

**LA LUCHA CONTRA LA PRECARIZACIÓN EN EL EMPLEO DESDE LA
PERSPECTIVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: DESEMPLEO O
SUPERVIVENCIA EN UN CONTEXTO DE CRISIS “ECONÓMICA” Y
“SOCIAL”¹**

Belén del Mar López Insua
Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

Abstract

La crisis económica ha impactado mundialmente y, al igual que en cualquier catástrofe social, se debe ahora hacer recuento de los daños producidos. En este contexto, los mercados europeos se han visto gravemente afectados por la situación financiera, la cual ha repercutido muy especialmente en algunos países comunitarios. Actualmente, España se sitúa entre los países de la Unión Europea con más altos niveles en destrucción de empleo, lo que justifica el hecho de que coloque en un primer plano el debate en torno a la alarmante y, cada vez, más creciente tasa de desempleo. Las terribles consecuencias que ha causado este fenómeno se han visto reflejadas en un mercado de trabajo debilitado en donde ahora reinan las situaciones de precariedad, desprotección, desorientación y desmotivación laboral. La alarmante cifra de desempleo ha preocupado enormemente a la Unión Europea, es por ello que todos sus esfuerzos se hayan centrado en la consolidación de una Europa económicamente más fortalecida y comprometida con el futuro laboral de sus ciudadanos. Tras diversas iniciativas y conatos legislativos finalmente ha quedado aprobado un plan de lucha que, al restringir cualquier forma de protección social ha sido incapaz de responder a su principal amenaza, el fraude, causante del alza de los niveles de economía sumergida.

The current economic crisis has stormed worldwide affecting and heavily punishing social strata or trade market structures and, as though it was a natural disaster, showing no mercy not even for the weakest ones, therefore now it is mandatory to check the quantity and the kind of every single damage caused as a result of this crisis. In this context, the European markets have unfortunately become easy aims for the regrettable financial situation we are undergoing and which is especially wreaking havoc in some members of the European Community. Today, Spain is leading the European ranking of job destruction, which can likely explain why the unemployment rate is the focus of a heated discussion where such rate has been identified as a critical point. This fact has prompted awful consequences in a weakened labour market, where precariousness,

¹Este artículo es derivado de la comunicación que he presentado al 1st International Virtual SBRLab Conference: *Finding solutions for a post-crisis society* (9-11 de diciembre de 2015, Tarragona).

confusion and lack of legal protection and motivation freely rule. The high rates of youthful unemployment have strongly concerned the European Union for the last years and so, it has focused all its efforts to economically consolidate an Europe much more committed to provide a reliable labour future for its people. After several legal trials it has been at last approved an action plan against the black economy, which, since it has essentially restricted any kind of social services, it has failed in its aim to fight against its most dangerous threat, fraud.

Palabras clave: desempleo, precariedad laboral, economía sumergida, fraude y prestaciones por desempleo.

Keywords: unemployment, black economy, fraud and unemployment benefits

IUSLabor 1/2016, p. 1-19, ISSN 1699-2938

Sumario

1. Problemática general
2. La crisis económica como principal escollo en la lucha contra el fraude en las prestaciones por desempleo
 - 2.1. El fraude y su ubicación en el ordenamiento jurídico: doctrina judicial, concepto y “modus operandi”
 - 2.2. La prueba del fraude en escena y la actuación judicial
3. Las medidas de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social
4. Conclusiones

1. Problemática general

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, las bases que sostienen al sistema de Seguridad Social se encuentran cada vez más debilitadas debido al daño que el incremento 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.

Conscientes del problema y de la necesidad de frenar los efectos devastadores que sobre los cimientos mismos del orden de protección social está provocando esta lacra, el Gobierno español ha iniciado un plan de lucha contra el fraude fiscal, laboral y de Seguridad Social. Para ello ha tomado como referente las directrices que han sido esbozadas a nivel comunitario, tras un intenso estudio que, sobre este fenómeno, los organismos europeos han iniciado en los diferentes Estados que forman parte de la Unión Europea (UE).

2. La crisis económica como principal escollo en la lucha contra el fraude en las prestaciones por desempleo

El desempleo o “paro forzoso” constituye, actualmente, uno de los mayores problemas económicos y sociales a los que debe enfrentarse una sociedad industrializada como la nuestra. No se trata de un fenómeno nuevo², sino que siempre ha existido³, haciendo notar

² 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, 11ª edición, 2015, p. 443.

