

## PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

### LA EXTINCIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO COMO SANCIÓN ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE COMUNICACIÓN DEL DESEMPEÑO DE UNA ACTIVIDAD PROFESIONAL

*Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de julio de 2015*

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA\*

**SUPUESTO DE HECHO:** En momentos de crisis económica la protección de desempleo se alza en un plano prioritario, convirtiendo a esta contingencia en la prestación estrella de todo el sistema jurídico de Seguridad Social. Las terribles consecuencias que ha causado este fenómeno se han visto reflejadas en un mercado de trabajo debilitado en donde ahora reinan los principios de precariedad, desprotección, desorientación y desmotivación laboral. La compatibilidad entre el trabajo irregular y el disfrute de la prestación por desempleo constituye un hecho, más que habitual, en la praxis ordinaria. La existencia de una economía debilitada por la situación de crisis económica ha venido a normalizar el fraude en las prestaciones de Seguridad Social, implicando así a una gran parte de la población española ante la impasibilidad del legislador por frenar la causa raíz del problema. La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2015 (Sala de lo Social, Sección 1<sup>a</sup>) viene a analizar un supuesto de extinción de la prestación por desempleo que se produce como consecuencia de la imposibilidad de compatibilizar el trabajo por cuenta ajena con el disfrute periódico de la prestación de Seguridad Social. Lejos de estudiar exhaustivamente el hecho de si procede la suspensión o la terminación definitiva de la prestación por desempleo, el Supremo centra ahora toda su atención en términos de valoración de la infracción cometida ¿cabe pues catalogar esta infracción como grave? o, por el contrario, ¿nos encontramos ante un supuesto de infracción muy grave en el sentido que describe el artículo 26.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, por el que se aprueba la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante LISOS)?

\* Profesora Ayudante Doctora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

**RESUMEN:** El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina 2788/2014 interpuesto por la representación procesal de Don Severiano, contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (con sede en Burgos) dictada el 28 de mayo de 2014 en los autos seguidos a instancia del recurrente frente a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Empleo. Todo sucede en el marco de una visita de la Inspección por la que se detecta que el actor, que era perceptor de la prestación por desempleo, estaba trabajando sin haber comunicado tal circunstancia al Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) y sin estar dado de alta en la Seguridad Social. El SPEE decide extinguir la prestación por comisión de una falta muy grave ex art. 26.2 de la LISOS. Criterio que comparte la Sala de suplicación, que rechaza la pretensión de la parte de que se proceda a la suspensión de la prestación y no a la extinción, por ser encuadrable su comportamiento en el art 25.3 de la misma norma. El Alto Tribunal Español, con remisión al criterio sentado en su anterior sentencia de 13/5/15 (Rcud 2758/14) considera errado subsumir la conducta de autos en el art. 26.2; infracción muy grave, razonando que la misma tiene encaje en el tipo contenido en el art. 25.3 de la LISOS (en donde se califica la infracción como grave). Ello porque se trata de la aplicación del derecho sancionador de carácter público y de los principios de tipicidad y legalidad que aparecen como axiales. Todo ello, sin olvidar, que la restricción de derechos ha de entenderse siempre en sentido estricto y de conformidad con lo tipificado por la ley. De lo contrario, el art. 26.2 acabaría atrayendo para sí las conductas omisivas del artículo 25.3, dejándolo sin aplicación práctica. Sentado lo anterior, la sentencia anotada confirma la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, si bien afirma que la fundamentación sobre la que aquélla pivota es errónea.

## ÍNDICE

1. EL FRAUDE EN LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO COMO FORMA DE SUPERVIVENCIA ANTE LA SITUACIÓN DE CRISIS ECONÓMICA
2. TRABAJO INFORMAL Y ECONOMÍA SUMERGIDA: CARACTERIZACIÓN Y PRINCIPALES MANIFESTACIONES
  - 2.1. Manifestaciones y formas del trabajo irregular: antecedentes y supuesto de hecho en la STS de 29 de julio de 2015
  - 2.2. La compatibilidad entre las prestaciones por desempleo y el desempeño de la actividad profesional
  - 2.3. El fraude y su ubicación en el ordenamiento jurídico
  - 2.4. La prueba del fraude y la actuación judicial
3. RESOLUCIÓN Y VALORACIÓN JURÍDICA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LA SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 2015

*“El equilibrio es así efímero. Debes disfrutarlo al máximo cuando lo encuentres porque volverás a caer en el desequilibrio en cualquier momento”<sup>1</sup>*

## **1. EL FRAUDE EN LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO COMO FORMA DE SUPERVIVENCIA ANTE LA SITUACIÓN DE CRISIS ECONÓMICA**

Desde que la crisis llamó a nuestra puerta a principios del año 2008, todos hemos sido testigo de los efectos devastadores que este fenómeno económico ha originado y aún continúa causando tanto a nivel particular, familiar, como nacional, comunitario e internacional. Cada día son más y más las personas que ven extinguidos sus contratos de trabajo o, incluso, el cese de su actividad por el cierre de la empresa en la que trabajaban y como ahora se encuentran en las largas listas del paro. Esta crispada situación se ha traducido en un crecimiento vertiginoso y de larga duración de los niveles de desempleo, debido todo ello a la caída de la actividad productiva.

En este contexto, el barco que sostiene al sistema de Seguridad Social se encuentra cada vez más debilitado debido al daño que el huracán de la economía sumergida está causando en todos los sectores que se encuentran legalmente constituidos. Deplorable es, quizás, el término que mejor define la situación de todas aquellas personas que se ven abocadas a vivir en una espiral de pobreza y trabajo irregular a la espera de un empleo digno, moviéndose así en un terreno movedizo entre la legalidad y el fraude al sistema de Seguridad Social. Y es que, a día de hoy, el empleo sumergido y el fraude constituyen elementos centrales que inciden en la crisis de financiación del sistema de Seguridad Social y, en particular, de protección de las prestaciones por desempleo.

Toda ésta situación evidencia la necesidad de intervenir a fin no sólo de proporcionar unas condiciones más ventajosas para trabajadores, sino también frenar las consecuencias negativas que sobre los distintos sectores empresariales y las finanzas públicas está causando esta lacra<sup>2</sup>. En este sentido, se ha previsto

<sup>1</sup> De Miguel Taroncher, S: *El equilibrista*, Sevilla, editorial el Círculo Rojo, 2011.

