

**Imcompatibilidad –absoluta o relativa– entre Protección por  
Desempleo y rentas del trabajo**  
**Comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 y 13  
de mayo de 2015 (RCUD Núms. 2683/2014 y 2785/2014)**

---

**Incompatibility –absolute or relative– between unemployment  
benefits and labour income**

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS  
*PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL*  
*UNIVERSIDAD DE MÁLAGA*  
*DIRECTOR DE LA CÁTEDRA DE EMPLEO Y PROTECCIÓN SOCIAL*

FRANCISCO VILA TIERNO  
*PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL*  
*UNIVERSIDAD DE MÁLAGA*  
*MAGISTRADO (SUPL) DEL TSJA*

**Resumen**

La regulación del art. 221.1 LGSS –ahora 282.1 en el nuevo Texto Refundido– establece de manera expresa la incompatibilidad de protección por desempleo y percepción de rentas de trabajo. No obstante, deben diferenciarse si tal prestación laboral es por cuenta propia o ajena y, lo que resulta más relevante: la entidad de tal actividad. En este sentido, se constata la existencia de supuestos de compatibilidad por la escasa relevancia de las rentas obtenidas; pero, al tiempo, se comprueba que, en otras situaciones en la que, además de tal circunstancia, se acredita el incumplimiento de los deberes de comunicación a la Entidad Gestora, en cuyo caso, ya no resulta trascendente la cuantía de la renta o el carácter esporádico de la misma, sino la aplicabilidad del Derecho sancionador.

**Abstract**

Under LGSS article 221.1, currently 281.1 in the new law, unemployment protection is explicitly incompatible with the work and, consequently, with employment income. However, it's necessary to distinguish clearly between “employees” and the independent “self-employed”, and the most important thing: the significance or relevance of these activities. In this respect, it was confirmed the existence of compatible alleged because of little importance of the economic income. At the same time, in others similar situations without important employment income, if the recipient of the unemployment allowance doesn't notify to the SPEE the start of a employment relationship, the essential thing is not the income obtained, but rather the non-compliance with his legal obligations.

**Palabras clave**

Desempleo, rentas del trabajo, compatibilidad, protección social

**Keywords**

Unemployment, salary, labour income, employment income, social protection.

**1. SUPUESTOS DE HECHO ANALIZADOS**

**1.1. Precisiones apriorísticas**

Es preciso, antes de plantear un análisis de fondo sobre la materia que da pie al título de este trabajo, señalar que no se trata de un comentario sobre una resolución aislada, sino que lo que se ha pretendido es, mediante la referencia a supuestos claramente diferenciados, comprobar cómo se pueden extraer conclusiones coincidentes cuando en aquellos aparece un elemento común: la protección por desempleo –aun en el marco de distintos niveles, bien sea

el asistencial, bien sea el contributivo—. Para ello, se opta por una técnica simple: se plantea de manera conjunta una reflexión sobre dos sentencias en los que el objeto de debate gira en torno al mantenimiento o no de la referida protección por la coexistencia con unos ingresos al margen de aquella.

En este sentido, no resulta ocioso contextualizar –aun siendo repetido–, no ya las sentencias comentadas, sino la finalidad de la medida aplicada, para situar la misma en un marco de crisis y ajustes. Recuérdese, no obstante, que no son situaciones creadas al amparo de una legislación estrictamente economicista, pero sí fuertemente influenciadas y matizadas por la misma.

Piénsese, al efecto, que cuando se trata de prestaciones o subsidios como los que se debaten, o más bien del ámbito más general de la Protección por Desempleo, se podría hacer referencia a rentas sustitutorias o compensatorias por la ausencia de otra remuneración, lo que, necesariamente debería significar que la constatación de la existencia de ésta última, excluye el mantenimiento de la cobertura dispensada por aquella protección, en tanto que pierde su finalidad última. Pero nada más lejos de la realidad. Y ello, porque se parte de una premisa errónea. Estamos ante situaciones en los que los márgenes de la reiterada protección no pueden identificarse –en gran parte de los casos– con el referido carácter sustitutorio o compensador, puesto que el umbral de renta que garantiza es muy inferior<sup>1</sup>.

La consecuencia de ello es que, ante la imposible subsistencia con estos ingresos mínimos, se busquen alternativas por el beneficiario, que consisten, en esencia, en lo que debería ser el verdadero objeto de cualquier política de empleo (también en la vertiente de la cobertura por desempleo): la búsqueda de una ocupación –y este debería ser el objeto de aquella política: el fomento de la ocupación–. Sin embargo, y de manera paradójica, lo que consigue el legislador en estos casos, es desincentivar la búsqueda activa de empleo, en tanto que el efecto sobre el beneficiario del subsidio o prestación puede ser, en términos económicos, el de una pérdida netamente superior a las ventajas que pudieran obtenerse si iniciara una actividad.

