



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en: RELACIONES LABORALES

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2014/2015

Convocatoria: Junio 2015

EL FRAUDE LABORAL: LA LUCHA CONTRA EL EMPELO IRREGULAR Y EL FRAUDE A LA SEGURIDAD SOCIAL

LABOUR FRAUD: THE FIGHT AGAINST THE IRREGULAR
EMPLOYMENT AND SOCIAL SECURITY FRAUD

ALUMNO: DIEGO ELOY SOSA MORALES

TUTORA: DULCE MARIA CAIROS BARRETO

ÁREA DE CONOCIMIENTO: DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ABSTRACT

As it is currently known, Spain is undergoing a situation of economic crisis and recession. As a result of this recession, many citizens have taken upon themselves to defraud and act against the Spanish Social Security system, receiving all types of welfare pensions and subsidies. However all of these aids are programmed according to the type of matter. This is why, this investigation focuses more on benefits that originate in employment, in order to be more concise. Some examples of these are unemployment benefits and workers compensation. These types of acts are and should be consider anti constitutional because they go against the solidarity principle, in which each Spanish citizen is a contributor to society. In other words, obtaining theses funds through fraud is not only ilegal but unethical. Therefore, this dissertation analyzes this type of fraud in order to learn about how it could exist, what are its consequences to the rest of society and, of course in order to offer some suggestions and alternatives to avoid or reduce it.

RESUMEN (ENTRE 150-300 PALABRAS)

La coyuntura económica actual, como bien es conocido es una de recesión y crisis. Esta situación, que se puede caracterizar como "insolidaria" ha dado lugar a un incremento de actividades fraudulentas en el ámbito de la Seguridad Social, de manera que se falsean las condiciones para poder acceder o mantener prestaciones pecuniarias de la misma. Estas actuaciones fraudulentas a la Seguridad Social se dan dependiendo del tipo de prestación, por lo cual en esta investigación, para poder ser más concisos, nos centraremos en las prestaciones del ámbito laboral, como por ejemplo son la prestación por desempleo y la incapacidad temporal. Estos tipos de actos son y deberían de considerarse como inconstitucionales, dado que los mismos van en contra del principio de solidaridad, en el que todos los ciudadanos españoles son contribuyentes a la sociedad. En otras palabras, la obtención de estas prestaciones mediante el fraude no es solamente ilegal si no también anti moral. Se propone el estudio de este fraude a la Seguridad Social de manera extensa para poder ver los casos en los que se da, las consecuencias de estos al resto de la sociedad y por supuesto ofrecer sugerencias para su paliación.

INDÍCE

I.	INTRODUCCIÓN.....	3
II.	CONTEXTO: LA ECONOMÍA SUMERGIDA.....	4
III.	LA ACTIVIDAD FRAUDULENTA.....	8
IV.	PUNTO DE PARTIDA: EL PLAN DE LUCHA CONTRA EL EMPLEO IRREGULAR Y FRAUDE A LA SEG. SOCIAL.....	11
V.	LA LEY 13/2012 DE 26 DE DICIEMBRE, DE LUCHA CONTRA EL EMPLEO IRREGULAR Y EL FRAUDE A LA SEGURIDAD SOCIAL.....	13
	1. OBJETIVOS Y MEDIDAS.....	13
	2. MODIFICACIÓN DE LA LGSS.....	15
	3. MODIFICACIÓN DE LA LET Y DEL RD 5/2011.....	16
	4. MODIFICACIÓN DE LA LEY DE ITSS.....	19
	5. MODIFICACIÓN DE LA LISOS.....	19
	6. EL FRAUDE COMO DELITO: MODIFICACIÓN DEL CÓD. PENAL Y EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM.....	24
VI.	EL FRAUDE EN LA JURISPRUDENCIA.....	29
	1. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO.....	29
	2. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO EN LA SS.....	32
	3. INCAPACIDAD TEMPORAL.....	33
VII.	EL FRAUDE A LA SEGURIDAD SOCIAL EN CIFRAS.....	36
	1. CICLO 2011-2012.....	36
	2. CICLO 2012-2013.....	39
VIII.	CONCLUSIONES.....	41
IX.	ALGUNAS SUGERENCIAS PARA COMBATIR EL FRAUDE LABORAL.....	45
X.	BIBLIOGRAFÍA.....	49

INTRODUCCIÓN

Cabe recordar aunque sea a modo de repaso la importancia que la Seguridad Social tiene en la sociedad española como institución. Esta misma supone una mayor parte del sistema de financiación de las prestaciones y de las coberturas de los trabajadores. Además tiene un papel crucial en el derecho del trabajo, dado que también constituye la base de la financiación exigida por las normas laborales para la cobertura del sistema, como sería por ejemplo, las incapacidades temporales o las bajas por maternidad.

A su vez, las arcas patrimoniales de la Seguridad Social están compuestas por alguna parte del salario que genera el trabajador, o lo que es lo mismo, la cotización. Es por lo que el mero hecho de cotizar por cualquier salario generado es crucial a la hora de mantener el flujo de ingresos para esta institución. Dicho esto, se dan ocasiones en las que los trabajadores o los empresarios evitan el pago de estas cuotas o lo que es peor, fingen condiciones para poder obtener cantidades de dinero que realmente no se merecerían. Esto se conoce comúnmente como el empleo irregular que a su vez desemboca en el fraude al sistema de la Seguridad Social.

En este trabajo se pretende indagar sobre este fenómeno de manera que podemos estudiar sus consecuencias y destacar principalmente las consecuencias negativas que supondría el mismo. Se centrará en la última reforma del sistema, en lo que concierne a este aspecto, que es el Plan de Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social. Además de mantener un grado de contemporaneidad en la investigación, también se tratará de entender la necesidad de paliar esta situación, acorde con la coyuntura económica actual del estado español. Como se verá a continuación este tipo de infracción o estafa se ve incrementada sobretodo en épocas de crisis económica como en la que vivimos, dado que los trabajadores carecen de fondos para sobrevivir. Cuando se trata de que el actor sea el empresario, generalmente es visto como avaricia y no como necesidad. Sin embargo, en ambos casos se sanciona a estos sujetos.

En primer lugar, se trata de describir el contexto y el tipo de actuación, para posteriormente, analizar las medidas legislativas que se llevan a cabo. Siguiendo esto, se hace un análisis más descriptivo e ilustrativo sobre información encontrada respecto al asunto, para poder, finalmente analizar sus resultados y tener una opinión fundamentada. Con todo esto también se pretende hacer sugerencias para los legisladores de manera que se pueda verdaderamente *combatir* el fraude.

Adicionalmente, existe la necesidad de estudiar este tema para poder concienciar a los españoles sobre la idiosincrasia de los países del sur de Europa. Los ciudadanos de estos tienden a ser vistos como pícaros o que siempre buscan o encuentran *un atajo para todo*. Poco a poco, alcanzado objetivos previstos en cuanto al fraude y además siendo más estrictos en cuanto a la regulación, podría suponer un cambio de mentalidad en cuanto a esta teoría popularizada por el resto de Europa.

I. CONTEXTO: LA ECONOMÍA SUMERGIDA.

La existencia del empleo irregular, que podríamos considerar como ese empleo que, sin cotizar o *existir en papel* tiene como finalidad defraudar al sistema jurídico español, no sería posible sin la existencia de la propia economía sumergida en España. La economía sumergida se puede definir como aquella que se basa en las acciones llevadas a cabo, mediante dolo y mala fe, y que tienen como fin esconder o “sumergir” el empleo y la recaudación de capital y de dinero, para poder evitar la fiscalidad y la cotización al gobierno. Por consiguiente, se actúa egoístamente y en contra de lo establecido legalmente, como los principios de obligación de tributación y cotización encontrados en la propia Constitución. Por supuesto, este tipo de comportamiento se incrementa en los tiempos de crisis económica, como en el que nos encontramos en el que es *cada uno para sí mismo*, para poder sobrevivir.

El propio concepto de economía sumergida abarca una abundancia de conductas, tipificadas como antijurídicas, que tienen el fin de esconder o “sumergir” la actividad económica de algunas personas. Estas pueden variar, siendo desde el blanqueo de capitales, llevado a cabo por una organización criminal, para evitar investigaciones policiales, hasta un comercio pequeño, que no cotice por los trabajadores de los que disponga. En relación a esto cabe aclarar la diferencia entre el fraude fiscal y el fraude a la Seguridad Social, siendo el segundo objeto de investigación de este trabajo. Mientras que el fraude fiscal tiene por objeto la evasión de impuestos y otros tributos que se le pueden aplicar a ciertos negocios o personas físicas, el fraude a la Seguridad Social implica acción completamente distinta, por lo cual se le sancionaría, o en ciertos casos penalizaría, por separado. Ambos, el fraude fiscal y a la Seguridad Social, tienen sus efectos perjudiciales en la sociedad española, pero dichos efectos se deben estudiar por separado ya que ambos, aunque sean para la misma entidad y usualmente provengan de las mismas actividades, tienen finalidades distintas. Mientras que lo que se recauda mediante el tributo (fiscal) se utiliza para financiar la sociedad, lo que se recauda mediante

la cotización se utiliza para financiar prestaciones para los sujetos beneficiarios al sistema de Seguridad Social de la sociedad.

Aun así, también existen casos en los que se sabe de personas que trabajan sin contrato o sin cotizar, pero que no denuncian a estas empresas, por miedo de perder sus propios trabajos, dado que son conscientes de que les costara conseguir otro en esta crisis económica¹. Consecuentemente, la economía sumergida española se encuentra en un 18,6% del Producto Interno Bruto español en el 2014², lo cual explica que 190.000 millones de euros en España se han conseguido mediante el conjunto de sectores o actividades "oscuras". Como apunte adicional, la economía sumergida no solamente afectara a la solidaridad del sistema de seguridad social y fiscal español, sino también a los trabajadores que forman parte de este. Esto se da porque, al no tener contrato de trabajo, no se pueden acoger a las protecciones legales que ofrecería el derecho laboral. Por ejemplo, se pueden someter estos trabajadores a condiciones precarias e inhumanas, salarios miserables, y en ciertos casos, ni siquiera un sueldo, sin la posibilidad de presentar demanda, porque no existe prueba del desarrollo de la relación laboral.