<sup>2</sup> La multinacional Randstad cifra en 18,6% del PIB el valor del trabajo irregular en España, es decir, alrededor de 190.000 millones de euros -0,6 puntos porcentuales inferior que el dato relativo de la Unión Europea (18%), pero casi el doble que en Reino Unido (9,7%) y Francia (9,9%) y muy por encima del de Estados Unidos (6,6%).

en la LISOS la posibilidad de sancionar los supuestos de incompatibilidad entre las prestaciones de la Seguridad Social y el desempeño de la actividad profesional, a saber: “Dar ocupación como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad” (Artículo 23.1 a) de la LISOS).

## 2. TRABAJO INFORMAL Y ECONOMÍA SUMERGIDA: CARACTERIZACIÓN Y PRINCIPALES MANIFESTACIONES

Actualmente, el término “economía sumergida” es calificado de muy distintas formas para referirse a una misma realidad<sup>3</sup>, así por ejemplo se habla de: “economía paralela”, “invisible”, “subterránea”, “clandestina” o, incluso, “negra”. Todos ellos son términos que se refieren a una economía que se desarrolla mediante reglas propias y que es contraria o sólo ajena a la legalidad. Independientemente del calificativo que se use, lo que está claro es que todos estos conceptos se emplean con carácter general para referirse a un conjunto de actividades económicas que se circunscriben, en todo o en parte, al margen de la economía formal<sup>4</sup>.

Por su parte, la palabra “irregular” es también utilizada en este contexto no sólo para calificar la economía en general, sino también para referirse al “empleo” en particular. En este último sentido, la doctrina científica usa como sinónimos de “trabajo informal” los adjetivos “irregular” e “ilegal” cuando, precisamente, todos ellos no significan exactamente lo mismo. Las notas características que mejor aluden al “empleo irregular” son las de elusión e incumplimiento de obligaciones legales, mientras que en el “empleo ilegal” lo que se quiere subrayar es que la actividad desarrollada se lleva a cabo al margen de la ley, pero de forma delictiva (a saber: el narcotráfico, el tráfico de blancas, la prostitución...). Por lo tanto, el empleo irregular consiste en el desarrollo de una actividad lícita, en sí misma, pero que se efectúa al margen de las exigencias legales<sup>5</sup>, quedando al margen del control y la fiscalización.

<sup>3</sup> González Ortega, S: “Empleo irregular y Administración Laboral”, *Temas Laborales*, núm. 125/2014, pp. 149-150.

<sup>4</sup> Serrano Sanz, J.M: “Economía bajo la superficie”, en VV.AA, *Implicaciones de la Economía sumergida en España (Libro marrón)*, Círculo de Empresarios, Madrid, 2010, pp. 221-237.

<sup>5</sup> González Ortega, S: “Empleo irregular y Administración Laboral”...op.cit., pp. 149-150. En contra, Aliaga Méndez, V.A y Alberich Medina, I: “Crisis económica y economía sumergida”, en *Cronista del Estado Social y Democrático*, 28/2012, pp. 58-65.

Igualmente es frecuente emplear como sinónimo de sendos conceptos (economía y empleo) el calificativo de “informal”. No obstante, esta identificación no es del todo correcta, ya que “informal” significa que la actividad se desenvuelve al margen de los mecanismos formales y de manera invisible, no computable y no controlable. Por lo que ese actuar implica, necesariamente, el incumplimiento de las normas, de ahí que, conforme a lo hasta ahora dicho, el empleo informal (y también la economía) sea también irregular. Ahora bien, no siempre se puede predicar de esta condición, puesto que existen muchos y variados desempeños personales que tienen lugar en el marco de unas relaciones que no se rigen por las reglas de mercado, produciéndose los intercambios al margen de él (por ejemplo: el autoconsumo, las relaciones vecinales, por amistad, altruismo y que no son remuneradas. En este mismo sentido, cabe destacar el trabajo doméstico cuando se desarrolla por los miembros de la familia y sin que exista contraprestación alguna por los servicios que asume)<sup>6</sup>.

### **2.1. Manifestaciones y formas del trabajo irregular: antecedentes y supuesto de hecho en la STS de 29 de julio de 2015**

Hoy día, son múltiples los comportamientos que llevan a cabo las personas para eludir la aplicación de los mínimos legales o convencionales relativos a las condiciones de trabajo o para evitar determinados procedimientos administrativos de licencias o autorizaciones<sup>7</sup>. Y es que, la crisis económica no sólo afecta a empresas, sino también a trabajadores y a las finanzas públicas, de ahí que una de las manifestaciones más típicas de este fenómeno sea la de compatibilización, prohibida por la ley, entre prestaciones de la Seguridad Social (desempleo, incapacidad temporal o permanente, jubilación) y trabajo no declarado para mantener el derecho a las prestaciones.

La STS de 29 de julio de 2015, objeto de estudio en este trabajo, describe los siguientes hechos probados: “PRIMERO.- D. Severiano solicitó de la demandada prestaciones por desempleo que le fueron concedidas por el SPEE conforme a una base reguladora diaria de 54,15 euros, en fecha 10-02-12 por período de 660 días. SEGUNDO.- En fecha 19 de mayo de 2012 el actor se encontraba prestando servicios por cuenta ajena para la empresa La Alberquilla, S.L., sin encontrarse de alta en el RGSS, y sin haber comunicado la baja en la

<sup>6</sup> González Ortega, S: “Empleo irregular y Administración Laboral”... op.cit., pp. 149-150.

<sup>7</sup> Para un conocimiento más exhaustivo ver González Ortega, S: “Empleo irregular y Administración Laboral”... op.cit., pp. 151-153.