³GARCÍA 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, p. 33.

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 (artículo 262.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en adelante LGSS) ha pasado de ocupar un papel “marginal”⁴ 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 capitalista⁵, 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 (artículo 10.1 Constitución Española – CE), por lo que si no se consagra de forma efectiva el desarrollo de una actividad laboral (artículo 35.1 CE) deberán los poderes públicos intervenir. Debiendo éstos hacer uso de los mecanismos de políticas de empleo –artículo 40.1 CE–⁶, al tiempo que se activan los mecanismos sustitutivos del salario (*lucro cesante*) por el sistema de Seguridad Social. Por lo que, al final, tendrá el Estado⁷ 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)⁸ y proteger al

⁴MONEREO PÉREZ, J.L., *El sistema de protección por desempleo en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 18.

⁵GARCÍA MURCIA, J., “Desempleo”, op.cit., p. 29 a 34.

⁶ “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, p. 9 a 31.

⁷ Aquí se incluyen también las distintas Administraciones Públicas (Nacional, autonómica y local), incluida las Supranacionales. GARCÍA MURCIA, J., “Desempleo”, op.cit., p. 52 y siguientes.

⁸ 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” (artículo 262.2 LGSS).

desempleado, en tanto que repara el daño patrimonial mediante la concesión de una prestación –políticas pasivas⁹. De este modo, la protección por desempleo se inscribe dentro del marco de las políticas orientadas al pleno empleo por imperativo constitucional (artículo 35.1 y 40.1 CE) y aplicación de la normativa internacional¹⁰, al insertarse su tutela, de forma específica, en el artículo 41 de la Carta Magna¹¹.

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 vivir¹². 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, irregulares¹³ o ilegales, al tiempo que 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 ingresos¹⁴.

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 –como luego se verá. El empleo sumergido no sólo invita a la precariedad laboral, sino que también conduce a la competencia desleal por medio de

⁹ 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*” (GARCÍA MURCIA, J., “Desempleo”, op.cit., p. 82).

¹⁰ MONEREO PÉREZ, J.L., Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico... op.cit., p. 34. MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R., *Manual de Seguridad Social*, op.cit., p. 445.

¹¹ “*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*”

¹² MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R., *Manual de Seguridad Social*, op.cit., p. 444-445.

¹³ A este respecto se “*incluye 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*” (MONZO GIMÉNEZ, A., “El fraude a las prestaciones por desempleo, entre la picaresca y la necesidad”, *Diario La Ley*, 1988, p. 869-870 (en versión digital)).

¹⁴ MONZO GIMÉNEZ, A., “El fraude a las prestaciones por desempleo, entre la picaresca y la necesidad”, op.cit., p. 869 y siguientes.

salarios más bajos y al impago de las cotizaciones¹⁵, por no hablar del grave atentado que contra los derechos de los trabajadores provoca¹⁶.

2.1. *El fraude y su ubicación en el ordenamiento jurídico: doctrina judicial, concepto y "modus operandi"*

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, etc.). Por este motivo, durante largo tiempo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo 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”¹⁷, por aplicación del principio de especialidad¹⁸ y, de otro lado, la que defendía que los hechos descritos podrían asemejarse al delito de estafa, en donde la pena resulta más favorable para el sujeto infractor¹⁹. Independientemente de la posición del tribunal, la comisión de este ilícito quedaba ubicado en el antiguo artículo 350 del Código Penal (CP)²⁰ –hoy artículo 308 del CP–, estableciéndose así un doble régimen de sanciones (administrativas y penales)²¹. La razón de esta disyuntiva se

¹⁵BAVIERA PUIG, I., “Avances en la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 9-10, 2014, p. 88

¹⁶FERNÁNDEZ ORRICO, J., “La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social”, *Relaciones Laborales*, nº 1, 2014, p. 2 (versión digital).

¹⁷ 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 artículo 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.

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 artículo 308 CP es un elemento del delito que no puede ser determinada en la ejecución de la sentencia.

¹⁸ Según expresa el Tribunal Supremo, 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).

¹⁹ 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).

²⁰ Artículo que fue incluido por la Ley Orgánica 6/1995.

