

El fraude en la Seguridad Social en tiempos de crisis

Social Security fraud in times of crisis

BORJA SUÁREZ CORUJO

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

Resumen

El presente artículo aborda la lucha contra el fraude en la Seguridad Social, un asunto de relevancia creciente en el actual contexto de crisis económica. Y lo desde una doble perspectiva. La primera, más general, analiza las diversas manifestaciones de fraude, relacionadas con cotizaciones no realizadas, prestaciones indebidamente percibidas y la competencia desleal entre empresas; así como los diferentes instrumentos de los que disponen las autoridades públicas en su combate, que incluyen medidas preventivas y correctivas. La segunda parte se ocupa de las actuaciones desarrolladas en esta materia desde 2012, diferenciando las actuaciones de carácter normativo de otras más relacionadas con la colaboración institucional. Se subrayan los cambios en la orientación de la política de lucha contra el fraude y las insuficiencias que todavía deben ser corregidas.

Abstract

This article deals with the combat against Social Security fraud. It is an issue of growing relevance in the current context of economic crisis. From a broad perspective, the article analyzes the diverse types of Social Security fraud that concerns evaded contributions, inaccurate spending of welfare benefits and unfair business practices. Attention is also drawn to the sort of actions used by public authorities in order to reduce fraud, including preventive and punitive measures. The second part treats of the actions brought about in this area since 2012, focusing on legal changes and institutional cooperation. Stressed is made on the new policy's orientation against Social Security fraud and those aspects that need to be corrected.

Palabras clave

Fraude / seguridad social / crisis / prestaciones / cotizaciones

Keywords

Fraud /social security /crisis / benefits / social security contributions

“Piensan que tengo bien empleado lo que me pasa por haber trabajado en negro, y no se fijan en que, si lo hice, fue porque con lo que Esteban me daba en la carpintería no podía sacar mi casa adelante”

Rafael Chirbes, En la orilla

1. PUNTO DE PARTIDA: LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COMO CUESTIÓN DE FONDO

La sostenibilidad de la Seguridad Social, sus problemas –estructurales y/o coyunturales– de financiación, marcan más que ningún otro aspecto el actual debate en torno a la reforma del sistema, aquí en España y en los países de nuestro entorno europeo¹. Respecto del caso español puede decirse que las últimas grandes reformas, 2011 y 2013,

¹ No significa ello que no haya preocupación por otros aspectos, señaladamente la adecuación de los sistemas de pensiones (vid. COMISIÓN EUROPEA y COMITÉ DE PROTECCIÓN SOCIAL, *Pension adequacy in the European Union 2010-2050*, 2012). Sigue siendo muy relevante el denominado *Libro Blanco. Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles* de la COMISIÓN EUROPEA [16 febrero 2012, COM(2012) 55 final], así como el interesante *Joint Report on Pensions. Progress and key challenges in the delivery of adequate and sustainable pensions in Europe*, también impulsado por la Comisión, junto al Comité de Política Económica y el Comité de Protección Social en 2010.

comparten como rasgo común que se presentan como actuaciones dirigidas a garantizar la sostenibilidad de las pensiones públicas a través de una reducción del gasto². Con una diferencia importante, eso sí: mientras que la reforma de 2011 perseguía esa sostenibilidad con un endurecimiento de los requisitos de acceso a la pensión de jubilación pero preservando las señas de identidad del sistema, la reforma de 2013 (señaladamente la Ley 23/2013) utiliza la amenaza de viabilidad como pretexto para impulsar decididamente un cambio del modelo de pensiones³.

Como planteamiento alternativo a la reducción del gasto –o contención de su incremento–, cabe defender la necesidad de incrementar los ingresos del sistema desde una doble perspectiva temporal. Primero, coyuntural, pues se trata de recuperar cuanto antes el nivel de ingresos previo a la crisis y que se desplomó como consecuencia de la intensísima destrucción de empleo y del proceso de devaluación salarial. Y, segundo, estructural, pues más allá de las tensiones financieras del momento presente provocadas por la caída de la afiliación, es indudable que en las próximas décadas habremos de afrontar un progresivo crecimiento del número de pensionistas como consecuencia del alargamiento de la esperanza de vida y de la jubilación de los *baby boomers*, esto es, del envejecimiento de la población.

Este necesario incremento de ingresos debería articularse fundamentalmente a través de la diversificación de las fuentes. En comparación con los países de nuestro entorno, el peso en la financiación de las prestaciones del sistema de la aportación del Estado vía impuestos generales es muy limitado⁴; luego parece un cauce natural para el desarrollo de esta orientación de la política de Seguridad Social. Ahora bien, no deberían descartarse ajustes adicionales en lo que hoy constituye la fuente principal de financiación, las cotizaciones sociales.

Sobre el papel puede considerarse que la carga asumida por empresarios y trabajadores a través de las cotizaciones es razonable, al menos si atendemos al tipo porcentual aplicable. Pero ello no significa que, sin necesidad de tocar los tipos, no quepa incrementar los ingresos procedentes de esta fuente a través de ajustes y medidas dirigidas a mejorar la eficiencia en la recaudación de las cotizaciones sociales.

Una primera fuga, lastre, relevante en la recaudación tiene lugar a través de los errores administrativos en el reconocimiento de prestaciones. No hablamos de algo anecdótico, al contrario: diversas estimaciones ponen de relieve que esta pérdida de recursos es en otros países europeos incluso más importante que el fraude⁵. No es, seguramente, el caso español que, por otro lado, se caracteriza por unos costes administrativos de gestión

² En gran medida, las principales modificaciones de calado introducidas por las sucesivas reformas en la regulación del sistema de Seguridad Social afectan directamente al modo de cálculo de las pensiones y, en concreto, a sus distintas variables: sea la determinación de la base reguladora (cada vez más vinculada a la trayectoria profesional), el tipo o porcentaje aplicable (condicionado por la edad –al alza– y por el número de año de cotización previa –un incremento importante–) o el (futuro) nuevo factor de sostenibilidad, llamado a actuar como coeficiente reductor de la cuantía de la pensión.

³ Una buena ilustración de ello se encuentra en la *Actualización del Programa de Estabilidad 2014-2017* donde se compara el impacto de una y otra reformas (p. 79). Extensamente sobre este asunto: SUÁREZ CORUJO, B. *El sistema público de pensiones: crisis, reforma y sostenibilidad*, Thomson Reuters-Lex Nova, Valladolid, 2014.

⁴ Véase al respecto: OCDE, *OECD Pensions Outlook 2012*, OECD Publishing, 2012, p. 50.

⁵ Así es en varios países de la OCDE, como señalan: VAN STOLK, C. – ELMERSTICK, H. “The economic cost of Social Security fraud: a question of measurement and definition”, *ual conference of the European Institute of Social Security on "Social security and fraud"*, *Bulletin luxembourgeois des questions sociales*, vol. 30, 2013, pp.. 62.

bajos. En cualquier caso, la enorme cantidad de recursos económicos de los que dispone el sistema hace que la cuantía de este tipo de fuga sea apreciable, lo que pone de relieve la necesidad de contar con una administración de Seguridad Social que cuente con medios adecuados para el desarrollo eficiente de su función.

La atención de este trabajo se dirige, sin embargo, a la otra gran fuga del sistema: el fraude. A éste y a la lucha contra el mismo se han de dedicar las próximas páginas. Antes, interesa hacer un par de breves apuntes desde la perspectiva general de la sostenibilidad financiera de la Seguridad Social.

De una parte, cabe subrayar que las actuales tensiones financieras que sufre el sistema⁶ intensifican la necesidad y legitimidad de articulación de medidas dirigidas a combatir el fraude en la Seguridad Social como actuaciones complementarias –el grueso de recursos debe venir de un diseño más ambicioso de las fuentes de financiación–, pero relevantes, dirigidas a garantizar la viabilidad del sistema⁷.

Y, de otra, sin desconocer la vinculación que puede tener el fraude con la complejidad jurídica y administrativa del sistema –y, en última instancia, con una buena o mala gestión del mismo–, hay que distinguir dos tipos de comportamientos fraudulentos: unos, los que afectan a los ingresos por falta de cotización o infracotización; y otros vinculados al gasto en cuanto acceso indebido a prestaciones del sistema. No cabe duda de que la dimensión principal del fraude es el que afecta a la primera de éstas; y, sin embargo, la opinión pública parece mucho más sensible al fraude en las prestaciones, particularmente en aquellas por desempleo. Más adelante volveré sobre esta idea, pero conviene llamar la atención, ya en este punto, acerca del planteamiento ideológico que hay detrás de ello: se aprecia cierta ‘culpabilización’ de los perceptores de prestaciones⁸, lo cual sirve para legitimar la intensificación de las medidas restrictivas en el control y, en última instancia, en el reconocimiento de los derechos⁹.

2. CONSIDERACIONES GENERALES Y CONCEPTUACIÓN DEL FRAUDE EN LA SEGURIDAD SOCIAL

Una caracterización básica del fraude en la Seguridad Social es aquella recogida en una Resolución del Consejo Europeo, de 22 de abril de 1999, sobre la materia¹⁰, y que apunta a “(t)odo acto u omisión con el fin de obtener prestaciones de la Seguridad Social o de evitar la obligación de pagar las cotizaciones de la Seguridad Social infringiendo la normativa nacional de un Estado miembro en esta materia”. Desde la perspectiva de la teoría general del Derecho, semejante definición puede resultar insuficiente por su laxitud y da pie en todo

⁶ En 2012 y 2013 la Seguridad Social sufrió un “déficit” del 1,1 y del 1%, respectivamente.

⁷ Véase: AIBAR BERNAD, J. “¿Qué se puede exigir a la Seguridad Social en época de crisis y cómo se puede favorecer su sostenibilidad económica, política y social?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, nº 375 (junio 2014), p. 52.

⁸ Cabe traer a colación la obra de: WACQUANT, L. *Punishing the Poor, the Neoliberal Government of Insecurity*, Duke University Press, 2009.

⁹ VONK, G. “Law and the rise of the repressive welfare state”, *Annual conference...op. cit.*, pp. 121 ss.

¹⁰ *Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 22 de abril de 1999, relativa a un código de conducta en el ámbito de la cooperación entre las autoridades de los Estados miembros en materia de lucha contra el uso indebido de prestaciones de la seguridad social y el fraude en las cotizaciones a nivel transnacional y contra el trabajo no declarado y el trabajo temporal transfronterizo* [Diario Oficial C 125 de 6.5.1999]

caso a múltiples consideraciones adicionales¹¹. Pero lo que aquí interesa son las manifestaciones concretas de fraude en el ámbito específico de la Seguridad Social y, desde este punto de vista, esa caracterización resulta válida en cuanto refleja la ya apuntada doble dimensión básica de las actuaciones fraudulentas: la que afecta a los ingresos del sistema de Seguridad Social, concretamente a las cotizaciones; y aquella otra que incide en el gasto, en el reconocimiento de prestaciones.

