

EDJ 2018/58657 Sala de lo Social de 19/03/2018

TSJ Castilla y León (Valladolid) Sala de lo Social, 19/03/2018, rec. 209/2018

Pte: López Parada, Rafael Antonio

ÍNDICE



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 27 de Marzo de 2017, se presentó en el Juzgado de lo Social de Valladolid Número 2, demanda formulada por la parte actora en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó sentencia en los términos señalados en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- En referida Sentencia y como Hechos Probados constan los siguientes: "PRIMERO.- El Servicio Público de Empleo, mediante resolución, de fecha 20 de febrero de 2015, reconoció a la demandante, Sara, con DNI NUM000, derecho a percibir un subsidio por desempleo por cargas familiares durante el periodo de 28 de enero a 27 de julio de 2015, sobre una base reguladora diaria de 17,75 euros, con fecha de inicio de pago 10 de marzo de 2015. SEGUNDO.- La demandante causó alta en el censo de Actividades Económicas de la AEAT en fecha 1 de mayo de 2015, en el epígrafe ABOGADOS, indicando como centro de desarrollo de la actividad profesional el domicilio sito en C/ DIRECCION000, Nº NUM001, Piso NUM002, Puerta NUM003. TERCERO.- En el IRPF correspondiente al ejercicio 2015, la demandante declaró como rendimientos de actividades económicas en estimación directa la suma de 1.192,86 euros, ingresos derivados del turno de oficio. CUARTO.- Durante el periodo de percepción del subsidio por desempleo, la actora no comunicó al SEPE el desempeño de actividad profesional de Abogado. QUINTO.- La entidad demandada, efectuadas las pertinentes comprobaciones en relación con la actividad profesional desempeñada por la actor, inició expediente sancionador, en el que, emitida la correspondiente propuesta de extinción y percepción indebida de prestaciones, y evacuado el trámite de audiencia a la interesada, recayó resolución, en fecha 10 de noviembre de 2016, declarando indebida la percepción de prestaciones por desempleo en el periodo de 1 de mayo de 2015 a 17 de julio de 2016, y extinción del subsidio reconocido. SEXTO.- Disconforme con la resolución administrativa, la demandante presentó reclamación previa, en fecha 5 de enero de 2017, que fue desestimada por resolución de la Dirección Provincial del SPEE, de fecha 9 de febrero de 2017. SÉPTIMO.- La trabajadora demandante ha venido participando en acciones de búsqueda de empleo."

TERCERO.- Interpuesto Recurso de Suplicación contra dicha sentencia por Sara no fue impugnado. Elevados los autos a esta Sala, se designó Ponente, acordándose la participación a las partes de tal designación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo de recurso se ampara en la letra b del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social y pretende introducir dos revisiones de hechos probados.

La primera consiste en adicionar en el ordinal tercero el siguiente texto:

"La actora es madre de cuatro hijos y durante la percepción el subsidio en los modelos trimestrales 303 de declaración de IVA constaba un resultado final de cero, estaba inscrita en la Bolsa de Empleo del cuerpo administrativo de la Junta de Castilla y León y acudía a programas de orientación profesional en 2015 y 2016".

Para fundamentar dicha revisión se indican diversos folios, referencia inexistente en el expediente electrónico en el que se han tramitado los autos, por lo que solamente si a partir de las indicaciones del recurrente, distintas al número de folio, es posible identificar los documentos o pericias invocados se podrá examinar su contenido y determinar si la modificación pretendida es viable.

Se habla en primer lugar de la declaración de IRPF de la trabajadora. En el PDF del expediente electrónico denominado "PRUEBA DTE" y que corresponde a la prueba documental presentada por la recurrente en el acto de la vista en instancia, figuran dos documentos de declaraciones del IRPF. De ambas se desprende que la actora es madre de cuatro hijos menores de edad, por lo que la primera parte se admite a efectos dialécticos.

Se invocan en segundo lugar los modelos 303 de IVA, figurando en el mismo PDF de prueba de la demandante los del segundo, tercer y cuarto trimestre de 2015 y primero, segundo y tercer trimestre de 2016, figurando todos ellos sin actividad y sin ingresos ni gastos de ningún tipo que den lugar a IVA devengado o soportado, figurando expresamente que la cuota es cero/sin actividad. Esta modificación por tanto también es admitida.

Se alega también el documento (página 37 del PDF) que acredita la inscripción de la demandante en la bolsa de empleo del cuerpo administrativo de la Junta de Castilla y León en el año 2016, por lo que dicho extremo también puede adicionarse.