prestación en la fecha de inicio de la relación laboral. TERCERO.- En fecha 19 de mayo de 2012 el inspector de la Inspección provincial de Trabajo y Seguridad Social de Segovia, giró visita de inspección al centro de trabajo Restaurante La Alberquilla, S.L., comprobando que Severiano estaba prestando servicios en dicho centro, siendo perceptor de prestación de desempleo, no encontrándose dado de alta en RGSS en el momento de la actuación inspectora, tramitándose ésta posteriormente, el mismo día 19 de mayo a las 19:38 horas. CUARTO.- En fecha 20 de junio de 2012, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantó Acta de Infracción al trabajador, por quedar probado que el trabajador ha estado compatibilizando la prestación de desempleo con el trabajo por cuenta ajena el día 19 de mayo de 2012, calificando la infracción descrita como falta muy grave, del art. 26.2 de la LISOS, proponiendo la imposición de una sanción de extinción de la prestación por desempleo y exclusión del derecho a percibir cualquier prestación económica a partir del 19-05-2012, con devolución de las cantidades percibidas. QUINTO.- En fecha 3 de julio de 2012, el SPEE dicta Resolución por la que acuerda suspender cautelarmente, con efectos de 19 de mayo de 2012, la prestación por desempleo que venía percibiendo el actor, hasta que recaiga resolución definitiva en el expediente sancionador. SEXTO.- El actor presentó ante la Inspección de Trabajo, en fecha 9 de julio de 2012, escrito de descargo, que aquí se da por reproducido. SÉPTIMO.- En fecha 3 de septiembre de 2012 el jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Segovia eleva propuesta de sanción de extinción de la prestación desde 19-05-2012 y reintegro de las cantidades indebidamente percibidas. OCTAVO.- En fecha 4 de febrero de 2013, el organismo demandado dicta Resolución de extinción de prestación por desempleo por infracción muy grave, imponiendo la sanción de extinción de la prestación desde 19 de mayo de 2012, sin perjuicio del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas. NOVENO.- En fecha 25 de febrero de 2013, el SPEE emitió comunicación sobre percepción indebida de prestaciones por desempleo, con reclamación de cantidades, por importe de 326,29 euros. DÉCIMO.- En fecha 21-05-2012 el actor comunicó la colocación al SEPE, a jornada completa. UNDÉCIMO.- La comunicación de colocación al SEPE puede realizarse a través del teléfono 901119999 ó en el 921750498, de lunes a viernes y en horario de 9.00 a 14.00 horas. DUODÉCIMO.- En fecha 25 de marzo de 2013 la actora formuló reclamación previa contra la anterior resolución, que fue resuelta en fecha 26 de abril de 2013”.

## **2.2. La compatibilidad entre las prestaciones por desempleo y el desempeño de la actividad profesional**

El desempleo o “paro forzoso” constituye, actualmente, uno de los mayores problemas económicos y sociales a los que debe enfrentarse una sociedad indus-

trializada como la nuestra. No se trata de un fenómeno nuevo<sup>8</sup>, sino que siempre ha existido<sup>9</sup>, haciendo notar su presencia con mayor esplendor en momentos de crisis económica. Por lo que, al final, la situación de necesidad de aquellos que queriendo y pudiendo no encuentran empleo (art. 262 Real decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social- en adelante TRLGSS-) ha pasado de ocupar un papel “marginal”<sup>10</sup> a ser el principal escollo con el que ha tropezado las políticas de Seguridad Social y de empleo contemporánea.

A lo largo de la historia se han establecido diversas medidas para frenar el desempleo o menguar sus efectos, sin embargo, en las últimas décadas el crecimiento de las bolsas de parados se ha elevado exponencialmente.

Gran parte de la responsabilidad en las altas tasas de desempleo se le atribuye al sistema de economía de mercado y a los continuos cambios en los procesos de reestructuración y organización del sistema capitalista<sup>11</sup>, los cuales no han sido capaces de adaptarse a la realidad social presente. Pero también una parte importante la tiene la puesta en práctica de políticas “liberalizadora” de los mercados.

En todo Estado Social y Democrático se debe garantizar el derecho de toda persona a una existencia digna (art. 10.1 Constitución Española- CE), por lo que si no se consagra de forma efectiva el desarrollo de una actividad laboral (art. 35.1 CE) deberán los Poderes Públicos intervenir. Debiendo éstos hacer uso de los mecanismos de políticas de empleo -art. 40.1 CE-<sup>12</sup>, al tiempo que se activan los mecanismos sustitutivos del salario (*lucro cesante*) por el sistema de Segu-

<sup>8</sup> Se trata de una prestación que ha surgido tardíamente dada su complejidad técnica y altos costes. Ver Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Quesada Segura, R.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 11<sup>o</sup> edición, 2015, pág. 443.

<sup>9</sup> García Murcia, J.: “Desempleo”, VV.AA.: *Desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, pág. 33.

<sup>10</sup> Monereo Pérez, J.L.: *El sistema de protección por desempleo en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 18.

<sup>11</sup> García Murcia, J.: “Desempleo”... op.cit., p. 29 a 34.

<sup>12</sup> “Si la política de pleno empleo es el instrumento de realización del Derecho del Trabajo y éste es un factor de integración y condición para la democracia se puede comprender por qué la política de empleo ha sido considerada como un elemento inherente a la forma política del Estado Social contemporáneo...”. Ver, Monereo Pérez, J.L.: *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, págs. 9 a 31.

ridad Social. Por lo que, al final, tendrá el Estado<sup>13</sup> que buscar fórmulas de políticas activas de empleo (actuando en el campo de la formación, mejora en el acceso al empleo y fomento del mismo)<sup>14</sup> y proteger al desempleado, en tanto que repara el daño patrimonial mediante la concesión de una prestación (políticas pasivas)<sup>15</sup>. De este modo, la protección por desempleo se inscribe dentro del marco de las políticas orientadas al pleno empleo por imperativo constitucional (art. 35.1 y 40.1 CE) y aplicación de la normativa internacional<sup>16</sup>, al insertarse su tutela, de forma específica, en el art. 41 de la Carta Magna<sup>17</sup>.

Si se analiza las múltiples disposiciones reguladoras en esta materia se comprueba la debilidad en la prestación que dispensa la Seguridad Social, la cual es, en muchos casos, insuficiente para garantizar un nivel de rentas suficiente para vivir<sup>18</sup>. Motivados por la necesidad económica, cada vez más, los beneficiarios de la prestación por desempleo (y también aquellos que han agotado su protección o que no han completado su período mínimo de cotización) están efectuando prácticas laborales encubiertas, irregulares<sup>19</sup> o ilegales, al tiempo que

<sup>13</sup> Aquí se incluyen también las distintas Administraciones Públicas (Nacional, autonómica y local), incluida las Supranacionales. García Murcia, J.: “Desempleo”... op.cit., pág. 52 y siguientes.

<sup>14</sup> A este respecto, cabe conectar la protección por desempleo con la organización de los servicios públicos de colocación. De esta forma, se facilita la consecución de un empleo gracias al desarrollo de “...acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión e inserción profesional en favor de los trabajadores desempleados, y aquellas otras que tengan por objeto el fomento del empleo estable. Todo ello sin perjuicio, en su caso, de las competencias de gestión de las políticas activas de empleo que se desarrollarán por la Administración General del Estado o por la Administración Autonómica correspondiente, de acuerdo con la normativa de aplicación” (art. 206.2 LGSS).