Detengámonos brevemente en cada una de estas esferas para desgarnar su contenido¹², advirtiendo que el presente trabajo pone algo más de énfasis en la esfera de ingresos que en la de gastos por la mayor entidad de la primera y su mayor relevancia en el grave contexto de crisis económica y social que atraviesa nuestro país. (Adviértase, además, que siguiendo un criterio temporal, puede decirse que el fraude se produce a lo largo del despliegue de la acción protectora, lo que supone vincular las conductas reprochables a alguna de las siguientes fases: la correspondiente a la inscripción y el encuadramiento; la de cotización y recaudación de las cuotas; y la de la percepción de las prestaciones).

Comenzando por los ingresos, un sucinto repaso de los comportamientos fraudulentos más comunes debe tomar como referencia el incumplimiento –o cumplimiento defectuoso– de las obligaciones empresariales con la Seguridad Social en materia de actos de encuadramiento, de liquidación de las cotizaciones sociales y de recaudación de éstas. En paralelo a este criterio cronológico, cabría distinguir un primer gran bloque que incluyera el ocultamiento de las condiciones de empleador –con la consiguiente falta de inscripción de la empresa– y de trabajador –con la correspondiente, y más frecuente, falta de afiliación y/o alta–.

Un segundo bloque reuniría los diversos supuestos de ‘infracotización’ que a su vez podemos clasificar diferenciando las que abarcan fórmulas de defraudación directa y otras en las que ésta se produce de modo indirecto. En cuanto a aquéllas, y más allá de los polémicos cambios normativos recientes¹³, es un fenómeno relativamente habitual la falta de correspondencia entre las bases de cotización y los salarios reales de forma que las empresas cotizan por remuneraciones inferiores a las realmente percibidas¹⁴ o por remuneraciones que no se corresponden con las horas efectivamente trabajadas, algo cada vez más frecuente como consecuencia del uso (abusivo) de la contratación a tiempo parcial¹⁵. Dentro de estas fórmulas directas de ‘infracotización’ habría que incluir también las que resultan la aplicación indebida de bonificaciones y reducciones en las cuotas; un ámbito que, tras la rectificación que supuso el *Real Decreto-ley 20/2012*¹⁶, ha ganado protagonismo a través de

¹¹ Vid. Díez PICAZO, L. “El abuso del Derecho y en el fraude de la Ley en el nuevo Título Preliminar del Código civil y el problema de sus recíprocas relaciones”, *Documentación jurídica*, 1974, pp. 1342 ss.; IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, R. *El abuso del derecho y en fraude de ley en el Derecho del Trabajo*, Colex, Madrid, 1989.

¹² Sirve de referencia: REINDL-KRAUSKOPF, S. – MEISSNITZER, M. “Types of Social Security fraud: A legal analysis”, *Annual conference...op. cit.*, pp. 9 ss.

¹³ Se alude a la Disposición Final 3ª del *Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores*.

¹⁴ Lo que se conoce como *bogus low-scale employment* (REINDL-KRAUSKOPF, S. – MEISSNITZER, M. “Types of...”, *op. cit.*, p. 11).

¹⁵ Según CC.OO., las jornadas ilegales ascendieron a 11,5 millones de horas a la semana en 2013 lo que podría suponer una pérdida de cotizaciones a la Seguridad Social por valor de cerca de 3.000 millones de euros (*Gaceta Sindical*, nº 207, 2014).

¹⁶ *De 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad*.

medidas tan polémicas –entre otras razones, por la dificultad de control– como la conocida como “tarifa plana” del *Real Decreto-ley 3/2014*¹⁷.

Entre las fórmulas de fraude por ‘infracotización’ indirecta, cabría situar el caso de los ‘falsos autónomos’, otra realidad extendida en el actual contexto de crisis en la que la vinculación con la empresa queda condicionada a que el trabajador asuma íntegramente las cuotas sociales dándose de alta en el RETA, lo que suele dar lugar a una cotización por base mínima inferior en todo caso a la que le correspondería como asalariado¹⁸. Junto a ello, cabría igualmente referirse a comportamientos ‘estratégicos’ para reducir la cuantía de las cotizaciones, lo que podríamos denominar ‘optimización de las cotizaciones sociales’. Entre estas irregularidades se incluirían como más destacadas las siguientes¹⁹: bajas simuladas a final de mes o en periodos vacacionales para ahorrar días de cotización; retribuciones no prorrateadas en las bases de cotización, o empresas insolventes que mantienen su actividad.

En general, estos comportamientos están estrechamente relacionados con el trabajo irregular y la economía sumergida. Aquí el fraude atañe a los recursos económicos, cotizaciones sociales, que el sistema no llega a ingresar; y esta merma de recursos limita la capacidad de la Seguridad Social para garantizar la adecuación de su acción protectora. Pero, junto a la vertiente colectiva del problema, es necesario tener presente el perjuicio que estos comportamientos (empresariales) provocan en términos de desprotección o ‘infraprotección’ en un plano individual. Enseguida volveré sobre ello.

La segunda gran esfera del fraude en la Seguridad Social es la que afecta al gasto, es decir, al reconocimiento de prestaciones indebido en cuanto resultado de una conducta fraudulenta. Se trata, por tanto, de maquinarse para obtener prestaciones a las que el beneficiario no debería tener acceso por no cumplir los requisitos establecidos, para percibir prestaciones de cuantía superior a la que correspondería, o para prolongar indebidamente su disfrute.

Y ello se logra a través de determinado tipo de actuaciones²⁰ que abarcan desde la aportación de datos y documentos falsos –en el supuesto, por ejemplo, de empresas ficticias o de una cotización por bases más altas que las reales con el fin de incrementar la prestación finalmente percibida–, pasando por la simulación de una relación laboral que dé lugar a un alta fraudulenta, hasta la omisión de declaraciones obligatorias –como la que permite, por ejemplo, compatibilizar una prestación por desempleo con el desarrollo de una actividad profesional o seguir percibiendo una prestación tras el fallecimiento del beneficiario titular–.

¹⁷ De 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida.

¹⁸ Desde la perspectiva europea, también puede tener incidencia un uso fraudulento del desplazamiento (*bogus posting of workers*), esto es, la figura de los ‘falsos desplazados’ (vid. REINDL-KRAUSKOPF, S. – MEISSNITZER, M. “Types of...”, *op. cit.*, p. 12).

¹⁹ AIBAR BERNAD, J. “La lucha contra el fraude en el ingreso de recursos de la Seguridad Social”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, nº 351, 2012, p. 113.

²⁰ Alguna voz autorizada en la materia se refiere a “innumerables” manifestaciones (FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. *La Inspección de Trabajo frente al fraude de las prestaciones de Seguridad Social*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2012, p. 29), lo que se explica por las particularidades de cada una de las prestaciones. El mismo autor identifica tres conductas fraudulentas principales: aquella en la que el solicitante de la prestación intenta colocarse en una situación en la que aparentemente reúne los requisitos exigidos para obtener una prestación; aquellas otras en las que lo se pretende es alargar el tiempo de percepción de la prestación más allá del que correspondería; o, en fin, otras se persigue un incremento de la prestación mediante elevaciones indebidas de las bases de cotización utilizadas en el cálculo de la misma (*op. cit.*, p. 163).

En cuanto a las modalidades de prestación en las que resulta más frecuente un reconocimiento (inicial o mantenimiento posterior) indebido por fraudulento, sobresalen dos: la de incapacidad temporal y de desempleo.

Por lo que se refiere a la incapacidad temporal, cabe señalar que desde hace años el endurecimiento de las condiciones de acceso y disfrute del subsidio se presenta como una forma de lucha contra el absentismo laboral, en general. Desde esta perspectiva, subyace la idea de sospecha²¹ o, al menos, desconfianza hacia el perceptor de la prestación, algo próximo a la cautela contra el fraude. Pero hay que tener en cuenta que las bajas de corta duración no tienen incidencia directa en el presupuesto de la Seguridad Social. Más bien son las empresas las principales perjudicadas, un resultado que, en parte, es el reflejo de la insuficiencia de otro tipo de políticas –la de conciliación, la familiar y la de la atención a personas dependientes, señaladamente–. Ello explica seguramente la presión empresarial que inspira el actual Proyecto de Ley de reforma de las mutuas²²; y, en todo caso, alerta sobre las graves consecuencias en términos de protección que el endurecimiento de la regulación puede tener en los trabajadores en situación de baja laboral.

En cuanto a la contingencia de desempleo, cabe apreciar que las sucesivas reformas de la regulación de la acción protectora que se han llevado a cabo en esta materia desde al menos 2002 incorporan como elemento inspirador, junto a ese factor de sospecha, otro de culpabilización del desempleado. Ello explica que uno de los ejes fundamentales de esas modificaciones haya sido el reforzamiento de las exigencias en la acreditación de la voluntad de buscar empleo y de trabajar. Evidentemente este planteamiento es mejor recibido por la opinión pública en tiempos de bonanza que en un contexto de grave crisis económica y de empleo. Quizá por ello ahora queda en un segundo plano, pero es previsible un resurgimiento de esta ‘preocupación’ en otro contexto. Y lo cierto es que, sin negar la existencia de este tipo de comportamientos fraudulentos²³, reflejan un cambio en la orientación de la acción protectora.

Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que la obtención de prestaciones fraudulentas no afecte a otras contingencias como la maternidad²⁴, la incapacidad permanente o la jubilación²⁵. Para empezar, y con carácter general, hay que tener presente que el régimen de incompatibilidad de la actividad profesional con cualquier prestación de la Seguridad Social es, casi siempre, muy restrictivo por mucho que el *Real Decreto-ley 5/2013*²⁶ haya ampliado las posibilidades de desarrollo de actividades profesionales por parte de los jubilados. Por eso no es de extrañar que esta sea la principal causa del fraude (simultanear trabajo y prestación)²⁷, unida a otro tipo de situaciones que derivan de la condición de socia de una entidad de la

²¹ Vid. MERCADER UGUINA, J. R. “El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)”, *Relaciones Laborales*, 2004-I, pp. 403 ss.

²² Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

²³ Extensamente sobre este asunto: FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. *La Inspección...*, op. cit., pp. 303 ss.

²⁴ Como ilustración, véanse: STSJ-Cantabria de 9 de diciembre de 2003 (rec. 719/2003); STSJ-Comunidad Valenciana 10 de abril de 2002 (rec. 2128/2000).

²⁵ En el caso de la incapacidad permanente, sobre todo por las limitaciones en el desarrollo de actividades lucrativas; y en el de jubilación, particularmente en la aplicación de las exigencias establecidas para la jubilación parcial.

²⁶ 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.

²⁷ Ampliamente sobre este particular: FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. *La Inspección...*, op. cit., pp. 287 ss.

persona beneficiaria y al ya mencionado incremento de las bases reguladoras con el fin de mejorar la posterior prestación ('compra' de prestaciones).

Por lo demás, cabe completar la presentación de las manifestaciones de fraude en la Seguridad Social apuntando que existen importantes diferencias y particularidades en función del tamaño de las empresas afectadas o implicadas en esa práctica fraudulenta, un aspecto muy relevante a la hora de articular respuestas efectivas para combatir este tipo de comportamientos.