Esta economía oscura o sumergida es la raíz de la existencia del empleo irregular, que a su vez da lugar al fraude laboral que implica una acción en contra de la Seguridad Social. Según la Fundación de Estudios Bursátiles y Financieros (FEBF) existen cinco tipos, o posibilidades de empleos irregulares, que se pueden encuadrar en los siguientes: "– Asalariado o autónomo que indebidamente no está dado de alta en la seguridad social. [Falta de inscripción o afiliación] – Asalariado o autónomo dado de alta pero que no cotiza. – Asalariado que cotiza como autónomo. –Autónomo que cotiza como asalariado. – Perceptor de seguro de desempleo ocupado [cobrar paro mientras trabaja, por ejemplo]."³ Esta tipología de empleo irregular es la base del plan de lucha contra el empleo irregular mediante el cual se respalda la aprobación de la ley 13/2012: desvelar y sancionar todo tipo de empleo irregular que cause una pérdida de ingresos al sistema de seguridad social. En el primer semestre del 2012, este mismo plan fue responsable de

¹ El MUNDO. "No hay opción, hay que comer." 21 de Febrero del 2015. <http://www.elmundo.es/especiales/vivir-en-negro/empleo-sumergido.html>

² HUFTINGTON POST. "La economía sumergida representa el 18,6% del PIB y está relacionada con la alta corrupción." 21 de Febrero del 2015. http://www.huffingtonpost.es/2014/11/26/economia-sumergida-randstad_n_6227812.html

³ FUNDACIÓN DE ESTUDIOS FINANCIEROS. "La economía sumergida en España." pp. 57. 22 de Febrero del 2015. http://www.febf.org/DOCUMENTO_DE_TRABAJO_4_2as.pdf

destapar 52.453 casos de empleo irregular⁴. Esta cantidad de empleo irregular supuso un incremento del 14,5% respecto al año anterior. Lo cual, monetariamente, implica una pérdida de 643 millones de euros en conceptos de cotización a la seguridad social. Si esta cifra solamente se puede observar en un periodo de 6 meses, es muy crucial considerar su incremento a largo plazo, como por ejemplo, 2 o 3 años, mientras que no mejore la situación de crisis económica. A pesar de las posibles consecuencias de sanción, mientras se agudiza la situación de crisis económica, se puede observar que también incrementa el empleo irregular, a pesar de existir la amenaza de la posibilidad de ser descubiertos y posteriormente sancionados con todo el poder de la ley. Aun así, el factor de la crisis económica, y de "supervivencia" parece ser más importante en estos tiempos, dado que a partir del 2011, se observa un incremento constante del empleo irregular.

Excluyendo la fiscalidad, las consecuencias perjudiciales del empleo irregular, además de la reiterada falta de solidaridad, implica un menoscabo al derecho laboral español⁵ y la competencia desleal. El efecto del "dumping social" o de la deslocalización del trabajo se puede conseguir mediante el empleo irregular⁶. Si no existe un contrato de trabajo, resulta muy complicado acreditar la condición de trabajador, a efectos judiciales, de manera que el trabajador no podría gozar de la cobertura del derecho laboral. El resto de empresarios también se verán afectados por el empleo irregular mediante la competencia desleal. El margen de ganancias que tiene un empresario defraudador será mucho mayor que un empresario legítimo, porque el primero se ahorra los costes del trabajador y esta diferencia se puede considerar como un enriquecimiento injusto, al coste de la sociedad, que también lo pondría en una posición superior a sus competidores, de manera sumergida.

Asimismo como la situación de crisis económica, los antecedentes de la aprobación del Plan de Lucha contra el fraude fueron la ICENUW y el notorio plan "Europa 2020".⁷ No solamente se trata de una medida para mejorar la economía y evitar el fraude dentro de España, sino también una medida que nace en el marco institucional

⁴ EL PAÍS. "El plan contra el empleo sumergido aflora 52.453 puestos de trabajo hasta agosto." 22 de Febrero del 2015. http://economia.elpais.com/economia/2012/09/19/agencias/1348044347_049709.html

⁵ CACHORRO LLORENTE, Pedro. "Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social en el contexto del Programa Nacional de Reformas para los años 2012-2013." *Revista del Ministerio del Trabajo y de Seguridad Social* num 100/2012 p. 19-20.

⁶ BAVIERA PUIG, Inmaculada. "Avances en la Lucha contra el Empleo Irregular y el fraude a la seguridad social." *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num. 9/2014, num. 10/2014. P. 1.

⁷ *Ibidem* p.4

de la UE, para distender por todo el territorio. Los países de la unión desarrollaron una comisión para evitar el empleo sumergido titulada "Implementing Cooperation in European Network Against Undeclared Work" (Implementación de la Cooperación en la UE en contra del trabajo no declarado). La misma estaba compuesta por países como Bélgica, Francia, España y duro hasta el 2011. A continuación, se aprueba la estrategia Europa 2020, cuyo objetivo principal es garantizar el empleo del 75% de las personas entre 20 y 64 de años de edad⁸. Lógicamente, el trabajado no declarado presenta un obstáculo para la fluidez de esta estrategia. Si la Seguridad Social española carece de los fondos se hace casi imposible la creación de programas de empleo o de ayudas para emprendedores. Programas que serían útiles para el desarrollo de esta estrategia.

Como base, la ITSS tiene que analizar los sectores laborales en los que resulta más fácil cometer porque presenta una dificultad a la hora de investigar. Para clarificar, se trata de sectores, como por ejemplo, los trabajos nocturnos, y festivos en estas situaciones será casi imposible que se aparezca un inspector en el centro de trabajo⁹. También es necesario vigilar sobre las situaciones que pueden dar lugar a un fraude como serían los despidos colectivos, las reducciones de jornadas etc. Por supuesto, dado que esta ley ahora otorga más poder a las direcciones provinciales de la ITSS, se trata de garantizar más eficacia para evitar o sancionar el fraude. No se trata de analizar, paso a paso como los inspectores realizan su trabajo, sino como el mismo se ve afectado, y además una opinión doctrinal sobre este conjunto de medidas. Se añade una comisión trimestral de seguimiento sobre las empresas dadas de alta de oficio¹⁰. Se ocupa ahora la ITSS de volver a revisar en estas empresas, si sus trabajadores fueron dados de alta. Se trata de una medida que asegura evitar la reincidencia en el fraude a la Seguridad Social por que verifica el cumplimiento de los deberes legales más de una vez, en las mismas empresas. En cuanto al incremento de la cooperación entre la ITSS y los demás órganos públicos, estos actúan de manera conjunta, proporcionándose información sobre los empresarios y trabajadores, para poder agilizar el proceso investigador. Es por esto que ahora la ITSS puede comunicarse con la AEAT para revisar los datos de las cuantías cotizadas en relación con las tributadas¹¹.

⁸ Ibídem p.4

⁹ CACHORRO LLORENTE, Pedro. "Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social en el contexto del Programa Nacional de Reformas para los años 2012-2013." *Revista del Ministerio del Trabajo y de Seguridad Social num 100/2012* p.22

¹⁰ Ibídem p. 26

¹¹ Ibídem p. 28

Ahora bien, la respuesta doctrinal en cuanto a este conjunto de medidas no es una muy positiva, aunque si acepta la necesidad de la puesta en marcha de un plan que palíe esta situación. Según Borja Suarez, se considera que las medidas enfocan mucho más en sancionar que en prevenir el fraude¹². Por esto se reitera la *recaudación desesperada* del gobierno en estos tiempos de crisis económica; se trata de incrementar la calidad y cuantía de sanciones para compensar por la falta de dinero de las arcas de la Seguridad Social y el presupuesto estatal, en general. En relación con esto también se cita al mismo autor de la siguiente manera: “la lucha contra el fraude (laboral, en este caso) no ha constituido nunca una prioridad política”¹³. En tiempos de crisis económica es cuando endurece el control sobre el fraude, para poder sancionar el mismo y recaudar dinero.

Analizando de manera muy sintetizada y esquemática las estadísticas en cuanto al empleo irregular, se cuestionan varios aspectos, desde el lado de los actores, o los que infringen la ley, en cuanto a sus motivos por hacerlo. ¿Por qué se defrauda a la seguridad social? ¿Qué se consigue con defraudar estas cantidades? ¿Siempre va a existir la mala fe cuando se defrauda a la Seguridad Social? ¿Existe la necesidad, en ciertos casos de cometer estos tipos de fraudes, para poder sobrevivir? Aunque la ley tipifica y castiga cada caso igualmente, sin posibilidad de justificación o amnistía, también cabe, por lo menos considerar las razones por las cuales se cometen estos tipos de fraudes.

III. LA ACTIVIDAD FRAUDULENTA

En el ámbito de la Seguridad Social contributivo (laboral), existen principalmente dos tipos de fraudes, que dependen de la cantidad de personas que participan en el mismo: el fraude en sí, y la connivencia.

En el primero, se utiliza la mentira como medio para alterar la realidad y aprovecharse de un beneficio, del cual no se pudiera disfrutar, si se supiera las condiciones verdaderas del defraudador. En el segundo, se hace lo mismo, excepto que se hace mediante acuerdo entre el trabajador y el empresario, por lo cual, cuando se sanciona, cabe sancionar a ambos, para que se respete el principio de igualdad. Desde un punto de vista jurídico, aplicando este tipo de fraude al ámbito de la Seguridad Social, se complica el asunto porque, en todos los casos, se debe acreditar que existe el fraude, y

¹² SUAREZ CORUJO, Borja. “El Fraude en la Seguridad Social en los Tiempos de Crisis.” *Revista del Derecho de La Seguridad Social*. Num 3/2015. p. 105-107

¹³ *Ibidem* p. 119

esta acreditación depende, específicamente del caso del cual se trate, o el tipo de fraude que se alegue.

Para que se de esta acción fraudulenta, se deben dar, cuatro características, o como la doctrina lo denomina, "La teoría de los cuatro elementos del fraude a la SS". Estos son los siguientes: la prueba, el medio de la prueba, la intencionalidad y el resultado¹⁴.

En primer lugar, aunque la ITSS goce de la "presunción de certeza" la misma siempre debe acreditar la existencia del fraude, aunque sea de una manera indirecta. En todos los casos, la existencia del fraude siempre debe ser acreditada, o por lo menos intentada de probar, por quien la invoque para que se pueda considerar la existencia del mismo¹⁵. En relación estrecha con el primer elemento, el segundo se basa en que la prueba debe obtenerse antes de que se acuse. Esto simplemente implica que, acusar a un empresario o trabajador por cometer un fraude, sin tener prueba del mismo perdería su validez jurídica. Por supuesto, en los casos de connivencia, se complica más el medio de la prueba por que esta misma puede ser muy ambigua; ¿Cómo se puede determinar que existe un acuerdo entre empresario y trabajador? Por esta razón, se permiten los indicios del mismo como medio de prueba, para poder, por lo menos ser sujeto de investigación¹⁶. Se trata de una medida para asegurar la "seguridad jurídica" (valga la redundancia) del individuo.

El siguiente elemento es la intencionalidad del individuo, aunque la misma resulta complicada de determinar. La intencionalidad, sirve solamente como un barómetro para atenuar o agravar la infracción o el delito cometido¹⁷. A efectos jurídicos, cuando se pueda determinar la intencionalidad del individuo, resultara más sencillo determinar la existencia del fraude.

Es el resultado de la acción que la determina como fraudulenta. Este constituye el último elemento de la acción fraudulenta. Aun así, existen algunos tipos de conductas que si se castigan aunque no se consuman. Son en estas en las que, fácilmente se puede apreciar la intencionalidad dolosa del individuo en contra de la Seguridad Social, que daría lugar a una infracción. El ejemplo más claro de estas son las empresas ficticias en las cuales claramente se nota el ánimo doloso dado que se "cotiza" por trabajo que

¹⁴FERNANDEZ ORRICO, Fco. Javier. La Teoría de los cuatro elementos de fraude en las prestaciones de la Seguridad Social. *Relaciones Laborales*. 2014, no.1, p. 85-86.