Finalmente se invocan las páginas del PDF 38 a 40 que acreditan que la recurrente ha asistido a acciones formativas, una del 12 al 27 de noviembre de 2015 sobre creación y gestión sostenible de microempresas y otra de orientación profesional en mayo y junio de 2016 para desempleados organizada por el servicio público de empleo, por lo que este extremo también se admite.

A continuación quiere adicionarse otro texto en el mismo ordinal con el siguiente tenor literal:

"Durante la percepción del subsidio por desempleo la actora trabajó en la Sociedad estatal Correos y Telégrafos en los periodos 18.07.16 a 19.08.16 y 01.09.16 a 30.09.16".

Así resulta de la vida laboral de la trabajadora (página 42 del PDF), donde también consta trabajo para la misma sociedad estatal en periodos posteriores a los indicados (2.11.16 a 30.11.2016; 1.12.2016 a 31.12.2016; 1.1.2017 a 31.01.2017; 16.07.2017 a 15.09.2017), todo lo cual puede incorporarse a los hechos probados, cuando menos a efectos dialécticos.

SEGUNDO.- El segundo motivo de recurso se ampara en la letra c del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social y denuncia la vulneración de los artículos 299.b y 282.1 de la Ley General de la Seguridad Social y 25.3 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Se trata de dilucidar en este caso la compatibilidad del subsidio de desempleo que la actora percibía desde el 28 de enero de 2015 con la actividad por cuenta propia como abogada iniciada en mayo de 2015 por la que no obtuvo ningún ingreso cuando menos hasta el 30 de septiembre de 2016 (no consta lo sucedido posteriormente), a excepción de 1.192,86 euros en el año 2015 por compensaciones de intervenciones por el turno de oficio del colegio profesional. La entidad gestora impuso sanción de extinción del subsidio de desempleo el 10 de noviembre de 2016 y reclamó la devolución de 6.205,40 euros por el periodo de 1 de mayo de 2015 al 17 de julio de 2016, por indebida compatibilización del subsidio con el trabajo por cuenta propia.

El artículo 221.1 de la Ley General de la Seguridad Social (texto refundido de 1994) y el artículo 282.1 del texto refundido de 2015 dicen:

"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...".

Pues bien, la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2017 (RCUD 1066/2016), que se cita en la sentencia de instancia, precisamente viene a sostener que el desempeño de una actividad por cuenta propia con ingresos puramente marginales no es incompatible con la percepción del subsidio de desempleo.

Parte el Tribunal Supremo de la doctrina jurisprudencial contenida en sentencias de 4 de noviembre de 1997, RCUD 212/1997 ó 1 de marzo de 2005, RCUD 586/2003 en la que se afirma como regla general la absoluta incompatibilidad entre el trabajo por cuenta propia y la prestación de desempleo (el subsidio en este caso, siendo de aplicación la misma norma), toda vez que la única excepción que aquella norma legal admite es la del trabajo a tiempo parcial, que sólo juega para el trabajo por cuenta ajena. Y esta incompatibilidad se produce aunque el trabajo a tiempo parcial "no determine la inclusión en el campo de aplicación de alguno de los regímenes de la Seguridad Social". Sin embargo esa mención ha de interpretarse en el sentido de aplicar la incompatibilidad a aquellas actividades por cuenta propia que tienen establecidos sistemas aseguratorios ajenos a la Seguridad Social, como ocurre, por ejemplo y precisamente, en el caso de los abogados, que pueden optar por el encuadramiento en su mutualidad alternativa al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. La exclusión del sistema de Seguridad Social, de manera que no sea preceptiva el alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, no afecta a la incompatibilidad legal con la prestación o subsidio de desempleo.

Ahora bien, para que exista incompatibilidad debe existir trabajo por cuenta propia, esto es, una actividad económica y por eso también la Sala Cuarta ha venido estableciendo que el mero alta censal tributaria no es incompatible con la prestación por desempleo si no existe realmente actividad económica (así sentencia de 20 de marzo de 2000, RCUD 4457/2008) y, en el caso concreto de los abogados colegiados que no desarrollan realmente la actividad económica como tales, aunque de cara al colegio profesional figuren como ejercientes, el mismo criterio se estableció en sentencia de 12 de julio de 2004, RCUD 1739/2003.

Por tanto hemos de partir de que la mera colegiación como abogado ejerciente no es incompatible con la percepción de la prestación o del subsidio por desempleo. Para que exista incompatibilidad debe existir actividad económica lucrativa, lo que corresponde acreditar, como hecho positivo, a quien la alegue, en este caso a la entidad gestora.