<sup>15</sup> En definitiva, “la protección por desempleo (pasiva) y la política activa habrán de desenvolverse dentro de una misma programación: ni las acciones activas pueden desconocer la posibilidad del desempleado de obtener ingresos sustitutivos del salario, ni éstos pueden actuar en sentido contrario a los objetivos de incentivación del empleo...”. Ver García Murcia, J.: “Desempleo”... op.cit., pág. 82.

<sup>16</sup> Monereo Pérez, J.L.: *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*... op.cit., pág. 34. Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Quesada Segura, R.: *Manual de Seguridad Social*... op.cit., pág. 445.

<sup>17</sup> “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”

<sup>18</sup> Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Quesada Segura, R.: *Manual de Seguridad Social*... op.cit., pág. 444-445.

<sup>19</sup> Monzo Giménez, A.: “El fraude a las prestaciones por desempleo, entre la picaresca y la necesidad”, *Diario La Ley*, 1988, págs. 869-870 en versión digital. A este respecto se “... incluye

observan impotentes la falta de respuesta de los Poderes Públicos al problema de la crisis económica. Ahora bien, no todo puede decirse que sea necesidad, también se encuentran en la *praxis* supuestos de picaresca en donde el sujeto acepta lo que sea por tal de aumentar su nivel de ingresos<sup>20</sup>.

La preocupación por atajar el fraude en la prestación por desempleo ha sido una constante en los diferentes Gobiernos de España y así ha quedado reflejada en las medidas que se han adoptado en nuestro país. El empleo sumergido no sólo invita a la precariedad laboral, sino que también conduce a la competencia desleal por medio de salarios más bajos y al impago de las cotizaciones<sup>21</sup>, por no hablar del grave atentado que contra los derechos de los trabajadores provoca<sup>22</sup>.

### 2.3. El fraude y su ubicación en el ordenamiento jurídico

Para la doctrina judicial no ha sido tarea fácil definir qué se entiende por fraude, ya que son muchas las formas en que este fenómeno puede manifestarse, a saber: engaño, simulación, omisión, estafa, desfalco...etcétera). Por este motivo, durante largo tiempo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) ha estado dividida en dos líneas de pensamiento, de un lado, la que entendía que el hecho de que uno o varios trabajadores obtuvieran prestaciones por desempleo que no le correspondían debía considerarse como un delito de “fraude en las subvenciones”<sup>23</sup>, por aplicación del principio de especialidad<sup>24</sup> y, de otro lado,

en dichas situaciones a personas que dedican una buena parte de su tiempo en ayudar en los negocios familiares, comercios, bares, restaurantes, laborales agrícolas y ganaderas...etcétera”.

<sup>20</sup> Monzo Giménez, A.: “El fraude a las prestaciones por desempleo, entre la picaresca y la necesidad”...op.cit., págs. 869 y siguientes.

<sup>21</sup> Baviera Puig, I: “Avances en la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 9-10, Enero-febrero 2014, pág. 88.

<sup>22</sup> Fernández Orrico, J.: “La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social”, *Relaciones Laborales*, nº 1, Enero de 2014, pág. 2 versión digital.

<sup>23</sup> Véase STS de 19 de abril de 1997 (RJ 1997\3030): *De esta manera, se evita también la injusta situación en la que se encontraban los trabajadores en paro, sometidos a un régimen más riguroso que los empresarios con dificultades económicas que recurrieran a la obtención fraudulenta de una subvención. También se evita de esta manera la consecuencia similar a la que conduce el punto de vista defendido en la teoría que -sin ningún fundamento legal- entiende que el art. 350 CP, derogado era aplicable únicamente a subvenciones y ayudas de fomento de actividades económicas. Si esto fuera correcto, las subvenciones y ayudas que persiguen un interés social, como las destinadas a los trabajadores en paro, estarían sometidas a la protección penal de la estafa, que no limita la punibilidad a los ilícitos que superen una determinada suma defraudada (2.500.000 ptas. hasta la LO 6/1995 y 10.000.000 desde la entrada en vigor de ésta y en el derecho vigente). En concreto véase el Fundamento Jurídico Primero, apartado 2.*

la que defendía que los hechos descritos podrían asemejarse al delito de estafa, en donde la pena resulta más favorable para el sujeto infractor<sup>25</sup>. Independientemente de la posición del tribunal, la comisión de este ilícito quedaba ubicado en el antiguo artículo 350 del Código Penal (CP)<sup>26</sup>- hoy art. 308 del CP-, estableciéndose así un doble régimen de sanciones (administrativas y penales)<sup>27</sup>. La razón de esta disyuntiva se encontraba en el hecho de que el fraude a la Seguridad Social no aparecía castigado penalmente en ningún precepto legal, por lo que se asimilaba dicho término a los “falseamientos u ocultaciones en subvenciones y ayudas concedidas por una Administración Pública”. Ante la falta de unanimidad, la respuesta del Supremo no tardaría mucho en llegar, pronunciándose finalmente en el primero de los sentidos indicados: ... *pese a la objeción alguna vez formulada de que el subsidio por desempleo no es una subvención (...), se reconoce que la finalidad de consecución de un fin público “indudablemente concurre en la actividad pública encaminada a paliar los efectos sociales negativos del paro laboral...; por lo que cabe extender el concepto del art. 308 CP (fraude de subvenciones) también al engaño relativo en la prestación por desempleo*<sup>28</sup>.

En esta misma línea, la STS de 4 de julio de 1997 (RJ 1997\6236), en la que además se añade que la cuantía de 10.000.000 ptas del art. 308 CP es un elemento del delito que no puede ser determinada en la ejecución de la sentencia. Véase,

<sup>24</sup> Según expresa el TS, entre el delito de estafa (*lex generalis*) y el delito de fraude de subvenciones (*lex specialis*), pues, hay una relación de concurso aparente de leyes, que se resuelve a favor de este último delito en virtud del principio de especialidad (STS de 19 de abril de 1997, antes mencionada).

<sup>25</sup> STS de 13 de abril de 1999 (RJ 1999\4846); 19 de marzo de 2001 (RJ 2001\3560) y 28 de noviembre de 2013 (RJ 2013\8397).

<sup>26</sup> Artículo que fue incluido por la Ley Orgánica 6/1995.

<sup>27</sup> Por lo que sólo cuando se superase la cantidad de diez millones de pesetas se aplicaría la sanción penal, siendo la sanción administrativa aplicable en caso de que la suma defraudada fuese inferior.

