepto en aquellos supuestos en que se apeguen labores temporales sin espacios intermedios de inactividad, completándose así el periodo mínimo de cotización exigido para reglamentar una nueva prestación.

3. EL CICLO VITAL DE LA PRERROGATIVA

Presentados hasta el momento los aspectos clave de contenido que sustentan el régimen operativo de la propuesta, corresponde ahora percutir sobre el andamiaje formal y evolutivo de su ciclo vital, dinámica que, cabe recordar, se ampara en tres grandes momentos que devienen materializados, respectivamente, por otras tantas normas jurídicas. El examen de las mismas, enmarca la acometida que ahora se inicia.

3.1. La Ley 45/2002, de 12 de diciembre

Nos hallamos, sin lugar a duda, ante una de las manifestaciones normativas de reforma más importantes en materia de tutela por causa de desempleo, por no decir la de mayor calado, en el periodo ya consumido de siglo XXI. El justificante principal de esta afirmación, cabe ser hallado en el propio epígrafe identificativo de esta ley, pues refiere textualmente la *mejora de la ocupabilidad* como una suerte de inseparable compañero de viaje, al menos y de manera potencial de ahora en adelante, respecto a lo que tradicionalmente ha supuesto la clásica tutela frente al paro forzoso.

Sea como fuere y al margen de meras consideraciones de orden formal, nos deben interesar aquellos aspectos de contenido normativo, de Derecho positivo, que de alguna manera permitan cimentar la causa y reflexionar sobre el sentido último de evolución de las normas y más concretamente de la propuesta reguladora que ellas mismas otorgan; para el caso que nos ocupa, una política de fomento de la ocupación profesional desde el trampolín que representa el previo beneficio de una prestación contributiva por desempleo. Me permito recordar en este punto de la reflexión, que tales ingredientes temáticos son los ya examinados en el epígrafe II de este mismo trabajo; así las cosas, el volver a traer a colación ahora algunos de los mismos, no ha de ser tomado como una reiteración sino, en todo caso, como una plasmación formal, en términos de tiempo, de la operativa que es objeto de estudio; una perspectiva diferencial y, sobre todo, diferenciada.

El principal punto a destacar en la regulación sobre ciclo vital de la cobertura contributiva por desempleo, es que la Ley 45/2002 incorporaba novedades de contenido, con carácter *ex novo*, respecto a su fuente originaria que hubo de materializar el, por aquel entonces, enormemente controvertido Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo²⁶, y respecto del que el texto parlamentario presentó tratamiento homónimo. Desde un punto de vista temático y en lo que a nuestro interés estricto concierne, el artículo primero, apartados cuatro y cinco, según se trate del Real Decreto o de la Ley respectivamente, ofrecen carta de naturaleza al abordaje del generoso supuesto que materializa el ver suspendida una prestación contributiva como consecuencia de la puesta en marcha de una nueva actividad; la diferencia

²⁶ BOE de 25 de mayo de 2002.

hay que encontrarla en el modo de actuar, vía omisión en el primer texto mientras que, en el segundo, queda mecanizado al amparo de un reconocimiento explícito.

El núcleo temático más interesante que demandaba la capacidad de análisis, era el concerniente a la tipología de actividad cuya ejecución resultaba viable sin que se viera de golpe extinta la prestación contributiva por desempleo; si trabajo por cuenta ajena o, en idéntica medida, el trabajo por cuenta propia. Con independencia del mayor o menor calado que cada uno de los planteamientos posibles pudiese deparar, la Ley 45/2002 viene a resolver definitivamente la problemática admitiendo sendas modalidades si bien bajo coordenadas de tiempo diferenciadas en cuanto a su duración como posibles participes en el juego de esta operativa²⁷. Ahora bien, en caso de extinción de la prestación contributiva por superación de la extensión máxima a tales efectos prescrita, ha de quedar claro que sólo cabrá poder electivo cuando se haya dado lugar a una nueva tutela económica frente a idéntica situación de necesidad, pues tal es precisamente la exigencia que impone el 210.3 TRLGSS de 1994, y resulta que el trabajo autónomo no permite ello porque en aquellos regímenes típicos donde el mismo tiene cabida, queda excluida la protección por tal contingencia (ejemplo: RETA)²⁸ y en otros que comparten el trabajo por cuenta ajena y el autónomo, queda abortada para estos últimos (ejemplo: REA)²⁹.