¹⁵ *Ibíd*em p. 87

¹⁶ *Ibíd*em p. 88

¹⁷ *Ibíd*em p. 90

realmente no existe¹⁸. Aunque en este supuesto se esté cumpliendo el deber legal de cotizar por el trabajo, se hace con un propósito defraudador; falsificar una relación laboral para posteriormente obtener una prestación. De manera contraria, también existen las actividades, por las cuales, aunque se tenga este ánimo de defraudar, las mismas no se consideran consumadas porque, aunque se trate engañar a la Seguridad Social, no se logra. Para clarificar, véase el ejemplo en el que se falsifican los despidos colectivos, para que el trabajador tenga “derecho” a una prestación por desempleo. En este caso, la acción no se va a considerar consumada, hasta el momento en el que el trabajador solicite la prestación¹⁹. Por esta razón, se encuentra tipificada, como infracción en la LISOS, el mero hecho de solicitar la prestación y no su posterior aprobación.

Una vez examinada esta doctrina, resultará útil tomar en cuenta estos cuatro conceptos a la hora de entender la jurisprudencia relevante a esta materia. La presencia de estos cuatro conceptos en la jurisprudencia justificaría sus decisiones judiciales.

El incremento de la actividad fraudulenta ha dado lugar a una necesidad de institucionalizar la lucha contra el fraude a la Seguridad Social. De esta misma institucionalización es que nace el plan y los nuevos Inspectores de Trabajo y Seguridad Social. Es por esta razón que, ahora la labor inspectora de la Seguridad Social no es solamente una noción o una formalidad del cual son consciente ambos el empresario o trabajador, sino un cuerpo con competencias sancionadoras, que estos sujetos deben evitar, mediante la satisfacción de los requisitos legales de la Seguridad Social. La ITSS es ahora una institución en sí y no un cuerpo auxiliar a la TGSS. En parte, esta institucionalización, según doctrina de Francisco Javier Fernández, se da por una idiosincrasia de los países del Sur de Europa a tender a siempre actuar manera fraudulenta, en la que siempre se *buscan [y encuentran] atajos*²⁰. Aunque esta idiosincrasia se pueda considerar como un estereotipo negativo hacia la sociedad española, la misma, en parte justifica el incremento de control por parte de la administración.

De modo paralelo a la actividad investigadora, una herramienta, que permite a cualquiera comunicar sobre alguna actividad fraudulenta, el llamado “buzón de fraude”. A partir del 2013, la Inspección de Trabajo incorpora, en su página web dicho buzón, con

¹⁸ *Ibíd*em p.94

¹⁹ *Ibíd*em p. 99

²⁰ MONTOYA MELGAR, Alfredo. “La Inspección de Trabajo Frente al Fraude en las Prestaciones de Seguridad Social” De Francisco Javier Fernández Orrico. *Revista de Derecho del Trabajo Español*. 2013, No. 157, p 391-393.

un interfaz sencillo. Por supuesto, se garantiza la discrecionalidad, para no involucrar a estos informadores. A primera vista, esta se puede ver como una herramienta que, además de incrementar la eficacia del Plan, a su vez, ahorra trabajo a la ITSS. Su uso principal es para reportar las “conductas fraudulentas e insolidarias para que sean objeto de análisis y, en su caso, de investigación por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”²¹. La desventaja de esta herramienta, se destaca en las consecuencias sobre la persona que reporta sobre este fraude. Aunque siempre se proteja la identidad, pueden darse los casos en los que el defraudador pueda deducir quien fue el denunciante, mediante indicios. Para aclarar esta asunción, tomemos en cuenta el ejemplo de un trabajador que denuncia a su empresa porque la misma no cotiza por su salario. Siendo esta empresa objeto de investigación, si tiene mínima sospecha que fue este trabajador, el mismo puede ser despedido. Por esta razón es que, no solamente puede resultar inútil dicho buzón, sino que los propios trabajadores o personas tienen este “miedo”, a la hora de denunciar a sus empresas.

IV. PUNTO DE PARTIDA: EL PLAN DE LUCHA CONTRA EL EMPLEO Y FRAUDE A LA SEGURIDAD SOCIAL.

Este plan, tiene como objetivo principal el de “luchar contra los comportamientos fraudulentos que atentan contra los derechos de los trabajadores y afectan negativamente a la competitividad de las empresas.”²² Por lo cual a partir del periodo del 2012 se empieza a regular y poner un tipo de “mano dura” en cuanto a la economía sumergida por la carencia de fondos para el propio PIB del estado español. No solamente se castigaría por los delitos cometidos en contra de la Seguridad Social, sino por cualquier otra conducta que tenga fines anti solidarios en tiempos de crisis económica.

Dado que han pasado más de 2 años de la aprobación y puesta en marcha de este plan, podremos observar sus efectos hasta mediados del 2014. Partiendo de una base económica y cuantitativa (cuánto dinero) se ha concluido que la cantidad total de dinero defraudado de la seguridad social, sea mediante obtención o impago, es de 9271 millones de euros en los últimos 2 años y medios o, mejor dicho, hasta julio del 2014²³. Mientras

²¹ REVISTA SEGURIDAD SOCIAL ACTIVA. “Un buzón para Denunciar Fraudes.” 14 de Abril de 2015. http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/Panorama/REV_032534

²² FEDERACIÓN ASTURIANA DE EMPRESARIOS. “Plan para luchar contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social”. 23 de Febrero 2015. <http://web.fade.es/es/portal.do?TR=C&IDR=915>

²³ MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. “Las actuaciones de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social... mayo de 2014”. 24 de Febrero del 2015. <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/laboral/detalle/2388>

que esta suma de dinero elevada demuestra lo eficaz que ha sido y es el plan contra empleo irregular, esta misma cifra es muy alarmante. Estos 9271 millones de euros pertenecían a todos los ciudadanos, pero solamente fueron disfrutados por los defraudadores o los actores en estos tipos ilegales. Adicionalmente, también se cuenta con información que más o menos explica la manera en que se ha logrado defraudar tanto dinero de la Seguridad Social. Por ejemplo, en el periodo del 2012-2013 la cantidad de empresas ficticias ha incrementado un 730% respecto al 2010-2011, reiterando nuestra teoría de que el fraude incrementa de manera proporcional con la recesión económica²⁴. Cabe indicar que esto es solamente una de las maneras en las que se ha conseguido, en su conjunto llegar a defraudar esta suma de 9271 millones de euros, mencionando y reiterando, que existen más maneras que se estudiaran a lo largo de esta investigación. Finalmente, y como una innovación de este plan, se promueve una cierta cooperación entre el Ministerio de Empleo y de Seguridad Social y las Fuerzas de Cuerpos de Seguridad del Estado, de manera que el primero se respalda en el segundo para imponer los castigos y sanciones con el poder de la ley. Sobre esto se dice: "el ministro del Interior ha enumerado los siguientes datos que demuestran el éxito de esta herramienta contra el fraude: 4.450 personas y 451 empresas han sido investigadas; 2.811 delitos esclarecidos; 1.368 personas han sido detenidas; 333 personas han sido identificadas y liberadas de situaciones de explotación laboral, y se ha detectado un fraude aproximado de 43 millones de euros (35 a la Seguridad Social y 8 al Servicio Público de Empleo)."²⁵ El mero hecho de que ahora también coopera el ministro del Interior y sus Cuerpos de Seguridad del estado, significa un incremento al nivel de importancia que el gobierno y su legislación le otorga a este tipo de fraude. En efecto, este plan y su efectividad no sería posible sin la aprobación de la propia ley 13/2012 mencionada previamente, fundamentalmente que aspectos abarca y como pretenden minimizar la tendencia ciudadana a estafar al estado.

V. **EL MARCO NORMATIVO: LA "LEY 13/2012 DE 26 DE DICIEMBRE, DE LUCHA CONTRA EL EMPLEO IRREGULAR Y EL FRAUDE A LA SEGURIDAD SOCIAL".**

²⁴ "Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social." Aprobado por las Cortes Generales el 26 de diciembre de 2012. BOE de 27 diciembre 2012

²⁵ MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. "Las actuaciones de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social...mayo de 2014". 24 de Febrero del 2015. <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/laboral/detalle/2388>

1. OBJETIVOS Y MEDIDAS DE LA LEY DE LUCHA CONTRA EL EMPLEO IRREGULAR Y EL FRAUDE A LA SEGURIDAD SOCIAL.

El hecho de que se cometa este tipo de estafa al Estado español lleva a la necesidad de aprobar una legislación que se encargue de reprimir, de manera que, no solamente se les castigue por esto, sino que también se intente asegurar que estos no vuelvan a repetir esta falta. Con la intención de poder entender los ámbitos que esta ley abarca, y cómo pretende paliar la situación de fraude, se debe mencionar que esta ley no necesariamente impone un reglamento que regule este fenómeno en sí, sino que impone una serie de modificaciones a leyes ya existentes, en materia de empleo y de Seguridad Social. En relación con el preámbulo de esta ley, encontramos varias justificaciones de su aprobación, además de las causas ya estudiadas previamente. Se habla de: "Un marco normativo que ha quedado obsoleto en determinados aspectos y que necesita desde hace tiempo definir en términos más adecuados a la realidad actual la exigencia de responsabilidades penales, administrativas y laborales, el régimen de infracciones y sanciones en el orden social y las actuaciones y los procedimientos desarrollados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social"²⁶. Ante lo propuesto en el texto anterior, no solamente se aprueba esta ley para paliar las situaciones de fraude, sino también para poder actualizar y renovar la propia normativa (en cuanto a responsabilidades) de Seguridad Social, dado que la anterior ya se considera, en este caso, como "obsoleta". Evitando este tipo de actuación dolosa, se fomenta un crecimiento del propio Estado de Bienestar español, como se establece en el último párrafo de dicho preámbulo: "Un Estado social y democrático de derecho avanzado como es España supone solidaridad y firmeza a la vez.....constituyen la mejor forma de preservar plenamente los derechos laborales y sociales reconocidos en nuestra Constitución y en las leyes y que constituyen la esencia de nuestro Estado del Bienestar. Derechos laborales y sociales cuya preservación constituye el objeto principal de esta Ley". Mediante los mecanismos de corrección que propone esta ley, se pretende conservar los derechos laborales y sociales, que siendo los pilares básicos del Estado de Bienestar, darán lugar a su fortalecimiento.