²¹ 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.

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 sentido 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 artículo 308 CP (fraude de subvenciones) también al engaño relativo en la prestación por desempleo²².

Al margen de estas conjeturas que realizan los tribunales de lo penal, se observa como en el derecho privado²³ sí se describe con claridad este término en el artículo 6.4 del vigente Código Civil (en adelante CC): “[l]os 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 ya ha aclarado que este concepto es también aplicable al resto de ramas del ordenamiento jurídico (incluido el laboral y de Seguridad Social)²⁴.

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*–²⁵) crear

²²“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. 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 artículo 308 CP, por razón del principio de especialidad”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 04-j01, 2002, p. 1 y ss.

²³ STS (Sala de lo Civil) de 8 de octubre de 2003 (RJ 2003\7224).

²⁴ STC de 26 de marzo de 1987 (RTC 1987\37).

²⁵ STSJ de Castilla y León (Burgos) de 27 de julio del 2001 (JUR 2001\293930): “[l]a 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).

una apariencia de legalidad; segundo, violar el contenido ético del precepto legal que se ampara; tercero, cometer un ilícito administrativo²⁶; cuarto, con el propósito de obtener (en este caso) la protección por desempleo.

En relación con las prestaciones por desempleo, el fraude se produce cuando el beneficiario incumple su “compromiso de actividad” (artículo 262 de la LGSS), 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). Sin embargo, no tienen por qué concurrir en 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 desempleo²⁷; b) beneficiarios de la prestación que trabajan temporalmente por cuenta propia o ajena con horario fijo²⁸; c) el “beneficiario golondrina”, esto es, aquél que trabaja durante el tiempo mínimo para tener derecho al desempleo, el cual, una vez

²⁶SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., *Los criterios de graduación de en las sanciones administrativas en el orden social*, Valladolid, Lex Nova, 2007, p. 115.

²⁷ 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 artículo 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 artículo 35.3 b) y 4 del CEDH.

²⁸ STS de 24 de julio de 2001 (Ar.8080): “[n]o 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.”

agotado, ingresa de nuevo en la población activa y así sucesivamente²⁹; d) el falso desempleado que en realidad tiene un trabajo fijo³⁰.

La labor de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante 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.

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 desempleados³¹. 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 parados³² o su reinserción en el mercado laboral³³. 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.

²⁹ 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. FERNÁNDEZ ORRICO, J., “La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social”, op.cit., p. 15 y siguientes.

³⁰ 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., p.15.

³¹ En Andalucía se han destapado ya varias tramas de captación de estas subvenciones, gracias a la labor realizada por la Unidad de Delincuencia Económica y Fiscal. La llamada “Operación Edu” investiga a varias personas por el presunto fraude en los cursos de formación para desempleados financiados por la Junta de Andalucía.

³² Ver la Resolución de 4 de marzo de 2014, 1 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.

³³ 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.

2.2. La prueba del fraude en escena y la actuación judicial

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 invoca³⁴. Y es que hay que tener en cuenta que “*el fraude no se presume, sino que ha de probarse*”³⁵, 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 (artículo 18 CE).

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 artículo 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*)³⁶.

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 indicios³⁷ 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 perseguido³⁸. Para ello, señala el Tribunal Constitucional 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 razonado³⁹. A este respecto, cobran gran valor las actas que son elaboradas por la ITSS,

³⁴ 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, p. 1 y siguientes (versión digital).

³⁵ STS de 14 de mayo del 2008 (RJ 2008\3292) y 12 de mayo del 2009 (RJ 2009\3252).

³⁶ En tanto se demuestra el fraude de ley, “[l]a 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).

³⁷ STSJ de Aragón de 5 de junio de 2008 (AS 2008\2412).

³⁸ STSJ de la C. Valenciana de 2 de mayo de 2006 (JUR 2006\261435).

³⁹ STC de 26 de febrero de 2007 (RTC 2007\43) y 2 de julio del 2012 (RTC 2012\144).

en donde sus funcionarios constatan y dan fe⁴⁰ de unos hechos irregulares –presunción imperativa de certeza–⁴¹ 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 infractor⁴².

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”–⁴³. Este presupuesto resulta muy difícil de juzgar⁴⁴ teniendo en cuenta sólo los hechos que el

⁴⁰ 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 significación 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...*”.

