

La compatibilidad o incompatibilidad de la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta propia

The compatibility or incompatibility between unemployment benefit and self-employment

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

*CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA
PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL
DIRECTOR DE LA “REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LABORUM”*

POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO

*CONTRATADO PREDOCTORAL FPU
DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL UNIVERSIDAD DE GRANADA*

Resumen

En este estudio nos planteamos la existencia o no de la compatibilidad de la prestación por desempleo con el trabajo –especialmente con el empleo por cuenta propia–. Partimos del consolidado criterio jurisprudencial que estipula la regla general de la absoluta incompatibilidad. Sin embargo, de un actual estudio de la jurisprudencia, observamos la existencia de determinados supuestos de compatibilidad, lo que nos permite confirmar que la regla general de incompatibilidad no es tan absoluta como pareciera ser. Para ello, y como punto de partida, analizamos la reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de abril de 2017, continuando con un acopio jurisprudencial –de sentencias recientes y no tan recientes– en el que observamos un cambio de modelo desde la absoluta incompatibilidad a la más que deseada compatibilidad, lo que nos hace confirmar la obsolescencia del artículo 282 LGSS y su necesaria revisión y reforma para dejar de declarar incompatible lo que es perfectamente compatible: la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta propia. Asimismo, también realizamos una actual y extensa valoración del derecho a la protección por desempleo, de las políticas de empleo y, en general, de la Seguridad Social.

Palabras clave

Desempleo; protección por desempleo; trabajo por cuenta propia; compatibilidad; incompatibilidad; política de empleo; trabajo decente o digno; Seguridad Social

Abstract

In this study, we consider if it exists the compatibility between unemployment benefit and work –especially self-employment–. Our starting point is the consolidated criterion of the case law, which stipulates the general rule of the absolute incompatibility. However, from a current case law study, we observe the existence of certain compatibility cases, a fact that allows us to confirm that the general rule of incompatibility is not as absolute as it seemed to be. With this objective, we begin analysing the recent judgement of the Supreme Court dating from April 5th 2017; continuing with a collection of the case law –about recent and not so recent judgements– in which we observe a change of model from the absolute incompatibility to the more than desirable compatibility, what makes us confirm the obsolescence of the 282 LGSS article and its necessary revision and reform in order to stop declaring incompatible what is perfectly compatible: the unemployment benefit with the self-employment. Additionally, we make a present and extensive assessment of the right to the unemployment protection, the employment policies and, in general, the Social Security.

Keywords

unemployment; unemployment protection; self-employment; compatibility; incompatibility; employment policy; decent and worthy work; Social Security

La Seguridad Social no es la única respuesta a los complejos interrogantes que gravitan sobre la vida de las sociedades modernas. Pero sí que puede considerarse como condición necesaria para que puedan afrontarse los posteriores problemas del progreso social”

Augusto VENTURI¹

1. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO: VALORACIÓN GENERAL

El trabajo es en sí mismo un factor de integración social pero puede ser también, por ello mismo, un factor de exclusión social². Al respecto, la protección pública contra el desempleo es un ámbito de protección de la Seguridad Social que ha surgido tardíamente dada su complejidad técnica y sus altos costes. En la medida en que el “*paro*” sigue mostrándose como problema fundamental estructural de la sociedad española, por su potencialidad de incrementar la desigualdad y la exclusión social, y por sus repercusiones sociales, políticas y económicas, la protección por desempleo deja de ocupar un papel marginal o residual de las políticas legislativas, convirtiéndose en la prioridad de los sistemas de Seguridad Social. Así, y partiendo de que el objeto de la Seguridad Social es la de eliminar ciertos daños ocasionados por la verificación de una contingencia, en la situación de desempleo el daño se origina por una cesación o reducción de la renta como consecuencia de la pérdida de la ocupación. De acuerdo con lo manifestado, la prestación por desempleo pretende garantizar al trabajador una renta económica de sustitución del salario durante el tiempo transcurrido desde la pérdida del empleo hasta la obtención de un nuevo empleo. Sin embargo, un análisis de la protección por desempleo pone de relieve las dificultades de esta cobertura, pudiendo calificar la prestación de esta contingencia, como una garantía imperfecta: los requisitos que se imponen dejan sin protección a parados; la debilidad de las prestaciones no asegura siempre un nivel de vida suficiente; y los límites temporales que se fijan pueden dejar a los trabajadores sin recursos³.

Se parte de la premisa de que el objeto de la Seguridad Social es la eliminación de ciertos daños –determinados por la verificación de una contingencia–: en la situación de desempleo la alteración desfavorable –daño– se produce por una cesación o reducción de la renta como consecuencia de la pérdida de la ocupación. Las prestaciones de desempleo garantizan al trabajador una renta económica de sustitución del salario o de reparación de la situación de necesidad por falta de trabajo durante el tiempo transcurrido desde la pérdida del empleo hasta la obtención de un nuevo empleo. Lo importante es garantizar la ciudadanía activa, de forma que se consagre el derecho a la utilidad social y no simplemente el derecho

¹ VENTURI, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* (1954), trad. Gregorio Tudela Cambronero, Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995, págs. 788-789.

² MONEREO PÉREZ, J. L.: “Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. extra 1, 2003, pág. 73.

³ MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Ed. Tecnos, 2017, págs. 422 y 423.

a recibir ingresos por inactividad. En efecto en un sistema democrático debe garantizarse el derecho a la existencia digna –artículo 10 y 35.1 CE–⁴.

La protección por desempleo se enmarca dentro de las políticas de empleo –que comprenden las políticas activas de empleo– como conjunto de medidas económicas y presupuestarias que se esfuerzan en prevenir el paro. El problema del “*seguro de paro*” pasa progresivamente a segundo plano en la política de lucha contra el desempleo, en comparación con el tema de las reformas estructurales. En este sentido, la Constitución Española insta a los poderes públicos para que de manera especial realicen una “*política orientada al pleno empleo*” –artículo 40.1 CE– como objetivo básico de la política económica del Estado social. Por otro lado, las medidas de Seguridad Social se dirigen a reparar –indemnizar– la situación de necesidad social individual –políticas pasivas–. Todas ellas deberían estar necesariamente conectadas para conseguir los objetivos deseados. Al respecto debe recorrerse el camino que va de la indemnización a la inserción profesional.

El desempleo es definido como aquella situación en la que se encuentran quienes pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean suspendido su contrato o reducida su jornada ordinaria de trabajo. Por su parte, la política de empleo puede ser definida como el conjunto de decisiones y acciones públicas que tienen como finalidad esencial la consecución del equilibrio entre la oferta y la demanda de trabajo –en sus aspectos cuantitativos y cualitativos o de calidad–, la protección de las situaciones de desempleo y el conjunto de políticas públicas de acompañamiento necesarias. Se trata de actuaciones de los poderes públicos que tienden a aumentar el empleo y proteger el desempleo que, por su propia naturaleza, adoptarán formas activas de política de empleo –actuar en el campo de la formación, mejorar las oportunidades de acceso, fomentar el empleo– y formas pasivas –protección reparadora por desempleo dentro del sistema de Seguridad Social que tienden a hacerse pro-activas–. La efectividad de tales políticas requiere una planificación conjunta y una coordinación dinámica en el marco de la política de empleo –artículo 1 del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo–. Definición de política de empleo que hace referencia directa a la protección por desempleo como ámbito de actuación pasiva y activa de la política de empleo en su versión más evolucionada.