En definitiva, de los dos grandes núcleos respecto de los que orbita el régimen de incompatibilidades de la protección por desempleo, la incompatibilidad con el trabajo, por cuenta propia o ajena, y la incompatibilidad con las prestaciones de la Seguridad Social, las sentencias que se comentan se insertan en el primero de ellos: la referida incompatibilidad con el trabajo<sup>2</sup>. Y éste se configura como el elemento común que anteriormente se reseñaba –ahora de un modo más amplio– y que nos permitirá llegar a las conclusiones coincidentes a las que se aludían.

---

<sup>1</sup> Deben citarse, las reflexiones que en general se hacen sobre el Sistema de Protección por MONEREO PÉREZ, J.L. “El sistema español de protección por desempleo: eficacia, equidad y nuevos enfoques” en AA.VV. *La protección por desempleo en España: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, 2015, ISBN 978-84-92602-94-0, págs. 125-238.

<sup>2</sup> Sobre este tema, in extenso, QUESADA SEGURA, R. “Comentario al art. 221 de la LGSS”, en AAVV, *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Dir, Monereo Pérez y Moreno Vida, Comares, Granada, 1999, pág. 1856 y ss.

## **1.2. Unas breves líneas sobre el nexo de unión entre las resoluciones objeto de estudio**

Con la crisis económicas (con todas), los distintos Gobiernos han luchado contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, ya que se trata de conductas injustas e insolidarias que generan una reducción de ingresos en los recursos económicos de la Seguridad social, una indeseable competencia desleal respecto de los empresarios cumplidores y, por supuesto, un mal uso de los ajustados recursos económicos del propio sistema de Seguridad Social. El establecimiento de catálogos de infracciones y sanciones para disuadir de la realización de este tipo de conductas. De hecho, el origen de ambas sentencias se encuentra en la sanción de extinción de la protección por desempleo del beneficiario que ha realizado actividades que pueden entenderse incompatibles con el percibo de la prestación.

Por ello, las dos sentencias que se analizan tienen de forma común varios aspectos: se trata de beneficiarios de la protección por desempleo, en ambos casos, y lo que se analiza es la aplicación del artículo 221.1 del TRLGSS de 1994, actual art. 282.1 del TR de 2015, sobre la incompatibilidad de las prestaciones y subsidios por desempleo con el trabajo por cuenta propia o ajena<sup>3</sup>. El último elemento en común es, aunque con diferente incidencia en ambas, la falta de la comunicación de una actividad que lleva consigo ingresos económicos al Servicio Público de Empleo Estatal.

## **1.3. Elementos diferenciales en los supuestos de hecho**

Al margen de lo anterior, las sentencias difieren claramente en su contenido, esencialmente porque se refieren a distintos niveles de protección: en una se trata de un beneficiario de un subsidio por desempleo (nivel asistencial) y en la otra de una prestación por desempleo (contributiva)<sup>4</sup>.

Por otra parte, el beneficiario sancionado en cada una de las sentencias realiza actividades consideradas en un caso como “trabajo por cuenta propia” y en el otro como “trabajo por cuenta ajena”, incluidas en dos Regímenes distintos de la Seguridad Social.

En consecuencia, el procedimiento por el que se lleva a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo a la propuesta de extinción de la protección también es distinto, aun siendo en ambos casos de oficio. En los hechos analizados en una primera resolución la actividad sancionatoria se produce tras una comprobación rutinaria de rentas que habitualmente se realiza en el nivel asistencial por desempleo, llevada a cabo por el propio SPEE; mientras que, en el segundo de los asuntos, se debe a información obtenida por la

---

<sup>3</sup> Art. 221 LGSS (1994): “1. La prestación o el subsidio por desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la seguridad social, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando éste se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado... 2. Serán, asimismo, incompatibles con la obtención de pensiones o prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social, salvo que éstas hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación por desempleo”.

<sup>4</sup> Vid. MONEREO PÉREZ, J.L. “La protección legal por desempleo y sus niveles de protección”, Revista de derecho de la seguridad social, ISSN 2386-7191, N.º. 6, 2016, págs. 29-67.

actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), fruto de la que termina incoándose un proceso sancionador específico.

Finalmente, y lo más importante, a pesar de que ambas analizan la compatibilidad de la actividad con la protección por desempleo, la STS de 12 de mayo de 2015 se centra en el concepto de “trabajo por cuenta propia” para su resolución y la de 13 de mayo de 2015 –más allá de referirse al trabajo por cuenta ajena, sitúa el objeto del debate de cara al fallo de la misma en la aplicación del derecho sancionador, y en especial, el art. 25.3 LISOS, por la falta de comunicación de la baja del trabajador al SPEE como causa de la extinción de la prestación por desempleo.

## 2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

Para profundizar en la doctrina judicial asentada por ambas doctrinas es preciso hacer una descripción más detallada de los hechos probados que ya se han venido adelantando. Ello permite que, al hilo de los mismos, se aprecien cuáles son las conclusiones que alcanza el TS en cada uno de los casos.