⁴¹ “*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, p. 242). FERNÁNDEZ ORRICO, J., “La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social”, op.cit., p. 10.

⁴² 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 artículo 229 de la LGSS, permitiendo ahora que: “[l]a 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”.

⁴³ FERNÁNDEZ ORRICO, J., “La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social”, op.cit., p. 14 y siguientes.

⁴⁴ Durante algún tiempo la doctrina del Tribunal Supremo 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 se ha inclinado por la primera

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 SPEE⁴⁵, adentrarse en la interioridad de las personas.

Para demostrar esa intencionalidad habrá de ponerse en conexión los hechos probados con los resultados obtenidos y, aun 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 Social⁴⁶. 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. 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 extranjeras⁴⁷.

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

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-).

⁴⁵“*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)).

⁴⁶“*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.

⁴⁷ 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 a la revisión de oficio y anulación de tales altas (artículos 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.

estas preguntas variará según las circunstancias de cada caso⁴⁸. 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 (artículo 26.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, por el que se aprueba la Ley de Infracciones y Sanciones –LISOS– y 282.1 LGSS). 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 empleado⁴⁹, pero no al trabajador, por no ser todavía perceptor de la prestación por desempleo⁵⁰.

3. Las medidas de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social

La lucha contra el empleo irregular ha sido una constante en las instituciones de la UE desde el Libro Blanco⁵¹ y la Comunicación a la Comisión Europea sobre el trabajo no declarado. Posteriormente se impulsaron otras iniciativas comunitarias⁵² que, partiendo

⁴⁸ 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., p. 18- 19.

⁴⁹FERNÁNDEZ ORRICO, J., *La Inspección de Trabajo frente al fraude en las prestaciones de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2012, p. 110-115.

⁵⁰LÓPEZ 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 CAMINO FRÍAS, J.J.(Director), *Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social*, Pamplona, Lex Nova-Thomson Reuters, 2013, p. 292- 293.

⁵¹ Elaborado por la Comisión Europea en 1993 y que trataba sobre “Crecimiento, competitividad y empleo”. El Informe Delors –que fue su artífice– ya ponía de manifiesto el hecho relevante del desempleo en toda Europa, el cual se caracteriza por: 1) un elevado nivel de paro de larga duración y 2) su incidencia en trabajos no cualificados o poco cualificados. Ver MONEREO PÉREZ, J.L., *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, op.cit., p. 13.

⁵² A saber: Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 14 de enero de 2003, -«El futuro de la estrategia europea de empleo (EEE)- una estrategia para el pleno empleo y mejores puestos de trabajo para todos» [COM (2003); Resolución del Consejo sobre la transformación del trabajo no declarado en empleo regular (2003/C 260/01), publicado el 29/10/2003 en el Diario Oficial de la UE; Informe de la Comisión de mayo de 2004 sobre el trabajo no declarado en una Unión ampliada titulado «Análisis del trabajo no declarado: estudio en profundidad de elementos concretos»; Libro Verde de la Comisión, de 22 de noviembre de 2006, «Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI» [COM (2006) 708; Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 24 de octubre de 2007, «Intensificar la lucha contra el trabajo no declarado» de 2007; el Informe del Parlamento Europeo sobre la intensificación de la lucha contra el trabajo no declarado

del estudio sobre el trabajo no declarado en los diferentes estados europeos, buscaban modernizar cada una de estas legislaciones nacionales mediante un plan de choque que integraba los siguientes aspectos: a) mejorar la cooperación transnacional, b) intensificación del papel de la ITSS y c) actuación coordinada e intercambio de información entre los organismos implicados. El resultado final fue la aprobación de la Estrategia Europa 2020: «Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», documento mediante el cual se promueve un paquete de medidas que pretenden prevenir el trabajo irregular y luchar contra la economía sumergida. Y para reforzar el papel de las inspecciones de trabajo nacionales en la UE, con motivo del elevado número de fraudes al sistema de Seguridad Social, se crea en 2012 un proyecto conjunto entre la Organización Internacional del Trabajo y la Comisión Europea denominado «Estrategias de la ITSS para combatir el trabajo no declarado en Europea».