Actualmente la política de empleo se encuentra en la encrucijada. No es que se haya perdido la centralidad del trabajo en una sociedad que requiere del trabajo abstracto como valor relativamente mercantilizado, pero si es cierto que se avanza hacia una sociedad de menor crecimiento del empleo, porque el simple crecimiento económico –que ya no puede ser ilimitado– no será suficiente para crear empleo a tiempo completo y estable para todas las personas. Obviamente esto supone un cambio estructural de perspectiva de regulación del fenómeno desempleo: nuestras políticas sociolaborales democráticas estaban vinculadas al trabajo asalariado y pensadas en la invención de un estatuto jurídico protector ligado al empleo productivo. Por tanto, el hecho social del desempleo deberá abordarse no solo desde una perspectiva coyuntural sino también estructural. Para ello se deberá conjugar las políticas

⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: “La protección pública por desempleo y la “activación” de las políticas de empleo”, en AA. VV.: *Las Políticas Activas de Empleo: Configuración y Estudio de su Regulación Jurídica e Institucional*, MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., LÓPEZ INSUA, B.M. (Dirs. y Coords.), Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 2016, pág. 960.

sociolaborales que protejan a los trabajadores desempleados a través de medidas reparadoras –políticas pasivas– y medidas activas –encaminadas a la empleabilidad y a la reinserción de las personas desempleadas–. Por otra parte, la acción protectora por desempleo del artículo 262 LGSS comprende las prestaciones por desempleo de nivel contributivo y asistencial y las acciones que integran las políticas activas de empleo⁵.

Formalmente la protección por desempleo se estructura complejamente en dos niveles: el nivel contributivo y el nivel asistencial. Se trata de un modelo complejo integrado, en cuyo marco el nivel contributivo garantiza prestaciones básicas y el nivel asistencial prestaciones complementarias o autónomas –falta o carencia de ingresos–, si bien es cierto que tiende a reforzarse esa funcionalidad autónoma –es decir, con independencia del nivel contributivo, sin que este sea necesariamente la antesala del asistencial–. En nuestro Derecho, como regla general, el nivel asistencial clásico está subordinado a la existencia previa de nivel contributivo –haber agotado la prestación por desempleo– o al cumplimiento de requisitos contributivos –que no hayan alcanzado el nivel de carencia exigido para obtener la protección del nivel contributivo pero acrediten un periodo de cotización mínimo aun sin responsabilidades familiares–. En consecuencia, no se articula realmente un doble sistema de protección, sino un sistema complejo e incoherente, donde los niveles se articulan entre sí, no como compartimentos estancos, sino como vasos comunicantes. Por otro lado, la distinción entre ambos niveles no puede encontrarse en la financiación, pues ambos se financian mediante las cotizaciones de trabajadores y empresarios y la aportación del Estado, por lo que los dos tienen, en principio, atendiendo al origen de sus recursos financieros, dimensión contributiva.

Para ambos niveles, contributivo –artículo 266 y siguientes de la LGSS– y asistencial –artículo 274 y siguientes de la LGSS– se satisfacen prestaciones económicas indirectas relativas al abono de la cotización durante la percepción de la prestación o del subsidio. Pero el factor de complejidad se acrecienta porque a partir del año 2000 se introdujo otro ámbito de protección por desempleo vinculado a la inserción laboral: nos referimos a la Renta Activa de Inserción en el marco de la protección general por desempleo. La Renta Activa de Inserción es una ayuda específica dirigida a desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, siempre y cuando adquieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral. Jurídicamente es un subsidio asistencial para colectivos específicos –mayores de 45 años, parados de larga duración, minusválidos, emigrantes retornados, víctimas de la violencia doméstica– y de estructura prestacional compleja que pretende asumir, acumulativamente, funciones de compensación –garantía de rentas mínimas de subsistencia mediante una prestación económica– y de reinserción al empleo –garantía de una oportunidad de empleo mediante prestaciones técnicas o en especie típicas de la política de empleo– para aquellas personas que, con especiales dificultades para encontrar empleo –colectivos en riesgo de exclusión no sólo

⁵ 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*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, Ediciones Laborum, 2015, págs. 131 y ss.

ocupacional sino social⁶– no tengan derecho a la prestación o a los subsidios típicos –carácter subsidiario–⁷.

La Renta Activa de Inserción se inserta dentro de la acción protectora por desempleo integrándose como un ámbito específico y diferenciado vinculado al nivel asistencial. Es una última red de protección por desempleo interna al sistema de Seguridad Social, siendo una auténtica prestación de la Seguridad Social. Materialmente aparece como un “tercer nivel” que hace frente a las insuficiencias protectoras del llamado legalmente nivel asistencial. Pero dentro de la acción protectora por desempleo de la Seguridad Social presenta un carácter específico y diferenciado de los niveles contributivo y asistencial⁸.

Como medida de actuación hay que entender que la RAI es compatible con el trabajo a tiempo parcial, con la reducción proporcional del importe de la cuantía del subsidio asistencial –artículo 10.2.b) del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de Renta Activa de Inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo– y, empero, resulta incompatible con el trabajo por cuenta ajena a tiempo completo o por cuenta propia –artículo 10.1 del citado texto normativo–.

Se pretendía que la Renta Activa de Inserción fuera una última red de protección por desempleo pero al final han surgido otras redes ante la misma realidad del relativo fracaso de los dos niveles asistenciales –el genérico subsidio asistencial y la propia RAI–. De ahí, la Renta Agraria, el Plan Prepara y el Programa Extraordinario de Activación para el Empleo. En efecto, de *lege ferenda*, todos estos subsidios deberían unificarse buscando una mayor racionalización, homogeneidad, eficiencia y equidad, tanto más cuanto se ha comprobado su normalización –prácticamente, se convierten en programas permanentes– en nuestro sistema de Seguridad Social. Todas estas prestaciones por desempleo y subsidios son incapaces de crear empleo: al final, sólo tratan de atender a la situación de defecto de ingresos y facilitar la reinserción profesional de la persona desempleada⁹.

En definitiva, el actual modelo de protección contra el desempleo es un modelo que combina las técnicas contributivas y asistenciales. Hoy no existen tres sistemas sino uno integrado, complejo y mal estructurado, situado en un mismo sistema normativo –se trata de niveles dentro de un sistema normativo de protección que ya no obedecen a una lógica pura–.

Transitando ahora desde el punto de vista de la técnica protectora a la consideración de la tasa o nivel de cobertura, se puede decir que el actual sistema de protección del desempleo refleja una opción política restrictiva en la tasa de protección. En este sentido, se

⁶ MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “Derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa*, Granada, Comares, 2017, págs. 925 y ss.

⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: “La protección legal por desempleo y sus niveles de protección”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 6, 2016, pág. 33.

⁸ 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*, cit., pág. 155.