En otras palabras, si antes de esta expresión legislativa la pregunta era por qué es necesario desarrollar una nueva actividad asalariada por espacio igual o superior a 12 meses para ostentar un derecho de opción que, en su caso, permita reabrir la prestación en suspenso, resulta que, con la entrada en vigor de la Ley, a este interrogante, de por sí intacto, se le pudo adicionar otro con la siguiente proposición: ¿por qué se extiende el término final hasta los 24 meses, tratándose de labores por cuenta propia? En idéntica medida, aquello que hace referencia no tanto a la extensión mínima en el tiempo de la nueva actividad sino más bien al formato –tracto preceptivamente continuado, o no– de la misma. De todo ello, quiero insistir, lo cierto es que el fundamento espiritual y dogmático de estos planteamientos ha sido ya abordado con la necesaria suficiencia en apartados precedentes de este trabajo; a tales nos remitimos, en consecuencia, al efecto de suavizar el contenido de la presente dialéctica escrita.

Como reflexión personal, nos encontramos a fecha o anualidad 2002 en la encrucijada de dilucidar si se asiste a una transformación de fondo en el entramado operativo de esta figura o si, por el contrario, esto ya acontecía con anterioridad a la reforma y ha venido a la postre gozando de luz verde, sibilinamente traslúcida digámoslo así, acaso por la anuencia del orden jurisdiccional. Desde luego que este último posicionamiento es el que cuenta con mayores visos de certeza. Ciertamente, la vicisitud suspensiva es factible con sendos tipos de actividad pero, oficialmente y tras la extinción de la prestación, dado el momento histórico en el que nos encontramos, sólo el trabajo por cuenta ajena puede dar lugar a una nueva prestación y, por tanto, legalizar un derecho de opción siempre que, subrayo, se haya extinguido la tutela por desempleo en el pasado reconocida al superarse las variables de tiempo con el ejercicio de esa

²⁷ La principal novedad de orden normativo, cabe reiterar, es la habilitación del trabajo autónomo como causa, también, de extinción de la prestación hasta ahora en suspenso. Este dato viene además reforzado con la dicción literal de la Instrucción sexta para la aplicación de las modificaciones que introduce la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, en el sistema de protección por desempleo, la cual en el ánimo de subrayar de manera vehemente tal aseveración, aplica la mencionada regla con carácter retroactivo a las colocaciones que como autónomo sean previas a 14 de diciembre de 2002 y se hallen, obviamente, dentro del plazo máximo de duración estipulado.

²⁸ En interpretación a contrario del artículo 27.1. D. 2530/1970, de 20 de agosto.

²⁹ *Idem*, artículo 25.1. D. 2123/1971, de 23 de julio.

nueva actividad asalariada; lo contrario, confiere crédito a un mero intento por salvaguardar la salud financiera del sistema pero por razones *contra legem*, indefendibles en consecuencia.

3.2. La Ley 11/2013, de 26 de julio

Transcurrida la primera década del siglo XXI, es evidente que la ineficacia de la política de empleo, particularmente en aquello que atiende a la creación de nuevos puestos de trabajo bajo el presupuesto de la dependencia y particularmente el ciclo vital indefinido así como el consecuente nivel de desempleo en nuestro país, ofrece la representación de una auténtica lacra social³⁰.

En este contexto sombrío, accede al tráfico jurídico la Ley 11/2013 de *medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo al crecimiento y de la creación de empleo*, la cual representa una acometida para un nuevo giro de tuerca en favor del trabajo productivo, más concretamente en pro del trabajo autónomo productivo. La recién mencionada práctica imposibilidad de generar trabajo subordinado hace que las tornas giren en favor del quehacer por cuenta propia, el cual tuvo años atrás su gran materialización jurídica a través del *EBTA*, generándose de este modo una conciencia de poder que demanda para este sector de profesionales un régimen jurídico cada vez más semejante al del tradicional trabajo por cuenta ajena.