La duda por tanto es qué ocurre cuando sí existe una actividad lucrativa mínima, como en este caso, en el cual los ingresos anuales proceden íntegramente de asuntos derivados por el denominado turno de oficio y cuyo rendimiento anual en el año 2015 fue de 1.192,86 euros, no constando rendimiento alguno en el año 2016. Es decir, debemos preguntarnos si basta con percibir un solo euro por razón de la actividad para que surja la incompatibilidad con la prestación por desempleo o, por el contrario, es preciso que los ingresos alcancen un mínimo.

Pues bien, la doctrina jurisprudencial que se recoge en la sentencia reproducida en la sentencia del Juzgado aquí recurrida, esto es, la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2017 (RCUD 1066/2016), realiza un análisis sobre tal cuestión y expresamente dice que no puede aplicarse la incompatibilidad en aquellos casos en los que los rendimientos generados por la actividad económica son de escasa relevancia, de forma que no permiten que pudieran considerarse como fruto de una verdadera actividad económica lucrativa. Esto ya se dice en sentencia de 3 de marzo de 2010 (RCUD 1948/2009), aunque relativa a la renta de inserción (cuyo criterio es trasladable a las prestaciones y subsidios por desempleo), donde el Tribunal Supremo (en relación a ingresos obtenidos en un trabajo por cuenta ajena) dice 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". Por ello dice el alto tribunal que los criterios de irrelevancia económica del trabajo marginal han de ser tenidos en consideración para valorar el verdadero alcance del régimen de incompatibilidad del artículo 221.1 de la Ley General de la Seguridad Social (actualmente artículo 282.1 del texto refundido de 2015). Y ese mismo criterio se ha aplicado por el Tribunal Supremo para valorar la incompatibilidad entre las prestaciones por desempleo y la realización de una actividad económica por cuenta propia, cuando los rendimientos generados son del todo insignificantes en sentencias de 27 de abril de 2015, RCUD 1881/2014 (que no considera incompatible la actividad que produce unos ingresos de 906,75 euros anuales); 12 de mayo de 2015, RCUD 2683/2014 (rendimientos de 285,66 euros al año); ó 14 de mayo de 2015, RCUD 1588/2014 (ingresos de 136,64 euros). En el caso concreto de la sentencia invocada de contraste resuelto por la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2017 (RCUD 1066/2016) y que el Tribunal Supremo entendió como contradictoria los ingresos anuales tomados en consideración eran de 1.815,74 euros en el año 2012. Por el contrario en la sentencia que en aquel recurso invocaba la entidad gestora (4 de noviembre de 1997, RCUD 212/97) y respecto a la cual la Sala Cuarta del Tribunal Supremo considera que no existe identidad, por no tratarse ya de ingresos marginales, se hacía referencia a 455.961 pts en el año 1994 (equivalentes a 2.740,38 euros, si bien hay que tomar en consideración que en aquel año el salario mínimo interprofesional en términos anuales era de 877.800 pts, esto es, 5.275,68 euros).

Por otra parte el Tribunal Supremo nos dice que, aunque parte de las sentencias se refieran a actividades agrarias, el mismo criterio es aplicable a una actividad de intermediación comercial, diciendo que "lo relevante no ha de ser la naturaleza de la actividad económica de que se trate", sino su carácter marginal y de ínfima relevancia económica. En definitiva, los "mismos parámetros en aplicación del principio de insignificancia deben ser considerados en la valoración de cualquier tipo de actividad económica marginal que pudiese haber desarrollado el percceptor 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".

Y esto ocurre en este caso, con unos ingresos anuales en el año 2015 de 1.192,86 euros, que se encuentran por debajo del caso tomado como referencial en la sentencia de 5 de abril de 2017 (RCUD 1066/2016), en la que eran 1.815,74 euros en el año 2012.

Por tanto en este caso no ha existido trabajo incompatible con el subsidio por desempleo.

TERCERO.- La sentencia de instancia, a pesar de la doctrina de la Sala Cuarta referida, desestima la demanda y mantiene la resolución de la entidad gestora por cuanto, según dice, "no puede obviarse que la extinción de la prestación por desempleo responde a la imposición de una sanción por la comisión de una infracción grave, prevista en el artículo 25.3 del real Decreto Legislativo 5/2000, por incumplimiento de la obligación de poner en conocimiento de la Entidad Gestora el efectivo desempeño de la actividad económica en la que se encontraba de alta en el censo del IAE, así como la obtención de rendimientos, por escasos que fueran, derivados de la misma, conforme resulta del artículo 299.h) LGSS".

Este criterio no puede ser compartido por la Sala por dos razones:

La primera es que hay que tener en cuenta que la resolución impugnada tiene dos partes:

- a) Primero la imposición de una sanción de extinción del subsidio por desempleo;
- b) Y segundo una reclamación de reintegro de prestaciones indebidas.