El último aspecto a tratar en este epígrafe atañe a la proyección de los efectos perniciosos del fraude que, de un modo más o menos directo, acaban perjudicando al sistema de Seguridad Social. La primera consecuencia negativa, la más evidente, es la reducción de los recursos disponibles para la articulación de la acción protectora, sea porque disminuyen los ingresos –cotizaciones que no se producen–, sea por el gasto adicional que implica el abono de prestaciones indebidas. Esta limitación de la capacidad del sistema para atender las necesidades sociales de la población trabajadora –esencialmente se piensa en el nivel contributivo financiado con cotizaciones sociales– tiene ramificaciones negativas que alimentan el discurso de la insostenibilidad de la Seguridad Social, que se ha intensificado en el actual contexto de crisis y de respuestas políticas 'austericidas'.

Así, esta fuga de recursos puede ser considerada una manifestación de un uso ineficiente de recursos públicos que se traduce en una pérdida de credibilidad del sistema –y de legitimidad de la imposición de cuotas o impuestos para su financiación–. Todo ello supone, en última instancia un debilitamiento del apoyo de los ciudadanos a la Seguridad Social o, al menos, la resignación ante los recortes de la acción protectora.

En segundo lugar, y centrado en la vertiente de ingresos –frustrados, en este caso–, cabe apreciar una relación de causalidad entre el fraude en la cotización a la Seguridad Social y el deterioro de los derechos generados en el sistema: si las empresas no cotizan por sus trabajadores o si cotizan por menos de lo que correspondería, sea por fraude o por abuso en la aplicación de la regulación laboral –se piensa en la contratación temporal no justificada–, ese menor esfuerzo contributivo va a traducirse en una peor protección. La evidente conexión que se produce en este punto con el mercado de trabajo da pie a la reflexión acerca de las consecuencias negativas de la precarización del empleo cuya prolongación es la inseguridad social. De ahí la necesidad de contar con un mercado laboral basado en la estabilidad como soporte de una protección Social adecuada.

En tercer y último lugar, hay que llamar la atención sobre las implicaciones negativas que el fraude en la cotización, fundamentalmente, tiene en el desarrollo de la actividad empresarial. Hay que ser consciente –y es un motivo más para combatir el fraude–, que los ahorros de costes laborales por las empresas a través de estas vías fraudulentas constituyen una distorsión de la competencia o, si se prefiere, manifestaciones de competencia desleal. Por tanto, son también las propias empresas las interesadas en erradicar este tipo de conductas.

3. LA ARTICULACIÓN DE MEDIDAS PARA LA PERSECUCIÓN DEL FRAUDE EN LA SEGURIDAD SOCIAL

No es pretensión de este trabajo examinar de forma exhaustiva todas las medidas articuladas por los poderes públicos en la lucha contra el fraude en la Seguridad Social. De

forma más modesta, se trata de valorar las actuaciones en esta materia adoptadas en los últimos años²⁸. Pero hacerlo con criterio exige realizar previamente algunas consideraciones generales sobre este tipo de respuestas que parta de la diferenciación de un doble ámbito de actuación: el de las medidas jurídicas de lucha contra el fraude dirigidas a la prevención, detección y sanción de comportamientos irregulares; y el de la colaboración institucional.

Desde una perspectiva conceptual, cabe hacer un intento de sistematización de las medidas de lucha contra el fraude en torno a dos grandes ejes²⁹: la prevención –medidas preventivas y de control– y la corrección ejecutiva –medidas recaudatorias y sancionadoras–. Sin entrar en especificaciones acerca de los organismos que protagonizan este tipo de actuaciones –la Tesorería General de la Seguridad Social y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, principalmente, sin olvidar el Servicio Público de Empleo Estatal–, procede apuntar lo siguiente en torno a su contenido.

Dentro del primer eje de lucha contra el fraude, encontramos medidas propiamente preventivas, orientadas a evitar la morosidad, y entre las que destacan singularmente los aplazamientos³⁰, esto es, la autorización administrativa de una moratoria en el pago de las deudas con la Seguridad Social; una medida particularmente valiosa ante las dificultades de liquidez de las empresas en el actual contexto de crisis económica³¹. Junto a ello, también ha de hacerse referencia al fomento de la colaboración voluntaria de las empresas, uno de cuyos pilares es la facilitación de información adecuada y puntualmente actualizada. En cuanto a las medidas de control y vigilancia³², cabe señalar que se dirigen a la detección de riesgos (de conductas fraudulentas)³³, si bien no siempre se articulan con el mismo grado de sofisticación³⁴, ni desde luego ofrecen siempre resultados igual de satisfactorios.

²⁸ Véase el sintético repaso de: TOROLLO GONZÁLEZ, F.J. “La Ley 13/2012 y la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social: antecedentes y contexto normativo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 158, 2013, pp. 221 ss.

²⁹ Véase, de nuevo, el ilustrativo trabajo de: AIBAR BERNAD, J. “¿Qué se puede...”, *op. cit.*, pp. 65 ss.

³⁰ Vid. artículo 20 LGSS y artículos 31 a 36 del *Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social*.

³¹ Con detalle sobre este tipo de política: AIBAR BERNAD, J. “¿Qué se puede...”, *op. cit.*, pp. 59 ss.

³² Sin ánimo exhaustivo, cabe traer a colación el artículo 78.2 LGSS que atribuye a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social “(l)a vigilancia en el cumplimiento de las obligaciones que derivan de la presente Ley y, en especial, de los fraudes y morosidad en el ingreso y recaudación de cuotas de la Seguridad Social”; el artículo 54.2 del *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*, que reconoce las facultades de control de la Tesorería General de la Seguridad Social en relación con los actos de encuadramiento; y el artículo 229 LGSS que encarga a la entidad gestora del desempleo (Servicio Público de Empleo Estatal) el control sobre las prestaciones por esta contingencia.

³³ Sólo a título ejemplificativo, repárese en el control del alta de trabajadores relevistas en la jubilación parcial; de las altas improcedentes en situaciones de pluriactividad; de los primeros descubiertos de deuda acumulada de empresas grandes y medianas; del fraude en las prestaciones y subsidios por desempleo y del resto de prestaciones de la Seguridad Social; de las bajas indebidas por vacaciones y fiestas; de la falta de cotización por atrasos salariales previstos en convenio; de las retribuciones no prorrateadas en las bases de cotización; de la falta de cotización por superación de la jornada en contratos a tiempo parcial; o del uso indebido de bonificaciones, reducciones y exoneraciones.

³⁴ Señaladamente, el control de las empresas ficticias y las altas fraudulentas en la Seguridad Social dio lugar a un Plan de acción de la ITSS y de la TGSS en diciembre de 2010 en el que se perseguían conductas de simulación como la contratación de jubilados en otro país de la Unión Europea para el acceso a los complementos de mínimos; la contratación de trabajadores por periodos muy reducidos con el fin de obtener prestaciones del sistema; o la oferta de empleo, o contratación, para la obtención irregular de autorización para trabajar (véase: AIBAR BERNAD, J. “La lucha...”, *op. cit.*, pp. 114-115).

El segundo gran bloque abarca las medidas correctivas dentro de las cuales cabe identificar, primero, aquellas recaudatorias (ejecutivas). En general, los principios de autotutela declarativa y ejecutiva ofrecen a la TGSS la aplicación de un procedimiento de recaudación ejecutiva por la vía de apremio que permite el embargo de los bienes del deudor, y antes la adopción de medidas cautelares. En este mismo plano –aunque también con un claro componente preventivo– debe situarse la derivación de responsabilidades en casos de fraude, en virtud de la cual, la Seguridad Social reclama la deuda a una persona distinta a la inicialmente obligada al pago al constatar la existencia de indicios de que esta última ha tratado por esta vía de eludir el pago de las cotizaciones.

En fin, el resto de medidas son de carácter sancionador proyectadas fundamentalmente en dos planos³⁵: el administrativo, a través de la tipificación de infracciones, con sus correspondientes sanciones, en materia de Seguridad Social en el marco de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (artículos 21 a 32 LISOS); y el penal, que contempla varias figuras delictivas –la principal recogida en el artículo 307 CP– que serán objeto de análisis más adelante.

Junto a los medios personales y materiales, presupuesto esencial para la eficacia de las actuaciones de lucha contra el fraude descritas es una adecuada colaboración institucional que principalmente –aunque ni mucho menos de forma exclusiva– va a implicar en este campo a la Tesorería General de la Seguridad Social y a la Inspección de Trabajo. El marco (legal) general viene determinado por previsiones como las contenidas en el artículo 79 LGSS –con una alusión concreta a la colaboración de los “servicios de la Seguridad Social” con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el desarrollo de la función de vigilancia que esta última tiene encomendada en esta materia por el mencionado artículo 78 LGSS–³⁶ y los artículos 9.3 y 10.2 de la *Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social* –en relación con el papel de esta última–³⁷.

Evidentemente, este marco teórico por si sólo no produce avances concretos; es necesario su desarrollo para su aplicación efectiva. Y en este punto un hito relevante fue la *Resolución conjunta, de 28 de julio de 2004, de la Secretaría de Estado de Seguridad Social y de la Subsecretaría del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, por la que se fija el marco de relaciones para intensificar y hacer más eficaz la colaboración recíproca entre la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social y la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*. Con esta iniciativa, se abre en 2004 una etapa nueva en materia de lucha contra el fraude –que abarca otros ámbitos, más allá del específico de Seguridad Social– y en el que se estrechan los lazos de la Seguridad Social con

³⁵ En verdad, no son los únicos. Así, téngase presente la vía prevista en el artículo 147 LJS: un procedimiento de oficio del SEPE en los casos de reiteración de contrataciones en los últimos cuatro años con acceso a prestaciones en la misma empresa (nótese que la condena judicial exige acreditar tanto la irregularidad de los sucesivos contratos temporales, como el hecho de que generaron una prestación indebida, conforme a la STS 30 de junio de 2009).

³⁶ Como referencias complementarias, véanse los artículos 36.4, 66 LGSS –en particular, las letras b), c), d), g) y h) de su apartado 1– y 66 bis LGSS.

³⁷ Véase igualmente el artículo 20 LITSS relativo a la relación entre las Administraciones Públicas.

otros departamentos de la Administración (Agencia Estatal de Administración Tributaria³⁸, Ministerio de Interior³⁹ o Comunidades Autónomas⁴⁰).

En particular, esa resolución conjunta va a convertirse en la pieza angular de la colaboración entre la TGSS y la ITSS que se consolida, entre otras actuaciones, a través de la elaboración conjunta de un “Plan Anual de Objetivos para la lucha contra el fraude en materia de Seguridad Social”, que vertebra las acciones que se han de llevar a cabo y los medios necesarios para ello. Semejante impulso es el germen de lo que vino a denominarse “Observatorio del fraude”, la respuesta institucional más ambiciosa articulada hasta la fecha⁴¹, pero que, como veremos, no ha contado con la continuidad necesaria en la última etapa.