### 2.1. Sobre la STS de 12 de mayo de 2015...

Concretamente, la STS de 12 de mayo de 2015 analiza el supuesto de un beneficiario de un subsidio por desempleo al que el SPEE propone la extinción de la cobertura de dicha prestación por falta de la comunicación de la causa extintiva o suspensiva y la devolución de la misma por cobro indebido, al entender que había realizado un trabajo por cuenta propia “actividad agrícola” al haber facturado durante 2012, 285,66 euros por la venta de productos del campo. Ello equivaldría según el SPEE a 3 días de trabajo, días que no fueron comunicados.

Sin embargo, el TS en esta sentencia, siguiendo su propia doctrina, asentada en resolución de 27 de abril de 2015 (RJ 2015, 1795), rechaza tal pretensión del SPEE atendiendo a que dichos ingresos ínfimos “en todo caso, tampoco pueden calificarse –con cierta propiedad– de verdadero «rendimiento económico» a los fines de que tratamos, cualidad esta que –como veremos– es supuesto sobreentendido del trabajo ‘por cuenta propia’ que el art. 221.1 LGSS proclama incompatible con la prestación o subsidio por desempleo”.

En el mismo sentido, cita el TS su sentencia anterior de 1 de febrero de 2005 referida, de igual modo, a actividades agrarias, en la que se hace referencia a labores que originan unos “extraordinariamente ingresos reducidos”. A tal efecto, reconoce que la incompatibilidad a la que se refiere el art. 221.1 LGSS presupone “no solamente una apariencia de la referida profesionalidad, sino la existencia de una explotación agraria –cualquiera que sea su entidad y grado de organización– orientada a la producción de bienes con básicos fines de mercado...”<sup>5</sup>. En síntesis, que una actividad agraria por cuenta propia, como la definida, debe tener una entidad suficiente para entenderla incluida en el marco de

---

<sup>5</sup> Por ese motivo no prospera el recurso de casación, ya que la sentencia elegida como de contraste se refería a un beneficiario que obtenía unas elevadas rentas agrarias.

prohibición de compatibilidad del reiterado art. 221.1 LGSS (en su numeración actualizada). Y, sensu contrario, no resultaría incompatible, cuando es de muy escasa relevancia, de carácter esporádico o de mero mantenimiento de las instalaciones.

## 2.2. ...y, por otra parte, sobre la STS de 13 de mayo de 2015

Por su parte, la STS de 13 de mayo de 2015 analiza el supuesto de un beneficiario de una prestación por desempleo (nivel contributivo) que se encontraba trabajando en la hostelería, sin estar dado de alta ni haber comunicado el trabajador al SPEE esta situación. Hecho que fue descubierto por la ITSS. El trabajo por un solo día supuso que se levantara acta de infracción al trabajador en aplicación de la falta muy grave descrita en el art. 26.2 LISOS por compatibilizar la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta ajena, proponiéndose la extinción de la prestación y la devolución de las cantidades indebidamente percibidas.

Tras diversas consideraciones respecto de la prohibición de compatibilizar el trabajo con una prestación por desempleo, recogidas en el art. 221.1 LGSS (actual 282.1) y en la LISOS, se entiende que en la imposición de la sanción extintiva de la prestación por desempleo el precepto aplicable no es el art. 26.2 LISOS (que establece como infracción la incompatibilidad entre la prestación y el trabajo)<sup>6</sup>, sino que “los hechos declarados probados poseen su más adecuada subsunción entre las faltas graves que tipifica el art. 25.3 LISOS<sup>7</sup>. La compatibilización entre prestaciones por desempleo y trabajo retribuido no llega a nacer propiamente cuando se ha trabajado durante un período por el cual la entidad gestora no abona cuantía alguna. Recordemos que las consecuencias están parificadas cuando se comete una falta grave del art. 25.3 o una muy grave del art. 26.2 LISOS. Por tanto, la solución conferida al caso es la correcta, aunque la fundamentación hubiera sea errónea” –FJ 6º–.

A pesar de ser un error en un ámbito como el Derecho Sancionador que exige enormes garantías, el TS salva esta cuestión indicando que “no ha existido indefensión alguna, porque dicho queda que siempre se le ha achacado la misma conducta; el trabajador no acreditó la existencia de causa justificativa para incumplir su obligación legal de informar al SPEE acerca de su trabajo” (además así lo hacía constar la resolución que hacía referencia a ambos artículos).