La resolución administrativa se dictó el 10 de noviembre de 2016 y por tanto la extinción del subsidio en concepto de sanción solamente puede tener efectos desde dicha fecha, no afectando al periodo anterior. El artículo 39 de la Ley 39/2015 nos dice que los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa y que excepcionalmente podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, así como cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas. En este caso, dado que los efectos son desfavorables y no se dicta en sustitución de otro acto anulado, la sanción (extinción del subsidio) solamente tiene efectos desde que se dicta el acto administrativo.

La resolución administrativa reclama también la devolución de 6.205,40 euros por el periodo de 1 de mayo de 2015 al 17 de julio de 2016, por indebida compatibilización del subsidio con el trabajo por cuenta propia, pero si dicha compatibilización no es ilícita, como hemos visto, el reintegro de prestaciones no es procedente en ningún caso y por lo menos tendría que haberse estimado la demanda en relación con el mismo, aunque se mantuviera la sanción de extinción con efectos desde que se dictó, el 10 de noviembre de 2016.

Por tanto el reintegro de prestaciones reclamado habría de haber sido anulado en todo caso. Queda por analizar entonces si es procedente la sanción de extinción del subsidio por no haber comunicado a la entidad gestora el desarrollo de la actividad como abogada, aunque fuese totalmente marginal, limitándose a actuaciones dentro del turno de oficio que reportaban ingresos ínfimos. La resolución sancionadora recurrida impone la sanción por la infracción tipificada en "el nº 3, del art. 25 de Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social " que "tipifica como infracción grave de los trabajadores no comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento que se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos para su percepción, cuando por dicha causa se hayan percibido indebidamente".

Efectivamente, el tipo legal contenido en el artículo 25.3 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en su redacción vigente, es el siguiente:

"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 ".

Lo cierto es que, si la situación no era incompatible con la percepción del subsidio, de forma que no constituía causa ni de extinción ni de suspensión del mismo y por tanto tampoco existe ninguna percepción indebida, los elementos del tipo infractor no concurren y también la sanción debe ser anulada. Es cierto que la valoración de la compatibilidad corresponderá a la entidad gestora, pero a la postre estamos ante Derecho sancionador, que debe ser interpretado de forma restrictiva y si el legislador finalmente solamente tipifica la conducta de quien omite la comunicación de circunstancias que determinen la incompatibilidad, la existencia de ésta se configura como un requisito consustancial del tipo, sin el cual no existe infracción. Es pensable que el beneficiario en un caso dudoso omita dar esa información y finalmente la situación resulte incompatible, en cuyo caso la conducta quedará objetivamente comprendida dentro del tipo legal, aunque siempre haya de analizarse la conducta desde los parámetros de la culpabilidad, tomando en consideración que para que concurra culpa basta con la simple negligencia. Pero si no existe incompatibilidad ni percepción indebida faltan elementos definitorios del tipo infractor y no procede por ello la imposición de la sanción en base al mismo.

El recurso por tanto es estimado en su integridad.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso.

Por lo expuesto y

EN NO MBRE DEL REY

FALLO

Estimar el recurso de suplicación interpuesto por el letrado D. Javier Marijuán Izquierdo, en nombre y representación de D^a Sara, contra la sentencia de 20 de octubre de 2017 del Juzgado de lo Social número dos de Valladolid, en los autos número 251/2017. Revocamos el fallo de la sentencia de instancia y, en su lugar, estimamos la demanda presentada y en su virtud anulando y dejando sin efecto la resolución impugnada del Servicio Público de Empleo Estatal, anulando la sanción impuesta y restaurando a la actora en su derecho al

subsidio por desempleo revocado hasta que haya concurrido causa de suspensión o extinción del mismo y anulando la reclamación de reintegro de prestaciones.

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta capital. Para su unión al rollo de su razón, líbrese la oportuna certificación, incorporándose su original al libro correspondiente.

Se advierte que contra la presente sentencia, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente cuyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de 600,00 euros en la cuenta núm 2031 0000 66 0209 18 abierta a nombre de la sección 2ª de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco de Santander, acreditando el ingreso.

Si se efectúa a través de transferencia bancaria desde otras entidades o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número 0049 3569 92 0005001274, código IBAN ES55, y en el campo concepto deberá contener los 16 dígitos que corresponden a la cuenta expediente indicado en el apartado anterior.

Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de la condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Si el recurrente fuera la Entidad Gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 230.2.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Firme que sea esta Sentencia, devuélvanse los autos, junto con la certificación de aquélla al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.