En España, la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social cuenta también con sus antecedentes⁵³, sin embargo, entre los hitos más importantes que se han indicado cabe destacar, de un lado, el Plan 2012-2013 aprobado por Consejo de Ministros de 27 de abril de 2012 y, de otro lado, la Ley 13/2012, de 26 de diciembre⁵⁴.

Para corregir las irregularidades que en la obtención de las prestaciones por desempleo en fraude de ley se están efectuando, se han fijado las siguientes pautas de actuación⁵⁵: 1) reformas en la organización y funcionamiento de la ITSS⁵⁶; 2) incremento del número de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social; 3) refuerzo de los instrumentos de coordinación y colaboración de la ITSS con otros organismos (SPEE, INSS, TGSS,

(2008/2035(INI)); Proyecto europeo ICENUW sobre cooperación en la lucha contra el trabajo no declarado entre las inspecciones europeas, etc.

⁵³ Entre otros, destacan: el Plan de Acción sobre empresas ficticias y altas fraudulentas (2010) impulsado por la TGSS y la ITSS; el Plan Integral de prevención y corrección del fraude fiscal, laboral y a la Seguridad Social, aprobado en marzo de 2010 y elaborado por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la ITSS y la TGSS; el Plan Anual de Política de Empleo para 2013, aprobado por el Consejo de Ministros de 2 de agosto de 2013 y, finalmente el Decreto-Ley 9/2014, de 15 de julio, por el que se aprueba el Programa Emplea30+ (BOE núm. 140, de 21 de julio de 2014).

⁵⁴ Entre los objetivos que recoge esta ley está la obtención y disfrute en fraude de ley de las prestaciones por desempleo, particularmente en aquellos supuestos en que se constituyen empresas ficticias para poder acceder a aquellas o donde se compatibiliza de manera irregular su percepción con el trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia.

⁵⁵ AMAYA PILARES, M^a. S., “Lucha con el fraude con especial incidencia en la actuación del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social”, LOZANO ORTIZ, C (Director), *Sostenibilidad y lucha contra el fraude en la Seguridad Social. XIII Jornadas de la Asociación profesional del cuerpo superior de letrados de la Administración de la Seguridad Social*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, p. 40

⁵⁶ A este respecto, téngase en cuenta la nueva Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

etc.)⁵⁷; 4) desarrollo de nuevas campañas y concentración de inspectores, sobre todo en sectores en donde los niveles de fraude son más elevados (por ejemplo: construcción, industria, servicios, comercio, etc.); 5) introducción de un nuevo delito más específico para las situaciones de fraude en las prestaciones a la Seguridad Social (artículo 307 ter del CP);⁵⁸ y 6) modificación de la LISOS en materia de protección por desempleo (artículo 46) y aumento de la cuantía de las sanciones en caso de compatibilizar la prestación de servicios con el disfrute del subsidio por desempleo (artículo 26 y 40.1 a)).

De entre este catálogo de medias, la que más efectividad y resultados ha dado en la práctica (en cuanto que ha destapado un importante número de actuaciones fraudulentas en orden a obtener indebidamente prestaciones por desempleo) ha sido la efectuada mediante la coordinación y colaboración entre los organismos que son competentes en materia de políticas laborales. A este respecto, se ha creado en marzo de 2012 un “Grupo de Trabajo para el control, depuración y seguimiento de las inscripciones de empresas y altas, bajas, variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social indebidas por su carácter ficticio o fraudulento”, en la que participan: la Dirección General y Provincial de la TGSS, la Dirección General y Provincia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y colaboran las Entidades Gestoras implicadas (principalmente el SPEE y el INSS). La única motivación que ha movido a la TGSS y a la ITSS a formalizar este grupo⁵⁹ y dictar

⁵⁷ Cabe destacar aquí: a) los convenios de colaboración entre la ITSS y la AEAT (Agencia Estatal de Administración Tributaria)—que a su vez— realizan actuaciones coordinadas con las Comunidades Autónomas; b) el Convenio de 30 de abril de 2013, sobre colaboración de la ITSS y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (Resolución de 4 de noviembre de 2013 (BOE núm. 268 de 8 de noviembre de 2013)); c) la regulación de la actuación y autorización de entrada de la ITSS cuando se traten de un centro de trabajo que coincida con el domicilio del trabajador, modificada por la Ley 36/2011, 10 de octubre reguladora de la jurisdicción social; y d) actuación colaboradora entre organizaciones sindicales y empresariales más representativas, por medio de la cual se crea la Comisión Consultiva Tripartita de las ITSS (Orden TAS 3869/2006, de 20 de diciembre (BOE núm. 304).