En cuanto a la financiación del sistema de Seguridad Social, nos encontraríamos ante el primer objetivo que ofrece esta ley, por el cual se pretende descubrir (y posteriormente sancionar) los casos de empleo irregular para poder garantizar una

²⁶. "Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social." Aprobado por las Cortes Generales el 26 de diciembre de 2012. BOE de 27 de diciembre 2012.

generación de recursos económicos a este sistema. Este objetivo, con la misma finalidad de todos, pretende, no evitar que se reste de la cantidad de dinero del sistema de seguridad social, si no, por lo contrario, añadir más a este, a través de los casos de empleo irregular. En otras palabras, una sanción implicaría el pago de lo que se evitó además del pago de una multa, por lo cual se generaría más dinero del previsto inicialmente.

La siguiente manera de defraudar a la Seguridad Social es mediante la "obtención y el disfrute en fraude de ley de las prestaciones por desempleo, particularmente en aquellos supuestos en que se constituyen empresas ficticias para poder acceder a aquellas, o donde se compatibiliza de manera irregular su percepción con el trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia.". Se está castigando una de las faltas que se cometen con más frecuencia hoy en día que sería la coloquialmente conocida como *cobrar el paro mientras se trabaja*. Así, mediante este objetivo el legislador pone de manifiesto para los ciudadanos españoles que se penalizará el disfrute de prestaciones que se obtuvieron de manera indebida, como la de desempleo, jubilación, etc. Por supuesto, para que se considere fraude en estos ejemplos debe ser, como se menciona en el propio objetivo, cuando se "compatibiliza de manera irregular", o en términos más simples, cuando se percibe una prestación y se trabaja mucho más de lo que esta prestación permite.

No solamente se pretende sancionar a los que perciben estas prestaciones sino, además, a los propios empresarios o personas que actúan dentro del ámbito de encuadramiento de Seguridad Social, en cuanto a las altas, afiliación, etc. Por lo cual, el tercer objetivo como viene establecido, es el de "Aflorar posibles situaciones fraudulentas, principalmente en casos de falta de alta en la Seguridad Social de trabajadores que efectivamente prestan servicios en las empresas, en el acceso y la percepción de otras prestaciones del sistema de la Seguridad Social." Estos casos si se tratan de una carencia de ingresos al sistema de Seguridad Social ya que se tratan de trabajadores que trabajan y tienen un salario, pero que, a su vez, no cotizan por este. Finalmente, se habla de: "Combatir los supuestos de aplicación indebida de bonificaciones o reducciones de cotizaciones empresariales a la Seguridad Social". La aplicación de bonificaciones o reducciones indebidas, en fraude de constituye una variación de las faltas de altas o de cotización o de cotizaciones equivocadas. Dos ejemplos en concreto serían empresas que alegan contar con ciertas condiciones como tener una cantidad, o cuota, de trabajadores discapacitados, para obtener bonificaciones, o emplear

a trabajadores menores de 30 años de edad, de manera que estos se beneficiarían de las reducciones de cotización

2. MODIFICACIÓN DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Sobre el primer método para combatir el fraude laboral nos encontramos ante el artículo 2.1 de esta ley, que, modificando la Ley General de la Seguridad Social, estableciendo una nueva reducción a las posibles sanciones en materia de Seguridad Social, pero con algunas salvedades. En el caso de que exista alguna sanción por falta de cotización, esta se puede reducir un 50% si se paga antes del plazo establecido. Se aplica salvo cuando el importe de la sanción sea menor que el importe señalado en la acta de liquidación. Con esta excepción, se evita que sea más beneficioso cometer la infracción y pagar menos, que el cumplimiento de las propias obligaciones en materia de Seguridad Social²⁷. Por lo cual, el legislador pondera la picardía de estos que prefieren pagar la sanción antes que la propia liquidación.

Además de lo mencionado anteriormente, la siguiente modificación se encuentra en el siguiente apartado, que impone el deber de comunicación a la entidad gestora de prestaciones por desempleo (antes de que ocurra) sobre cambios que puedan afectar a la misma prestación, como serían los cambios de horarios y suspensión del contrato del trabajador²⁸. Ahora bien, dicha obligación de comunicar se aplica cuando ocurran las circunstancias dadas en el propio artículo 47 LET, que permite la suspensión del contrato de trabajo o la reducción de la jornada del mismo, en el caso de que existan causas "económicas, técnicas, organizativas o de producción o de fuerza mayor". Esta obligación de comunicación se impone como medida para evitar que el trabajador, o bien cotice fraudulentamente por una jornada completa de cara a incrementar su futura prestación por desempleo, o de manera contraria, cobre la prestación por desempleo sin derecho a la misma por que no ha ocurrido esta suspensión o reducción. Así pues, la entidad gestora podrá saber y determinar si dicha prestación es o no compatible con el trabajo de los trabajadores. Esto es porque, existiendo algún trabajador que cobre prestación por desempleo, se puede consultar si su jefe anterior le comunico la baja a la entidad gestora

²⁷ CARLOS BIRIGAY ASESORES. "Ley 13/2012. Lucha contra empleo irregular y fraude a la seguridad social". 11 de Marzo de 2015. <http://www.birigay.com/asesoria-laboral/asesoria-laboral-seguridad-social/>

²⁸ CEF-LABORAL SOCIAL. "Publicado en B.O. del Congreso Proyecto de Ley de lucha contra el empleo irregular y fraude a la Seguridad Social." 25 de Febrero de 2015. <http://www.laboral-social.com/publicado-boletin-congreso-proyecto-ley-lucha-empleo-irregular-fraude-seguridad-social.html>

correspondiente. Aun así, esto no excluye la posibilidad de que el trabajador se encuentre trabajando y no se haya comunicado la nueva alta, que es el más común de los casos.

A continuación, se amplía la cobertura del "convenio especial" referido a los trabajadores que no fuesen mutualistas antes del 1 de enero de 1967 y sean mayores de 55 años de edad. Antes de esta reforma, se garantizaba un convenio especial, abonado por la empresa, que financiaba (y cotizaba) prestaciones de estas personas hasta que llegaran a la edad de jubilación. Solamente se aplicaba en las empresas que se encontraban en situaciones de expedientes de regulación de empleo no concursal. En términos más simples, las empresas que llevaban a cabo una reducción de plantilla mediante este procedimiento de ERE, que prescindían de trabajadores, mayores de 55, pero menores de la edad de jubilación. Es simplemente un cambio de redacción en el que se considera un expediente de regulación de empleo como un despido colectivo. A estos trabajadores, les resultaría complicado encontrar otro empleo, debido a su edad. Se evita que este grupo de personas se queden sin derecho a percibir una pensión por jubilación. Esta a su vez, es indirectamente una manera de evitar el fraude, dado que se pretende proteger al trabajador y evitar que el mismo sea defraudado por el empresario.

3. MODIFICACIÓN DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y EL RD 5/2011 DE MEDIDAS PARA LA REGULARIZACIÓN Y CONTROL DEL EMPLEO SUMERGIDO Y FOMENTO DE LA REHABILITACIÓN DE VIVIENDAS

El primer artículo de esta ley introduce una nueva redacción al art 42.2 LET que, básicamente, amplía el plazo de uno a tres años en el cual se le puede exigir al empresario principal la responsabilidad solidaria en cuanto a impagos por cotización de seguridad social. Lo que hace la ampliación del plazo es simplemente otro esfuerzo de intentar recaudar fondos ya que se extiende el plazo hasta por el cual pagaría, solidariamente el empresario principal. El artículo quinto solamente tiene como objetivo principal llenar el vacío legal que se puede dar en los casos del fomento de rehabilitación de viviendas, como viene regulado en el RD 5/2011, dado que, en este caso, que también se trataría de una contrata o subcontrata, también se nombra al empresario principal como responsable de la alta y corriente al pago de la cotización de los trabajadores que tenga a su disposición. Varios cambio en redacción como este último mencionado se aplican en las disposiciones de esta ley, de manera que incorporan las mismas modificaciones legales al resto

de las leyes que lo prescindan, de manera que se procura que exista algún vacío legal. Debido al mero hecho de que se trata de rellenar todas las lagunas legales que vayan existiendo, ya se puede empezar a notar cierta persistencia, por parte del legislador, destinada a luchar contra el fraude laboral.

4. MODIFICACIÓN DE LA LEY 42/1997 ORDENADORA DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL: AUMENTO DE EFECTIVIDAD DE LA ITSS.

Por otra parte, el artículo 3.2 introduce un nuevo método que tiene como finalidad incrementar la eficacia de la actividad Inspectoral, para poder destapar cada vez más casos de fraude laboral. Esto se hace mediante la modificación de la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En esta modificación, se les exige a las entidades públicas todo tipo de colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con los datos e información necesaria para poder llevar a cabo dicha inspección. Al ser respaldados por los Cuerpos de Seguridad, el Ministerio de Empleo garantiza cierta coacción para evitar la realización de fraude al sistema de seguridad social. Consecuentemente, no es solamente la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social quien llevaría a cabo la labor investigativa de estos infractores, sino también los Cuerpos de Seguridad del Estado. Además, también se exime a la ITSS del cumplimiento de la Ley de Protección de Datos en cuanto lleven a cabo su actividad inspectora²⁹. Lo que esto implica, es simplemente que, ahora la ITSS tiene más facultades en cuanto a información sobre empresas y empleos, dado que, por ejemplo, también se les obliga a las mutualidades de previsión social a suministrarle los datos sobre los trabajadores y empresas a los que cubre y las asociaciones profesionales les deben proporcionar información sobre afiliados a las mismas que se encuentren empleados. Se puede presumir que dicha cooperación se establece para, de cierta manera intimidar y obstaculizar al individuo de que cometa esta falta. Por supuesto, existirán ambos tipos de opiniones en las que este tipo de cooperación achanta a la persona, o no. Para poder medir esto, se pudiera tomar en cuenta los datos estadísticos de las actas y delitos cometidos en esta materia, después de esta reforma que implica este tipo de cooperación e incremento de competencias de la ITSS.