En definitiva podría decirse que en ambas se recogen los dos tipos de beneficiarios que, según el SPEE, defraudan. Por una parte, el que no es consciente de que para la Administración resulte ilícita la realización de actividades de corte profesional o familiar (como es el supuesto del trabajo marginal en el campo que reporta algún rendimiento económico al que se refiere la STS de 12 de mayo de 2015) y, por otra parte, quienes son conscientes de que, por ser beneficiarios de prestaciones o subsidios por desempleo, no

<sup>6</sup> “Compatibilizar la solicitud o el percibo de prestaciones o subsidio por desempleo, así como la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos con el trabajo por cuenta propia o ajena, salvo en el caso del trabajo a tiempo parcial en los términos previstos en la normativa correspondiente”.

<sup>7</sup> “No comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de la suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción cuando por cualquiera de dichas causas se haya percibido indebidamente la prestación, siempre que la conducta no esté tipificada como infracción leve en el artículo 24.4.b) de esta ley”.

pueden trabajar pero, sin embargo, deciden realizar una actividad laboral irregular, aun siendo esporádica, con ánimo real defraudatorio<sup>8</sup>.

### 3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LAS SENTENCIAS

El art. 221.1 LGSS (actual art. 282.1) desde su redacción inicial en 1994, mantiene que “la prestación o el subsidio por desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia –aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la seguridad social–, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando éste se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado”, y sólo a lo largo de este tiempo se ha incluido alguna modificación respecto de la compatibilidad de la protección por desempleo con el trabajo a tiempo parcial con referencia a situaciones de pluriempleo a tiempo parcial.

Evidentemente, y de todos es conocido, que los sistemas de Seguridad Social pretenden cubrir situaciones de necesidad ofreciendo prestaciones económicas que garanticen unos ingresos. La diversificación entre un nivel contributivo, dirigido a la protección de los trabajadores, y un nivel asistencial, dirigido a la protección general de la ciudadanía, ha supuesto que las prestaciones económicas ofrecidas tengan una función de garantía de ingresos a modo de rentas de sustitución o rentas de compensación. Efectivamente, en el nivel contributivo las rentas que ofrece el sistema de protección social, o al menos intenta ofrecer, pretenden sustituir, en mayor o menor medida, los salarios dejados de percibir por la actualización de la contingencia. Por el contrario, el nivel asistencial es un nivel universal y de subsistencia, por lo que son otorgadas las llamadas rentas de compensación, de carácter solidario y para evitar la exclusión social de colectivos desfavorecidos a los que puede ser difícil, si no imposible, acceder al mercado de trabajo.

Partiendo de tal distinción y siguiendo la terminología del TS –en sentencias de 29 de enero de 2003 (RCUD 1614/2002) y 13 de mayo de 2008 (RCUD 901/2007)–, el art. 221.1 LGSS establece un sistema en el que se recoge una diversa situación: existe incompatibilidad absoluta con el trabajo autónomo y relativa con el trabajo asalariado.

En esta prohibición de compatibilidad –“o reafirmación de su vertiente negativa”<sup>9</sup>–, esto es, carecer de trabajo, ya sea absoluta o relativa, como anteriormente se apuntó, ha supuesto una enorme judicialización de la cuestión a consecuencia de la interpretación siempre estricta de la entidad gestora, lo cual ha dado lugar a una pluralidad de pronunciamientos por parte de los Tribunales, no siempre homogéneos, ni siquiera incluso en el ámbito casacional. Desde luego, el contenido de ambas sentencias, y de otras muchas referidas a la extinción de la protección por desempleo, por parte del Tribunal Supremo lleva a la necesidad de que el legislador actúe para aclarar aspectos de la regulación que eviten la compleja interpretación en esta materia.

---

<sup>8</sup> En sentido parecido, DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M., “La incompatibilidad entre la prestación por desempleo y trabajo como desencadenante del fraude”, en AAVV, *La protección por desempleo en España*, Ed. Laborum, Murcia, 2015, pág. 684.

<sup>9</sup> Como lo indica GARRIDO PÉREZ, E., en su comentario al art. 221 de la LGSS, en AAVV, *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Dir. Alarcón Caracuel, M.R., Thomson-Aranzadi, 2004, pág. 1439.

En cualquier caso, y sin perjuicio de la regla excepcional del trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, queda meridianamente clara la lógica de la incompatibilidad entre la protección por desempleo, contributiva o asistencial, y el trabajo por cuenta propia o ajena, esto es, “Si la situación protegida es la carencia de ingresos derivada de la pérdida de un empleo, la prestación cumple la finalidad de suplir tales rentas, de lo que se deriva una regla de incompatibilidad entre su percibo y la realización de una actividad profesional”<sup>10</sup>. Pero a partir de esa afirmación, no todas las situaciones son semejantes.