El punto culminante en cuanto a las propuestas de esta Ley 11/2013, lo representa una singular atención a uno de los sectores de población particularmente desfavorecidos en cuanto a sus opciones de acceso al mercado de trabajo: los jóvenes³¹. Es un hecho el que tales protagonistas tienen escasas opciones de colocarse en régimen de dependencia y que, aquellos que lo consiguen, lo hacen bajo el peyorativo condicionante que representa la más absoluta precariedad, léase temporalidad en cuanto al ciclo vital y parcialidad en lo que respecta al horario de trabajo. Así las cosas, ya con anterioridad a esa expresión legislativa y como uno de los principales exponentes en esta cruzada, se impulsa la *Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016*, dentro de cuya apuesta se embarca la última versión del formato en origen presentado sobre la química jurídica entre política activa de autoempleo y política pasiva de tutela frente a desempleo forzoso.

Pero centrándonos en la regulación contemplada en la Ley 11/2013 sobre suspensión/extinción de la prestación contributiva por desempleo e incluso su opción de compatibilidad con un nuevo trabajo, la construcción hasta ahora vigente es retocada con fundamento en el añadido de un régimen más favorable para los trabajadores por cuenta propia jóvenes, entendiéndose por tales los menores de 30 años de edad.

La interpretación sistemática de varios de sus preceptos, oferta dos grandes novedades:

³⁰ Para un análisis exhaustivo, MORENO DE VEGA Y LOMO, F.: “La política de empleo en España tras la primera década del siglo XXI”, en VVAA, *Políticas públicas de Empleo. Un estudio desde el Derecho comparado*, Comares, 2013.

³¹ En torno a la importancia que conlleva una adecuada selección de los sujetos potencialmente beneficiarios de los exponentes de lucha contra el desempleo juvenil, también conocidos como colectivos diana, vid., CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Incentivos laborales para combatir el desempleo juvenil: una reordenación obligada”, en VVAA, *La protección por desempleo en España*, páginas 559-560.

1ª. Se contempla la opción de compatibilizar la tutela por desempleo con la realización de un trabajo por cuenta propia en el espacio de 270 días o, en su caso, la unidad temporal proporcionalmente inferior pendiente de disfrute siempre que, entre otros requisitos, se acredite una edad inferior a los 30 años en el origen de la actividad autónoma. Siguiendo lo que parecen ser los dictados de un nuevo tiempo y conforme a los cuales la semántica ha de ayudar a crear nuevas propuestas conceptuales en favor de instituciones o prerrogativas ya conocidas, este *modus operandi* pasa a ser conocido como *emprende con crédito*³².

Nos hallamos ante un primer gran llamamiento normativo en favor de este sector poblacional así como de su futuro que, naturalmente, suaviza el exigente tenor del actual artículo 282 TRLGSS. Sin lugar a dudas, ello ofrece una lectura altamente positiva en consonancia con la opinión ya vertida por la doctrina y parcialmente ratificada por la jurisprudencia, en orden a evitar las situaciones de tendencia al fraude que esta pauta legal denotaba³³.

2ª. Se habilita como causa de suspensión de la prestación contributiva la realización de un trabajo por cuenta propia (opción legal que, en términos modernistas, pasa a conocerse como *emprendimiento con red*)³⁴ de duración inferior a 60 meses por parte de un autónomo menor de 30 años de edad, cuya relación jurídica conste debidamente formalizada mediante alta inicial en cualquiera de los regímenes especiales de autónomos, léase RETA o Trabajo en el Mar.

La gran diferencia, así las cosas, es el periodo de extensión de esta suerte de dispensa por cuanto, en lo que hace referencia a todos aquellos autónomos que superen la treintena de edad, el límite de duración de la labor a efectos de suspensión permanece en 24 meses; ello siempre, me permito recordar, con la mente puesta en la anualidad 2013.

Presentadas lacónicamente estas propuestas de reforma, es el momento de retomar la analítica de los dos factores, léase tipo de trabajo y tiempo, que se erigen como la esencia de la prerrogativa al efecto de tratar de comprobar qué es lo que ha cambiado.

En lo que hace referencia al presupuesto del tipo de trabajo y, de manera consecuente, su encuadramiento en uno u otro régimen de Seguridad Social, la primera variable permanece intacta, esto es, se admite tanto el trabajo por cuenta ajena como el trabajo por cuenta propia; la diferencia está en la segunda, es decir, en el régimen de Seguridad Social en el que haya de ser encuadrado el protagonista de dicha actividad, por cuanto no mucho más allá de un lustro hacia el pasado el trabajo por cuenta propia no generaba la tutela por causa de desempleo;

³² *Vid.*, GUINDO MORALES, S.: “El fomento público del autoempleo”; en VVAA, *La protección por desempleo en España*, páginas 504-506.