²⁹ *Ibíd*em

Al mismo tiempo, también se introduce otra modificación, en el artículo 3.3 que agiliza la labor investigadora de la ITSS. Esta es que “se establecen los supuestos en que podrá ampliarse la duración máxima de 9 meses prevista como regla general por otro periodo máximo de otros 9 meses”³⁰. Los supuestos que vienen regulados son los siguientes: “a) Cuando las actividades de inspección revistan especial dificultad y complejidad. [Siendo estas] volumen [alto] de operaciones...la dispersión geográfica de sus actividades... otros supuestos que indique una norma... b) Cuando.... se descubra que el sujeto inspeccionado ha obstruido u ocultado al órgano inspector alguna de sus actividades o de las personas que las desempeñen.” Se evita que el defraudador escape de ser sancionado mediante la obstaculización (dentro de los límites legales, no sancionados) de la actividad inspectora. Existen casos, en los que la obstaculización a la actividad inspectora es legal, y además es completamente aceptada, por su carácter de urgencia. Por supuesto, los defraudadores que saben estos tipos de obstaculización legal, se aprovecharían de las mismas, para evitar ser investigados. Véase el ejemplo en el que el empresario simula siempre estar *de viaje* o en *una reunión* cuando llega la Inspección de Trabajo. Aunque se traten de casos muy específicos que darían lugar a la ampliación de la actividad investigativa, se puede asumir que esto es un inconveniente o un fallo del propio legislador, dado que puede dar lugar a un abuso de derecho por parte del empresario, que siempre declare estas situaciones de especial dificultad hasta que el mismo agote el plazo de 18 meses, que incluyen los 9 meses iniciales y la prórroga de los otros 9 meses. Otro caso, aunque más extremo es cuando el negocio se encuentra con un alto nivel de clientes justo cuando aparece la Inspección, o así suele parecer cada vez que llega la misma. Dado que es muy difícil comprobar la veracidad de este tipo de situación, la nueva reforma amplía el plazo en el cual reaparecería la inspección, de manera que se evita que vuelva a ocurrir esta *dificultad* a la hora de investigar en el centro de trabajo. En relación con esta medida, también se amplía la facultad investigadora de la ITSS, en el primer apartado de este artículo en el que, ahora también pueden solicitar y consultar documentación en soporte electrónico, y además se obliga a que esta sea tratable y legible por la inspección. Lo que aquí se trata de prohibir es que el empresario suministre algún tipo de documento o archivo electrónico, satisfaciendo el deber de presentación de documentación, pero en algún formato incompatible, o, siendo compatible, que el mismo no sea comprensible por alguna cuestión de informática, (como por ejemplo símbolos,

³⁰Ibídem

códigos, etc.). Estas dos medidas analizadas simplemente tienen como fin llenar los vacíos legales que puedan existir para cometer el fraude, dejando al individuo sin salida de la infracción.

5. MODIFICACION A LA LEY DE INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL: NUEVAS INFRACCIONES Y SANCIONES

a) Infracciones en materia de Seguridad Social y Empleo

Esta ley incorpora numerosas modificaciones que se refieren a modificaciones de los tipos gravados y existentes nuevos en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. La mayoría de estos tipos son los mencionados en los epígrafes anteriores, dado que la modificación a la Ley General de la Seguridad Social identifica las diferentes maneras de defraudar a la Seguridad Social y la modificación de la Ley de Inspección de Trabajo regula el proceso. Una vez analizados los tipos, procedemos a estudiar sus consecuencias, o sus infracciones y en su caso, sanciones.

Así pues, el primer apartado del artículo 4, amplifica la interpretación en cuanto a la infracción que ocurre cuando no se lleva a cabo la reserva de puestos para las personas con minusvalías. "Se adapta terminológicamente la referencia a las personas que sufren algún tipo de discapacidad, sustituyéndose la mención a minusválidos"³¹. En otras palabras, cambiando el concepto de "minusválido" por "discapacitado" el legislador introduce una nueva serie de conductas por las cuales el empresario pueda ser sujeto de infracción. En materia de Seguridad Social, se trata de infracciones de empresarios, agencias de colocación, beneficiarios de ayudas y subvenciones, ayudas de fomento del empleo en general, ya que esta es la clasificación que esta infracción recibe. Se trata del disfrute de alguna prestación por falsear una plantilla con trabajadores discapacitados (no solamente minusválidos). Aunque solamente se trate de una cuestión de redacción, se aumenta el grado de efectividad de la infracción ya que ahora se destina a más tipos que se pueden considerar como defraudadores.

Se considera infracción leve la comunicación, fuera de plazo por el empresario a las entidades gestoras sobre cambios en documentos de cotización así como la no comunicación referente a los cambios de los tipos de coberturas, en ambas contingencias

³¹ *Ibidem*.

profesionales y en las comunes. A causa de esto, se expande el tipo infractor en cuanto a la cotización y los documentos de seguridad social, destinándolo a evitar el fraude en cuanto a la documentación que se utiliza para cotizar y sus posteriores coberturas en cuanto a la IT.

En cuanto al siguiente apartado, este es solamente un cambio de redacción, de manera que se ajusta los tipos considerados como infracciones a la realidad contemporánea de la *era de información* en la que todo se encuentra informatizado y a su vez, profundiza en las distintas posibilidades de cometer faltas que constituyan un fraude.³² Un ejemplo de la adaptación a las nuevas tecnologías es la nueva redacción del apartado 6 del artículo 22 de la LISOS, que obliga al empresario a entregar toda la documentación a los trabajadores para que estos puedan acceder a las prestaciones, hasta utilizando "sistemas de presentación por medios electrónicos, informáticos o telemáticos.". Se consideraría como falta, alegar que no se le puede entregar estos documentos al trabajador por que se utiliza algún sistema informático complicado.

Para empezar, solamente se permite la falta de ingresos a la Seguridad Social cuando se pueda acreditar una declaración concursal, una situación de fuerza mayor o si se ha solicitado y obtenido el aplazamiento ante la TGSS, ante de la actividad inspectora. Este mecanismo tiene como finalidad limitar al empresario, o al individuo que deje de atender sus obligaciones de cotizar la posibilidad de alegar alguna causa legal, de manera que si no cumple, sería objeto de sanción.

Simultáneamente, son objeto de sanción las empresas que disfruten de reducciones indebidas de cotización por contingencias profesionales en materia de Prevención de Riesgos Laborales. En este tipo infractor, el empresario alega una actividad con un índice de siniestralidad bajo, para poder disfrutar de una reducción en los tipos de cotización por contingencias profesionales. Pero, realmente dicha actividad tiene un índice de siniestralidad alto, al cual no le pertenecería este tipo reducido. Cabe mencionar la diferencia entre las infracciones por materia de prevención de riesgos laborales y el resto de infracciones de Seguridad Social. Mientras que en el resto de materias, se sanciona por cada trabajador afectado, en materia de prevención de riesgos, se sanciona independiente de la cantidad

³² *Ibidem.*

de trabajadores afectados. De hecho, se sanciona hasta si no hubiese trabajadores afectados directamente. Esto ocurre por la importancia que se le otorga a la prevención de riesgos, que automáticamente concierne a todos los trabajadores, directa o indirectamente.

El siguiente aspecto considera como grave la falta de alta y cotización en los supuestos de salarios de tramitación y vacaciones no disfrutadas antes del fin de la relación laboral subrayando la importancia de cotizar por este concepto, que a su vez, no implica un ingreso de una cantidad elevada de dinero a la Seguridad Social³³. En relación con esta medida, también se considerara como infracción grave no comunicar la misma información que se le debe comunicar a las entidades gestoras de prestaciones por desempleo, a las entidades gestoras de seguridad social. Otra medida que también tiene una relevancia muy significativa contemporáneamente, es la de la tipificación como infracción grave, hacia el empresario, contratar a beneficiarios y solicitantes de prestaciones que sean incompatibles con el trabajo a tiempo completo, como es la del desempleo. Se puede asumir que estas acciones mencionadas anteriormente, claramente demuestran un ánimo de obtener sumas de dinero indebidamente de la Seguridad Social.

En cuanto al ámbito de las contratas y de las subcontratas, esta ley impone responsabilidad a los empresarios principales sobre las obligaciones de cotización, por lo cual se les imposibilita a los mismos eximirse de algún tipo de sanción, alegando que esta es responsabilidad del otro empresario. Lo que ocurre en esta situación es que, a efectos jurídicos, se considera al empresario principal como empresario de la empresa contratada, para que no se pueda eludir del pago de la cotización a la Seguridad Social, evitando ambos el fraude a la misma, y a los trabajadores de las empresas contratadas.

En lo que se trata de la infracción por falta de cotización, esta ley introduce una nueva modalidad, sancionada en la que no se cotiza cuando se debe. Se consideran como faltas distintas retener al trabajador y también quedarse para sí mismo esta cantidad de dinero, de manera que se le engaña al trabajador por que este piensa que esta retención se hizo para pagar la cotización a la Seguridad Social. Este tipo infractor es muy importante, por que abarca unas nuevas posibilidades, en la que se castigan por separado dos tipos de actuaciones con una finalidad similar. Este mismo apartado ahora también sanciona como muy grave a los empresarios que contraten a trabajadores que se encuentren en situación

³³ *Ibidem*.

de suspensión o reducción de contrato durante dichos periodos. Esta actuación se considera fraudulenta porque implica que el trabajador cobrará un salario, por el cual el empresario no cotizaría, dado que se supone que el trabajador no debería estar trabajando efectivamente, o en el caso de que pudiera, debería cotizar por cualquier salario que obtenga.

Aunque en este estudio nos centramos en las nuevas tipificaciones de faltas consideradas fraude, cabe mencionar que, aunque ya viene mencionada y considerada como infracción grave antes de esta ley, se puede estimar que la misma tiene gran importancia hoy en día, debido a la situación de crisis económica española. Se trata del trabajador autónomo defraudador a la Seguridad Social. A razón de la crisis económica son cada vez menos las empresas que contratan a nuevos trabajadores, por lo cual, los mismo se ven obligados a convertirse en autónomos. Este cambio de trabajador por cuenta ajena a trabajador por cuenta propia usualmente implicaría que estos mismos evitarían el pago de cotizaciones a la Seguridad Social, dado que no se lo pueden permitir. Por esta razón es muy fácil asumir que, hoy en día, existen cada vez más y más autónomos que no cotizan a la Seguridad Social, usualmente porque no pueden permitirse pagar dichas cuotas. Aun así, estos autónomos usualmente si tendrían el deseo de darse de alta y cotizar, por lo cual, más adelante se pueden analizar algunas propuestas para corregir esta situación ayudando a estos trabajadores, y principalmente, reduciendo el fraude.

b) Nuevas cuantías en las sanciones

Teniendo en cuenta que todas estas nuevas modificaciones implican un nuevo conjunto de infracciones, estas infracciones tienen como fin, sancionar y recaudar todo el dinero defraudado de la Seguridad Social. Se introducen un conjunto de criterios para determinar las sanciones de todas las faltas que impliquen un fraude, por lo cual se trata de incrementar la cantidad de dinero a recaudar mediante multas. A su vez, también se trata de rellenar esos vacíos legales que impedían dar lugar a una sanción dado que carecía de tipificación en la misma, de manera que se presta una atención minuciosa a la nueva redacción de este conjunto de artículos.

El apartado séptimo del artículo 4 instaura un criterio para determinar la cuantía de las sanciones. En un principio, se establece la cuantía específica de la multa, y su graduación en su caso, en los casos que se retiene indebidamente la cuota obrera, o cuando se retiene y no se paga, engañando al trabajador y evitando, a su vez la cotización del

mismo³⁴. No solamente se establecen unas nuevas cuantías específicas, que por supuestos son más elevadas que las anteriores, sino también se introducen unos porcentaje por los cuales eleva la sanción el caso de que existiese, como por ejemplo en su grado mínimo (este nuevo sistema para determinar estos grados se encuentra en el reformado artículo 39 LISOS) la misma se puede elevar a entre un 100,01% y 115% de la cuota no ingresada. Dicho esto, podemos asumir que el legislador trata de crear alguna nueva forma de recaudar cada vez más fondos para la Seguridad Social.