### **3.1. La incompatibilidad absoluta con el trabajo por cuenta propia ¿se mantiene este criterio en la STS de 12 de mayo de 2015?**

Como se ha dicho, el art. 221.1 LGSS (actual 282.1) establece según la doctrina del TS una incompatibilidad absoluta, que se extiende también a trabajos cuya realización “no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social”, matización introducida por la Ley 22/1993, de 29 de diciembre<sup>11</sup>. De otro lado, el art. 15.1.b 2º del RD 625/1985, de 2 de abril que desarrolla la protección por desempleo, cuando hace mención a la incompatibilidad con el trabajo autónomo, indica que ello lo será “con independencia del número de horas así como de los ingresos obtenidos” y vuelve a repetir el requisito, en sentido negativo, de la ausencia de necesidad de encuadramiento en cualquier régimen de la Seguridad Social. Esta redacción ha provocado una multitud de pronunciamientos en sede judicial con interpretaciones dispares incluso en supuestos específicos de hechos materialmente idénticos.

Y es que, desde hace un tiempo, la doctrina ya reparaba en que la llamada “incompatibilidad absoluta” no era tan rotunda como pudiera parecer, puesto que, la inclusión en un Régimen de la Seguridad Social o la simple tenencia de una licencia fiscal configuraban una mera presunción de laboralidad que admitía prueba en contrario, de manera que, de forma reiterada, algunos órganos judiciales venían aceptando la prueba en contrario frente aquella presunción, amparándose en el hecho de que para la inclusión en un régimen de la Seguridad Social, el trabajo a realizar ha de ser “habitual y que constituya medio fundamental de vida”. De este modo, si no se cumplen tales prámetros “nada impide la calificación de parado, sin perjuicio de que, posteriormente, al ser computadas las rentas obtenidas en dicha actividad se acceda o no al derecho”<sup>12</sup>.

Siendo, precisamente, el sector agrario, como en el supuesto de hecho de la sentencia que se comenta, donde este problema adquiere mayor importancia, por la frecuencia con la que suelen producirse supuestos en los que la actividad del sujeto se limita a la realización de “trabajos marginales u ocasionales”, tanto en los casos que queden encuadrados como

---

<sup>10</sup> Como señalan MERCADER UGUINA, J.R., Y ARAGÓN GÓMEZ, C., en su “Introducción”, en AA.VV. *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo*, Lex Nova-Thomson, Valladolid, 2013, pág. 22.

<sup>11</sup> Vid. MONEREO PÉREZ, J.L. *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, Tirant lo Blanch, 2003, ISBN 84-8442-800-1.

<sup>12</sup> Como indican, COLLADO GARCÍA, L. Y PIQUERAS PIQUERAS, M.C. en *El subsidio por desempleo. Un estudio del nivel asistencial de protección*, Trotta, Madrid, 1997, págs. 176 a 178.

trabajadores por cuenta propia como por cuenta ajena<sup>13</sup>. “Se trata de trabajos de breve duración, que se realizan eventualmente, con carácter no principal, como pueden ser los derivados de una pequeña explotación agrícola que únicamente exigen a su titular una dedicación mínima en cómputo anual”<sup>14</sup>.

Pero ha de recordarse, como adelantábamos en el epígrafe anterior, que el Tribunal Supremo no siempre ha mantenido la doctrina que ahora se recoge en esta sentencia de 12 de mayo de 2015 (y en otra previa, ya citada, de 27 de abril de 2015, en un supuesto similar). Inicialmente, en las SSTs de 29 de enero de 2003 (RJ 2003/3043) y de 1 de febrero de 2005 (RJ 2005/2962) entendió que, a pesar de la relativa incongruencia que supone privar del subsidio por desempleo al trabajadores que sus ingresos no alcanzan el 75% SMI, cuando por dicha carencia de recursos podrían acceder al subsidio, la “vinculación al principio de legalidad no permite aceptar otra solución que la expresamente querida por el legislador”, con lo cual venía a anular una doctrina judicial que permitía la compatibilidad entre prestación y actividad por cuenta propia en base al carácter marginal, ocasional y esporádico de esta última. Esto es, se decantaba claramente, por una Incompatibilidad absoluta.

A pesar de ello, como bien describe COS GEA, la doctrina judicial ha continuado declarando la compatibilidad entre las prestaciones por desempleo y actividades por cuenta propia de carácter marginal, esporádico y ocasional<sup>15</sup> se basa en tres puntos comunes<sup>16</sup>:

- El primero es que “para sortear a la misma acude a negar el carácter de ‘trabajo’ a las actividades que están en el origen de esas rentas. Esto es, no es que afirme la compatibilidad entre prestación por desempleo y trabajo por cuenta propia cuando este sea esporádico y reporte unos ingresos mínimos... sino lo que se hace es plantear que no cabe juicio acerca de la compatibilidad en tanto la actividad realizada no puede calificarse con de «trabajo»”.

- El segundo es que la mayoría de tales casos conflictivos “son supuestos de beneficiarios de protección por desempleo titulares de fincas rústicas y que realizan trabajos agrícolas ocasionales que les aportan escasa rentas que posteriormente son declaradas en el IRPF”, por lo cual es conocido, por la entidad gestora. En tales supuestos, la doctrina judicial mantiene que los escasos ingresos derivados de la actividad agrícola tienen para la renta vital del recurrente, debe entenderse que dicha actividad no puede considerarse un “trabajo” puesto que de la misma no se derivan posibilidades, por mínimas que sean, de sustento personal.