⁹ MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “Derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa*, cit., págs. 946 y ss.

puede afirmar que por lo que se refiere a la extensión subjetiva de la protección, el sistema tiende a universalizarse –aunque se ponen trabas contributivas realmente duras para el acceso–, mientras que por lo que se refiere a la intensidad de la cobertura, la calidad de la protección tiende sin duda a reducirse en términos absolutamente concluyentes. De manera que, por lo que se refiere a la tasa de cobertura, el modelo se caracteriza por esa doble presencia entre la mayor universalización y la menor intensidad de la protección que se confiere. En esa menor intensidad es donde es pertinente retener el indicado proceso de asistencialización en grado mínimo de subsistencia de la protección global por desempleo.

De acuerdo con lo expuesto es obvio que, actualmente, falta en nuestro sistema el establecimiento de un conjunto de medidas, de carácter interno y de carácter externo, de reformas en profundidad. Veámoslas¹⁰:

- Las medidas de carácter interno deberían estar encaminadas a: a) clarificar los respectivos campos de actuación y las conexiones existentes entre los tres niveles de protección; b) dotar de mayor coherencia a cada uno de los niveles atendiendo a sus propias lógicas de funcionamiento –la contributiva y la asistencial–; c) lograr que el nivel contributivo satisfaga rentas sustitutivas de los salarios dejados de percibir guardando un razonable criterio de proporcionales rentas de sustitución y salario de actividad; d) que el ámbito asistencial tienda a garantizar progresivamente una cobertura universal de las personas en situación real de desempleo que garanticen el principio constitucional de suficiencia. En términos de principio, el subsidio, y tanto más la prestación por desempleo, no debería ser inferior al salario mínimo interprofesional vigente en cada momento; y e) es necesario reorganizar el ámbito asistencial actualmente disperso y desordenado.
- También de carácter externo en el sentido de que las medidas de protección contra el desempleo deben de coordinarse con la realización prioritaria de políticas activas de mano de obra –lo cierto es que la previsión normativa existe pero su diseño y ejecución son ineficientes– y, sobre todo, la confección de una política orientada al pleno empleo –en la línea del trabajo garantizado por la ONU y la OIT–.

Todo lo cual no hace sino poner de manifiesto que el modelo normativo de protección por desempleo debería ser redefinido –reconceptualizado– precisamente en el cuadro de la planificación de la reforma del sistema general de Seguridad Social. Es necesario repensar el modelo global de protección del desempleo en nuestro sistema jurídico. En tal sentido, se trataría de establecer una política de reformas teniendo en cuenta una visión global de la evolución previsible y de los objetivos que el sistema debe alcanzar en una sociedad donde el empleo es un bien escaso con una acusada fragmentación del tejido social.

En definitiva, el objetivo preferente debe ser la rápida reinserción de los desempleados tanto para garantizar el derecho a la participación en la vida y en el producto social, como también un funcionamiento adecuado del mercado de trabajo. Para realizar este objetivo, será preciso el compromiso de los poderes públicos con el pleno empleo –por tanto,

¹⁰ 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*, cit., pág. 167.

no solo sustentado en una política de protección de desempleo– y un funcionamiento más eficaz de los servicios públicos de empleo¹¹.

2. LA COMPATIBILIDAD O INCOMPATIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO CON EL TRABAJO POR CUENTA PROPIA: ESPECIAL REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE FECHA 5 DE ABRIL DE 2017

Debemos comenzar trayendo a colación el artículo 262 TRLGSS que establece que la finalidad del presente título “*tiene por objeto regular la protección de la contingencia de desempleo en que se encuentren quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean suspendido su contrato o reducida su jornada ordinaria de trabajo*”.

En este sentido, debemos plantearnos la existencia o no de la compatibilidad de la prestación por desempleo con el trabajo. Al respecto, partimos del más que consolidado criterio jurisprudencial que estipula la regla general de la absoluta incompatibilidad. Sin embargo, de un actual estudio jurisprudencial, puede observarse la existencia de determinados supuestos de compatibilidad, lo que nos permite afirmar que la regla general de absoluta incompatibilidad no es tan absoluta como pareciera ser.

En este sentido, creemos conveniente realizar un estudio jurídico detallado sobre la compatibilidad o incompatibilidad de la prestación por desempleo con el trabajo, específicamente, por cuenta propia. Para ello, creemos conveniente detenernos en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de abril de 2017 [RJ\2017\2264]. Veámosla:

2.1. Antecedentes por los que se plantea recurso de casación para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo

Con fecha 4 de noviembre de 2013 el Juzgado de lo Social nº. 5 de A Coruña dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos:

El hoy recurrente estuvo dado de alta en actividad económica por cuenta propia desde el año 1989 hasta el 8 de junio de 2010, fecha en que se dio de baja. Durante el citado período prestó servicios por cuenta ajena a favor de diversas mercantiles. En el año 2011, en su declaración de I.R.P.F., resultan unos ingresos por actividades económicas de 1.283,46 € y de las que obtuvo un rendimiento neto de 64,35 €.

En fecha de 30 de diciembre de 2010, por resolución se le reconoció al actor prestación por desempleo –subsidio para mayores de 52 años–, a razón de 4631 días, en el período entre el 13/03/2010 al 23/01/2013, a razón del 80 % sobre una base reguladora diaria de 17,75 €, cuyo pago se iniciaría el 10/04/2010.

Sin embargo, posteriormente se le comunica al actor el inicio del procedimiento de revocación de prestaciones por desempleo, en virtud de resolución de fecha 26 de julio de 2012, con el objeto de que formulase alegaciones. Una vez formuladas las alegaciones, se

¹¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, cit., pág. 142.

resuelve por la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal, en fecha de 26 de septiembre de 2012, la revocación de la resolución de fecha 30/03/2010, declarándose la percepción indebida de la cantidad de 11.757,60 €, correspondientes al período del 13/03/2010 al 30/06/2012.

Frente a la declaración de la percepción como indebida, se formula reclamación previa por el hoy actor, dictándose por la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal, en fecha 10 de enero de 2013, resolución en sentido de desestimarla. Se agota así la vía administrativa previa quedando tan solo la vía judicial a la que se acoge el hoy recurrente.

En este sentido, la sentencia del Juzgado de lo Social de A Coruña de fecha 4 de noviembre de 2013, en primera instancia, estima parcialmente la demanda del actor contra el Servicio Público de Empleo Estatal y, en consecuencia, se declara por el juzgado la revocación de la resolución dictada por el citado organismo en fecha de 30 de marzo de 2010, pero también se declara la percepción indebida de prestaciones por el hoy recurrente entre el 13/03/2010 y el 31/12/2011.

No conforme con el fallo de la sentencia, la misma fue recurrida en suplicación por el actor ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Este tribunal dictó sentencia en fecha 14 de octubre de 2015, en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, estima en parte el recurso de suplicación contra la sentencia de fecha 4 de noviembre de 2013. En esta última sentencia, concretamente, se revoca parcialmente la del Juzgado de lo Social de A Coruña en el sentido de que la declaración de percepción indebida debe serlo desde el 01/01/2012, manteniéndose el resto del pronunciamiento.

No obstante, la parte recurrida solicitó la aclaración de la precitada sentencia en el siguiente sentido: que la incompatibilidad se produciría desde el 01/01/2011. La Sala, por auto de 1 de diciembre de 2015, procede a aclarar la sentencia, quedando el fallo redactado en los siguientes términos: *“la declaración de percepción indebida debe serlo desde el 01/01/2011, manteniendo el resto del pronunciamiento”*.