En lo que concierne a la falta de alta o afiliación y contratación de trabajadores percibiendo prestaciones incompatibles, también se establece otro criterio para determinar la cuantía de la sanción correspondiente. Este criterio incrementa estas cuantías por que las sanciones van en proporción al número de trabajadores afectados³⁵. Dicho incremento se puede observar en el ejemplo de la sanción por ocupar a trabajadores que disfruten de prestaciones: "2. ... se sancionará con la multa siguiente: en su grado mínimo, de 10.001 a 25.000 euros; en su grado medio, de 25.001 a 100.005 euros y, en su grado máximo, de 100.006 a 187.515 euros."... se detecten varias infracciones de las contempladas en este apartado, la sanción que en su caso se proponga... se incrementará en: – Un 20% en cada infracción cuando se trate de dos trabajadores, beneficiarios o solicitantes. – Un 30% en cada infracción cuando se trate de tres trabajadores, beneficiarios o solicitantes. – Un 40% en cada infracción cuando se trate de cuatro trabajadores, beneficiarios o solicitantes. – Un 50% en cada infracción cuando se trate de cinco o más trabajadores, beneficiarios o solicitantes." por cada trabajador que se tenga cobran alguna prestación, aumentaría proporcionalmente la multa. No se trataría de pagar la misma cantidad de multa (en concepto de sanción) independientemente de los trabajadores que se tengan a disposición, sino establecer un criterio proporcional para que el empresario tenga más que perder y arriesgar.

Ahora bien, como todos estos cambios provienen del Plan de Lucha, no solamente se trata de destapar el fraude, sino también de evitar su producción o aún más grave, su reiteración. El apartado 11 del artículo 4 de esta ley introduce una serie de sanciones accesorias, para aquellos que disfruten de prestaciones de manera fraudulenta, sin perjui-

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

cio de las sanciones que estas pueden aplicar. Hablando detalladamente, se añade el concepto de "prestación" encima del de "pensión" por el cual se podrá suspender está según la cantidad de veces que se defrauda. Lo que hace esto es abarcar a los beneficiarios de una prestación y castigarlos de la misma manera que esos que hubiesen disfrutado de una pensión en fraude de ley. Las sanciones accesorias consisten en la suspensión de las prestaciones. Esto se traduce en que, a la primera infracción, además de la sanción correspondiente, también perderá el derecho a la prestación por un mes, y a la repetición de la misma la perderá por tres meses, y así sucesivamente hasta que se extinga el derecho a percibir las prestaciones, siguiendo la escala distada en la ley. Los legisladores tenían como finalidad aplicar estas medidas de represión para desmotivar a los futuros estafadores de prestaciones de manera que se vieran amenazados por la suspensión, temporal o indefinida de estas prestaciones, en el caso de ser descubiertos.

6. EL FRAUDE COMO DELITO: REFORMA DEL CÓDIGO PENAL Y EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM.

Aunque el fraude contra la Seguridad Social siempre ha implicado dos tipos (delito y falta administrativa), uno en el orden social, mediante la LISOS, y otro en el orden penal, mediante el Código Penal, el Plan de Lucha contra el Empleo Irregular y Fraude contra la Seguridad Social ha arbitrado una reforma del Código Penal. No solamente se busca incrementar la cantidad de fraude laboral destapada sino también, simultáneamente, mejorar (o empeorar para el actor defraudador) la calidad del castigo a recibir por esta actuación, ya que, gracias a esta reforma dicho castigo también se encuentra, con más posibilidades que antes que la aprobación del Plan, en el Código Penal.

Primeramente, cabe mencionar que esta reforma del Código Penal tiene su fundamento en 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 transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social.", la cual tiene como finalidad, solamente, cambiar la calidad de los delitos contra la Administración Pública en cuanto a Hacienda y Seguridad Social. Como nota a modo de aclaramiento, el delito fiscal no es el estudiado en este trabajo, dado que este es el que tiene como finalidad defraudar a Hacienda, no a la Seguridad Social. Dado que nos centramos solamente en el ámbito de la Seguridad Social y no en el ámbito fiscal de hacienda, solamente procedemos a analizar los (nuevos y reformados) artículos 307 y 311 del Código Penal.

La nueva redacción del artículo 307 no solamente cambia el tipo penal, sino que además agrega ciertas peculiaridades. Quizás el cambio más significativo que conlleva esta ley orgánica, es el de la reducción de la cantidad de dinero a eludir en cuotas, obtener en devoluciones y deber a la Seguridad Social por considerar existente el tipo. Mientras que el viejo artículo 307 castigaba por defraudar, mediante estos conceptos, la cantidad de 120.000 euros, el nuevo castiga con solamente defraudar 50.0000 euros. Básicamente, ha reducido la cantidad de dinero defraudada para poder considerarse como delito penal en unos 70.0000 euros. Es más, ahora defraudar la cantidad de 120.000 es un tipo agravado con una pena de prisión de entre dos a seis años según el artículo 307 Bis ³⁶.

Por el contrario, en cuanto a la atenuación o exención de este tipo penal, también podemos analizar sobre el pago de la deuda antes de la actividad inspectora. El tercer apartado del anterior artículo 307 eximía de responsabilidad penal al que, pagara o satisfaga la deuda antes de la inspección, pero ahora, el mismo no exime de la responsabilidad, sino que es meramente una reducción en uno o dos grados inferiores. Tan es así esta nueva modificación, que, "La mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos." Por lo cual, aunque se presenten estos documentos, se considera defraudadora, siempre y cuando, existan pruebas de que efectivamente se ha defraudado³⁷. El hecho de que se tenga los documentos de cotización no va a eximir del tipo, mientras que exista prueba que implique lo contrario, como por ejemplo la actividad inspectora, informes anónimos de empleados, libros de contabilidad, etc.

Por supuesto, como es bien conocido, una de las maneras en las que más se comete este tipo es mediante la creación de las empresas ficticias para la posterior obtención de bonificaciones que lleguen al mínimo de 50.000 euros. Es decir, se crean empresas y hasta se llega a cotizar por estas para crear la idea de que esta existe, y así engañar a la Seguridad Social. El legislador, al margen y al alerta de este fenómeno, agrega un nuevo tipo, en el artículo 307 Ter bis, que no directamente castiga la creación de las empresas ficticias en sí, pero que si penaliza la obtención fraudulenta de estas bonificaciones, cosa que no

³⁶ "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 transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social." Aprobado por la Cortes Generales el 27 de diciembre de 2012. BOE del 28 de diciembre 2012.

³⁷ REVISTA SEGURIDAD SOCIAL ACTIVA. "La profunda crisis económica obliga a intensificar los instrumentos de control del fraude a la Seguridad Social." 28 de Febrero de 2015. http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/Panorama/REV_030935

se podría hacer sin la creación de dichas empresas. No se trata sino más de una forma de eficazmente atender, castigar, y a su vez intentar recuperar el dinero defraudado, de manera que este mismo es escaso en los tiempos de crisis económica. Ahora bien, esto puede conducir a un debate, en el que se discute si estas nuevas medidas de investigación incrementan solamente por el hecho de que estamos en una situación de recesión económica, en la que existe la necesidad de recaudar fondos.

Todavía cabe señalar que, aunque la falta de alta en la Seguridad Social se castiga mediante infracción en el orden social, esta nueva reforma introduce un criterio mediante el cual, al tener una cierta cantidad de trabajadores sin ser dados de alta, se estaría entrando en el ámbito penal. Se penaliza a los empresarios con una pena de 6 meses a 6 años y multa de seis a doce meses, en los casos en los que tengan las siguientes cantidades de trabajadores sin dar de alta: "a) El veinticinco por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cien trabajadores, b) el cincuenta por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de diez trabajadores y no más de cien, o c) la totalidad de los mismos, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cinco y no más de diez trabajadores. ". Según el criterio "a", si se tiene a 24 trabajadores sin alta, daría lugar a una infracción en el orden social, pero si se tiene a 30 trabajadores, ya sería cuestión de castigo penal. Este nuevo criterio hace surgir una nueva cuestión de debate, siendo que se le castigaría básicamente, al pequeño empresario en el ámbito penal, ya que así lo permite el criterio "c", pero no al grande empresario mientras que no llegue al mínimo. Esto quiere decir que, se le impondría una pena de prisión a un empresario que tenga de 6 hasta 9 trabajadores sin altas, pero solamente una infracción al empresario de una empresa más grande, que tenga, por ejemplo 40 trabajadores, sin alta. Tal vez esto sea una manera de incrementar la eficacia de la lucha en contra de la Seguridad Social, tratando de "asustar" a los pequeños empresarios que tengan pensado cometer esta acción en un futuro. Aun así, todavía cabe hablar del tipo agravado de este delito, que también se encuentra en el mismo artículo. Se incrementara la pena en su grado superior si se comete el delito mediante violencia o intimidación. Así pues, se trata de la manera posible de evitar situaciones de coacción o de abuso del trabajador.

Dicho de otro modo, "La situación actual de profunda crisis económica hace imprescindible mejorar la eficacia de los instrumentos de control de los ingresos y gasto público, por ello frente a las nuevas y evolucionadas prácticas delictivas que ponen en peligro la estabilidad presupuestaria se hace necesaria una profunda revisión de los delitos

contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, regulados en el Título XIV de nuestro Código Penal.”³⁸ Como ya llevamos viendo una y otra vez, es por razón de esta situación de recesión económicas y políticas austeras por la cual los legisladores se ven obligados a incrementar, cada vez más, los castigos para poder, de cierta manera, alertar y asustar, quizás mediante miedo y advertencia, a personas que tienen en mente o que ya están participando en defraudar a la Seguridad Social. Fácilmente se puede asumir que la necesidad de otorgarle más importancia, en cuanto castigo, a este tipo de fraude, es uno de los objetivos principales del “Plan de Lucha contra el Empleo Irregular y Fraude a la Seguridad Social.

¿Cómo se justifica el hecho de que ahora resultara más fácil entrar en el ámbito penal, en cuanto a una materia, que se trata de Seguridad Social? ¿Por qué se reduce la cuantía a defraudar, para considerarse delito, en un 110%?

Cuando se abarca al ámbito penal, se trata de un caso en el que se lesiona o se atenta en contra de un bien jurídico. En este caso, el patrimonio de la Seguridad Social se tiende a considerar como un bien jurídico común y su intento de robo o extracción se ve como una puesta en peligro del mismo³⁹. Esta es la razón por la cual la estafa a la Seguridad Social se puede considerar como delito, pero, después de esta reforma se ha reducido significativamente la cantidad para poder ser objeto de pena.

Ahora bien, esto no necesariamente quiere decir que cualquier persona que obtenga ilegalmente 50.001 y más de la Seguridad Social, será objeto de sanción penal. Se tendrán más inclinación a castigar con una pena las actuaciones que tengan un ánimo defraudador más visible o doloso. El ejemplo más claro de este “ánimo doloso” es el de la aparición de la existencia de relaciones laborales. El informe del Consejo Fiscal del 2012 determinó que la actuación criminal más común en este ámbito es la de la creación de las empresas ficticias⁴⁰. A base de esto, se le da prioridad a estos asuntos en el ámbito penal.