---

<sup>13</sup> Vid. en extenso, sobre actividad agraria: MONEREO PÉREZ, J.L. Y ROMERO CORONADO, J. “El nuevo régimen de protección social del trabajo agrario: Ley 28/ 2011” en AA.VV. *Reformas socio-laborales en el sector agrario: seguimiento de su impacto y propuestas para la continuación del proceso*, coord. por Angel Arias Domínguez, Antonio Ojeda-Avilés, Faustino Cavas Martínez, Antonio Vicente Sempere Navarro, 2013, ISBN 978-84-470-4307-1, págs. 183-362.

<sup>14</sup> Nuevamente, Collado García, L y Piqueras Piqueras, M.C., op. cit., pág. 178.

<sup>15</sup> Basándose muchas de ellas, en la STS de 13 de marzo de 2000, RJ 200/3420 vino a aceptar la compatibilidad de la protección por desempleo con rentas producidas en el ámbito agrario, (aunque realmente dicha compatibilidad no venía de la realización de una actividad laboral sino de un arrendamiento rústico).

<sup>16</sup> COS GEA, M. en “La compatibilización de la prestación por desempleo y trabajo como infracción administrativa: análisis de la conducta infractora”, AAVV, *La protección por desempleo en España*, 2015, Ed. Laborum- AESSS pág. 682

- Y, el tercero y final, es que todas tienen en común el razonamiento de que si se postulara la incompatibilidad, supondría una interpretación “rígida y absurda” del art. 221.1 LGSS que además afectaría al propio art. 41 CE dada que la situación de necesidad a la que hace referencia dicho precepto no queda atendida con los ingresos cuya obtención se pretende por la gestora que pongan fin a la protección por desempleo.

Finalmente, el TS desde las reiteradas sentencias de 27 de abril de 2015 y, la que ahora se comenta, de 12 de mayo de 2015, adopta un criterio más flexible amparándose en los elementos citados por la doctrina para relativizar el alcance de la incompatibilidad, de modo que se excluye la extinción de la protección por desempleo de personas que siendo titulares de fincas rústicas han vendido productos del campo facturando ingresos ínfimos, marginales o simbólicos, insuficientes para sobrevivir. Justamente este es el motivo para desestimar la casación en tales sentencias, puesto que no admiten que haya una identidad con las de contraste que aporta el SPEE en las que existe una importante diferencia –sustancial en la cuantía– entre las prestaciones económicas de referencia (lo que determina la posibilidad o no de subsistencia con las mismas).

Y es que, en el fondo, la interpretación del art. 221.1 LGSS ha de conectarse con la regulación que el propio ordenamiento jurídico realiza del trabajo autónomo como su entendimiento de ser realizado de personal, habitual, directa, siendo una actividad económica con carácter profesional a título lucrativo, tal y como se recoge en la Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo. Por lo cual este tipo de ingresos impiden calificar efectivamente la actividad como un “trabajo” por cuenta propia y, negando la mayor, es imposible hablar de incompatibilidad.

No obstante, no ha tenido una aceptación pacífica y unánime por parte de la doctrina, que también se ha manifestado en contra de esta interpretación tan justa socialmente, proponiendo una aplicación estricta del art. 221.1 LGSS: “en estos supuestos, y a pesar de la insignificancia económica de los ingresos que pueda reportar el trabajo por cuenta propia, el beneficiario de la prestación por desempleo debe comunicar a la entidad gestora los trabajos en que realice tales trabajos ocasionales para que pueda procederse a la suspensión de la prestación y evitar así incurrir en la infracción que tal desproporcionados efectos sancionadores pueda acarrear”<sup>17</sup>. Interpretación doctrinal de la que debemos discrepar porque creemos que la aplicación que el TS hace de la norma, a la par de equitativa y justa, se acomodan perfectamente al tenor de la norma que, interpretada de forma sistemática, teleológica y sociológicamente, lleva a mitigar el rigor normativo.

Desde luego, tal y como indica la mejor doctrina, es necesario reformar esta cuestión habida cuenta de que es confusa la referencia “incluso aquéllas no encuadradas en ningún régimen”<sup>18</sup>, pero también porque las recientes reformas legales al amparo de políticas activas de empleo empiezan a permitir la compatibilidad de la protección por el desempleo con el trabajo por cuenta propia, no sólo con el trabajo por cuenta ajena como se ha previsto

<sup>17</sup> COS GEA, M. en “La compatibilización de la prestación por desempleo y trabajo como infracción administrativa: análisis de la conducta infractora”, op. cit., pág.693.