Ya como última vía, el actor decide interponer recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en fecha 10 de febrero de 2016. Se elige como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, de fecha 14 de octubre de 2015 [JUR\2015\244604].

Con fecha 22 de septiembre 2016 se admitió a trámite el presente recurso. No habiéndose personado la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de interesar la desestimación del recurso por ausencia de contradicción.

Recapitulando, la cuestión a resolver en el presente recurso de casación unificadora, estriba en determinar si resulta incompatible con la percepción del subsidio de desempleo para mayores de 52 años reconocido por el período 13/03/2010 a 23/01/2013, el ejercicio por cuenta propia de una determinada actividad económica por gestiones de intermediación

comercial que da lugar a la obtención en el mes de noviembre de 2011 de un rendimiento económico neto de 64,35 euros.

2.2. Sentencia referencial para el recurso de casación para unificación de doctrina

Son hechos de la sentencia contradictoria –sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, de fecha 14 de octubre de 2015– para la interposición de presente recurso de casación para unificación de doctrina los siguientes: 1º) el demandante había percibido prestaciones de desempleo contributivas desde 01/04/2011 hasta 30/11/2012 y subsidio de desempleo en el período 01/01/2013 a 30/06/2013; 2º) de las declaraciones de IRPF de 2011, 2012 y 2013, resulta la realización de una actividad económica agrícola, ganadera o forestal por cuenta propia, en cuya razón había percibido diversas ayudas agrarias de cultivos herbáceos así como ayudas para compensar desventajas específicas de los productores de vacas nodrizas y, además, había obtenido unos ingresos por la explotación de la actividad ganadera de 1.815,74 euros en el año 2012; 3º) el SEPE dicta resolución de fecha 05/09/2013 en la que extingue la prestación o subsidios reconocidos y declara la percepción indebida en una cuantía de 15.835,02 euros correspondientes al período de 01/04/2011 a 30/06/2013.

La resolución del SEPE extinguiendo la percepción de la prestación o subsidios reconocidos y declarando la percepción indebida se apoya en el sustento de que el beneficiario desempeñaba *“un trabajo por cuenta propia en el momento del nacimiento del derecho a las prestaciones de desempleo”*.

La sentencia de contraste traída a colación en el recurso de casación razona que no debe tenerse en consideración a efectos del litigio las cantidades que haya podido percibir el actor en concepto de ayudas por cultivos herbáceos, puesto que no revelan ejercicio alguno de actividad productiva agraria al tratarse de una subvención por superficie que trae causa de la mera y simple titularidad de la finca y no están vinculadas a la producción; sin embargo, para el tribunal sí que ha quedado acreditado que existe una actividad ganadera por cuenta propia que ha generado unos ingresos de 1.815,74 euros en el año 2012.

Por tanto, lo que se debate en la sentencia contradictoria –sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, de fecha 14 de octubre de 2015– es la cuestión de la compatibilidad de los ingresos de 1.815,74 euros en el año 2012, con la percepción de la prestación por desempleo, esto es, si estamos ante actividad por cuenta propia incompatible con la causación de la prestación.

Concluye el Tribunal Superior de Justicia afirmando que la obtención de esos rendimientos económicos derivados del ejercicio por cuenta propia de una actividad ganadera no debe entenderse incompatible con la prestación de desempleo, porque *“no cabe considerar que los ingresos obtenidos de carácter puramente marginal tengan una mínima significación como para que conduzcan a la conclusión de la incompatibilidad con la prestación de desempleo e incluso obliguen a la devolución del mismo o a sanción de cualquier naturaleza. No existe incompatibilidad, aunque exista algún tipo de actividad, cuando estamos ante unos ingresos de una cuantía insignificante desde el punto de vista de su repercusión en la renta vital del recurrente y, desde luego, totalmente alejada conceptualmente de lo que pueda considerarse como un trabajo, sea por cuenta propia o*

ajena, ni a tiempo parcial, que implica que del mismo derivan posibilidades, por mínimas que sean, de sustento personal. Falta en tales casos el requisito de habitualidad determinante del encuadramiento en la Seguridad Social en concepto de autónomo. Lo contrario sería una interpretación extremadamente rígida que se enfrenta con el alcance constitucional que deriva del artículo 41 de nuestro máximo texto legal”.

Añade la sentencia contradictoria del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, de fecha 14 de octubre de 2015 que, además, así ha sido entendido en situaciones similares juzgadas en diversas resoluciones judiciales de suplicación, como la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 3 de abril de 2012 o la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de fecha 4 de marzo de 2014, con cita en esta última de la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de fecha 13 de marzo de 2000, en la que se indica que un reducido ingreso derivado de ciertas propiedades rústicas no es equiparable a trabajo por cuenta propia, ni supone una causa de incompatibilidad, excluyente de una protección que la ley, en cumplimiento del mandato expreso contenido en el artículo 41 de la Constitución Española, arbitra para la situación de necesidad producida por el desempleo, situación de necesidad que no queda atendida con unos ingresos reducidos que no pueden sustituir a una actividad profesional habitual, siendo claramente inferiores al importe del salario mínimo interprofesional.

En efecto, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, de fecha 14 de octubre de 2015, dicta sentencia en la que, en base a la anterior doctrina y como quiera que en el caso juzgado los ingresos por la actividad ganadera recogidos en los hechos probados son muy escasos y, además, no se justifica que hayan ido acompañados de una actuación laboral por cuenta propia o ajena del actor con un mínimo de habitualidad, procede estimar el recurso declarando la compatibilidad de los mismos con la prestación percibida.

2.3. Fundamento y contexto jurisprudencial del Tribunal Supremo

Con base a estas circunstancias –y volviendo a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de fecha 5 de abril de 2017–, la sentencia recurrida –la del Tribunal Superior de Justicia de Galicia– concluye que la realización de cualquier tipo de trabajo por cuenta propia supone la realización de una actividad lucrativa que resulta absolutamente incompatible con la percepción del subsidio de desempleo, con independencia de los ingresos netos que finalmente pudiere haber generado, por lo que desestima la pretensión principal del recurso de suplicación formulado por el actor y acoge únicamente en parte sus pretensiones para restringir a un período inferior al establecido por la sentencia de instancia las cantidades que han de ser reintegradas.

Establece el Tribunal Supremo que la sentencia aportada en contradicción –en referencia a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, de fecha 14 de octubre de 2015, y en contra del criterio del Ministerio Fiscal– no se sustenta en la singular naturaleza jurídica de las ayudas por cultivos herbáceos, sino que de forma expresa deja esa cuestión al margen del litigio al entender que se trata de unos ingresos no computables a estos efectos, para afirmar taxativamente que ha quedado demostrada la existencia de una actividad económica lucrativa por cuenta propia pero que no se considera finalmente incompatible con la prestación de desempleo por ser de carácter puramente marginal y generar unos ingresos de cuantía insignificante.