Resultado de esta reforma es el incremento de la cooperación entre la ITSS y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para poder castigar a estas personas que se juzgarían, en

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ GARCIA, Brandariz. “El Delito de Defraudación a la Seguridad Social: Epígrafe IV.1.4”. *Doctrina Tirant Lo Blanch/Tirant Online*. Documento TOL130.945.

⁴⁰ *Ibidem*. P.3

estos supuestos, como criminales. En el año 2012: "se han llevado a cabo 14.000 actuaciones conjuntas entre la ITSS y los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Los delitos cometidos contra la Seguridad Social en 2012 ascendieron a 159... Fueron detenidas 447 personas por delitos..."⁴¹. Este conjunto de refuerzos y medidas indica que ahora se le ha dado más seriedad al asunto del fraude y sus consecuencias penales. Detalladamente, se trata de un sub-cuerpo de la Policía Nacional, que se encarga especialmente de los delitos en materia de Seguridad Social. Dicho sub-cuerpo, integrado dentro de la Comisaría general se denomina la Brigada de Delitos Económicos y Fiscales y de la Seguridad Social. Delimitando aún más, se habla de la Sección de Investigación de la Seguridad Social, que tiene por objeto, la indagación de estos tipos fraudulentos según la información recibida por entidades gestoras, o los particulares⁴².

A la vez que nos centramos en el ámbito penal, se debe subrayar la importancia del principio "Non Bis in Idem". No se puede ser juzgado dos veces por cometer la misma acción tipificada. La acción que se encuentre tipificada en el Código Penal, no implica abstención de conocimiento por el ámbito social. De hecho, usualmente se llega al ámbito penal, mediante el social, dado que son los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, los que descubren, y castigan esta actividad. La regla general, en este principio, cuando conocen de un fraude ambos órdenes (social y penal), se abstendrá el social de sancionar, pero no de llevar a cabo el procedimiento administrativo para resolver una posible infracción, hasta que este no haya acabado el proceso penal de resolver o establecer la acción como delito. En el caso de que el orden penal no la resuelva como delito, entonces sí podrá proceder el orden social a imponer su infracción. Se le otorga prioridad al orden penal por que este se considera como más grave. Esto se hace también, para evitar la picardía del individuo que solamente pretende responder ante el orden social. Este principio de "non bis in idem" se puede observar en el artículo 307.4 del Código Penal post-reforma: "4. La existencia de un procedimiento penal por alguno de los delitos de los apartados 1 y 2 de este artículo, no impedirá que la Administración competente exija el reintegro por vía administrativa de las prestaciones indebidamente obtenidas. El importe

⁴¹ *Ibíd*em P.1.

⁴² POLICIA NACIONAL. Comisaría General de Policía Judicial- Sección de Seguridad Social. 27 de Abril 2015. http://www.policia.es/org_central/judicial/udf/secc_seguri_social.html

que deba ser reintegrado se entenderá fijado provisionalmente por la Administración, y se ajustará después a lo que finalmente se resuelva en el proceso penal⁴³.

VI. EL FRAUDE EN LA JURISPRUDENCIA

Antes de estudiar caso por caso relacionado con el fraude a la Seguridad Social y los esfuerzos para prevenir el mismo, es muy importante hacer dos clarificaciones en cuanto a los siguientes tipos de casos que se estudian: la jurisprudencia y los artículos periodísticos. La jurisprudencia, que pretende demostrar cómo esta ley (13/2012) se aplicaría, tiene su origen en el orden contencioso administrativo. La razón de esto es simple; la negación del individuo de haber cometido el fraude. La persona que, siendo objeto de inspección, resulta realizado algún tipo de fraude, naturalmente estará en contra de la primera sentencia que lo determine así. Por esta razón, se presentaría recurso ante el orden contencioso administrativo. Es en esta sentencia, o mejor dicho, la respuesta a este recurso, el tribunal determina si se entiende cometido el fraude o no. Además, se justificaría la razón por la cual la negación del individuo no tiene ningún fundamento.

Las noticias encontradas sobre este fenómeno solamente informan sobre casos en el ámbito penal. Lo que esto quiere decir es que resultaría muy escaso encontrar alguna noticia (excluyendo jurisprudencia) en la cual se informa sobre alguna multa por fraude en el ámbito social, o de la propia LISOS, dado que, se considera el penal como más grave, o como el que más merece ser objeto de noticia. A su vez, esto puede ser un efecto negativo para los que no se actualizan en el ámbito de derecho en general, porque puede crear una noción, (ignorante), en la cual, solamente se tendría consecuencia jurídicas si se defrauda cantidades de dinero desmesuradas.

1. FRAUDE EN LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

La prestación por desempleo ha adquirido gran importancia e incrementado significativa y cuantitativamente su presencia en el ámbito de Seguridad Social, debido a la cantidad de personas que han perdido sus empleos. Aun así, existen personas que se aprovechan de la misma situación y alegan encontrarse en esta situación de desempleo para cobrarlas.

⁴³. 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 transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. Aprobado por la Cortes Generales el 27 de diciembre de 2012. BOE del 28 de diciembre de 2012.

La regla general se basa en que la misma es incompatible con el trabajo. Usualmente, el empresario tendría conocimiento de que el trabajador cobra la prestación por desempleo. Se acuerda con este, para falsear las condiciones que darían lugar al derecho a percibir esta prestación. El caso más común y rentable, es en el que se cotiza solamente por una jornada parcial, o una jornada que sea compatible con la prestación, cuando verdaderamente se devenga más (en concepto de salario), y a su vez, se cobra la prestación. En esta actuación, no solamente se roba mediante el cobro fraudulento, sino también mediante la parte de la jornada por la cual no se cotiza. Otro caso más general es en el que simplemente se falsea la existencia y la terminación de una relación laboral, para poder cobrar la prestación. Así pues, tomamos en cuenta la STSJ 325/2014 de 15 de Diciembre, en la que se desestima recurso interpuesto por la parte infractora, respecto a una sanción por prestación por desempleo. En la misma, se determina que existió un acuerdo entre la trabajadora y el empresario para simular una relación laboral y acabarla, para cobrar la prestación. Por supuesto, se desestima esta misma alegando que existe actuación fraudulenta mediante la connivencia. Además de darse de baja de su anterior empresa después de muchos años trabajando para la misma, alegando la lejanía, termina la relación laboral de la siguiente en cuatro días.⁴⁴ . La prueba en este caso, se basa en que, además de que la empresa se basaba en un domicilio particular, la propia trabajadora no alegaba prueba contradictoria, por lo cual, finalmente se procede con la revocación e reintegro de esta prestación. En el hipotético caso de que se juzgara según la nueva legislación (el Plan de Lucha Contra el empleo irregular y fraude SS), el empresario, también fuese objeto de infracción dado que ahora se considera infracción grave, según el nuevo artículo 22.12 de la LISOS, para el empresario la contratación de trabajadores percibiendo estas prestaciones. De esta manera, el Plan de Lucha también tratar de detectar y sancionar cualquier animo defraudador que se tenga en contra de la Seguridad Social.

Se incrementa el control de estas prestaciones que, también afecta al ámbito de interpretación de la jurisprudencia, para poder encontrar infraccionar y sancionar al individuo, de cualquier manera posible. La regla general, es que es incompatible la prestación con el trabajo por cuenta ajena y propia. Solamente se permite la compatibilidad de la prestación con un trabajo por cuenta ajena con jornada parcial,

⁴⁴ Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 1ra) Sentencia Num. 325/2014 de 15 de Diciembre. Recurso de Apelación 113/2013.

reduciendo, proporcionalmente, la cuantía de la prestación. El límite, o *tope* que podrá alcanzar la suma de ambos, viene predeterminado por el Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples (IPREM). También, la misma es incompatible con otras prestaciones salvo, que por regla general, provengan de un trabajo, del cual, extinguida la relación laboral, dio lugar a la prestación por desempleo. Un ejemplo de esto, sería el caso en el que un trabajador sufra un accidente, y perciba la pensión por invalidez permanente, en el cual en caso de despido, podrá cobrar la prestación. Ahora bien, según la doctrina, existen casos en los que, aunque se pueda deducir que existe actividad laboral, no es así. En cuanto al trabajo por cuenta ajena, como mencionado previamente, es el que es a tiempo parcial, percibiendo la prestación en proporción a lo trabajador. El hecho de que se establezca un límite por el IPREM, es una manera de establecer que exista un control legal sobre las prestaciones, para evitar el “enriquecimiento injusto” a través de la de Seguridad Social. El trabajo por cuenta propia siempre es incompatible, salvo que se trate de la inscripción en un Colegio Profesional⁴⁵. Así pues, un abogado inscrito en el su respectivo colegio profesional, no implica que, este desarrollando actividad profesional, sino que solamente se encuentra inscrito en la misma para poder, ejercer y acceder a la bolsa de empleo. Son estas reglas las que permiten a la jurisprudencia y al control sobre las prestaciones garantizar una efectividad, que a la vez que evite los “vacíos legales” que puedan alegar los defraudadores, incrementa el control sobre la gestión de las mismas.

La “injusticia” o la consecuencia negativa que ocurre, resultado de este fenómeno común del fraude en estas prestaciones, es un perjuicio a los trabajadores que soliciten esta prestación. Automáticamente se les criminaliza a estos, asumiendo que estos solicitan estas prestaciones por deseo, para estafar a la Seguridad Social, cuando realmente se encuentran en una situación de desempleo⁴⁶ y no han tenido suerte en la búsqueda de empleo. Aunque se trate solamente de una concepción o mentalidad de los poderes públicos, la misma se tiene que ver como un menoscabo a la integridad de personas honestas.

2. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y EMPLEO IRREGULAR

⁴⁵ ALZAGA RUIZ, Ilciar. “Incompatibilidad con el Trabajo por Cuenta Ajena y con el Trabajo por Cuenta Propia”. *Revista Ministerio del Empleo y Seguridad Social*. Num. 99/2013. P. 92-97.

⁴⁶ DEL MAR LOPEZ INSUA, Belén. “El fraude en las prestaciones por desempleo.” *Revista del Derecho de La Seguridad Social*. Núm 3/2015. P. 136

Los actos de encuadramiento engloban la relación formal que se tiene con el sistema de Seguridad Social. Se trata de casos en los que las faltas de afiliación, de cotización, de reducciones y bonificaciones indebidas se pueden considerar como fraudulentas. Además se pueden incluir a este ámbito de "empleo irregular" el fenómeno popular de las *empresas ficticias* y la manipulación de las bases de cotización. Todos estos tipos de actuaciones se encuentran tipificadas y agravadas por el Plan de Lucha contra el empleo irregular. Estos son los más fáciles de detectar por la ITSS, dado que las actuaciones fraudulentas son más evidentes.