<sup>28</sup> *El concepto de subvención debe englobar las prestaciones otorgadas por la Seguridad Social, que entendemos incluidas por cuanto se trata de atribuciones patrimoniales otorgadas por un organismo de carácter público a un particular, persona física o jurídica, y destinadas al cumplimiento de determinados fines... véase las STS de 15 de febrero del 2002 (JUR 2002\132117); 1 de marzo de 2002 (LA LEY 3455/2002) y 29 de mayo de 2002 (RJ 2002\5580). Para un conocimiento más exhaustivo de esta materia véase Soto Nieto, F: “Fraude de subvenciones o ayudas por desempleo”, *Diario La Ley*, nº 5575, 2002, p. 1955 y siguientes. Jaén Vallejo, M: “El fraude de prestaciones por desempleo constituye una conducta prevista en el art. 308 CP, por razón del principio de especialidad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 04-j01, 2002, p. 1 y ss.*

Al margen de estas conjeturas que realizan los tribunales de lo penal, se observa como en el derecho privado<sup>29</sup> sí se describe con claridad este término en el artículo 6.4 del vigente Código Civil (CC): “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”. Aunque parezca una norma exclusiva de la legislación civil, el Tribunal Constitucional (TC) ya ha aclarado que este concepto es también aplicable al resto de ramas del ordenamiento jurídico (incluido el laboral y de Seguridad Social)<sup>30</sup>.

Para que exista un fraude en la prestaciones a la Seguridad Social, primero, debe el trabajador (o en connivencia o acuerdo con el empresario *-consilium fraudes-*<sup>31</sup>) crear una apariencia de legalidad; segundo, violar el contenido ético del precepto legal que se ampara; tercero, cometer un ilícito administrativo<sup>32</sup> con el propósito; cuarto, de obtener (en este caso) la protección por desempleo.

En relación a las prestaciones por desempleo, el fraude se produce cuando el beneficiario incumple su “compromiso de actividad” (art. 299 del TRLGSS), es decir, no busca un empleo (1), realiza un trabajo oficialmente no declarado (2) y obtiene unos ingresos complementarios a los de la prestación (3)<sup>33</sup>. Sin embargo, no tienen por qué concurrir a un mismo tiempo esos tres elementos para que se hable de fraude, ya que las situaciones pueden ser muy distintas y no por ello todas perseguibles. Cabe hablar, entonces, de los siguientes supuestos fraudulentos: a) un parado forzoso que tras un golpe de fortuna lleva a cabo pequeños trabajos, compatibilizando éstos con el disfrute de la prestación por

<sup>29</sup> STS (Sala de lo Civil) de 8 de octubre de 2003 (RJ 2003\7224).

<sup>30</sup> STC de 26 de marzo de 1987 (RTC 1987\37).

<sup>31</sup> STSJ de Castilla y León (Burgos) de 27 de julio del 2001 (JUR 2001\293930): *La connivencia constituye un acuerdo de voluntades para lograr un fin lícito o ilícito, exteriorizando una voluntad distinta que la realmente querida y pactada, amparada bajo una forma legal diferente que le sirve de cobertura. Constituye en definitiva una simulación contractual en el que los contratantes de mutuo acuerdo y con plena conciencia y voluntad, adoptan un acuerdo con un contenido o finalidad distinta de la que manifiestan al exterior, adoptando una forma típica cuyos efectos son distintos de los realmente queridos* (FJ 4º). Véase también la STSJ de Madrid de 7 de mayo de 2007 (JUR 2007\200886).

<sup>32</sup> Sánchez-Terán Hernández, J.M.: *Los criterios de graduación de en las sanciones administrativas en el orden social*, Valladolid, Lex Nova, 2007, pág. 115.

<sup>33</sup> Monzo Giménez, A.: “El fraude a las prestaciones por desempleo, entre la picaresca y la necesidad”...op.cit., págs. 11 y siguientes.

desempleo<sup>34</sup>; b) beneficiarios de la prestación que trabajan temporalmente por cuenta propia o ajena con horario fijo<sup>35</sup>; c) el “beneficiario golondrina”, esto es, aquél que trabaja durante el tiempo mínimo para tener derecho al desempleo, el cual, una vez agotado, ingresa de nuevo en la población activa y así sucesivamente<sup>36</sup>; d) el falso desempleado que en realidad tiene un trabajo fijo<sup>37</sup>.

La labor de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), coordinada con la de otros organismos, resulta esencial aquí para frenar el daño que a las arcas del sistema laboral está originando la actuación engañosa de los perceptores de la prestación por desempleo.

<sup>34</sup> Sentencia del Tribunal Central de Trabajo (STCT) de 1 de mayo de 1979 y de 2 de octubre de 1986; STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 14 de mayo de 2001 (AS 2426). Estas actuaciones clandestinas son típicas de las empleadas de hogar, los subsidiarios con estudios que dan clases particulares, camareros, pintores y electricistas que trabajan a domicilio...etc. Es decir, actividades que muchas veces se desarrollan en domicilios personales, en donde la Inspección de Trabajo no puede acceder, sin previo consentimiento del titular, al tratarse de un ámbito reservado a la intimidad personal. Resulta ejemplar en este punto la STEDH de 9 de octubre de 2012, caso Zwinkels contra Países Bajos, (núm. 16593/10) que denuncia la violación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) por la entrada, sin permiso, de dos inspectores de trabajo en el garaje del domicilio en donde trabajaba el recurrente, con la finalidad de interrogar a dos extranjeros que estaban pintando en la casa y de quienes sospechaban que no tenían permiso de trabajo. El TEDH declaró, finalmente, inadmisibile la demanda de conformidad con lo previsto por el art. 35.3 b) y 4 del CEDH.

<sup>35</sup> STS de 24 de julio de 2001 (Ar.8080): *No tiene derecho a las prestaciones por desempleo el sujeto que está dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Las prestaciones por desempleo son incompatibles con el trabajo por cuenta propia. Dicha incompatibilidad no desaparece aunque la posible beneficiaria es titular de una licencia de taxi y había cedido la administración y explotación a su cónyuge. Además permanecía de alta en el impuesto de actividades económicas y ello no es debido a un descuido, si no que necesariamente como es titular de una licencia de taxi, los beneficios económicos que comporta la explotación pertenecen a su titular y por los mismos debe pagar los correspondientes impuestos.*

<sup>36</sup> Esta actitud es típica de los trabajos familiares, de amistad...etcétera en donde el empresario da de alta al trabajador, pudiendo éste prestar o no la actividad laboral. Ver Monzo Giménez, A.: “El fraude a las prestaciones por desempleo, entre la picaresca y la necesidad”...op.cit., pág. 15 y siguientes. En esta línea, Fernández Orrico, J.: “La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social”... op.cit., págs. 15 y siguientes.