Para el Tribunal Supremo, en ambos casos –en la sentencia referencial para la interposición del recurso de casación y en el caso que ha de resolver–, se ha considerado acreditado la existencia de una actividad económica por cuenta propia, alcanzándose un resultado contradictorio que es necesario unificar, sobre todo, desde el momento que la sentencia de contraste –la del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 10 de febrero de 2016– considera que cualquier actividad lucrativa por cuenta propia es del todo incompatible con la prestación de desempleo, con independencia de los ingresos obtenidos y siquiera haya generado un insignificante beneficio de 64,35 euros, mientras que la sentencia referencial –la del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, de fecha 14 de octubre de 2015– entiende que no se produce tal incompatibilidad cuando el rendimiento obtenido del ejercicio de una actividad económica por cuenta propia es de 1.815,74 euros, por la insignificante cuantía que supone.

En definitiva, en este caso debe interpretarse el alcance del actual artículo 282 LGSS –antiguo artículo 221.1º LGSS– en cuanto dispone la incompatibilidad de la prestación o el subsidio por desempleo *“con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social”*.

El Tribunal Supremo debe pronunciarse al respecto con objeto de establecer si cualquier tipo de actividad lucrativa por cuenta propia es incompatible de forma absoluta con la prestación de desempleo, con independencia de la mayor o menor cuantía de los rendimientos que haya generado, o puede, por el contrario, estimarse compatible cuando tales rendimientos son del todo insignificantes por tratarse de cantidades mínimas, especialmente exiguas y de nula relevancia económica.

Para responder a la cuestión planteada el Tribunal Supremo parte del consolidado criterio jurisprudencial que afirma con rotundidad que la regla general es la de la absoluta incompatibilidad entre el trabajo por cuenta propia y la prestación de desempleo, toda vez que la única excepción que la norma legal admite –artículo 282 LGSS– es la del trabajo a tiempo parcial, que sólo juega para el trabajo por cuenta ajena, como con énfasis subraya el precepto, sin dejar duda sobre el alcance de la excepción que no alcanza al trabajo por cuenta propia. Concretamente el citado precepto, sobre el trabajo parcial, establece lo siguiente: *“excepto cuando este se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado”*.

Además, este mismo artículo establece que el trabajo por cuenta propia será incompatible *“aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social”*; lo que significa que no es necesario para generar tal incompatibilidad que esa actividad se realice de forma habitual y como medio fundamental de vida.

De acuerdo con lo manifestado el Tribunal Supremo obtiene una primera conclusión: *“la norma es, por tanto, inequívoca y coherente con la finalidad de establecer un régimen de incompatibilidad más restrictivo para el trabajo por cuenta propia, en el que, como es notorio, existen mayores dificultades para establecer un control que delimite los supuestos de trabajo a tiempo completo y a tiempo parcial, y en el que, incluso, esa distinción carece de sentido práctico”*.

Sin embargo, continua el Tribunal Supremo afirmando que tan uniforme doctrina no ha sido un impedimento absoluto para admitir ciertas matizaciones y excepciones en casos extremos en los que los rendimientos generados por la actividad económica que pudiere haber llevado a cabo el perceptor de las prestaciones de desempleo son especialmente insignificantes, ridículas y de tan escasa relevancia que no permiten siquiera que pudieran considerarse como fruto de una verdadera actividad laboral.

En este sentido debe traerse a colación la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de marzo de 2010 [RJ 2010/1479], la cual, establece que *“no será una verdadera ocupación la de quien perciba un salario mensual de proporciones llamativamente escasas, obtenido por un trabajo que ha de calificarse de marginal, por más que, desde el plano jurídico-laboral responda, ciertamente, al concepto de salario y sea la prestación correspondiente a un verdadero contrato de trabajo”*.

Lo cierto es que la idea de la irrelevancia del trabajo marginal aparece ya apuntada en otras sentencias del Tribunal Supremo que abordan la cuestión de la incompatibilidad entre las prestaciones de desempleo y el trabajo por cuenta propia. En este sentido, las sentencias a destacar serían las siguientes: de fecha 4 de noviembre de 1997 [RJ 1997/8026], de fecha 29 de enero de 2003 [RJ 2003/3043] o de fecha 1 de febrero de 2005 [RJ 2005, 2962]. De las citadas sentencias del Tribunal Supremo podría deducirse que se apunta ya a la irrelevancia de los trabajos meramente marginales y que éstos se configurarían como aquéllos en los que el volumen de jornada es prácticamente testimonial.

Los citados contenidos y afirmaciones son un criterio perfectamente trasladable al caso debatido en autos. En efecto, la idea de la irrelevancia del trabajo marginal aparece ya apuntada en las citadas sentencias que abordan la cuestión de la incompatibilidad entre las prestaciones de desempleo y el trabajo por cuenta propia, en lo que supone la confirmación de que los criterios de irrelevancia económica del trabajo marginal han de ser tenidos muy en consideración para valorar el verdadero alcance del régimen de incompatibilidad del artículo 282.1º LGSS.

En este sentido también debe especificarse la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de abril de 2015 [RJ 2015\1715] que no considera incompatible la actividad que produce unos ingresos de 906,75 euros anuales; la de fecha 12 de mayo de 2015 [RJ 2015\2054] en la que también se establece la inexistencia de incompatibilidad en un supuesto en el que los rendimientos son de 285,66 euros al año; y la de fecha 14 de mayo de 2015 [RJ 2015\3831] en el mismo sentido de inexistencia de incompatibilidad en la que la cifra es de 136,64 euros. En todas estas sentencias el razonamiento que se utiliza para llegar a esta misma conclusión reside, precisamente, en considerar que la actividad económica por cuenta propia que realizaba el perceptor de las prestaciones de desempleo era marginal, irrelevante, de nula relevancia y tan solo generaba unos mínimos y exiguos ingresos.

2.4. Acopio jurisprudencial reciente y evidente cambio de criterio jurisprudencial en comparación con sentencias anteriores

De acuerdo con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga, de fecha 28 de abril de 2016 [JUR\2016\134649], *“no consta en modo alguno la realización por parte de la actora de una actividad por cuenta propia, pues simplemente es titular de*

una instalación fotovoltaica de 30 kW de potencia, la cual no es explotada directamente por la misma”, sino por una sociedad “con la que ha suscrito un contrato de representación, comercialización y venta de la energía generada”, sin que la perceptora de la prestación por desempleo “tampoco realice el mantenimiento de la instalación, ni sea la encargada de la lectura del contador”. En definitiva, “la actora no realiza ninguna actividad por cuenta propia, sino que simplemente es titular de una instalación fotovoltaica, sin realizar ningún tipo de gestión, mantenimiento, lectura de contadores, facturación o cualquier otra tarea relacionada con dicha actividad, por lo que no realiza ningún trabajo por cuenta propia o ajena relacionado con la explotación de dicha instalación fotovoltaica, limitándose a percibir los ingresos que la misma genera, pero esto por sí mismo no es incompatible con la prestación contributiva de desempleo, ya que lo que la ley declara incompatible no es la mera obtención de un rendimiento económico como renta producida por una propiedad de la trabajadora, sino que para la obtención de dicho rendimiento se haya realizado alguna actividad por cuenta propia o ajena por parte de la perceptora de la prestación por desempleo”.