³³ El Tribunal Supremo viene aceptando la regla de la compatibilidad entre la prestación y el trabajo de carácter marginal; aspecto distinto es el llegar a ser capaces de precisar con la necesaria exactitud la semántica del mencionado epíteto. Desde el punto de vista doctrinal y para un análisis más detallado de la problemática, *vid.*, DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M.: “La incompatibilidad entre prestación por desempleo y trabajo como desencadenante del fraude”; en VVAA, *La protección por desempleo en España*.

³⁴ *Vid.*, GUINDO MORALES, S.: “El fomento público del autoempleo”; en VVAA, *La protección por desempleo en España*, páginas 504-506, así como CHARRO BAENA, P.: “Las nuevas fórmulas de contratación laboral que fomentan el emprendimiento de los jóvenes, a examen”; en VVAA, *La protección por desempleo en España*, página 107.

ahora sí. Desde el *EBTA* se regula una prestación por cese de actividad que, de alguna manera, aproxima su régimen jurídico al del trabajo por cuenta ajena.

En lo que concierne al factor tiempo, realmente ya ha sido comentado, la novedad en términos cuantitativos es la del incremento a 60 meses, en términos de extensión máxima, del privilegio que supone la suspensión de la prestación contributiva por desempleo, constituyéndose de este modo en una especie de discriminación positiva en favor de los autónomos menores de 30 años de edad.

La pregunta que llegado este punto es necesario formular adquiere un tenor más que directo: ¿a qué responde este nuevo régimen jurídico?

Buscando de nuevo una interpretación sistemática de sendos postulados, acontece, en términos de recordatorio, que en la versión originaria que distinguía entre 12 y 24 meses de suspensión según se tratase de trabajo dependiente o autónomo, pasaba porque la horquilla de menor duración coincidía con el periodo mínimo de cotización al objeto de generar un derecho a cobertura contributiva por desempleo, un alegato que por defecto empareja a este segmento anual con el trabajo por cuenta ajena. Paralelamente y dado que el trabajo autónomo no puede ser fuente, hasta un determinado momento, de prestación por desempleo, se duplica la duración de esta prerrogativa al efecto de compensar un potencial mayor riesgo en términos de presupuesto económico y asunción de futuros resultados.

Ahora bien, si desde 2007 el trabajo autónomo presenta ya aparejada una prestación por cese de actividad, ¿en qué posición queda la duplicidad de tiempo en la suspensión por trabajo por cuenta propia respecto al dependiente y, sobre todo, qué ultra-sentido ofrece el incremento hasta los 60 meses en el caso de los menores de 30 años de edad?

A mi modo de entender, no hay argumentos de corte jurídico sino, en todo caso, dos que responden más a perfiles sociológicos y económicos:

- El primero, el de mejor favorecer a un sector demográfico en aras del rejuvenecimiento del mercado productivo.
- El segundo, alargar al máximo una carrera laboral y, por ende, de seguro en términos de cotización, frente a la operativa de una prestación del sistema institucional que no hace sino afectar al entramado que lo sustenta.

El gran problema que se vislumbra es la falta de aporte por parte del jurista en la regulación de ésta y otras cuestiones que afectan al Derecho de Seguridad Social; haciendo propias las palabras de destacados representantes de la doctrina especializada, en la tensión entre un modelo de competitividad por la innovación y calidad del producto y del empleo o bien otro de mera reducción de costes del trabajo, impera el segundo de los mismos³⁵. Cuidado, no pretendo con ello argumentar que haya que exceptuar a otras ciencias en esta causa tuitiva, sólo quiero recalcar que la dimensión jurídica es fundamental a la hora de garantizar una adecuada y, sobre todo, eficaz regulación de una específica realidad social que, a día de hoy, es la más influyente en la vida del ser humano. Hoy en día, el Derecho de la Seguridad Social

³⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: "El sistema español de protección por desempleo: eficacia, equidad y nuevos enfoques"; en VVAA, *La protección por desempleo en España*, página 190.

sufre una sensible crisis de identidad, y realmente no cabe pensar que el legislador no sepa, es que sencillamente no se atreve a regular según qué cuestiones, una tendencia que en ningún caso puede resultar inocua³⁶, máxime cuando se ha consentido el activar en el tráfico jurídico una decidida propuesta en favor del emprendimiento y el trabajo por cuenta propia sin haber estudiado *ex ante* los potenciales efectos negativos de este modelo en el marco de nuestra actual economía de mercado habilitada por los artículos 33 y 38 CE, una acometida que, de haberse llevado a efecto, a buen seguro hubiera dejado al descubierto el alto índice estadístico de fracaso empresarial³⁷.