Llama aquí la atención el aumento de los mecanismos de control del fraude que el SPEE, en colaboración con la ITSS, está efectuando para los beneficiarios del Programa Temporal de Protección por desempleo (PRODI). Las inspecciones se están realizando aquí de forma aleatoria o a instancias de un técnico que percibe una situación sospechosa. Normalmente, se les vuelve a requerir toda la documentación a los beneficiarios para comprobar la veracidad de los datos, se les puede citar durante días distintos a distintas horas para comprobar que no trabajan en la economía sumergida y que tienen derecho a la prestación. En el caso que se detecte alguna irregularidad, se debe informar al interesado para que demuestre la situación inicial. Si se corrobora el fraude se le retirará la prestación al solicitante y se le obligará a devolver todas las cuotas percibidas.

⁵⁸ Tras la modificación operada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre (BOE núm. 312). La introducción de este nuevo delito convivirá con los correspondientes tipos administrativos, de manera que la coordinación entre la represión penal y administrativa en esta materia deberá partir de los principios sentados en el artículo 3 de la LISOS.

⁵⁹ Integrado por tres funcionarios de la TGSS y 3 funcionarios de la ITSS. Debiendo en cada una de las provincias de crearse similares órganos y unidades, siendo el Director Provincial y el Jefe de la Inspección

la correspondiente instrucción conjunta no es otra que la de frenar el impulso y creación de “empresas ficticias”. En efecto, en los últimos años se ha observado un importante incremento de este fenómeno, espoleado todo ello gracias a la situación de crisis económica y a la falta de empleo, que ha servido como vehículo para fines fraudulentos. Principalmente, los funcionarios de estos organismos indagan conjuntamente sobre la base de declaraciones y solicitudes que simulan la existencia de relaciones laborales por todas o parte de las personas dadas de alta en la Seguridad Social en empresas, y cuyo objetivo es completar períodos de cotización o permanencia en el sistema social que permitan cumplir, en fraude de ley, los requisitos exigidos para el acceso a las prestaciones⁶⁰. En la mayoría de los casos los trabajadores pagan una suma económica al gestor de la empresa⁶¹ para que proceda a darles de alta en la misma y así poder, posteriormente, disfrutar de las prestaciones de incapacidad temporal o desempleo (que de hecho son las que más se emplean fraudulentamente en momentos de crisis).

Iniciada la actuación inspectora⁶² se comprueba: 1) que en la empresa no se desarrolla actividad (el centro siempre está cerrado o se corresponde con el domicilio del empresario o se trate de un centro pendiente de alquiler o venta) y 2) que los trabajadores están percibiendo algún tipo de prestación. Si la ITSS prueba la existencia de un posible fraude, informará inmediatamente por correo electrónico (en el donde en el asunto figurará las palabras “Alerta Empresa Ficticia”) a la TGSS y a posibles organismos afectados, al objeto de que procedan a la revisión de oficio y anulación de altas. A continuación, se abrirá el correspondiente procedimiento de actuación: instrucción de expediente, participación de interesados (empresario, administrador o Autorizado RED y, si fuera preciso, también los trabajadores), trámite de audiencia y resolución.

De igual modo, y para que no quede ningún resquicio de duda sobre una posible situación de fraude, se ha previsto también en esta instrucción cuáles son las actuaciones que debe seguirse por las Administraciones de la Seguridad Social a la hora de tramitar

Provincial de Trabajo y Seguridad Social los responsables (a este nivel) del seguimiento de empresas ficticias y coordinación de actuaciones.

⁶⁰Ver artículo primero de esta instrucción: el objeto.

⁶¹ Normalmente el gestor suele ser un asesor laboral que está dado de alta como autónomo y que efectúa su actividad defraudadora para varias empresas ficticias. Las cantidades monetarias que habrán de pagar los trabajadores son pactadas entre ambas partes teniendo en cuenta el tiempo que estarán dados de alta en la empresa ficticia.