De acuerdo con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, de fecha 14 de octubre de 2015 [JUR\2015\244604] –ya traída a colación–, *“no cabe considerar que los ingresos obtenidos de carácter puramente marginal tengan una mínima significación como para que conduzcan a la conclusión de la incompatibilidad con la prestación de desempleo e incluso obliguen a la devolución del mismo o a sanción de cualquier naturaleza. No existe incompatibilidad, aunque exista algún tipo de actividad, cuando estamos ante unos ingresos de una cuantía insignificante desde el punto de vista de su repercusión en la renta vital del recurrente y, desde luego, totalmente alejada conceptualmente de lo que pueda considerarse como un “trabajo”, sea por cuenta propia o ajena, ni a tiempo parcial, que implica que del mismo derivan posibilidades, por mínimas que sean, de sustento personal. Falta en tales casos el requisito de habitualidad determinante del encuadramiento en la Seguridad Social en concepto de autónomo. Lo contrario sería una interpretación extremadamente rígida que se enfrenta con el alcance constitucional que deriva del artículo 41 de nuestro máximo texto legal”.* Por tanto, es en base a la anterior doctrina, *“y como quiera que en el caso que nos ocupa los ingresos por la actividad ganadera recogidos en los hechos probados son muy escasos y, además, no se justifica que hayan ido acompañados de una actuación laboral por cuenta propia o ajena del actor con un mínimo de habitualidad”*, es por lo que se declara compatible los ingresos obtenidos por la actividad económica realizada (agrícola, ganadera o forestal) con la percepción de la prestación por desempleo.

Es este mismo sentido, localizamos la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, de fecha 12 de mayo de 2016 [AS\2016\1031], en la que se declara también la compatibilidad de la percepción de la prestación por desempleo con los siguientes hechos: a) cuando se ha cobrado *“en 2010 el importe de 2.069,24 euros por ayuda de la PAC y en el 2011 la cantidad de 2.746,94 euros por el mismo concepto”*; b) cuando se *“está de alta en el IAE (actividad agrícola) desde el 1 de enero de 2009, situación en la que se mantiene en la actualidad”*; c) cuando *“en sus declaraciones de IRPF de los años 2010, 2011 y 2012 incluye rendimientos por actividades agrícolas”*.

Igualmente, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 13 de noviembre de 2015 [JUR\2015\298149], no cabe considerar que los ingresos

obtenidos por el mantenimiento de la cartera de seguros –cuantía que consta en unos 291,88 € en el año 2009 y otros 216,89 € en el año 2010– *“tengan una mínima significación como para que conduzcan a la conclusión de la incompatibilidad del subsidio de desempleo reconocido al recurrente, a la devolución del mismo, y a sanción de cualquier naturaleza”*. Más específicamente, los hechos a destacar de la citada resolución pueden recapitularse en los siguientes: la demandante suscribió un contrato de agente de seguros, *“cuyo objeto era la intervención de la actora como mediadora entre la compañía y los tomadores de seguros, realizando la promoción y asesoramiento preparatorio de la formalización de contratos de seguro, tramitación de la formalización de las pólizas, y prestación de asistencia posterior al tomador, asegurado o beneficiario del seguro”*. En el propio contrato se indica que este *“tiene carácter mercantil, y que el agente percibirá como remuneración por su actividad las comisiones especificadas en el cuadro de comisiones anexo al contrato”*. La demandante no intervino en la mediación de pólizas *“desde el mes de julio de 2008, habiendo percibido desde dicha fecha comisiones correspondientes al mantenimiento en la compañía aseguradora de la cartera de seguros que en su día intermedió, y no habiendo realizado actividad de mediación desde entonces”*. Al respecto, la hoy demandante percibió por el mantenimiento de la cartera de seguros las comisiones de, en 2008, un total de 408,09 euros, en 2009, un total de 291,88 euros y, en 2010, un total de 216,89 euros. Por otro lado, *“no figuraba en el censo del IAE correspondiente a los ejercicios 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010”*. En efecto, estamos ante unos *“ingresos que son –directamente– insignificantes desde el punto de vista de su repercusión en la renta vital del recurrente (508,77€ en dos años), totalmente alejados conceptualmente de lo que pueda considerarse como un “trabajo”, sea por cuenta propia o ajena, ni a tiempo parcial, que permitiesen al recurrente subsistir; en otras palabras, no ofrece esa cuantía la más mínima posibilidad de sustento personal, propio y de su familia, sino que revela –en todo caso– una actividad esporádica y meramente marginal”*. Para esta Sala del Tribunal Superior de Justicia, *“la demandante no es una trabajadora por cuenta propia, en sentido verdadero, ya que, para ello, se requiere una dedicación personal, directa y habitual a cualquier actividad y, también, que ello constituya medio fundamental de vida, lo que aquí es evidente que no ocurre, pues se trata de un trabajo esporádico, ocasional y marginal”*.

Y de acuerdo con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 8 de septiembre de 2015 [JUR\2015\241170], el mero hecho de poseer la titularidad de una embarcación, no puede entenderse *“incompatible con la percepción de las prestaciones de desempleo”*, ni puede entenderse que las percepciones *“fueran percibidas indebidamente”*.

En sentido contrario, y de fecha bastante anterior a las sentencias citadas, lo que permite ratificar una clara evolución de doctrina y un cambio jurisprudencial importante al respecto, localizamos la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de febrero de 2005 [RJ\2005\2962]. En esta sentencia se cuestiona la compatibilidad entre la percepción de prestaciones por desempleo y la realización de actividad por cuenta propia de la que deriva rentas o ingresos inferiores al 75% SMI. La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia que se recurre y se debate ante el Tribunal Supremo declaró compatible *“la percepción de la prestación por desempleo del actor con su trabajo por cuenta propia, que venía realizando como agricultor y que le había aportado, unos ingresos de 3.272,8 euros netos, que se corresponden con 3.635,87 euros”*. En este sentido, consta probado en la sentencia recurrida que el empleado, *“con categoría profesional de delineante, fue despedido disciplinariamente”*, y que *“solicitadas las prestaciones de desempleo, le fueron*

desestimadas, alegando el INEM el desempeño de trabajo por cuenta propia en el momento del nacimiento del derecho a las prestaciones solicitadas". En efecto, el trabajador, un año antes de su despido, "se hallaba en alta en el RETA" al "venir trabajando como autónomo agrario en una pequeña explotación". En esta sentencia, establece el Tribunal Supremo lo siguiente: "como conclusión de los argumentos anteriores se puede afirmar que el legislador en el art. 221.1 LGSS, y esta Sala en aplicación de las previsiones contenidas en dicho precepto, han interpretado la total y absoluta incompatibilidad entre las prestaciones por desempleo y un trabajo por cuenta propia con independencia de los ingresos que el mismo reporte al interesado".

En este último sentido, también localizamos la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de enero de 2003 [RJ\2003\3043] que, haciendo acopio y referencia de otras sentencias del mismo tribunal, establece que el legislador ha establecido "una incompatibilidad absoluta entre prestación o subsidio por desempleo y trabajo por cuenta propia, mientras que esa prohibición es relativa cuando se trata de las mismas prestaciones y el trabajo por cuenta ajena" lo que ha permitido "declarar incompatible la prestación por desempleo con un trabajo por cuenta propia, con independencia del resultado lucrativo del negocio".