Como cierre de este epígrafe, y a modo de recapitulación, podría decirse que el cuadro general de instrumentos articulados por los poderes públicos en la lucha contra el fraude resulta aceptable en un plano teórico: el diseño normativo de mecanismos para el control y la reacción frente a conductas fraudulentas puede considerarse “adecuado”. Sin embargo, la evidencia de un alto nivel de economía irregular con la consiguiente pérdida de recursos para la Seguridad Social debe alertar sobre la necesidad de explorar vías de mejora en la gestión de los ingresos y gastos del sistema. En tal sentido cabe apuntar las siguientes reflexiones.

Un primer camino por el que transitar es el de la intensificación de los mecanismos de colaboración institucional⁴² dentro de un marco general de planificación⁴³. La identificación clara de los objetivos y la priorización entre ellos es un paso necesario para involucrar a los diversos organismos públicos, estatales y autonómicos, que intervienen directa o indirectamente en el campo de la Seguridad Social y de aquel plano de las relaciones laborales con proyección sobre ella. Además, teniendo en cuenta que se trata del ámbito sociolaboral resulta imprescindible involucrar intensamente a los interlocutores sociales –organizaciones sindicales y empresariales– en cuanto protagonistas destacados en el mismo.

En relación con lo anterior, llama la atención, en segundo lugar, la (relativa) escasa atención recibida por esta cuestión desde el ámbito europeo. Siempre enmarcada en la lucha

³⁸ Véase: AIBAR BERNAD, J. “La lucha...”, *op. cit.*, pp. 116 ss.

³⁹ La creación de la Sección de Investigación de la Seguridad Social, integrada por miembros de la Brigada Central de Delincuencia Económica, es fruto de un Convenio suscrito por las Secretarías de Estado de Seguridad y de la Seguridad Social, el 20 de diciembre de 2004.

⁴⁰ Se alude a Convenios suscritos por la TGSS con las Comunidades Autónomas –y algunos Ayuntamientos– sobre mutua colaboración en la gestión recaudatoria.

⁴¹ Se identificaban como objetivos los siguientes (ver *Plan Integral de Prevención y Corrección del Fraude Fiscal, Laboral y de Seguridad Social*, marzo de 2010, p. 13): “La actualización permanente del catálogo de conductas fraudulentas y de los perfiles de riesgo en los distintos sectores de actividad, junto con la elaboración de mapas de riesgo; el establecimiento de protocolos de actuación, dirigidos a encauzar las actuaciones a realizar en la investigación de todas y cada una de las conductas fraudulentas: la explotación extensiva e intensiva de la información existente en las bases de datos de la TGSS, mediante la utilización de las herramientas informáticas disponibles; y la elaboración de propuesta de mejoras de gestión y cambios normativos para aumentar la eficacia y la eficiencia en la lucha contra el fraude”. Un repaso de las funciones desarrolladas por este órgano y su progresiva evolución puede encontrarse en: AIBAR BERNAD, J. “La lucha...”, *op. cit.*, pp. 111 ss.

⁴² En torno a la cooperación y a la coordinación como piezas fundamentales para la lucha contra el fraude, véase: MORSA, M. “Coordinating national and European activities in the combat of social security fraud”, *Annual conference...*, *op. cit.*, pp. 81 ss.

⁴³ Con dilatada experiencia e indiscutible criterio llama la atención sobre la importancia de la planificación: AIBAR BERNAD, J. “La lucha...”, *op. cit.*, p. 101.

contra el trabajo no declarado, la iniciativa más destacada –sin perjuicio de otros antecedentes⁴⁴– es la denominada “Carta de Brujas”⁴⁵, cuyo objetivo pasa por mejorar la cooperación europea en el combate contra el fraude social transfronterizo, pero que no ofrece hasta la fecha grandes resultados⁴⁶. La magnitud y trascendencia de este asunto aconsejarían una mayor implicación de las instituciones de la Unión Europea en el impulso de medidas para hacer frente a las diversas manifestaciones de fraude que afecta a los sistemas de Seguridad Social⁴⁷.

En tercer lugar, otro aspecto capital en la lucha contra el fraude son los medios personales (y materiales) con los que cuentan los organismos públicos para prevenir, controlar y, en su caso, sancionar las conductas fraudulentas. La infradotación de cuerpos como el de inspectores de trabajo es un problema endémico en nuestro país, pese al esfuerzo que se hizo en los años previos a la crisis y que en cierta medida se ha mantenido después⁴⁸.

Como cuarto aspecto reseñable a la hora de plantear medidas adicionales, cabe preguntarse acerca de la efectividad del endurecimiento de las sanciones contempladas por el ordenamiento. Como veremos, ésta es en buena medida la opción por la que se ha decantado el actual Gobierno, con la particularidad de que la intensificación de este tipo de respuestas es clara en el ámbito prestacional.

En verdad –y este sería el quinto y último apunte–, más allá de la adopción de las medidas necesarias para corregir la insuficiencia del marco legal e institucional, hay que ser consciente de que la efectividad de la lucha contra el fraude pasa un cambio de “cultura sociolaboral”⁴⁹. Dicho de otra forma, el alto nivel de fraude presuntamente existente en nuestro país no es más que otra de las manifestaciones del peso de la economía irregular y, en tal sentido, de la (relativa) debilidad de las instituciones en este ámbito. Y, dejando a un lado otro tipo de consideraciones, ello seguramente es reflejo de que la lucha contra el fraude (laboral, en este caso) no ha constituido nunca una prioridad política. La exitosa experiencia de la lucha contra la siniestralidad vial podría constituir un buen modelo de referencia.

⁴⁴ Cabe recordar la *Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 22 de abril de 1999, relativa a un código de conducta en el ámbito de la cooperación entre las autoridades de los Estados miembros en materia de lucha contra el uso indebido de prestaciones de la seguridad social y el fraude en las cotizaciones a nivel transnacional y contra el trabajo no declarado y el trabajo temporal transfronterizo* (Diario Oficial C 125 de 6.5.1999).

⁴⁵ Véase: FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. *La Inspección...*, *op. cit.*, pp. 54-55.

⁴⁶ La *Resolución del Parlamento Europeo sobre el trabajo no declarado*, 14 de enero de 2014, es modesta en su contenido. Y la aprobación de una *Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la creación de una plataforma europea para reforzar la cooperación en materia de prevención y desincentivación del trabajo no declarado* está encontrando importantes dificultades.

⁴⁷ Se comparte, de nuevo, el planteamiento de: AIBAR BERNAD, J. “La lucha...”, *op. cit.*, pp. 121-122.

⁴⁸ Véase el interesante informe: VEGA RUIZ, M.L. *Garantizando la gobernanza: los sistema de inspección en el mundo. Tendencias y retos (un enfoque comparado)*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2013. Recuérdese la referencia al número de efectivos contenida en el artículo 10 del Convenio 81, sobre la inspección de trabajo (1947).

⁴⁹ Algo de este planteamiento puede haber en la referencia que hace la Exposición de Motivos de la Ley 13/2012 a la actuación decidida “... del conjunto de la sociedad para corregir estas conductas y situaciones irregulares y fraudulentas”

4. LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE EN EL PERIODO 2012-2014: ¿BALANCE MODESTO Y/O CAMBIO DE ORIENTACIÓN?

El análisis de las medidas adoptadas en la lucha contra el fraude en la Seguridad Social a lo largo del periodo 2012-2014 –el momento más delicado para la situación financiera del sistema de las últimas décadas– debe tomar una doble referencia de partida.

Más vinculadas a la Seguridad Social, han de situarse las previsiones recogidas en esta materia por el III Pacto de Toledo, suscrito en enero de 2011. Ciertamente, la preocupación por el fraude en este específico ámbito ha estado siempre presente desde la primera versión de este acuerdo en 1995. A juzgar por la presencia en los textos suscritos, podría decirse que de algún modo se ha convertido en una prioridad permanente o, si se prefiere, en una necesidad estructural del sistema.

Seguramente lo más novedoso e interesante de la Recomendación 10ª del Pacto de Toledo de 2011 (*Lucha contra el fraude*) es la llamada de atención sobre el factor de deslegitimación social que implica para el sistema en su conjunto el acceso indebido a las prestaciones y las conductas fraudulentas. Y en esta misma línea se destacan los perjuicios económicos que la economía irregular –empleo no declarado– produce en la estabilidad financiera de la Seguridad Social y en futuros derechos de los beneficiarios.

Desde esta perspectiva, la Comisión apuesta por planes conjuntos de los diversos organismos con competencias en esta materia (Seguridad Social, Servicios Públicos de Empleo, Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Agencia Estatal de Administración Tributaria, entre otras) con la finalidad de luchar contra el fraude en cuatro ámbitos principales: el afloramiento de la economía irregular; la protección de colectivos particularmente vulnerables –los trabajadores no afiliados, los becarios y los trabajadores autónomos económicamente dependientes–; la inadecuada afiliación a regímenes que no se corresponden con la actividad realmente desarrollada; la erradicación de empresas ficticias dedicadas a la obtención fraudulenta de prestaciones; y el incremento del control de las prestaciones.

En relación con este último aspecto, se pone especial énfasis en la lucha contra el absentismo injustificado, la utilización de las prestaciones como mecanismos alternativos al desempleo o a la jubilación, y otras prácticas abusivas. Profundizando en una línea ya apuntada en 2003, la Comisión dedica una particular atención a la incapacidad temporal, mostrando su preocupación por aquellos procesos de baja de una duración inferior a 15 días que son sufragados por las empresas.

En fin, señalados los objetivos, se identifican como medios de actuación los siguientes. Desde una perspectiva general, se plantea la necesidad de reforzar la capacidad de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social⁵⁰, y un endurecimiento del régimen de sanciones –incluidas las penales– a los empleadores que incumplan sus objetivos. En el

⁵⁰ Pese a su desconcertante ubicación, debe señalarse que la Recomendación 20ª (bajo el título *Control parlamentario y tratamiento presupuestario de los recursos de la Seguridad Social*) también se refiere al establecimiento de un control parlamentario periódico “... de los resultados de las actuaciones de control del fraude realizadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”.

ámbito específico de la incapacidad temporal, se apuesta por fortalecer los mecanismos de colaboración y de control por parte del INSS y las mutuas.

Por su parte, algo más amplio en su planteamiento es, en principio, el *Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude en la Seguridad Social 2012-2013*, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2012. Dirigido al doble ámbito de empleo y Seguridad Social, en realidad la formulación de sus objetivos pone un mayor énfasis en este segundo campo⁵¹.

Partiendo de la distinción de las esferas de ingresos y gastos antes utilizada, las actuaciones se dirigen, primero, hacia la corrección de las situaciones irregulares que reducen los ingresos, lo que se concreta en dos objetivos específicos: uno, más general, impulsar el afloramiento del empleo irregular (no declarado), regularizando las altas en la Seguridad Social de trabajadores que efectivamente prestan servicios en las empresas y las condiciones de trabajo, con el correspondiente incremento de las cotizaciones sociales; y otro, más específico, combatir la aplicación y obtención indebida de bonificaciones o reducciones de cotizaciones empresariales a la Seguridad Social y de otros incentivos relativos a las políticas de empleo.