⁶² Ya sea, previa denuncia, de oficio por la Dirección General de la TGSS o Jefatura de la ITSS, con ocasión de actuaciones (judiciales, policiales o del Ministerio Público), requerimiento de otros organismos, extracción de datos informáticos que obren en poder de entidades públicas...etc.

inscripciones de empresas y/o en supuestos de reinicio de actividad, así como de seguimiento posterior a la materialización de la inscripción de la empresa⁶³.

El resultado del balance de este plan a nivel nacional, para el período 2012 y 2014, ha sido de un descubrimiento de 5.496 empresas ficticias en donde se habían suscrito 78.056 altas falsas de trabajadores, ahora bien, el número total de trabajadores empleados irregularmente ha sido de 170.941 en empresas legalmente constituidas⁶⁴.

Finalmente, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, ha creado un buzón electrónico contra el fraude laboral, con la intención de recoger información ciudadana sobre presuntas irregularidades, sin necesidad de aportar ningún dato personal⁶⁵. Y también, como respuesta administrativa a la necesaria especialización en el mundo judicial de esta materia⁶⁶, se ha puesto en funcionamiento una Unidad Especial de Colaboración y Apoyo a los Juzgados y Tribunales y a la Fiscalía General del Estado para la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social⁶⁷.

4. Conclusiones

En coyunturas de crisis económica –como la actual– la protección pública del desempleo se alza en un plano prioritario, convirtiendo a esta contingencia en la prestación estrella de todo el sistema jurídico de Seguridad Social.

Durante estos últimos años, los cambios cualitativos que vienen experimentando las prestaciones por desempleo dan muestra más que evidente de la deficiente función que están desempeñando las políticas públicas de empleo. Tales medidas no son capaces de frenar un fenómeno que cada día se hace más persistente y crónico en el tiempo. La enorme preocupación que ha suscitado esta temática ha motivado una urgente respuesta por parte de los organismos comunitarios, quienes ya han esbozado una serie de medidas

⁶³ En este último caso, se analizarán aspectos tales como: a) movimiento de altas de trabajadores, b) volumen de altas cursadas, c) tipos de transmisión de las altas (individual o por remesas); d) vidas laborales (de empresarios y trabajadores); e) movimientos anudados por trabajadores; f) transmisión de documentos de cotización y g) verificación de los ingresos de cuotas en el primer mes en que resulte obligatorio el mismo.

⁶⁴ Véase la nota de empresa emitida en junio de 2014 por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, el Ministerio de Interior y el Gabinete de Comunicación (disponible en: <http://prensa.empleo.gob.es/>).

⁶⁵ http://www.empleo.gob.es/itss/web/atencion_al_ciudadano/Colabora_con_ITSS.html.

⁶⁶ GIL VILLANUEVA, M., “Artículo 3. Modificación de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”, en CAMINO FRÍAS, J.J (Director), *Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social*, Pamplona, Lex Nova-Thomson Reuters, 2013, p.189.

⁶⁷ Orden ESS/78/2014, de 20 de enero (BOE núm. 26 de 30 de enero de 2014).

de corte represivo y paliativo que, ciertamente, son resultado de los intereses de tan sólo algunos países europeos.

Las consecuencias más directas de estas directrices orientativas y coordinadoras de las políticas de empleo comunitarias han dado ya sus frutos en España. Nuestro país ha sido tierra fértil para el proceso de modificación de la normativa de empleo, donde se ha dirigido básicamente a recortar derechos sociales, de inversión y de fomento de la estabilidad presupuestaria, en lugar de potenciar el crecimiento sobre los bienes de producción. Así pues, no sólo no se ha creado riqueza, sino que tampoco se ha diseñado un plan coherente y acorde al problema real que persiste latente en la sociedad contemporánea. Muchas han sido las críticas que ha suscitado este sinfín de reformas⁶⁸, dado que ha desvirtuado por completo el modelo garantista de derechos constitucionales establecidos, provocando además una regresión en la tutela de normas fundamentales protegidas al máximo nivel posible.