2.5. Interpretación por el Tribunal Supremo de la consolidada doctrina sobre la absoluta incompatibilidad –hoy no tan absoluta–

El Tribunal Supremo, en su reciente sentencia de fecha 5 de abril de 2017, considera que la aceptación de la consolidada doctrina y regla general sobre la total y absoluta incompatibilidad entre el trabajo por cuenta propia y las prestaciones de desempleo, debe ser necesariamente matizada y modulada en este tipo de asuntos tan extremos y excepcionales, aun cuando en la mayoría de las sentencias traídas a colación en la propia resolución judicial que hoy se debate consistían en la realización de actividades agrícolas con un fuerte componente de autoconsumo en alguno de los casos, mientras que en el caso aquí analizado y debatido se trata de gestiones de intermediación comercial.

Sin embargo, esta circunstancia no impide que el Tribunal Supremo aplique el mismo criterio que de ellas se desprende, porque lo relevante no ha de ser la naturaleza de la actividad económica de que se trate, sino su carácter absolutamente residual, marginal y de ínfima relevancia económica, hasta el punto que no pueda ni tan siquiera catalogarse como un verdadero trabajo.

En este sentido establece el Tribunal Supremo lo siguiente: a) como regla general, el trabajo por cuenta propia será incompatible con la prestación, aunque no determine la inclusión en el campo de aplicación de alguno de los regímenes de la Seguridad Social; b) pero la regla general –extraída de la sentencia de fecha 4 de noviembre de 1997 [RJ 1997/8026]– y para evitar sacarla fuera de contexto, debe situarse en sus justos y razonables términos de la "delimitación económica" de cada caso; c) en este sentido, se deberá valorar si los rendimientos derivados de la actividad pueden calificarse –con cierta propiedad– de verdadero "rendimiento económico" a los fines de que tratamos, es decir, la de trabajo por cuenta propia incompatible con la prestación o el subsidio por desempleo; d) obviamente, en supuestos de autoconsumo, es evidente que se carece de cualquier atisbo de profesionalidad; en efecto, ha de excluirse tal incompatibilidad cuando la labor agraria se concreta a un

reducido cultivo para consumo familiar en términos tan limitados que excluyan palmariamente la posibilidad de fraude; sostener lo contrario comporta desconocer una realidad sociológica que puede llevar a consecuencias desproporcionadas y poco acordes a la equidad.

Además, para el Tribunal Supremo, estos mismos parámetros en aplicación del principio de insignificancia deben ser considerados en la valoración de cualquier tipo de actividad económica marginal que pudiere haber desarrollado el perceptor de las prestaciones de desempleo, pues si bien es verdad que resultan de más fácil constatación en la realización de labores agrícolas vinculadas al autoconsumo, pueden también trasladarse a otro tipo de actividades en las que concurra el esencial y más relevante elemento de su total y absoluta irrelevancia económica, hasta el punto de considerarse ocupaciones marginales que ni tan siquiera puedan calificarse con cierta propiedad como trabajos por cuenta propia.

Lo anterior aplicado al caso de autos hoy comentado obliga a que el Tribunal Supremo establezca que el rendimiento neto obtenido por las gestiones de intermediación comercial realizadas por el actor y hoy recurrente fue de tan solo 64,35 euros en el año 2011, sin que tan insignificante cantidad pueda considerarse fruto de una actividad que mínimamente merezca el calificativo de “trabajo” a efectos de aplicar la incompatibilidad con las prestaciones de desempleo, y generar un resultado tan manifiestamente desproporcionado e irrazonable como es el de dejar sin efecto el reconocimiento del derecho a percibir el subsidio de desempleo para mayores de 52 años, que sería totalmente contrario a la más mínima equidad que el artículo 3.2 del Código Civil obliga a ponderar en la aplicación de las normas.

3. BALANCE Y PERSPECTIVAS: REFLEXIONES JURÍDICAS

Para responder a la cuestión de la compatibilidad o incompatibilidad de la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta propia debemos trasladarnos al artículo 282 LGSS en el que se afirma lo siguiente: *“la prestación y 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 este se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado”*. En efecto, el precepto parece establecer la más absoluta incompatibilidad de la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta propia –no con el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial en el que sí admite expresamente la excepción–.

Sin embargo, para la reciente jurisprudencia, por ser un criterio coherente, racional y justo, no debemos atenernos expresamente a la literalidad del precepto normativo sino que hay que tener cotas de vista más altas y analizar algo más: concretamente, la cantidad económica obtenida por desarrollar, el trabajador, la actividad por cuenta propia. En otros términos, el rendimiento real obtenido. Y en este sentido, cuando los rendimientos generados por la actividad por cuenta propia son de escasa relevancia, no pueden considerarse como una verdadera ocupación o actividad laboral; o al menos, no puede considerarse un criterio de incompatibilidad absoluto con la prestación por desempleo para una vida digna –y no olvidemos que también pobre; estamos refiriéndonos a la prestación por desempleo del nivel contributivo de lo que el trabajador ha aportado cuando, en su momento, trabajaba–.

Por tanto, para valorar la incompatibilidad o no entre la prestación por desempleo y el trabajo por cuenta propia, es de justicia y un criterio lógico y coherente que se deba atender a la relevancia o irrelevancia de los rendimientos económicos obtenidos con la actividad desarrollada.

No obstante, el fundamento jurídico –como la mayoría de las sentencias que declaran la compatibilidad– no debiera ser la negación de la existencia de un “trabajo”. Para nosotros existe trabajo –sea por cuenta propia o ajena– cuando se cumplan los requisitos del mismo. En caso del trabajador por cuenta ajena cuando la relación laboral sea voluntaria, remunerada, subordinada o dependiente del empresario y exista ajenidad. En caso del trabajador por cuenta propia también existe la voluntariedad y la remuneración u onerosidad, aunque no exista la dependencia o subordinación, ni la ajenidad, pues es un trabajo que, como su propio nombre indica, se desarrolla y ejecuta por cuenta propia. No obstante, lo importante en que se trata de un trabajo, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia.

Con esto queremos referirnos a que la sustentación de la compatibilidad entre la prestación por desempleo y el trabajo –en el caso analizado por cuenta propia–, no debiera relacionarse con la negación de un trabajo, sino más bien con valores y derechos fundamentales que permitan “*asegurar a todos una digna calidad de vida*” –como bien establece el preámbulo de nuestro texto constitucional–. Por tanto, creemos que el criterio para declarar la compatibilidad o incompatibilidad –de la prestación por desempleo y el trabajo desarrollado– en ningún caso pudiera sustentarse en la negación de un trabajo en relación al rendimiento obtenido y medido en valores económicos, sino más bien en si esa cantidad económica obtenida sería suficiente o no para una “*digna calidad de vida*”, pero sin negar nunca la existencia de un trabajo por el mero hecho de que la cantidad económica obtenida sea paupérrima o no sea suficiente para ser considerada “*renta vital*”.

Es decir, la mayoría de las sentencias no consideran a esa actividad que se realiza como trabajo porque de la renta obtenida no se deriva la posibilidad de sustento personal: en otros términos, se niega la consideración de trabajo por la insignificancia de los términos económicos obtenidos por la actividad realizada. Pero, a nuestro juicio, el trabajo existirá –cuando se reúnan los requisitos correspondientes para ello– pero será compatible cuando las ganancias obtenidas no permitan asegurar una calidad de vida digna. Calidad de vida digna que pondríamos automáticamente en relación con el Salario Mínimo Interprofesional.