<sup>37</sup> Este supuesto se da mucho en el ámbito del trabajo agrario, sector de la construcción y falsos autónomos. Monzo Giménez, A.: “El fraude a las prestaciones por desempleo, entre la picaresca y la necesidad”...op.cit., pág.15.

Sin embargo, en la actualidad, no sólo defraudan los beneficiarios de las prestaciones por desempleo, sino también los propios centros, entidades y organizaciones sindicales y patronales que reciben las subvenciones Estatales o Autonómicas para el desarrollo de programas de formación para desempleados. Lo lamentable es aquí que estas prestaciones accesorias (o complementarias anejas a la principal) sean provistas para fines lucrativos privados, en lugar de ser destinadas a impulsar el empleo, mejorar la competitividad de los parados<sup>38</sup> o su reinserción en el mercado laboral<sup>39</sup>. Por lo que la protección por desempleo queda de nuevo aquí desvirtuada al pender de un fino hilo que se rompe con la actuación simulada de los encargados en la formación profesional de los parados. Por triste que pueda parecer, estas entidades han aprovechado la coyuntura de la situación económica como arma arrojadiza contra los más necesitados, ya que los controles que hasta ahora se han utilizando por el SPEE son completamente inefectivos. Ello evidencia que algo está fallando y que deberán adoptarse una serie de medidas si es que realmente se quiere recuperar la senda del crecimiento económico y del empleo.

#### **2.4. La prueba del fraude y la actuación judicial<sup>40</sup>**

La demostración objetiva de que un sujeto actúa de forma fraudulenta para obtener la prestación por desempleo no supone una tarea nada fácil para aquel que lo invoca<sup>41</sup>. Y es que hay que tener en cuenta que “el fraude no se presume,

<sup>38</sup> Ver la Resolución de 4 de marzo de 2014, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de subvenciones a los programas de Escuelas Taller y Casas de Oficios y de Talleres de Empleo, en el ámbito exclusivo de gestión del citado Servicio, de proyectos en colaboración con órganos de la Administración General del Estado.

<sup>39</sup> Véase la Resolución de 30 de julio de 2014, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se proroga la vigencia y se modifica la de 1 de agosto de 2013, por la que se determina la forma y plazos de presentación de solicitudes y de tramitación de las ayudas económicas de acompañamiento incluidas en el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo prorrogado por el Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero.

<sup>40</sup> Para un conocimiento más exhaustivo en esta materia véase López Insua, B.M: “El fraude en las prestaciones por desempleo”, Revista de Derecho de la Seguridad Social, páginas 123-137.

<sup>41</sup> Normalmente, es el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) el que “de oficio” inicia el procedimiento ante la autoridad judicial (Ver Disposición Adicional Tercera del RD-Ley 5/2002 de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad) y al que le corresponde demostrar fehacientemente la actuación fraudulenta. Ver Purcalla Bonilla, M.A.: “Prestaciones por desempleo vinculadas a contratación temporal fraudulenta o abusiva: reclamación judicial de oficio por parte del INEM”, *Diario La Ley*, nº 5708, 2003, pág. 1 y siguientes en versión digital.

sino que ha de probarse”<sup>42</sup>, lo que implica, muchas veces, indagar en la vida privada de las personas. Por esta razón, las investigaciones que llevan a cabo la ITSS, Entidades Gestoras y Servicios Comunes, han de seguirse con la máxima cautela para no vulnerar el derecho a la intimidad (art. 18 CE)<sup>43</sup>.

Varios son los elementos que entran aquí en escena y que deberán ser probados, directa o indirectamente, admitiéndose, en este caso, el juego de presunciones del art. 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en donde: “A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano” (*praesumptio hominis*)<sup>44</sup>.

La prueba directa es la más difícil de demostrar, pues supone que el autor (o autores) de la conducta fraudulenta reconozca expresamente su actuación, lo cual conduce a la impunidad de esta clase de conductas. Por eso, lo normal es que el fraude se acredite sobre la base de indicios<sup>45</sup> o deducciones lógicas (prueba indirecta) que pongan de manifiesto el elemento intencional característico de elusión en la aplicación de una norma para que, en su lugar, se aplique otra que conlleve el fin perseguido<sup>46</sup>. Para ello, señala el TC que se debe partir de: a) de unos hechos plenamente probados y b) que de los hechos constitutivos de delito se deduzcan esos indicios, a través de un proceso mental y razonado<sup>47</sup>. A este respecto, cobran gran valor las actas que son elaboradas por la ITSS, en donde sus funcionarios constatan y dan fe<sup>48</sup> de unos hechos irregulares (presun-

<sup>42</sup> STS de 14 de mayo del 2008 (RJ 2008\3292) y 12 de mayo del 2009 (RJ 2009\3252).

<sup>43</sup> Fernández Orrico, J.: “La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social”... op.cit., pág. 6.

<sup>44</sup> En tanto se demuestra el fraude de ley, “La entidad gestora podrá suspender el abono de las prestaciones por desempleo cuando se aprecien indicios suficientes de fraude en el curso de las investigaciones realizadas por los órganos competentes en materia de lucha contra el fraude” (medida introducida por la Disposición Final 1ª del RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo).

<sup>45</sup> STSJ de Aragón de 5 de junio de 2008 (AS 2008\2412).

<sup>46</sup> STSJ de la C. Valenciana de 2 de mayo de 2006 (JUR 2006\261435).

<sup>47</sup> STC de 26 de febrero de 2007 (RTC 2007\43) y 2 de julio del 2012 (RTC 2012\144).

<sup>48</sup> Según establece el Criterio Técnico núm. 6/1997 de 11 de junio de 1997, sobre presunción de certeza de las Actas de Infracción (elaborado por la Dirección General de Inspección de Trabajo y de Seguridad Social): “el término constatación no tiene necesariamente una significa-

ción imperativa de certeza)<sup>49</sup> de los que cabrá deducirse una serie de conclusiones lógicas. Y, a partir de estas, podrá ahora demostrarse la falacia en la actuación del presunto sujeto infractor<sup>50</sup>.

Un aspecto de especial interés que habrá de valorar aquí el órgano jurisdiccional es el de la “intencionalidad” o “ánimo de defraudar” como fin para obtener prestaciones por desempleo -es lo que la doctrina denomina como “intencionalidad cualificada”-. Este presupuesto resulta muy difícil de juzgar<sup>51</sup>

ción estricta de comprobación directa e inmediata por el Inspector, sino que éste establece, en su caso, la veracidad de tales hechos previo proceso de investigación a través de medios o fuentes de conocimiento indirectas... Los hechos que motivan el acta deben ser suficientemente relatados (incorporados) en la medida que se hayan constatado en la fase probatoria y en cuanto que sean relevantes para la determinación de la comisión infractora y la calificación y graduación de las sanciones que proceda...”.