3.3. La Ley 31/2015, de 9 de septiembre

El impulso del autoempleo, tanto del individual como colectivo, ha sido uno de los ejes de las políticas que en los últimos años se han llevado a cabo en materia de empleo.

Con este párrafo se da comienzo, en sentido literal, al preámbulo de la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que *se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía social*, por el momento la última de las acometidas legislativas sobre uno de los perfiles temático y normativo que alientan la presente investigación. Su título, de entrada, es suficientemente ilustrativo en cuanto a la metamorfosis que experimenta el modo de pensar respecto al tipo de actividad profesional a promocionar, representando desde hace casi una década el trabajo autónomo la cúspide de la pirámide; pero, es más, en esta tercera manifestación normativa sobre la específica prerrogativa objeto de estudio, el legislador parece darse cuenta de que, sí, hay que mantener la apuesta por el autoempleo, pero no limitando las medidas de impulso a un determinado sector del mismo, en cuanto a edad se refiere.

Mi opinión, de entrada, es muy positiva. Quien esto escribe dejaba constancia, escasos meses atrás, que la propuesta legislativa que acaba de ser presentada no había producido los resultados que originariamente cabría haber esperado³⁸.

Las novedosas aportaciones que ahora acceden al tráfico jurídico, se sintetizan en eliminar la *barrera de edad* que impedía tanto el régimen de compatibilidad con la prestación contributiva por desempleo como, en su caso, el beneficio de un periodo de suspensión más extenso –de 24 a 60 meses– a quienes pusieran en práctica una actividad autónoma una vez alcanzada la frontera de los 30 años de edad. Dicho de otro modo, se mantienen sendas medidas de propulsión del trabajo autónomo si bien ampliándose el abanico de potenciales beneficiarios hasta sencillamente hacerlo coincidir con cualquier trabajador autónomo así como acto administrativo de alta, léase la inicial o cualquiera de las sucesivas, que pudieren tener lugar en la formalización de la carrera de seguro y relación protectora del interesado.

³⁶ Una reflexión más detallada al respecto de este planteamiento en MORENO DE VEGA Y LOMO, F.: “Hacia una desregulación jurídica del Derecho de Seguridad Social”; en VVAA, *El Derecho del Trabajo en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Laborum, 2015.

³⁷ En similar línea interpretativa, *vid.*, CHARRO BAENA, P.: “Las nuevas fórmulas de contratación laboral que fomentan el emprendimiento de los jóvenes, a examen”, así como VIQUEIRA PÉREZ, C.: “Protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos”; sendos trabajos, en VVAA, *La protección por desempleo en España*, páginas 101-104.

³⁸ MORENO DE VEGA Y LOMO, F.: “La suspensión/extinción de la prestación por desempleo en favor de los autónomos jóvenes: balance de un bienio”; en VVAA, *La protección por desempleo en España*, página 421.

Sinceramente, la decisión no puede ser más acertada pues la lógica que conlleva el ayudar a un profesional por cuenta propia en la génesis de su actividad –causa de la compatibilidad– así como aquella otra concerniente a la acometida por evitar las consecuencias perjudiciales que pudieran derivarse para el propio profesional por mor de la cercanía de la fecha de extinción de la prestación respecto a la susodicha actividad –causa de la duración de la suspensión– no pueden quedar aparejadas a una determinada edad del elemento subjetivo sino en todo caso a una tipología de actividad, en tanto bastión de una dimensión objetiva.

Para finalizar, una última consideración de Derecho positivo que evidentemente es novedad con esta expresión legislativa. Cuando a lo largo del transcurso de la suspensión el profesional solicite reanudar la prestación por desempleo con posterioridad a los primeros 24 meses y siempre que, obviamente, no haya venido compatibilizando el disfrute de la misma con la actividad profesional o, en su caso, que haya finalizado el plazo máximo de 270 días para el solapamiento, deberá acogerse al principio de causalidad, técnicamente demostrar que el cese en tal actividad autónoma tiene su origen en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, además de otras posibles más vidriosas y en ocasiones difíciles de demostrar como la fuerza mayor o la violencia de género³⁹; *sensu contrario*, si se oficializara en los dos primeros años desde el comienzo de la actividad, el reenganche será libre con tan solo reactivar la correspondiente inscripción legal como demandante de empleo⁴⁰. En fin, se trata de una contramedida frente a la virtud de la regla principal que en ningún caso condiciona el acceso al disfrute de la misma sino, en todo caso, el control durante su ciclo vital.