En segundo lugar, y vinculado en este caso al control del gasto, se propugna corregir la obtención y el disfrute en fraude de ley de las prestaciones del sistema, con particular atención a las de desempleo. Singularmente se identifican como situaciones a erradicar la compatibilización irregular del trabajo con el percibo de una prestación y los supuestos en los que se constituyen empresas ficticias creadas con la única finalidad de defraudar a la Seguridad Social.

La consecución de estos objetivos pretende llevarse a cabo mediante la adopción de un conjunto de medidas que pueden ordenarse en los tres bloques siguientes –cambios normativos, colaboración institucional y gestión– de los que aquí interesa, sobre todo, el primero. Como ha señalado una voz tan autorizada como la de AIBAR BERNAD, la iniciativa resulta “discreta” y no del todo acertada en el planteamiento, pues pone demasiado énfasis en las medidas sancionadoras, y dentro de ellas en aquellas de naturaleza penal, descuidando “la prevención y la corrección del fraude”⁵².

4.1. Cambios normativos para mejorar la lucha contra el fraude

La aprobación del mencionado Plan de lucha contra el fraude vino de la mano de un anteproyecto de ley que finalmente vería la luz como *Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social*. Junto a los cambios que en materia penal introduce la *Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de*

⁵¹ Frente al *Plan integral de prevención y corrección del fraude fiscal, laboral y a la Seguridad Social*, aprobado por el Consejo de Ministros de 5 de marzo de 2010, el contraste es evidente por la mayor ambición de las medidas contenidas en este último. En la etapa que se abre en 2012 las respuestas son de carácter más sectorial como refleja la respuesta específica en el ámbito fiscal que supone la *Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude*.

⁵² “¿Qué se puede...”, *op. cit.*, p. 68.

transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, aquélla es la principal actuación para adecuar la normativa a las realidad socioeconómica. Pero no es la única, pues después se han producido otros cambios que merecen también ser reseñados⁵³. Todas estas novedades se exponen de forma conjunta, aunque sin ánimo exhaustivo, de conformidad con los siguientes criterios ordenadores.

Un primer bloque recogería las medidas que tratan de corregir conductas empresariales vinculadas al fraude en la Seguridad Social:

- El conjunto de medidas más importante pasa por un significativo endurecimiento de las infracciones y sanciones contempladas en la LISOS. Comenzando por las infracciones, las modificaciones introducidas por la Ley 13/2012, principal pero no exclusivamente, pueden agruparse del siguiente modo, de menor a mayor relevancia.

De una parte, algunos de estos cambios consisten en una mejor definición de la infracción y, por tanto, un reforzamiento de los principios de tipicidad y de seguridad jurídica. Así, entre las infracciones graves (artículo 22 LISOS) destaca la sustitución de la imprecisa referencia a “situaciones extraordinarias” que justificarían la falta de ingreso de las cuotas por una especificación de este tipo de situaciones⁵⁴; la necesaria alusión al uso telemático del certificado de empresa en la tipificación del incumplimiento de la obligación de transmisión del mismo⁵⁵ (apartado 6 del citado precepto); y la inclusión de las reducciones de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral entre aquellas en las que se entiende producida una infracción por empresa (apartado 9). Por lo que se refiere a las infracciones muy graves (artículo 23 LISOS), cabe señalar que se ‘desgaja’ la retención indebida de la cuota obrera [letra k) del apartado 1] de la infracción consistente en el no ingreso de las cuotas por los distintos conceptos que recauda la TGSS sin haber presentado la documentación correspondiente [letra b)]⁵⁶; también se aclara que la declaración o consignación de datos falsos o inexactos que ocasionen deducciones o compensaciones fraudulentas puede producirse no sólo en los documentos de cotización, sino también “... en cualquier otro documento”, lo que afecta a la reducción de cuotas por contingencias profesionales.

⁵³ Señaladamente, *Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social* (previamente, Real Decreto-ley 11/2013). De forma más puntual, *Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013*. Mención aparte debe hacerse de la tramitación del *Proyecto de ley de medidas de liquidación e ingreso de cuotas de la Seguridad Social*, aprobado por el Consejo de Ministros de 1 de agosto de 2014. Como reconoce el *Programa Nacional de Reforma 2014*, el objetivo de este nuevo sistema pasa por “... simplificar el cumplimiento de la obligación de cotizar, reduciendo cargas administrativas para las empresas y, paralelamente, conseguir una mayor efectividad en el control del fraude a la Seguridad Social”, para lo cual “... la liquidación de cuotas se llevará a cabo directamente por la Administración a través de un proceso de comunicación y cobro integrado telemáticamente, sustituyendo al tradicional modelo de autoliquidación y presentación de documentos por parte de las empresas (p. 87).

⁵⁴ Se alude a la “...declaración concursal de la empresa, (...) un supuesto de fuerza mayor (...) [o que] se haya solicitado aplazamiento para el pago de las cuotas con carácter previo” (artículo 22.3).

⁵⁵ *Vid. Orden TIN/790/2010, de 24 de marzo, por la que se regula el envío por las empresas de los datos del certificado de empresa al Servicio Público de Empleo Estatal por medios electrónicos.*

⁵⁶ Esta separación también se traslada al plano de las sanciones, de forma que el artículo 40.1, d) LISOS hace una referencia a esta infracción, si bien la regulación es idéntica a la que corresponde a la infracción del artículo 23.1, b) LISOS.

De otra, se establece una regulación más estricta de los incumplimientos de las obligaciones empresariales de información. Respecto de las infracciones leves (artículo 21 LISOS), se equipara la comunicación "... fuera de plazo..." la infracción de no facilitar los datos, certificaciones y declaraciones a las que esté obligada la empresa, trabajador por cuenta propia o asimilado (apartado 4 del mismo precepto); al tiempo que se extiende a las contingencias comunes –hasta entonces, sólo las profesionales– la infracción por no comunicar a la entidad correspondiente los cambios en los documentos de asociación o de adhesión para su cobertura (apartado 5). Además, con una clara finalidad preventiva del fraude se tipifica como infracción grave en el marco de procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada la no comunicación a la entidad gestora de la prestación por desempleo de las medidas a aplicar "... con carácter previo a su efectividad (...) en la forma y con el contenido establecido reglamentariamente..."⁵⁷, al igual que la no comunicación de las variaciones sobre el calendario inicialmente dispuesto en la concreción e individualización por trabajador de los días de suspensión o reducción de jornada, así como en este último caso, el horario de trabajo afectado por la reducción (apartado 13)⁵⁸.

Por último, lo más relevante es el endurecimiento de la regulación del incumplimiento de obligaciones que podemos denominar materiales. Se incorporan como infracciones graves (artículo 22 LISOS), tres nuevas conductas. Junto a la ya mencionada sobre contrata prevista en el apartado 13 de ese precepto, se tipifica el "(n)o proceder dentro del plazo reglamentario al alta y cotización por los salarios de tramitación y por las vacaciones devengadas y no disfrutadas antes de la extinción de la relación laboral"⁵⁹, considerándose una infracción por cada uno de los trabajadores afectados (apartado 12 del mismo artículo); así como contratar, con el consiguiente alta en la Seguridad Social, a trabajadores, solicitantes o beneficiarios de prestaciones del sistema cuya percepción no sea compatible con el trabajo por cuenta ajena (apartado 14). Asimismo, como parte de las medidas que tratan de frenar los abusos en los procedimientos de regulación de empleo, se incorpora como nueva infracción muy grave la contratación de trabajadores afectados por la suspensión de contratos o reducción de jornada, es decir, la prestación de servicios durante el período de suspensión del contrato o en el horario de reducción de jornada previamente comunicado [artículo 23.1, j) LISOS]. También constituye una infracción muy grave no presentar, en tiempo y forma, ante la autoridad laboral competente el certificado exigido en los supuestos de realización de aportaciones económicas como consecuencia de despidos colectivos que afectan a trabajadores de cincuenta o más años en empresas con beneficios reguladas por la Disposición Adicional 16ª Ley 27/2011 (artículo 8.18 LISOS)⁶⁰.

Más títubeantes son los cambios introducidos por la Ley 13/2012 en las sanciones a los empresarios incumplidores. Por un lado, se introducen criterios objetivos para la graduación de las sanciones correspondientes a infracciones vinculadas al no ingreso de las

⁵⁷ Previsión en este caso introducida por el artículo 8.1 de la Ley 1/2014 (previamente RDL 11/2013).

⁵⁸ Téngase en cuenta, asimismo, la previsión como obligación empresarial en la letra h) del artículo 230 LGSS (introducida por la Ley 13/2012).

⁵⁹ Se resuelven así las dudas surgidas por la dificultad de aplicar la infracción tipificada en el apartado 2 del mismo artículo 22 (vid. GIL VILLANUEVA, M. "La Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social", *Relaciones Laborales*, nº 2, 2013, p. 101).

⁶⁰ Apartado introducido por la Disposición Final 3ª del ya citado Real Decreto-ley 5/2013.

cuotas sociales (artículo 39.2, segundo párrafo LISOS)⁶¹ y al incumplimiento de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad (tercer párrafo del mismo precepto).

Por otro, se incrementa la cuantía de las sanciones en aquellos supuestos en los que se da ocupación –sin alta previa al inicio de la actividad– a beneficiarios o solicitantes de prestaciones del sistema que resulten incompatibles con el trabajo por cuenta ajena [artículo 40.1, e) LISOS]: se aplica un porcentaje adicional en función del número de trabajadores afectados⁶².

En sentido inverso, por último, se ‘dulcifica’ el régimen de “sanciones accesorias a los empresarios” –trabajadores por cuenta propia y asimilados, incluidas las agencias de colocación– que cometen infracciones muy graves (*vid.* artículos 23, 16 y 15.3 LISOS): sin que se acabe de entender la justificación de este giro, la pérdida de las ayudas, bonificaciones y beneficios de los programas de empleo será automática pero –ésta es la principal novedad– se aplicará “... de forma proporcional al número de trabajadores afectados por la infracción” [artículo 46.1, a) LISOS]⁶³. Lo mismo sucede con las sanciones derivadas de infracciones vinculadas a conductas empresariales discriminatorias [artículo 46 bis.1, a) LISOS], algo que resulta aun más decepcionante en cuanto se trata de los comportamientos más odiosos y que, por tal razón, deberían ser perseguidos con mayor dureza⁶⁴.

- Como respuesta a la elusión de responsabilidades en supuestos de descentralización productiva, la Ley 13/2012 amplió hasta los tres años después de la terminación de la (sub)contrata –previamente era sólo un año, un plazo que dificultaba su aplicación– la responsabilidad solidaria de la empresa principal por las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata⁶⁵. Y, además, tipifica como infracción grave (artículo 22.11 LISOS) el incumplimiento de un nuevo deber de aquellos empresarios que contratan o subcontratan obras o servicios correspondientes a su propia actividad o se prestan de forma continuada en sus centros de trabajo consistente en comprobar la previa afiliación y alta en la Seguridad Social de los trabajadores ocupados, no sólo a su inicio, sino durante la ejecución de la (sub)contrata⁶⁶.