<sup>18</sup> LUJÁN ALCARAZ, J. Y SEMPERE NAVARRO, A.V, “Trabajo por cuenta propia y protección por desempleo”, Aranzadi Social, T. I, 1996.

tradicionalmente<sup>19</sup>, además de adaptar las situaciones de compatibilidad o incompatibilidad tanto a las circunstancias económicas y sociales del sujeto perceptor como en función de la situación de necesidad<sup>20</sup>.

### **3.2. La incompatibilidad relativa con el trabajo por cuenta ajena: la STS de 13 de mayo de 2015**

Como se ha dicho, en supuestos de trabajo por cuenta ajena, regirá la regla de incompatibilidad entre el trabajo y la percepción de prestaciones y subsidios por desempleo cuando concurren los siguientes requisitos: a) que sea un trabajo a tiempo completo, b) que implique necesariamente la inclusión en un Régimen de la Seguridad Social y c) que no esté expresamente establecida la compatibilidad por algún programa de fomento del empleo<sup>21</sup>.

Desde luego, cada vez con más incisión el ordenamiento jurídico regula para sancionar el intento de compatibilizar las prestaciones por desempleo, de forma prohibida, lo que viene representado en el caso más común por el perceptor de prestaciones contributivas por desempleo que, al mismo tiempo, trabaja sin estar dado de alta en el sistema de Seguridad Social para un empresario, también incumplidor de sus obligaciones, en el ámbito de la economía sumergida.

Así, el supuesto de hecho que analiza la STS de 13 de mayo de 2015, recae en una situación en la que un beneficiario de una prestación por desempleo, ha sido sancionado a propuesta de la ITSS por haber sido encontrado realizando un trabajo por cuenta ajena al mismo tiempo que venía disfrutando de tal prestación.

Aquí, el Tribunal Supremo, a pesar de la marginalidad de los ingresos, ya que de los hechos parece desprenderse que sólo trabajó un día, el derecho aplicable en este supuesto es el propio sancionador de la Ley Infracciones y Sanciones del Orden Social y de la LGSS. Esto es, la interacción entre los arts. 25 y 26 de la LISOS con los arts. 221.1 y 231 b) y e) LGSS. Evidentemente, la realización de un trabajo de hostelería durante un día no lleva consigo la obtención de una cantidad de dinero suficiente como para sobrevivir. Pero, el debate de contraste es si la falta de comunicación es o no un elemento de gravedad para provocar la extinción de la prestación y si, con el alta producido tras la visita de la ITSS, existía o no incompatibilidad un trabajo realizado ya que nunca se llegó a abonar la prestación, solo el salario por dicho día.

Como se dijo anteriormente, el TS parece decantarse por la no aplicación del art. 26.2 LISOS de infracción muy grave por la compatibilización prohibida por el art. 221.1 LGSS ya que hace una distinción entre el concepto material de compatibilización (a pesar de no comunicarse con antelación, como realmente el SPEE no paga la prestación por el tiempo trabajado no ha habido compatibilización puesto que solo se abonaron los salarios y no

---

<sup>19</sup> PÉREZ DEL PRADO, D., *La compatibilidad del trabajo con la protección por desempleo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 56 y ss

<sup>20</sup> En este sentido, DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M. “La incompatibilidad entre prestación por desempleo y trabajo como desencadenante del fraude”, op. cit., pág. 685.

<sup>21</sup> ALZAGA RUIZ, I., en “Compatibilidades e incompatibilidades de la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta ajena”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social nº 99, 2012, pág.92.

prestación por ese día de trabajo) y el concepto formal de compatibilización (la vulneración del deber de comunicación previa de la realización de un trabajo supone per se la infracción tipificada en el art. 26.2 LISOS). Y al encontrarnos en el ámbito del derecho sancionador, los principios de tipicidad y legalidad aparecen como axiales y entiende que “la compatibilidad ha de entenderse en sentido estricto” ya que si no se hiciera así acabaría atrayendo hacia dicho concepto (y al art. 26.2) las conductas omisivas del art. 25.3, dejándolo sin aplicación práctica. Por ello entiende que el precepto aplicable no es el art. 26.2 LISOS, sino que los hechos declarados probados poseen su más adecuada subsunción entre las faltas graves que tipifica el art. 25.3 LISOS. Así pues, la compatibilización entre prestaciones por desempleo y trabajo retribuido no llega a nacer propiamente cuando se ha trabajado durante un período por el cual la entidad gestora no abona cuantía alguna.

Por ello, lo importante en esta sentencia es el análisis de la falta de comunicación por parte del trabajador de la situación de incompatibilidad en la que se encontraba. Y es que a causa del deber de información general que establece el art. 231 b) LGSS a efectos de la suspensión o extinción del derecho a prestaciones, el apartado e) de este mismo artículo establece como obligación específica de los trabajadores “solicitar la baja de las prestaciones por desempleo cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos exigidos para su percepción”.