4. UNOS DATOS ESTADÍSTICOS

4.1. Vicisitud suspensiva de la prestación por la puesta en marcha de una actividad profesional⁴¹

<u>AÑO</u>	<u>PORCENTAJE BAJAS PRESTACIÓN CONTRIBUTIVA</u> (colocación dependiente o autónoma)	<u>PORCENTAJE BAJAS PRESTACIÓN CONTRIBUTIVA</u> (colocación dependiente)	<u>PORCENTAJE BAJAS PRESTACIÓN CONTRIBUTIVA</u> (colocación autónoma)
2001	55,3	54,7	0,5
2002	56,3	55,8	0,5
2003	55,6	54,7	1,0
2004	56,1	55,1	1,0
2005	56,7	55,6	1,2
2006	57,0	54,4	2,9
2007	61,4	60,2	1,2
2008	61,9	60,1	1,1
2009	42,5	42,0	0,5
2010	40,8	40,2	0,1
2011	43,5	42,3	1,2
2012	36,8	35,7	1,1
2013	38,8	37,5	1,4
2014	44,8	43,2	1,6

³⁹ Artículo 271.4 TRLGSS.

⁴⁰ ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: “La protección por desempleo como palanca hacia el emprendimiento”; en VVAA, *La protección por desempleo en España*, página 576.

⁴¹ Fuente: www.empleo.gob.es

En lo que hace referencia a la interpretación del porcentaje sobre la variable conjunta, el transcurso de los 13 tránsitos por anualidad evidencian 9 casos de incremento de bajas de la prestación por causa de colocación –representando el tope máximo porcentual el año 2014 con una oscilación al alza de 6 puntos– por tanto solo 4 casos de disminución; ahora bien, los descensos de 2 de esas 4 anualidades superan los 6 puntos porcentuales, esto es, el tope marcado de reducción de prestaciones, llevándose la palma de manera abrumadora, casi escandalosa, el año 2009 con un descenso en el total de peticiones de baja respecto a la tutela de nada más y nada menos que casi 20 puntos porcentuales. La explicación parece bastante clara si atendemos al instante temporal; el peor dato en la eficacia de la prerrogativa objeto de estudio se ubica en el primer año de la crisis global claramente asentada, mientras que el mejor dato coincide en la anualidad donde comienzan a verse reflejados los mejores datos macroeconómicos de la recuperación a nivel europeo pero, sobre todo, doméstico.

En aquello que concierne a la variable sobre colocación por cuenta ajena, la oscilación por anualidades se muestra mucho más estrecha; hay 7 incrementos de baja por colocación –representando el tope máximo porcentual el año 2007 con una oscilación al alza de 5,8 puntos– por casi el mismo número de incrementos, 6 para ser exactos, donde la palma se la lleva –peyorativamente hablando– de nuevo el curso 2009 al registrar un incremento, redondeado, de 18 puntos porcentuales. La argumentación justificativa, por motivos, es exactamente la misma que en el caso anterior, y ello porque de la media total de bajas en la prestación por causa de colocación –50,5 por cien– el 49,4 por cien se adscribe a ocupaciones por cuenta ajena.

En lo que atiene a la variable sobre colocación por cuenta propia, la igualdad en términos de proporcionalidad está más presente que nunca; 6 anualidades evidencian un incremento a favor en el sentido de reducción de prestaciones en pro de nuevas colocaciones autónomas y donde se lleva la palma el año 2006 con 1,7 puntos, 5 anualidades de ascenso con un límite en el año 2007 de igualmente 1,7 puntos y, por último, 2 anualidades donde se mantienen idénticos parámetros –2002 sobre 2001 y 2004 sobre 2003, respectivamente–. Realmente, la interpretación del trabajo por cuenta propia deja pocas valoraciones: igualdad en número de anualidades sobre ascenso o descenso e igualdad en cuanto a la expresión de los puntos porcentuales; por ello, quizá las principales conclusiones se han de centrar en que, positivamente, se mantiene una tendencia al alza en el último quinquenio en favor del aumento del emprendimiento pero, al tiempo y negativamente, se perpetúa una ínfima representación de la influencia del trabajo autónomo sobre el dependiente, pues del total del 50,5 por cien de bajas en la prestación por causa de colocación, tan sólo el 1,1 por cien de las mismas se corresponde al trabajo autónomo.