⁶¹ En virtud del segundo párrafo de este precepto, la sanción se impondrá en grado mínimo cuando la cuantía no ingresada, incluyendo recargos e intereses, no supere los 10.000 euros, en su grado medio cuando dicha cuantía esté comprendida entre 10.001 y 25.000 euros, y en su grado máximo cuando sea superior a los 25.000 euros.

⁶² Hasta un 50% en cada fracción cuando se trata de cinco o más trabajadores. Si bien se establece un límite máximo de 187.515 euros para cada una de las infracciones [artículo 40.1, e) *in fine* LISOS].

⁶³ El mismo precepto añade, como previsiones garantistas, que la pérdida de estas ayudas “... afectará a los de mayor cuantía, con preferencia sobre los que la tuvieren menor en el momento de la comisión de la infracción” y que el criterio debe “constar necesariamente en el acta de infracción, de forma motivada”.

⁶⁴ Es cierto que en este caso, la exclusión automática del acceso a los beneficios se eleva desde los seis meses de la regulación anterior hasta un máximo de dos años (desde el mismo mínimo de seis meses). Pero ello no compensa la mayor benevolencia que recibe este tipo de conductas.

⁶⁵ A juicio de M. GIL VILLANUEVA, la medida constituye “... un buen paso para atacar grandes bolsas de fraude y poder perseguir con mayores garantías los débitos al Sistema Público de Seguridad Social” (“La Ley...”, *op. cit.*, p. 89).

⁶⁶ En coherencia también se modifica el artículo 5.1 del Real Decreto-ley 5/2011, de medidas para la regularización y control de empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas.

- Se incrementan las facultades de control de la Tesorería General de la Seguridad Social. Más allá de las que expresamente le reconoce el artículo 54 RD 84/1996⁶⁷, la Ley 13/2012 completa el elenco de actuaciones de oficio al introducir un nuevo apartado 4 en el artículo 20 RD 84/1996, en virtud del cual, si la TGSS tuviera conocimiento de la inscripción de empresas carentes de actividad y sin reunir los requisitos exigidos en el régimen de Seguridad Social podrá proceder de oficio a dejar sin efecto tal inscripción, sin perjuicio de las actuaciones sancionadoras o penales que fueran procedentes.
- Sin olvidar las previsiones vinculadas a la colaboración con otras instituciones, también se refuerza el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a través de medidas como la extensión del plazo del que dispone la Inspección para las actuaciones comprobatorias previas al procedimiento sancionador en 9 meses adicionales –hasta un máximo total de 18 meses– en circunstancias que lo justifiquen por la complejidad del supuesto, por la obstrucción del inspeccionado o la necesidad de cooperación administrativa internacional (artículo 14.2 LITSS)⁶⁸; igualmente se amplía a 5 meses (antes 3 meses) la posibilidad de interrupción (*ídem*). En paralelo, se modula el ejercicio de la facultad sancionadora al establecer que en los supuestos de práctica simultánea de las actas de liquidación y de infracción la reducción automática del 50% sólo se aplicará cuando la cuantía de la liquidación supere la de la sanción propuesta inicialmente (artículo 31.4 LGSS)⁶⁹, una medida con la que se evita que en determinados supuestos al empresario le resultara más beneficioso incurrir en una infracción con la correspondiente sanción que dar cumplimiento a las obligaciones legales⁷⁰.
- Más discutible resulta, en cambio, el endurecimiento de las condiciones de aplazamiento en el pago de deudas (principal, recargo y costas del procedimiento) con la Seguridad Social. Desde 2013⁷¹, el artículo 20.5 LGSS establece que el interés devengado será el interés de demora –ya no el interés legal del dinero–, incrementándose en 2 puntos si el deudor fuera eximido de la obligación de constituir garantías por causas extraordinarias. Con ello se encare el coste de los aplazamientos⁷², lo que no parece tener mucha lógica en el actual contexto para la preservación del empleo⁷³.
- En fin, como aspecto adicional complementario, cabe llamar la atención sobre las debilidades que, desde la perspectiva de la lucha contra el fraude, sufren las fórmulas de “tarifa plana” en la cotización. Téngase en cuenta que el recurso a este tipo de instrumentos se ha extendido en los últimos tiempos: la más reciente es la previsión del *Real Decreto-ley 3/2014, de 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida*, pero antes se contempló para los trabajadores autónomos menores

⁶⁷ *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.*

⁶⁸ Modificado por el artículo 3.3 Ley 13/2012. En consonancia, tal previsión es desarrollada por el artículo 17 del *Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, que también es modificado por la Disposición Final 2ª Ley 13/2012. En igual sentido: artículo 8.2 RD 928/1998.

⁶⁹ Modificado por la Ley 13/2012, que también revisa el tenor del artículo 34 del *Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social*, así como el artículo 40.3 LISOS.

⁷⁰ GIL VILLANUEVA, M. “La Ley...”, *op. cit.*, p. 89.

⁷¹ Véase la Disposición Final 5ª.1 Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013.

⁷² En la misma línea debe situarse la modificación de la regulación de los recargos por ingreso fuera de plazo (artículo 27 LGSS), en este caso como consecuencia del *Real Decreto-ley 20/2012, 13 de julio*.

⁷³ Muy crítico con esta medida: AIBAR BERNAD, J. “¿Qué se puede...”, *op. cit.*, p. 61.

de 30 años por la *Ley 11/2013, 26 de julio* (previamente, Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero) *de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo* (artículo 1).

Tomando esta última regulación como referencia, y sin ánimo de examinar exhaustivamente su regulación, cabe apreciar la vulnerabilidad de los requisitos establecidos para evitar un uso fraudulento de este tipo de reducciones en la cotización⁷⁴. Sirva como ilustración, de un lado, la previsión de que a la hora de medir el incremento de empleo, total e indefinido, que la contratación de un trabajador indefinido lleva aparejada –una de las exigencias– se ha de tener en cuenta el número de trabajadores de la empresa durante los treinta días anteriores a ese contrato, un plazo a todas luces insuficientes para frenar actuaciones ‘estratégicas’ abusivas. Y, de otro, la relativa al criterio para verificar el mantenimiento durante tres años del nivel de empleo indefinido y del nivel de empleo total alcanzado con dicha contratación –otra de las exigencias–, que excluye, entre otros, los despidos (procedentes) por causas objetivas cuya regulación fue claramente flexibilizada por la reforma laboral de 2012.

Un segundo bloque recoge las previsiones relativas al incumplimientos de trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social en relación con el acceso y el disfrute de las prestaciones. En particular, se presta atención a dos de ellas: desempleo e incapacidad temporal.

Con carácter general puede decirse que los ajustes que se han producido desde 2012 en el régimen de infracciones y sanciones son mucho menos intensos –aunque no irrelevantes– que en el caso de los empresarios; y en su mayoría son introducidos por la Ley 1/2014 (previamente RDL 11/2013) ya citada. En cuanto a la tipificación de las infracciones, destaca la consideración como muy grave de la compatibilización de la solicitud –antes sólo el percibo– de prestaciones o subsidios por desempleo con el trabajo por cuenta propia o ajena (artículo 26.2 LISOS, modificado en este caso por la Ley 13/2012). Del resto de modificaciones las más relevantes son las relacionadas con el incumplimiento de obligaciones menores –son tipificadas como infracciones leves–: no facilitar la información necesaria para garantizar la recepción de notificaciones y comunicaciones (incluidas las efectuadas por medios electrónicos, previo consentimiento)⁷⁵ y no mantener la inscripción como demandante de empleo durante la percepción de la prestación o el subsidio “... salvo causa justificada” [artículo 24.4, a) y b) LISOS]. Por lo que se refiere a las sanciones, la modificación más importante es que se completa la referencia a las “pensiones” en casos de infracciones leves y muy graves con una alusión las “prestaciones”, lo que amplía el espectro de los beneficios perjudicados por el incumplimiento [artículo 40.1, a) y c) LISOS]⁷⁶.

En verdad, los cambios principales afectan directamente al régimen de reconocimiento y control de las prestaciones, con particular atención a los requisitos relacionados con la residencia de los beneficiarios. El cambio de orientación en el flujo

⁷⁴ De nuevo crítico: AIBAR BERNAD, J. “¿Qué se puede...”, *op. cit.*, pp. 73. Véase igualmente: GÓMEZ RODRÍGUEZ, J.L. “La tarifa plana de la Seguridad Social: efectos colaterales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros), nº 376, 2014, pp. 81 ss.***

⁷⁵ Véase igualmente el artículo 17.1, a) LISOS, introducido por el RDL 20/2012.

⁷⁶ Modificado por el artículo 4.11 Ley 13/2012. Previamente, el RDL 20/2012 había extendido la condición de beneficiario a de prestaciones por desempleo a los desempleados durante el plazo de solicitud de las prórrogas del subsidio, así como durante la suspensión cautelar o definitiva de la prestación o subsidio por desempleo [artículo 40.1, e) LISOS].

migratorio que afecta a nuestro país desde el estallido de la crisis –pese a la escasa fiabilidad de las cifras oficiales, se constata un movimiento emigratorio sin precedentes desde hace décadas⁷⁷– lleva al legislador a establecer mecanismos dirigidos a evitar la salida de territorio español de los perceptores de prestaciones –desempleo, al margen–. Así, llevando más lejos la línea trazada en 2011⁷⁸, la *Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014* establece que se presume que el beneficiario de una prestación, o de complemento a mínimos, tiene residencia habitual en España siempre que su estancia en el extranjero a lo largo de un año sea inferior a 90 días o esté motivada por causas de enfermedad debidamente justificadas.

Centrando la atención en la protección por desempleo, se ha observado acertadamente que la silenciosa reforma que se lleva a cabo en esta materia desde 2012 tiene como uno de sus focos principales el control de los desempleados⁷⁹. Quizá la modificación más relevante es el reconocimiento como novedad, por parte del RDL 20/2012, de la potestad de la entidad gestora del desempleo de suspender el abono de las prestaciones “... 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” (artículo 229, último párrafo LGSS) a lo que posteriormente se añaden las previsiones en torno a la acreditación de la indemnización por despido⁸⁰.

Junto a ello, hay otros tres asuntos que merecen ser mencionados por su coincidente orientación. De un lado, se aprecia un claro reforzamiento de la obligación del beneficiario de inscripción como demandante de empleo. Cronológicamente, primero se introduce tal exigencia en los supuestos de suspensión en la percepción de la prestación⁸¹: la reanudación exige la comparecencia ante la entidad gestora para acreditar la inscripción. Y, más recientemente, se incorpora la exigencia del mantenimiento de la inscripción como demandante de empleo “... durante todo el período de duración de la prestación como requisito necesario para la conservación de su percepción” (artículo 209.1, segundo párrafo LGSS)⁸².

De otro, y como reflejo de esa preocupación por los movimientos migratorios hacia el exterior, la *Ley 1/2014* (antes RDL 11/2013) añade dos nuevos supuestos suspensivos al elenco recogido en el artículo 212.1 LGSS. Circunscribiendo claramente la libertad de circulación de los desempleados, las salidas al extranjero quedan limitadas en un doble sentido. Si la salida (“traslado de residencia”) se produce para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, se prolonga por un periodo continuado inferior a doce meses, y ha sido previamente comunicada y autorizada

⁷⁷ Véase: GONZÁLEZ FERRER, A. *La nueva emigración española: lo que se sabe y lo que no*, Zoom Político-Fundación Alternativas, 2013.