Pese a la gravedad del problema los Estados siguen recortando con ahínco derechos que son elementales por necesidad. A causa de esta situación se ha producido un fuerte contraste entre las diferentes capas de la sociedad, haciéndose si cabe más visible de lo que ya era. En efecto, si los pobres son cada vez más pobres y los ricos cada vez más ricos, el caldo de cultivo que alimenta el germen del fraude está más que servido. Por encima de toda medida económica se encuentra el derecho a una existencia digna, siendo los poderes públicos responsables de la consecución de esa finalidad. Ahora bien, si el gobierno actual no fomenta las políticas de “pleno empleo” y para más agravio social se incrementa el coste de la vida, y las familias en situación de mayor vulnerabilidad se verán en la obligación de “autodefenderse” precariamente para poder sobrevivir.

En gran medida, la parte más relevante de los fraudes que se cometen en las prestaciones por desempleo no derivan tanto de comportamientos individuales, como de una económica debilitada por la situación de crisis en la que se ven implicado el trabajador como víctima. Actualmente existe una cierta tendencia a la “culpabilización o criminalización” de los trabajadores en desempleo que no se corresponde con la realidad de las causas reales del paro forzoso; y es que no es cierto que la mayoría se encuentren en esa situación por propio voluntad, sino porque no encuentran un empleo. Ciertamente, la respuesta a este problema no es exclusivamente individual, aunque también hay una mínima parte de responsabilidad ahí, sino que cabe atribuírsela en gran medida a las

⁶⁸ GARCÍA BLASCO, J., "La tasa de cobertura del desempleo: a propósito de la memoria del CES en España" en VV.AA, *La protección por desempleo en España*, Murcia, Laborum, 2015; BRAVO FERNÁNDEZ, C., "Tasa de cobertura por desempleo ¿fraude en las prestaciones?", en VV.AA, *La protección por desempleo en España*, Murcia, Laborum, 2015; GARCÍA VIÑA, J., "Lucha contra la economía sumergida y el empleo irregular", en VV.AA, *La protección por desempleo en España*, Murcia, Laborum, 2015.

empresas y entidades formadoras que actúan fraudulentamente aprovechándose de la situación de necesidad de los trabajadores.

El legislador español obsesionado por controlar el *dumping* social y fiscal ha creado un plan de lucha que es completamente ineficaz y que, restringiendo cualquier forma de protección social, no responde al principal escollo que ha motivado el alza en los niveles de economía sumergida. Por esta razón considero que la solución está en ofrecer un nuevo enfoque a esas políticas. Para ello sería preciso crear un nuevo plan integral de lucha contra el empleo irregular (y en particular con la economía sumergida) y el fraude fiscal, económico y de Seguridad Social, que incida en la raíz causa del problema base y que no se centre exclusivamente en frenar sus efectos según criterios economicistas. Así es, de lo que se trata es de incentivar la protección del trabajador y controlar (para evitar el fraude) los ilícitos que cometen las empresas y los trabajadores individuales, llevando a cabo una actuación coordinada entre los distintos Ministerios implicados. Se precisa de un mayor intervencionismo público, de control y de fomento del empleo de calidad. Ahora bien, el control debería estar al servicio de la tutela del trabajador y no en su contra, de lo contrario sólo castigaremos a unos pocos pícaros. En realidad la política de empleo y de lucha contra el desempleo es una responsabilidad eminentemente pública.

Aparte de lo anterior, se requiere con urgencia de nuevos proyectos de reforma legislativa que vayan dirigidos hacia una nueva reestructuración, racionalización y modernización de la Administración Pública. Es necesario también racionalizar el sistema descentralizado de competencias, precisamente para potenciarlo pero garantizando su mayor eficiencia. Por esta razón entiendo que para frenar el fraude en el desempleo es esencial el establecimiento de una mejor organización y reparto de las funciones que le sean asignadas a los organismos competentes y a los cuerpos superiores de la función pública, potenciando su actividad como responsables del control de la economía sumergida (a saber: ITSS, SPEE, TGSS, INSS, AEAT, etc.). Además, si se apostara más por un sistema que favoreciera la faceta orientadora y educadora, antes que la exclusivamente sancionadora, seguramente se desalentaría el fraude en el desempleo. Así, se debería aproximar más esta ordenación a los fundamentos mismos de nuestro sistema de Seguridad Social, que no son otros que los de protección de todos los ciudadanos frente a las situaciones de necesidad económica social y políticamente relevantes.

Fecha recepción: 19.2.2016

Fecha aceptación: 10.3.2016