En fin, una interpretación de corte más integral que acaso permita una valoración más cercana, más clara, evidencia que a lo largo de década y media de vigencia del siglo XXI, más de la mitad de las vicisitudes modificativas en el ciclo vital de la prestación contributiva por desempleo acontecen por causa de colocación en vez de la que sería la causa más normal, léase la conclusión del periodo legalmente establecido en base al periodo de cotización acreditado, lo cual no deja de ser una estadística buena pero manifiestamente mejorable. Dentro de la misma, la división, en la causa de colocación, entre actividad subordinada y autónoma; sí que evidencia una clara inclinación en la balanza en favor de la primera hasta el punto de que

convierte a la segunda en prácticamente irrelevante, aspecto claramente negativo si tenemos en cuenta el empeño del legislador, a lo largo de los últimos años, en promover el trabajo por cuenta propia como la esencia de la contemporánea y futura productividad.

4.2. Especial referencia al campo de aplicación de los trabajadores jóvenes⁴²

En el bienio que transita entre mediados de 2013 e idéntico corte de la anualidad 2015, el cardinal total de desempleados jóvenes se reduce, sin embargo y al amparo de una tendencia inversa, su variable porcentual se incrementa en relación al desempleo total; el pico máximo que coincide curiosamente con el ecuador del bienio referido, se sitúa en 0,8 décimas. Qué duda cabe, el dato ofrece una connotación evidentemente negativa al albur de lo que sería una interpretación directa, no obstante considero importante y por tanto conveniente minimizar los efectos de dicha lectura a través de la contextualización del dato en una masiva escapada de la protección frente a desempleo de trabajadores, hasta entonces de carácter inactual, que superan la barrera de los 30 años de edad.

En aquello que concierne, de manera más específica, al ascenso de autónomos o emprendedores, no se produce a ciencia cierta un incremento destacable y realmente digno de ser subrayado en esta asociación de ideas; los números reflejan un ascenso de 0,1 décimas que materializa un tránsito del 1,9 al 2,0 de expresión en términos porcentuales. *In fine*, no parece institucionalizarse una química medianamente aceptable entre sendas prerrogativas.

5. CONCLUSIONES

Cuando se acomete un análisis científico sobre una nueva y enésima reforma de Seguridad Social, sistemáticamente se llega al mismo desenlace: no hay fórmula humana de cerrar un círculo de razonamientos en positivo, siendo de este modo la espiral la figura que gráficamente mejor contribuye a describir la tesitura. No obstante, sí parece constatarse un cambio controlado en la causa que inspira este tipo de transformaciones normativas y es que si bien las acontecidas en el sexenio que contextualiza la formulación política que representan los Pactos de Toledo hasta la finalización del siglo XX presentan un predominante talante economicista, es notorio que a partir de 2001 el punto de vista se sitúa estratégicamente en el fomento del empleo, en premiar el incremento de la productividad⁴³, lo cual no equivale en términos absolutos, sírvase el dejarlo meridianamente claro, al arrinconar los condicionantes económicos o sociológicos.

En esta novedosa realidad, se presenta como algo fácilmente acreditable el que la política de empleo inherente al Derecho del Trabajo y promotora de una actividad dependiente o por cuenta ajena, abre progresivamente sus compuertas en favor de uno de esos otrora territorios grises, de uno de los tradicionalmente excluidos campos temáticos y normativos de excepción respecto a su ámbito de influencia cual es el trabajo autónomo. La principal particularidad es que no lo lleva a cabo, en términos de exclusividad, a través de una modalidad activa sino prioritariamente pasiva que conecta con el reconocimiento previo de una prestación

⁴² Un estudio más exhaustivo en MORENO DE VEGA Y LOMO, F.: “La suspensión/extinción de la prestación por desempleo en favor de los autónomos jóvenes: balance de un bienio”; en VVAA, *La protección por desempleo en España*, página 415 y siguientes.