⁷⁸ Recuérdese que la *Ley 27/2011* introdujo una Disposición Adicional 17^{bis} LGSS que, entre otras previsiones, establece en su apartado 2 la posible citación del beneficiario de la prestación para comparecencia.

⁷⁹ PÉREZ DEL PRADO, D. “La reforma de la protección por desempleo”, en: AA.VV. (dir. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA) *Las reformas laborales y de Seguridad Social. De la Ley 11/2013, de 26 de julio al Real Decreto-ley 3/2014, de 28 de febrero*, Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2014, p. 500.

⁸⁰ Véanse párrafos segundo y tercero del precepto introducidos por la Disposición Final 1^a 2 RDL 5/2013.

⁸¹ Véase el artículo 212.1, a) LGSS, tras la modificación introducida por el RDL 20/2012

⁸² También el artículo 207 LGSS incorpora un nuevo apartado e) que exige como requisito para el nacimiento del derecho a la prestación por desempleo estar inscrito como demandante de empleo en el servicio correspondiente. Como recuerda PÉREZ DEL PRADO, tal requisito ya se exigía con la acreditación de la situación por desempleo (“La reforma...”, *op. cit.*, p. 502).

por la entidad gestora, se suspende la percepción de la prestación, sin perjuicio de la exportabilidad de las prestaciones en el ámbito de la Unión Europea [letra f) del citado artículo]. Además, la suspensión de la prestación se produce si la estancia en el extranjero se prolonga durante un periodo de hasta 90 días durante cada año natural, y siempre que la salida hubiera sido previamente comunicada y autorizada [letra g)]. Como complemento de esta regulación, el mismo artículo 212.1, g) LGSS señala que no son relevantes a estos efectos “... la salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales por una sola vez cada año, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 231.1”.

Y, por último, respecto de la presentación de documentos por parte de los beneficiarios de prestaciones por desempleo, desde el RDL 20/2012, también se contempla la facultad de la entidad gestora de adoptar como medida preventiva la suspensión cautelar del abono de las prestaciones en tanto no comparezca para acreditar el cumplimiento con las obligaciones establecidas en tal sentido (artículo 212.3 LGSS).

Por lo que se refiere a la incapacidad temporal, es obligado señalar que el “proceso de reforma continua”⁸³ de su régimen jurídico se inicia con la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2007 –con otros hitos destacados posteriormente como la Ley 40/2007 y la Ley 35/2010⁸⁴– en un sentido claro de mejorar el control del cumplimiento de los requisitos jurídico-sanitarios y de regular adecuadamente el inestable paso de la situación de incapacidad temporal a la incapacidad permanente. Aquí interesa fundamentalmente el primero de estos sentidos⁸⁵ que es el que tiene una relación más directa con el fraude y que se enmarca en una determinada concepción de la lucha contra el absentismo injustificado⁸⁶ en el que las mutuas (todavía hoy denominadas) de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales ganan protagonismo. Tal es el elemento inspirador de las actuaciones más recientes.

En efecto, los últimos cambios normativos –y los que actualmente se encuentran en tramitación– endurecen la regulación a través de un reforzamiento de los controles y apuestan por un mayor peso de la gestión privada a través de las mutuas como fórmulas para mejorar la gestión y reducir el gasto de la Seguridad Social.

Cabe reseñar, en este sentido, la previsión como medida cautelar de la suspensión del abono del subsidio por incapacidad temporal ante la incomparecencia del beneficiario a cualquier convocatoria de examen y reconocimiento médico por parte de los facultativos adscritos al INSS y a las mutuas, y en tanto se comprueba si tal incomparecencia fue o no

⁸³ TRILLO GARCÍA, A. “Modificaciones en materia de incapacidad temporal y otras prestaciones de Seguridad Social”, en: AA.VV. (dir. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA) *Las reformas laborales y de Seguridad Social. De la Ley 11/2013, de 26 de julio al Real Decreto-ley 3/2014, de 28 de febrero*, Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2014, p. 376].

⁸⁴ *De 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social y de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, respectivamente.

⁸⁵ Extensamente sobre las más recientes reformas sobre incapacidad temporal: TRILLO GARCÍA, A. “Modificaciones en...”, *op. cit.*, pp. 377 ss.

⁸⁶ Cabe traer a colación la modificación del artículo 52 ET respecto de las faltas al trabajo como motivo de despido por causas objetivas.

justificada (artículo 132.3 LGSS)⁸⁷. Pero, sin perder de vista el proyecto de ley de mutuas⁸⁸, los cambios más relevantes se recogen en el reciente *Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración*⁸⁹.

No es objeto de este trabajo el análisis detallado de esta importante norma reglamentaria⁹⁰ con la que el Gobierno dice perseguir dos objetivos principales: aligerar los trámites y cargas burocráticas existentes en los procesos de incapacidad temporal y mejorar el control de los mismos. Interesa, en todo caso, poner de manifiesto algunas de las principales previsiones por ser reveladoras, en gran medida, de la orientación que hoy prevalece en este campo.

Dejando a un lado las más claramente ligadas a la agilización burocrática⁹¹, los dos aspectos más controvertidos reflejan el mencionado reforzamiento del papel de las mutuas. De un lado, se les reconoce la facultad de control de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes desde el primer día⁹². Y, de otro, se establece que los médicos adscritos a las mutuas podrán formular propuestas motivadas de alta médica a las unidades de la inspección médica del servicio público de salud, de forma que, si no son resueltas en el plazo de 5 días (11 días hasta febrero de 2015), permitirán a la mutua solicitar el alta al INSS –o al ISM–, que resolverá en un plazo de cuatro días (ocho días, hasta aquella fecha)⁹³. No obstante, hay que tener presente que la previsión contenida en el anteproyecto original de ley de mutuas era mucho más ‘agresiva’ en el reconocimiento de esta facultad, algo que fue denunciado por el Consejo Económico y Social⁹⁴, y que es ahora atendido por el Gobierno en el proyecto de ley y en el citado reglamento.

Por último, el tercero de los bloques normativos en la lucha contra el fraude afecta a un ámbito jurídico distinto: la regulación de la responsabilidad penal, que fue objeto de revisión por parte de la *Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la*

⁸⁷ Precepto introducido por la Ley 22/2013 (LPGE 2014). El desarrollo reglamentario de esta previsión se recoge ahora en el artículo 9 RD 625/2014.

⁸⁸ Actualmente se encuentra en trámite parlamentario el ya citado *Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social*. Algunos de los aspectos más controvertidos en relación con la gestión de la incapacidad temporal allí recogidos se ‘adelantan’ a través de la norma reglamentaria a la que se hace referencia a continuación.

⁸⁹ Deroga el RD 575/1997, de idéntica denominación a salvo de la referencia temporal a los 365 días.

⁹⁰ Véase: PANIZO ROBLES, J.A. “Un nuevo paso en el control de la prestación de la Seguridad Social por incapacidad temporal: el Real Decreto 625/2014”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 377-378, 2014, pp. 99 ss.

⁹¹ Se alude, por ejemplo, a las tablas orientativas de los procesos patológicos (artículo 2.2, siempre del RD 625/2014), al impulso de la gestión telemática de los partes (artículos 2 y 7, entre otros) y a la reconfiguración de los partes médicos de baja en función de la duración estimada (artículo 2.3).

⁹² Véase, igualmente, el nuevo artículo 6 *Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal*, introducido por el RD 625/2014.

⁹³ Véase el artículo 6 y, como complemento, la Disposición Transitoria 2ª RD 625/2014.

⁹⁴ En su *Dictamen 1/2014, 22 de enero, sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social*, advierte de la necesidad de “... salvaguardar el equilibrio entre los objetivos de eficacia en el control del gasto y la defensa del derecho del trabajador a percibir la prestación de la IT cuando su salud le impide desarrollar su trabajo” (p. 30).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. Advirtiendo que quien esto escribe no es experto en Derecho Penal, cabe llamar la atención sobre diversos aspectos relacionados con los cuatro delitos contra la Seguridad Social tipificados y que, en su conjunto, vienen a establecer un marco penal mucho más duro.

En primer lugar, se modifica el artículo 307 del Código Penal que tipifica la acción u omisión por la que se defrauda a la Seguridad Social “... eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida” y la castiga con una pena de prisión de uno a cinco años y una multa del tanto al séxtuplo (apartado 1 de ese precepto). Concretamente, los cambios introducidos son los siguientes.

El más importante es la reducción de 120.000 a 50.000 euros de la cuantía que establece el tipo delictivo como condición objetiva de punibilidad. Este significativo endurecimiento –adecuado para combatir estas conductas perjudiciales para las arcas de la Seguridad Social y para los derechos sociales de los trabajadores– se completa con cuatro previsiones adicionales. Una, que en la determinación de la cuantía defraudada se tendrá en cuenta un periodo de cuatro años naturales (antes un año natural como máximo) [artículo 307.2 CP]. Otra, que “(1)a mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación, si ésta queda acreditada por otros hechos”, de forma que se exige el pago (artículo 307.3 CP)⁹⁵, una previsión que sirve para combatir aquellas actuaciones en las que ese reconocimiento de la deuda se lleva a cabo por personas o entidades interpuestas que carecen de patrimonio. Asimismo, que el responsable de la comisión de este delito perderá “... la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y el derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un periodo de tres a seis años” (artículo 307.1, *in fine* CP). Y, en fin, a lo anterior hay que sumar la previsión de que este procedimiento penal por delito contra la Seguridad Social no paraliza el procedimiento administrativo para la liquidación y cobro de la deuda o cantidad defraudada (apartado 4 del mismo artículo).

En segundo lugar, la nueva configuración del delito ‘general’ de fraude a la Seguridad Social viene acompañada de la introducción de un nuevo tipo agravado –castigado con una pena de prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuantía– en aquellos supuestos en los que las conductas delictivas contra la Seguridad Social son especialmente graves por alguna de las siguientes circunstancias (artículo 307bis.1 CP): sea por la cuantía defraudada –cuotas, o devoluciones o deducciones indebidas– [letra a)]; sea por la comisión del fraude en el seno de una organización o de un grupo criminal [b)]; o, en fin, sea por la utilización de sociedades o personas interpuestas para ocultar o dificultar la identidad del obligado al pago de las cuotas de la Seguridad Social o del responsable del delito, o la determinación de la cuantía defraudada [c)].

En tercer lugar, lo más novedoso –y polémico– es la tipificación de un nuevo delito por la defraudación de prestaciones del sistema de Seguridad Social como la conducta de quien

⁹⁵ Al mismo tiempo, el pago de la deuda con la Seguridad Social “... antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado” podrá suponer una rebaja del delito en uno o dos grados (artículo 307.4 CP).

obtiene "... para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública..." (artículo 307 ter.1 CP). Algún comentario resulta pertinente en este punto.