Dicho incumplimiento se anuda a la infracción prevista en el art. 25.3 LISOS que apunta como falta “grave” la no comunicación, salvo causa justificada, “de las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de su suspensión o extinción...”. Pero el art. 47.1b) LISOS apunta como consecuencia sancionadora (en caso de la protección por desempleo) la misma que para la falta “muy grave” del art. 26.2: la extinción de la prestación.

Lo cierto es que la falta de información sobre el comienzo de actividad lleva consigo la sanción máxima posible: la extinción de la prestación (además de la correspondiente devolución de las cantidades indebidamente percibidas. Una sanción severa, aunque según el TS, matizada porque se excepciona al poderse contemplar una causa que justifique dicha falta de comunicación.

En aplicación de su propia doctrina, expuesta en la STS de 7 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 378), recuerda que la comunicación del trabajo incompatible debe de realizarse en el momento en que se produzcan las situaciones determinantes de suspensión o extinción del derecho, lo que significa “de inmediato y en todo caso antes de que transcurra el tiempo –normalmente el final del mes– que determina la percepción de una nueva mensualidad indebida por falta de comunicación constituye el núcleo de la conducta que el referido precepto tipifica como falta grave”.

En este supuesto, indica que es de aplicación plena el art. 25.3 LISOS ya que el recurrente omitió su deber de comunicación, sin que haya acreditado la existencia de “causa justificada”.

Para salvar la cuestión, ya que la sanción se propuso por infracción del art. 26.2 LISOS cuando realmente se tenía que haber impuesto la sanción por aplicación del art. 25.3

LISOS, indicando que a pesar de ser un error en un ámbito como el Derecho Sancionador que exige enormes garantías, “no ha existido indefensión alguna, porque dicho queda que siempre se le ha achacado la misma conducta; el trabajador no acreditó la existencia de causa justificativa para incumplir su obligación legal de informar al SPEE acerca de su trabajo”. Y ello porque, además, las consecuencias sancionadoras están parificadas para ambas infracciones, siendo la solución correcta, aunque la “fundamentación sea errónea”.

Se ha dicho que en supuestos como éstos que existe un concurso de situaciones infractoras establecidas en el art. 25.3 y 26.2 LISOS, grave y muy grave respectivamente, por lo procedería aplicar, en aplicación del principio de especialidad el art. 26.2 de la LISOS. Aunque ello tampoco es una situación satisfactoria por lo que sería necesaria una reforma del art. 25.3 LISOS<sup>22</sup>.

En cualquier caso, no entendemos bien porqué el TS no ha analizado la falta de proporcionalidad en materia sancionadora al atribuirse a una falta grave la misma sanción que a una muy grave.

Para finalizar, y en el mismo sentido que se comentaba para la compatibilidad respecto del trabajo por cuenta propia, el régimen de incompatibilidades “no debiera centrarse tanto en la actividad como en la remuneración o rendimiento que de ella se obtiene”<sup>23</sup>, la incompatibilidad debería de focalizarse respecto de las rentas del beneficiario

Por ello, la superación de incongruencias de la regulación de la incompatibilidad en materia de protección por desempleo “puede llevarse a cabo admitiendo que la incompatibilidad no debiera de ser con el trabajo, en este caso por cuenta propia, sino con la percepción de rentas de cualquier naturaleza”, estableciéndose, quizás, umbrales de rentas para determinar la compatibilización de la protección por desempleo<sup>24</sup>.

En cualquier caso y, en conclusión, podría decirse que la incompatibilidad de la protección por desempleo y las rentas de trabajo va a depender, finalmente, de la entidad de la prestación laboral desarrollada (independientemente de que sea por cuenta propia o ajena), si bien, el percibo de las cantidades derivadas de la misma, no resulta indiferente, puesto que genera, según el caso, obligaciones de comunicación al SPEE, como en el supuesto en el que sea un trabajo sometido al ET. Siendo así, se reafirma el control de la posible incompatibilidad generando la pérdida de derechos para quién, debiendo haber comunicado aquel hecho –la realización de un trabajo, aun esporádico–, no ha actuado de dicho modo. Expresado de manera distinta, podría afirmarse que la incompatibilidad se mantiene salvo que expresamente se alegue, mediante comunicación a la Entidad Gestora, de las causas que justifican una eventual imposibilidad. Se pierde, por tanto, el criterio de la relevancia de la prestación como última ratio para reconocer una posible compatibilidad a favor de la tipicidad de las conductas en el marco del Derecho sancionador.

---

<sup>22</sup> COS GEA, M. en “La compatibilización de la prestación por desempleo y trabajo como infracción administrativa: análisis de la conducta infractora”, op. cit., pág. 698.

<sup>23</sup> PÉREZ DEL PRADO, D. “La compatibilidad entre el trabajo y las prestaciones por desempleo”, op. cit. pág. 292.

<sup>24</sup> TOSCANI GIMÉNEZ, D. El nivel asistencial de protección por desempleo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 30.