⁴³ MERCADER UGUINA, J.R.: “Reformas y contrarreformas en el sistema de protección por desempleo. La Ley 45/2002 como telón de fondo”, *Temas Laborales*, 2002, 66.

contributiva por causa de desempleo que no sólo de manera lógica sino también legalmente adquiere carta de naturaleza en la ejecución y extinción –regla general– de una labor por cuenta ajena. Es precisamente en esta estela en la que se mueve el estudio de la prerrogativa traída a colación en la presente investigación.

En el año 2002 se produce la primera gran reforma en materia de desempleo al amparo de ese singular presupuesto que cristaliza el fomento de la ocupación y, como una de sus acometidas, la posibilidad de comenzar una nueva actividad productiva, ya por cuenta ajena ya por cuenta propia, con la generosidad por parte del legislador que representa el no ver extinguida sino tan sólo suspendida por tiempo cierto la prestación contributiva por desempleo que ya viniera disfrutando tiempo antes el sujeto causante como consecuencia de la finalización previa de una tarea en régimen de dependencia. Éste es el marco de estímulo que supone la novedosa construcción, con el aliciente añadido de que si la acometida es por cuenta ajena y por tiempo suficiente como para generar una nueva tutela sustitutiva por idéntica causa de paro forzoso, se abre para el beneficiario la potestad de optar por la misma o bien reabrir la otrora suspendida, dependiendo lógicamente de qué sea aquello que más le pudiera beneficiar, si el factor económico, el factor tiempo o, acaso, una simbiosis de los mismos.

Más de una década después (2013), el legislador retoca esta formulación legal para impulsar la figura material del trabajo autónomo y la dimensión subjetiva del trabajador joven. En este orden de cosas facilita a quien, en idéntica tesitura de disfrute de un desempleo contributivo ponga en marcha una labor por cuenta propia, el gozar de la generosidad de la suspensión hasta los 60 meses de la citada en primer término e incluso a compatibilizar trabajo y prestación durante el periodo inicial de 9 meses desde la puesta en marcha de la primera. Todo ello con el denominador común, al tiempo que requisito inexcusable, de que el titular de dicha actividad sea menor de 30 años de edad.

El tercer y último pasaje converge en el 2015, cuando el legislador decide suprimir la barrera de edad, esto es, mantiene la suspensión extensa, facilita que perviva la compatibilidad pero, sin embargo, no lo limita a los menores de 30 años de edad sino que amplía el abanico a cualquier trabajador autónomo, quedando condicionada no obstante y también como novedad *ex novo* la excepción de la suspensión, tras el transcurso de los 24 primeros meses, al principio de causalidad legal.

Con todo y con ello, acaso ésta y no otra habría de ser la conclusión de mayor notoriedad, nos hallamos ante un claro ejemplo de disociación entre la teoría y la práctica.

La teoría postula una medida para favorecer en origen una actividad con tal de que sea productiva y que, con el tiempo, decide centrarse en el trabajo autónomo como alternativa al enquistado trabajo dependiente; adicionalmente, toma como referencia inicial determinados sectores poblacionales por patrón sociológico de edad que, a la postre, se ve generalizado en favor de la causa.

Sin embargo, en la realidad empírica los resultados han sido más bien escasos. Como principal factor de base de cara a la interpretación, en la pugna entre el incremento de solicitantes de tutela por causa de desempleo que viene auspiciada por la crisis económica y la presión política en pro de la austeridad que se materializa en una continuada acometida por reducción de costes, es más que evidente que, a día de hoy, vence la *praxis* economicista frente

a la equidad social⁴⁴. Pero tratando de descender un peldaño en este manto de abstracción, ingredientes tales como el recelo que tradicionalmente sugiere un trabajo por cuenta propia o el miedo a las consecuencias que *in fine* puede provocar su quiebra, no contribuyen a que esta medida haya producido los resultados esperados, de ahí que la reforma de 2015 aporte más a la generalización que a la especificación, es decir, trata de atar cabos para curarse en salud pero no arriesga en favor de aquello que, a la postre, queda retratado como una nueva y estéril propuesta de reforma coyuntural.

⁴⁴ Una reflexión más pausada en MONEREO PÉREZ, J.L.: “El sistema español de protección por desempleo: eficacia, equidad y nuevos enfoques”; en VVAA, *La protección por desempleo en España*, página 166.