En general, se aprecia un gran paralelismo de la regulación de este nuevo tipo delictivo respecto de lo previsto en el artículo 307 CP⁹⁶, con una excepción: la mayor severidad en la determinación de la pena. Conforme al Preámbulo de la Ley Orgánica 7/2012, la introducción del artículo 307 ter CP vendría a "... facilitar la persecución de las nuevas tramas organizadas de fraude contra la Seguridad Social que, mediante la creación de empresas ficticias, tienen por único fin la obtención de prestaciones del Sistema con la consiguiente agravación de la pena". Desde esta perspectiva, resulta razonable que la defraudación de prestaciones de la Seguridad Social en las circunstancias a las que se refiere el artículo 307 bis.1, b) y c) CP –defraudación a través de organización criminal o de empresas ficticias– lleve aparejada una pena (casi) idéntica a la de ese tipo agravado: una pena de prisión de dos a seis años y multa del tanto al séxtuplo (artículo 307 ter.2 CP). En cambio, resulta mucho más (¿excesivamente?) severo que esa misma pena agravada se imponga en los supuestos de defraudación que exceda los 50.000 euros que es, precisamente, la cuantía mínima tipificada como delito por el artículo 307 CP.

Pero lo que resulta particularmente difícil de explicar es que el fraude por debajo de esa cantidad (50.000 euros) sea delito cuando lo defraudado son prestaciones –con una pena de seis meses a tres años de prisión *ex* artículo 307 ter.1, primer párrafo CP– y que, por el contrario, no lo sea si se trata de cuotas. Y es que parece olvidarse que si el primer tipo de fraude produce un perjuicio en las arcas de la Seguridad Social, el segundo suma a ese daño el perjuicio a los derechos de los trabajadores. Incluso podríamos decir que, en la medida en que favorece la economía sumergida –frecuentemente va ligado al trabajo irregular– el impacto negativo se extiende también al conjunto de las cuentas públicas. Por eso, la previsión de una atenuación de la pena –multa del tanto al séxtuplo– cuando los hechos no revistan especial gravedad "... a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor..." resulta casi un sarcasmo, sino una criminalización indiscriminada de los perceptores irregulares de prestaciones. Mucho más cuando se repara en que el delito contra la Hacienda Pública (artículo 305 CP) establece un umbral mínimo de defraudación de 120.000 euros⁹⁷: ¿qué es lo que sostiene que el que defrauda a la Seguridad Social en prestaciones 30.000 euros –por no recurrir a casos más extremos– sea un delincuente y que el que defrauda a la Hacienda Pública 119.000 euros no lo sea? Sencillamente resulta incomprensible.

Por último, también se modifica el artículo 311 CP para endurecer la pena del delito contra los trabajadores –prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses– y tipificar de forma específica la conducta de los que den ocupación simultáneamente a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda o, en su caso, sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo,

⁹⁶ Véanse los apartados 3 a 6 del artículo 307 ter CP.

⁹⁷ Téngase en cuenta que el artículo 305 CP fue también objeto de modificación por la misma Ley 13/2012, lo que hace más chirriante el desajuste.

siempre que el número de trabajadores afectados supere determinados umbrales: 25% en empresas con más de 100 trabajadores, 50% en aquellas con más de 10 y menos de un centenar y la totalidad de la plantilla en empresas con más de cinco y menos de diez trabajadores.

4.2. Colaboración institucional

De forma mucho más sintética, cabe también hacer un repaso de los avances que se han producido a lo largo de este último periodo en materia de colaboración institucional y que en su mayoría se enmarcan en el “Plan de Lucha contra el Empleo Irregular y el fraude en la Seguridad Social 2012-2013”. Como se ha reiterado, no se trata de un asunto menor, pues la eficacia de las medidas depende en muchos casos de una adecuada coordinación de las entidades y organismos implicados; de ahí el interés.

Para empezar, la misma Ley 13/2012 contiene algunas novedades normativas que deben ser valoradas en este bloque en cuanto constituyen medidas de auxilio y colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social llamadas a reforzar la proyección en la lucha contra el fraude protagonizada por dicho órgano inspector⁹⁸. Así, el artículo 9 LITSS contempla expresamente la colaboración –con concreciones dispares– con el Consejo General del Notariado y con las mutualidades de previsión social alternativas al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos⁹⁹, que se unen a las previsiones ya existentes en torno a la Administración tributaria, a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y a los Jueces y Tribunales. En relación con estos últimos, también la Ley 13/2012 previó en su Disposición Final 6ª la creación en el seno de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del Ministerio de Empleo de 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 Social” que, con algo de retraso –seis meses era el tiempo previsto para su creación– ha visto finalmente la luz en 2014¹⁰⁰.

Igualmente debe reseñarse la suscripción, en fecha 30 de abril de 2013, de un Convenio de colaboración entre el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y el Ministerio del Interior sobre coordinación entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en materia de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social¹⁰¹.

⁹⁸ Repárese también en otro tipo de iniciativas de lucha contra el fraude laboral como el buzón para la notificación de conductas fraudulentas, puesto en marcha en agosto de 2013, y que ha permitido hacer aflorar 1.592 empleos sumergidos y liquidar cuotas a la Seguridad Social por valor de 1,4 millones de euros (véase noticia del 22 de agosto de 2014, <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/laboral/detalle/2296>), un resultado ciertamente modesto.

⁹⁹ Apartados 2 y 4 del citado artículo 9 LITSS. Por otro lado, la Ley 13/2012 también especifica algo más en su apartado 1 quiénes son las “Administraciones públicas y cuantas personas ejercen funciones públicas” [en redacción previa del artículo 9.1 LITSS] obligadas a colaborar con la Inspección: “las autoridades, cualquiera que sea su naturaleza, los titulares de los órganos de la Administración General del Estado, de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales; los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales; las cámaras y corporaciones, colegios y asociaciones profesionales; las demás entidades públicas...”.

¹⁰⁰ Orden ESS/78/2014, de 20 de enero, por la que se crea la 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 Social.

¹⁰¹ Véase la Resolución de 4 de noviembre de 2013, de la Subsecretaría del Ministerio de Presidencia, por la que se publica el anexo al citado convenio (BOE 8 de noviembre de 2013).

Por lo que se refiere a la colaboración entre la TGSS y la ITSS, debe mencionarse el Plan anual de objetivos conjuntos suscrito el 28 de febrero de 2014. Pero, sobre todo, hay que referirse al anuncio de creación una “Oficina Nacional de lucha contra el fraude laboral” que, “con el objetivo de homogeneizar la labor inspectora desarrollada en el conjunto del Estado y reforzar la estabilidad de la colaboración institucional alcanzada en la materia”, viene contemplado en el Programa Nacional de Reformas 2014 y que vendría a ser una prolongación –así parece, al menos– del “Observatorio del fraude” cuya incipiente actividad se ha visto interrumpida en esta última etapa¹⁰².

Finalmente, hay que lamentar que el Gobierno apenas haya contado con los interlocutores sociales para el impulso de este conjunto de iniciativas de lucha contra el fraude; algo que sin duda debilita la eficacia de las medidas y es, en última instancia, muestra de falta de contundencia (¿convencimiento?) en el desarrollo de estas políticas.

4.3. ¿Nuevas fórmulas de gestión?

Una mención, siquiera breve, merece también la polémica contratación de una entidad privada para la implantación de un modelo de lucha contra el fraude en el ámbito de competencia de la TGSS por un importe de adjudicación de 1,36 millones de euros¹⁰³. Tal decisión se enmarca en un replanteamiento general –no nuevo, desde luego, pero sí intensificado en los últimos tiempos– del modo de configuración del sector público y de la intervención de la gestión privada en la gestión de aquél. Lo cierto es que en este caso surgen serias dudas de que esta fórmula de ‘externalización’ sea la más adecuada para el desarrollo de una función pública de naturaleza inspectora, o lo que es lo mismo, para el ejercicio de una autoridad inherente a los poderes públicos¹⁰⁴. Téngase en cuenta que, en la medida en que se deja en manos privadas el control del cumplimiento de la legalidad vigente, de algún modo se produce una renuncia de los poderes públicos a garantizar la aplicación del ordenamiento jurídico.

La quiebra –ruptura– que esta externalización de una función pública lleva consigo es, así pues, muy importante por lo que merecería, como mínimo, un explicación detallada a la opinión pública con la necesaria transparencia.

5. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

Hay que reivindicar la necesidad –más allá del mero ejercicio retórico– de un fuerte impulso en la lucha contra el fraude en la Seguridad Social. Y esto implica, en cierto sentido, una reorientación de las prioridades. Sin menospreciar la merma de recursos que para el sistema tiene este tipo de conductas fraudulentas, debería ponerse una mayor atención en el perjuicio que el fraude produce en los derechos de los trabajadores que se encuentran o van a encontrarse en el futuro en alguna de las contingencias protegidas.

¹⁰² AIBAR BERNAD, J. “¿Qué se puede...”, *op. cit.*, p. 67.

¹⁰³ Véase la *Resolución de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social por la que se anuncia la formalización del expediente 2014/ALEIF para la contratación del servicio de consultoría estratégica para la implantación del modelo de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social*.

¹⁰⁴ Ampliamente, y en sentido crítico, sobre este particular: CANTERO MARTÍNEZ, J. “La incidencia del fenómeno de la externalización en la Administración General del Estado. ¿Existe algún límite?”, *Documentación Administrativa*, n° 286-287, enero-agosto 2010, pp. 311 ss.

Desde esta perspectiva, son pertinentes dos breves reflexiones finales. En primer lugar, hay que alertar frente al riesgo de priorizar la lucha por evitar el acceso fraudulento a las prestaciones del sistema frente a aquella centrada en combatir determinadas prácticas que suponen la negación de derechos a los trabajadores y el incumplimiento de obligaciones empresariales. Naturalmente ambos tipos de comportamientos han de ser perseguidos. Pero hay que ser consciente de que el actual contexto de crisis favorece un clima que siembra sospechas sobre los perceptores de prestaciones sociales o, al menos, les hace de algún modo responsables de la situación de necesidad por la que atraviesa. Por eso es tan importante enfatizar que el trabajo de la llamada economía sumergida no sólo supone una importante pérdida de recursos para el Estado (vía impuestos y cotizaciones a la Seguridad Social que deja de percibir) o una distorsión de la competencia, sino que en muchos casos conduce a situaciones de marginalidad.

Y, en segundo lugar, no debe pasarse por alto el impacto negativo que las más recientes reformas del ordenamiento laboral –señaladamente a partir de la Ley 3/2012– tienen en la efectividad de la lucha contra el fraude en materia laboral y de Seguridad Social. Así, la aprobación de medidas que consagran la contratación temporal descausalizada (contrato eventual para jóvenes, artículo 12 Ley 11/2013), que favorecen la contratación a tiempo parcial hasta el extremo sin articular los necesarios controles para evitar abusos, o las que impulsan el autoempleo como falsos autónomos detrás del impulso del emprendimiento son manifestaciones de un ordenamiento laboral más escorado hacia el lado empresarial y –lo que aquí más importa– con menos garantías para evitar conductas fraudulentas.