Es absolutamente necesario revisar el artículo 282.1 LGSS. Además, de esta forma se incurrirían en menos ilegalidades y fraudes por parte de los perceptores de prestaciones contributivas por desempleo que deciden simultanear la citada prestación con un verdadero trabajo sumergido –economía secundaria o sumergida–. Fraude por parte de los perceptores que deviene, precisamente, por la propia rigidez de la normativa que, evidentemente, se encuentra totalmente desfasada.

Es obvio que debería desaparecer de la ley la incompatibilidad absoluta entre prestaciones por desempleo y el trabajo por cuenta propia¹². O, al menos, debería permitirse la compatibilidad de la prestación por desempleo con trabajos autónomos y que, igual que

¹² Vid. PÉREZ DEL PRADO, D.: *La compatibilidad del trabajo con la protección por desempleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, págs. 56 y ss.

ocurre en el ámbito de trabajo asalariado, opere la correspondiente reducción en la prestación¹³. No obstante, somos más partidarios de la desaparición absoluta de la incompatibilidad.

En este sentido, quizás, otra solución podría ser la de calcular una franja o proporción aritmética y económica que descontara, de la prestación por desempleo, un tanto por ciento de la cuantía económica obtenida por el desarrollo del trabajo –por cuenta propia o ajena–: en otros términos, que la solución no sea o todo –es decir, te damos la prestación y declaramos la compatibilidad con el rendimiento obtenido por el trabajo desarrollado– o nada –es decir, te quitamos la prestación por desempleo y declaramos la absoluta incompatibilidad con el trabajo o servicio prestado–.

Por otro lado, no creemos pertinente la aplicación de reglas generales a casos tan sumamente subjetivos y específicos. Es obvio que la propia Administración debería estudiar cada caso concreto de manera individual y no aplicar, de manera automática, la regla de absoluta incompatibilidad. Quizás podría fijarse el criterio de incompatibilidad entre la prestación por desempleo y el trabajo por cuenta propia cuando se obtuviera un mínimo de ingresos: por ejemplo, una cantidad igual o superior al salario mínimo interprofesional.

Lo que por seguro conllevaría una importante disminución de los fraudes de aquellas personas que, por perder su empleo, ven mermados sus ingresos debiendo de continuar con la responsabilidad de afrontar diversas cargas económicas de imposible postergación. Todo lo anterior, en relación con el artículo 41 de nuestra norma suprema: *“los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”*.

En definitiva, lo que es evidente es que este precepto –actual artículo 282 LGSS– se encuentra obsoleto y debe ser revisado y reformado por el legislador adecuándolo a los tiempos presentes y, sobre todo, proporcionando y empujando al empleado a la búsqueda de un nuevo empleo y no a cobrar la prestación por desempleo hasta su finalización por la comodidad del propio empleado y por las trabas que, en ocasiones, pone el propio legislador al declarar incompatible lo que perfectamente puede ser compatible; lo anterior, teniendo presente los beneficios económicos que esto último supondría para las arcas públicas del Estado y para el mayor nivel económico y de dignidad del trabajador.

Por otro lado, sobre nuestro sistema de Seguridad Social, se echa en falta una planificación adecuada y se aprecia una falta de consideración o atención a las interconexiones existentes con el conjunto del sistema de Seguridad Social y, en general, con el sistema público de protección social. Lo cierto es que es una materia compleja, pero en la última década se ha producido una extraordinaria proliferación de normas de emergencia o de urgencia y casi siempre a través de un Real Decreto.

¹³ DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M.: “La incompatibilidad entre prestación por desempleo y trabajo como desencadenante del fraude”, en AA. VV.: *La protección por desempleo en España*, cit., pág. 684.

Es obvio que ha de repensarse el modelo de Seguridad Social antes de continuar acometiendo reformas estructurales y de tipo coyuntural, de manera que se recupere la finalidad protectora como eje central, ponderada con la atención a los problemas de mercado y sostenibilidad del sistema. Estas reformas tienen que articularse con la reformulación de las reformas laborales: de lo contrario, la política de protección por desempleo se verá condenada a ser ante todo reactiva ante un modelo de relaciones laborales que lejos de impulsar el trabajo decente favorece el trabajo precario. Al final si no se corrigen las políticas de precarización laboral puestas en práctica en la legislación de emergencia, esa precarización se traducirá también en precarización de los sistemas de protección social –contributivo y asistencial–.

Desgraciadamente, las reformas laborales han fomentado un modelo de relaciones laborales y de competitividad basado en la reducción de costes del factor trabajo en vez de sustentarse en la innovación y en la calidad. De los dos modelos de competitividad –competitividad por la innovación y la calidad del productor y del trabajo, o competitividad por la reducción de costes del factor trabajo– se ha optado por un modelo de competitividad a través de la reducción de costes del factor trabajo, la reducción de los derechos laborales y el debilitamiento de las organizaciones sindicales y de sus instrumentos de acción –específicamente de la negociación colectiva y la huelga–.

En suma, ha de buscarse el trabajo decente para todas las personas que trabajan y protección por desempleo de calidad para los desempleados. En esta dirección debe caminar el Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social en una sociedad democrática que, como tal, ya no puede dejar de ser de democracia social y sustancial. La correcta dirección es la del trabajo decente; en otros términos, la del trabajo protegido con igualdad de derechos básicos, que neutraliza la dualización laboral y desincentiva el uso y abuso de los mercados secundarios de trabajo. Este planteamiento es coherente con la normativa internacional y es objeto actualmente de reforzamiento tanto en la ONU como en la OIT.

En este sentido, se debe de reducir al mínimo el empleo precario y el llamado “mercado secundario” de empleo, menos protegido por el ordenamiento laboral y por las políticas de protección Social. Se trata de resolver el problema de raíz, en la propia fuente de origen o causa determinante, y no tanto centrarse en las consecuencias poniendo parches –se ha de ser más ambicioso–. Es evidente que la persistencia del empleo precario distorsiona el correcto funcionamiento del sistema de protección del desempleo, ya que el sistema de protección social tiene que hacerse cargo de la excesiva rotación laboral y la ruptura de una razonable continuidad en el empleo.

En definitiva, el trabajo de calidad es el cauce más adecuado para que el individuo pueda integrarse dignamente. Y en este sentido, lo cierto es que no puede existir trabajo digno o decente sin empleo suficiente. Por tanto, habrá que tratar también el problema del desempleo; y, a su vez, poner el acento en los principios y derechos fundamentales en el trabajo: en efecto, sin empleo existente no podrá regularse los derechos de los trabajadores. El trabajo es *conditio sine qua non* para la regulación de los derechos dignos y decentes del trabajador. En suma, habrá que solucionar la gran problemática del desempleo y del trabajo escaso sin olvidar las consecuencias de un trabajo indigno o no decente para transformarlo en trabajo digno o decente.

Precisamente, el enfoque del ciclo de vida para el trabajo y la protección permite enlazar la doble aspiración interdependiente entre un trabajo decente y un derecho de protección social público hecho a la medida de las personas, atendiendo a las distintas fases o etapas de su ciclo vital –laboral y familiar–. De manera que el Estado social activo debe dar una respuesta integral a las necesidades de las personas a través de un conjunto articulado de políticas públicas –de Trabajo y de Seguridad Social–.