<sup>49</sup> “Por mandato legal caben considerarse veraces los hechos que el Inspector afirme en el acta haber comprobado tal y como los describe”, Díaz Rodríguez, J.M.: *Actas, informes y requerimientos de la Inspección de Trabajo*, Pamplona, Lex Nova, 2004, pág. 242. Fernández Orrico, J.: “La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social”... op.cit., pág. 10.

<sup>50</sup> STSJ de Madrid de 26 de julio del 2011 (RJCA 2011\678). La conclusión que alcanza aquí la Sala es la de admitir la existencia de una fraude en la prestación por desempleo en base a los hechos que son constatados en el acta de la ITSS. Así es, la ITSS interroga a un representante legal de la empresa quien le reconoce que “el trabajador se fue porque compró una empresa” y el trabajador “llegó a un despido amistoso con la empresa puesto que él tenía voluntad de marcharse a una Correduría de Seguros”. Para este tribunal resulta extraño que el trabajador acepte un despido disciplinario y renuncie recurrirlo ante la jurisdicción social en que podría conseguir una importante indemnización si el despido es declarado improcedente.

Muestra de la desconfianza existente en torno a las actuaciones que son llevadas a cabo por trabajadores y empresarios, la Disposición Final 1ª. 2 RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, modifica el párrafo tercero del art. 229 de la LGSS, permitiendo ahora que: “La entidad gestora podrá exigir a los trabajadores que hayan sido despedidos en virtud de las letras c), d) y e) del apartado 1 del artículo 208, acreditación de haber percibido la indemnización legal correspondiente. En el caso de que la indemnización no se hubiera percibido, ni se hubiera interpuesto demanda judicial en reclamación de dicha indemnización o de impugnación de la decisión extintiva, o cuando la extinción de la relación laboral no lleve aparejada la obligación de abonar una indemnización al trabajador, se reclamará la actuación de la Inspección a los efectos de comprobar la involuntariedad del cese en la relación laboral”.

<sup>51</sup> Durante algún tiempo la doctrina del TS se encontraba dividida en dos posturas, de un lado, la que mantenía la necesidad de demostrar ese elemento de intencionalidad (tesis subjetiva) y, de otro lado, la que defendía que lo esencial es la violación de la ley independientemente de la intención (tesis objetiva). Actualmente, la doctrina mayoritaria más reciente de la Jurisdicción Social

teniendo en cuenta sólo los hechos que el inspector de trabajo refleja en el acta. Y es que, demostrar ese elemento subjetivo o de intención fraudulenta del presunto sujeto infractor supone para los funcionarios de la ITSS o, incluso del SPEE<sup>52</sup>, adentrarse en la interioridad de las personas.

Para demostrar esa intencionalidad habrá de ponerse en conexión los hechos probados con los resultados obtenidos y, aún así, se pueden encontrar pronunciamientos muy diversos. Ciertamente, subsiste todavía algún sector de la doctrina judicial que mantiene que no hay fraude si realmente se suscribió un contrato de trabajo, aun cuando el trabajador no prestara efectivamente sus servicios, con la única finalidad de obtener prestaciones de la Seguridad Social<sup>53</sup>. Sin embargo, la doctrina mayoritaria mantiene una postura completamente contraria, por lo que sí se demuestra que la intención de ambas partes (trabajador y empresario) es la de que el trabajador obtenga la prestación por desempleo, independientemente de que se reuniera o no los requisitos de laboralidad, estaríamos ante un fraude<sup>54</sup>. Este último es el caso típico de las llamadas empresas ficticias, en donde se formalizan diversos contratos y se dan de alta a personas con la intención de obtener beneficios, a través de prestaciones o legalización de personas extranjeras<sup>55</sup>.

se ha inclinado por la primera de estas tesis, afirmando que: *... el fraude es algo integrado por un elemento subjetivo o de intención, de manera que para que pueda hablarse de fraude es necesario que la utilización de determinada norma del ordenamiento jurídico persiga, pretenda o muestre el propósito de eludir otra norma del propio ordenamiento* (ver STS de 12 de mayo de 2009 - RJ 2009\3252- y 6 de febrero de 2003 - RJ 2003\3086-).

<sup>52</sup> *No puede establecerse que la mera sucesión de contratos, uno primero de carácter indefinido, y otro segundo de carácter temporal con duración de unos tres meses, equivale, "per se" y sin ninguna circunstancia adicional, a una situación de fraude de ley cuya inexistencia deba ser probada por el trabajador ya que la baja pudo obedecer a múltiples razones y la intención fraudulenta en la nueva contratación requiere la prueba plena ( por parte de quién alega el fraude, SEPE), notoria e inequívoca de la inexistencia de una efectiva prestación de servicios o de la simple apariencia formal del segundo contrato, de modo que se pruebe inequívocamente la existencia de fraude.* Ver STS de 6 de febrero de 2003 (RJ 2003\3086).

<sup>53</sup> *No cabe presumir nada, ni aventurar actuación fraudulenta en quién simplemente pretende tener un acogimiento adecuado en el sistema de Seguridad Social,* (ver STSJ de Extremadura de 2 de febrero del 2010 -JUR 2010\112738-). Normalmente este comportamiento se encuentra en relaciones de amistad o sentimentales (con "connivencia" entre empleador y trabajador) en donde el único objetivo es la obtención de la prestación por desempleo.

<sup>54</sup> Fernández Orrico, J.: "La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social"... op.cit., pág. 15 y siguientes.

<sup>55</sup> Cuando ese ocurra la ITSS deberá emitir informe la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), detallando todos los datos de los trabajadores afectados al objeto de que se proceda

Finalmente, deberá concurrir el elemento de “la exigencia de un resultado fraudulento” en la prestación temporal (teoría objetiva). Ahora bien, ¿es necesario que se alcance el objetivo? o ¿basta con la mera tentativa o puesta en marcha del fraude? La respuesta a estas preguntas variará según las circunstancias de cada caso<sup>56</sup>. Ahora bien, lo que sí está claro es que si llega a demostrar la compatibilización indebida de la prestación por desempleo con el trabajo, automáticamente será sancionada esa conducta como de infracción grave (art. 26.2 de la LISOS y 282.1 del nuevo TRLGSS). De igual modo, si se produce su “solicitud” (aunque todavía no haya recaído resolución de la Entidad Gestora) también cabrá ahora imponer sanción muy grave. En efecto, hasta el Real Decreto-Ley 20/2012 de 13 de julio, únicamente podía sancionarse al empresario (con infracción muy grave por no dar de alta su empleado)<sup>57</sup>, pero no al trabajador, por no ser todavía perceptor de la prestación por desempleo<sup>58</sup>.

### 3. RESOLUCIÓN Y VALORACIÓN JURÍDICA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LA SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 2015

Tras haberse extinguido a D. Severiano la prestación por desempleo y reclamado el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas por parte del SPEE, como sanción por haber omitido la prestación de servicios sin haber causado baja en las prestaciones, ni comunicado la actividad al SPEE, se plantea ahora ante el Supremo el debate en términos de valoración de la infracción

a la revisión de oficio y anulación de tales altas (arts. 54 y 56 Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social), sin perjuicio del inicio del correspondiente procedimiento sancionador.

<sup>56</sup> Así por ejemplo, en el caso de empresas ficticias basta la mera constatación de que se ha dado de alta al trabajador y éste no desarrolla su actividad laboral para entender la existencia de un fraude. Sin embargo, el supuesto anterior en donde el trabajador finge ser despedido disciplinariamente, sino llega a consumarse el fraude porque no solicita la prestación dado que encuentra otro empleo, no cabría hablar de engaño. Fernández Orrico, J.: “La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social”... op.cit., págs. 18- 19.

<sup>57</sup> Fernández Orrico, J.: *La Inspección de Trabajo frente al fraude en las prestaciones de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2010, pág. 110-115.

<sup>58</sup> López Parada, R.A.: “Otras modificaciones introducidas en la Ley de infracciones y sanciones en el orden social por la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social”, en VV.AA, Camino Frías, J.J. (Dir) *Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social*, Pamplona, Lex Nova-Thomson Reuters, 2013, pág. 292- 293.

cometida. A este respecto, aporta el recurrente como sentencia de contraste la resolución del TS de 13 de mayo de 2015, por la cual el Supremo falla en un sentido favorable al trabajador declarando así la indebida aplicación del artículo 26.2 de la LISOS (infracción muy grave), en relación con lo preceptuado por el artículo 25.3 de la LISOS (infracción grave).

Así pues, con arreglo a los hechos descritos, lo acaecido es que el trabajador no cumplió con su deber de comunicar previamente el desempeño de una actividad profesional por cuenta ajena, hecho que es perfectamente subsumible en lo preceptuado por el artículo 25.3 de la LISOS: “ 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...”. A juicio del Supremo no cabe, de acuerdo con esta interpretación, aplicar lo previsto en el artículo 26.2 de la LISOS para las infracciones muy graves, ya que dicho precepto solo puede proyectarse sobre este caso si se asume una interpretación laxa o analógica de lo que se considera “compatibilizar”. Resultaría pues inadecuada esta interpretación del artículo 26.2 de la LISOS cuando se está en el terreno sancionador, pues podría conducir a invadir el supuesto tipificado en el artículo 25.3, en contra de lo que una interpretación sistemática y el principio de especificidad aconsejan.

Por todo ello, razona en la presente sentencia el Alto Tribunal que: “De acuerdo con esas premisas, hemos de reiterar que los hechos declarados probados poseen su más adecuada subsunción entre las faltas graves que tipifica el artículo 25.3 de la LISOS y no en el artículo 26.2 de ese mismo texto legal. La compatibilización entre prestaciones por desempleo y trabajo retribuido no llega a nacer propiamente cuando se ha trabajado durante un periodo por el cual la Entidad Gestora no abona cuantía alguna. Recordemos que las consecuencias sancionadoras están parificadas cuando se comete una falta grave del artículo 25.3 o una muy grave del artículo 26.3 de la LISOS. Por tanto, la solución conferida al caso es la correcta, aunque la fundamentación sea errónea.

Queda por despejar la duda de si, al estar en juego el Derecho Sancionador Público, existe alguna regla que impida alterar la valoración jurídica de los hechos declarados probados. Cuando el Inspector de Trabajo calificó la conducta del trabajador la misma fue subsumida en el artículo 26.2 de la LISOS y ahora declaramos que ello es erróneo, pero que la adecuada subsunción de aquella conduce al mismo resultado que el impugnado.

Adicionalmente, la Resolución administrativa del SPEE que el trabajador trae ante la jurisdicción social se basa en dos incumplimientos (omitir la comunicación del trabajo, compatibilizar actividad laboral y desempleo ) y en dos preceptos (arts. 25.3 y 26.2 LISOS). No hay en ello infracción normativa alguna pues los hechos tenidos en cuenta para la sanción son los mismos desde el principio. Además, el artículo 138.2 de la Ley 30/1992 (ubicado en Capítulo dedicado a los “Principios de la potestad sancionadora”) prescribe que en la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica.

Esa misma aproximación es válida para explicar el modo en que resolvemos el presente pleito: entendiendo que la sentencia recurrida ha errado en la fundamentación aplicada pero que la correcta valoración jurídica de los hechos declarados probados conduce a conclusión idéntica. 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 justificada para incumplir su obligación legal de informar al SPEE acerca de su trabajo; la propia Resolución administrativa recurrida, aunque erróneamente respecto del artículo 26.2 de la LISOS, advertía sobre la concurrencia de dos tipificaciones aplicables e invocaba el artículo 25.2 de la LISOS, que consideramos acertadamente interpretado y aplicado”.

Por tanto, dada la analogía entre los hechos descritos en la STS de 13 de mayo de 2015 y la ahora estudiada de 29 de julio de 2015, cabe aclarar que no hay lugar al recurso de casación que plantea Don Severiano. La existencia de soluciones contradictorias constituye un presupuesto del recurso de casación para la unificación de doctrina (art. 219.1 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social- en adelante LRJS-). Sin embargo, el papel asignado por el art. 228.2 de la LRJS a la sentencia no es el de elegir, de forma necesaria, entre dos términos antagónicos de una disyuntiva sino que hemos de conferir al litigio la solución ajustada a Derecho, lógicamente siempre que se cumplan los presupuestos procesales para ello. Debiendo este caso, por razones de seguridad y homogeneidad jurídicas, aplicar la doctrina ya unificada en la sentencia del Supremo dictada en la sentencia de contraste. Y es que, al no existir nuevas consideraciones que aconsejen su modificación procede desestimar el recurso de casación.