Quizás el supuesto más modélico es la STSJ Madrid 623/2014 de 30 de octubre, en la que se aprecia intención fraudulenta, a través de, ambos la creación de una empresa ficticia y la falta de los ingresos de cotización. La supuesta empresa se encontraba inscrita en el régimen general de la Seguridad Social por un periodo de 6 meses, pero resultó ser un domicilio particular sin actividad laboral⁴⁷. La finalidad de la misma es la de dar de baja a varios trabajadores, para poder cobrar las prestaciones correspondientes. El hecho de que se "crea" una empresa por la cual, ni se moleste en falsificar su legitimidad, mediante la cotización, da lugar a su consideración como fraudulenta. Resuelto este caso a día de hoy, la cuantía de las sanciones hubiese elevado significativamente. Según el criterio del nuevo artículo 40.2 LISOS, se incrementa la sanción en proporción al número de beneficiarios. En el caso extremo, en el que la cantidad de las prestaciones disfrutadas hubiesen superado los 50.000 euros, entraría en el ámbito penal. Estas últimas dos diferencias son las que se encontrarían en la jurisprudencia actual, relacionada con los actos de encuadramiento de la SS. En otras palabras, se trata, de nuevo, de obtener más dinero, mediante las sanciones, incrementando las mismas.

3. FRAUDE EN LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL

La incapacidad temporal para el trabajo implica el derecho al disfrute de la prestación en concepto de estar inhabilitado para la actividad laboral, por lo cual, la misma, se supone que, no es compatible con el trabajo, y las condiciones alegadas para obtenerla deben de ser legítimas. Se trata de un abanico de acciones que tienen la misma finalidad estafadora.

⁴⁷ Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª) Sentencia núm. 623/2014 de 30 octubre. Recurso nº 873/2013

La primera manera es mediante la falsificación de documentos o los requisitos, para obtener esta prestación, como por ejemplo, los propios documentos emitidos por los médicos o también el de falsear la de las condiciones de salud. El falseo se da, cuando se exagera las condiciones existentes para intentar acceder a esta prestación o aplazarla. Además, se puede “comprar” la IT, o *pagar para trabajar*. En esta, el trabajador abona la cuota de una base de cotización, que en verdad no se paga al trabajador, para este, posteriormente recibir el 75% de la misma, del sistema de Seguridad Social, cuando el mismo se da de baja por IT. Es un tipo de connivencia en el que el trabajador técnicamente “compra” la prestación por IT; una inversión ilegal.

La complejidad en estos casos es que resulta muy difícil determinar la existencia del fraude cuando se alega algún tipo de enfermedad mental. Las mismas implican un análisis tan complejo, que resulta ser una tarea muy delicada la de acusar a esta persona de no padecer dicha enfermedad.⁴⁸ A diferencia de las prestaciones por desempleo, y antes de la aprobación de este Plan, estas solamente tenían como consecuencia jurídica la denegación o la pérdida de la prestación y su reintegro. Se aceptaba la posibilidad de que en un futuro se de una IT legítima.

El fraude más sencillo de realizar de este tipo, es el alta, con una condición de incapacidad. Se aprovecha de la situación, que lo impide física o mentalmente para el trabajo, para darse de baja y cobrar la prestación. Realmente se sufre esta enfermedad, por lo cual no tiene que hacer el esfuerzo para convencer a los médicos sobre la misma. El legislador considera esta actuación como fraudulenta, porque, aunque la enfermedad sea real, el ánimo es defraudador. Aunque no se trate de jurisprudencia, se puede observar este caso en un auto de la resolución de recurso interpuesto en contra de la STSJ Granada 104/2013 de 9 de octubre, en la cual la trabajadora es operada por una “neuritis óptica derecha” e ingresa al mismo tipo de trabajo (agrícola), alrededor de 8 meses después. Una vez dentro de este puesto, la misma es llevada a urgencias en las cuales los médicos concluyeron que se trataba de “severidad en el ojo derecho”⁴⁹. Solicita la baja, y cobra la prestación por IT, pero después se le revoca y se le obliga al reintegro, por que accede a un puesto de trabajo, a sabiendas de su condición que la impide de desarrollar el mismo.

⁴⁸ ROQUETA BUJ, Remedios y FERNÁNDEZ PRATS, Celia. *La Incapacidad para Trabajar*. Madrid: Editor La Ley, 2014 p. 239-241

⁴⁹ Auto Tribunal Supremo (Sala IV, Sección 1ª) Núm. Recurso 1194/2014

Por supuesto esto resulta en la inadmisión de este recurso lo cual implica que si se da actividad fraudulenta.

De manera contraria, también se dan las situaciones en las que se alegan padecer alguna enfermedad. Aquí claramente existe el fraude, porque se usa engaño como instrumento para obtener la prestación. La STS Galicia 1037/2015 es sobre un caso de este tipo, en el que se falsea una condición, ante los médicos de las mutuas, para alargar el percibo de la prestación. Se trata de un conductor cuya mutua le revoca su prestación. El mismo alarga una condición (dolores de rodilla y lumbares), que lo impedía para el trabajo. Los detectives ven a este conduciendo pero sin finalidad económica. Resultado de esto, se considera, como motivo de la denegación: "...ha alterado la realidad de su situación ante las facultativas de la Mutua, para seguir percibiendo las prestaciones..."⁵⁰. Se deduce que la manera más eficaz de convencer a las facultades de las entidades gestoras sobre una IT, es alegando que todavía existe una IT, que, en un principio se consideró legítima.

Si estos fraudes ocurrieran después de la aprobación de esta ley, la sanción se vería afectada drásticamente. Como mencionado anteriormente, la consecuencia para estos trabajadores es o bien la denegación o reintegro, sin la posibilidad de suspender la misma. Resulta que, según la nueva redacción del artículo 47 de la LISOS, se introduce el concepto de "prestación", dentro del cual se integran las de IT. Mejor dicho, ahora estas prestaciones si pueden ser objeto de suspensión temporal, de entre 1 mes y 6 meses, según el tipo de infracción. A simple vista se puede deducir que esto es una medida para desmotivar al individuo a cometer esta infracción, porque se le puede excluir del derecho a cobrarla cuando realmente la necesite.

En relación con lo anterior, existen personas, que verdaderamente sufren alguna enfermedad, pero que las mismas se ven agredidas por los controles de las Mutuas, dado que se asume que actúan con ánimo estafador. Es esta la razón por la cual cabe determinar, según la doctrina esa línea estrecha que separara un control razonable sobre las incapacidades temporales y un abuso sobre el mismo. La regla general en la doctrina se trata, por supuesto, cuando la IT llegue a alcanzar el tiempo mínimo para afectar a la

⁵⁰ Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) 1037/2015 de 2 de Febrero. Numero Recurso 3475/2013.

Seguridad Social, es decir, cuando la misma sea responsable del pago⁵¹. Es por esta razón que, cuando se trata de contingencias profesionales, los controles se ven más incrementados ya que la Seguridad Social tendría que pagar desde el primer día, mientras que lo contrario ocurre en las contingencias comunes, porque es a partir del día 16.

Con esta distinción se justifica el hecho de que se le permite a las Mutuas controlar sobre las IT desde el primer día, e incluso hasta a los doctores de las mismas, formular propuestas para altas de los trabajadores⁵². Como si no fuera lo suficientemente conflictivo, la situación de crisis económica lo agrava, aumentando la restricción a estas prestaciones. Resultado de esto es el decrecimiento del absentismo laboral en los últimos años, pero esto ya es un estudio de otra materia

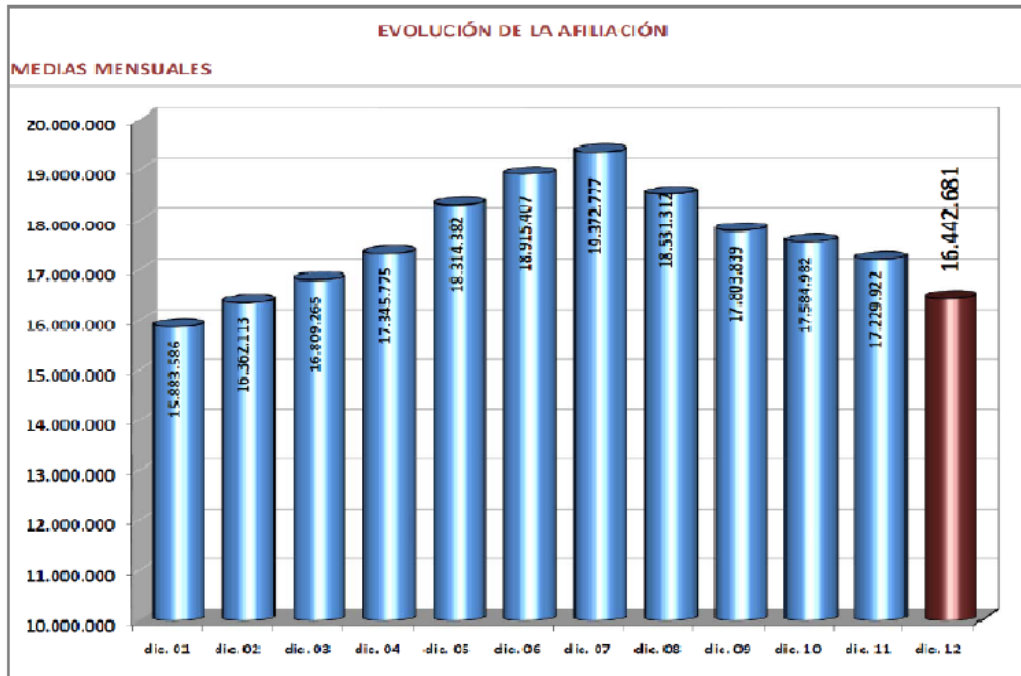
⁵¹ ROQUETA BUJ, Remedios y FERNÁNDEZ PRATS, Celia. *La Incapacidad para Trabajar*. Madrid: Editor La Ley, 2014 p. 117

⁵² *Ibíd*em p.118.

VII. EL FRAUDE A LA SEGURIDAD SOCIAL EN CIFRAS

1. CICLO 2011-2012

VARIACIÓN EN LA CANTIDAD DE AFILIADOS A LA SEGURIDAD SOCIAL



Para poder asentarse en el contexto de los datos que se mostraran a continuación, se debe tomar en cuenta los expuestos anteriormente, relacionados con la afiliación a la Seguridad Social. Como se puede observar, obviamente existe una tendencia decreciente de la cantidad de afiliados, a partir del año 2008. No es coincidencia que, es a partir de este año que se presume de haber empezado la situación de crisis económica. Así que, el poco trabajo que llega a crearse en este periodo de tiempo es uno por el cual los trabajadores o, en mayor parte, los empresarios, prefieren no cotizar. A razón de que se considera este comportamiento como insolidario, el Plan de Lucha contra el fraude pretende, bien o incrementar los números de afiliados por los próximos años o bien, si se sigue con esta tasa decreciente, que la misma no sea resultado de actividad fraudulenta. La cantidad de trabajadores afiliados en los años siguientes servirá como indicador para medir la eficacia del esta ley.

EMPLEO AFLORADO

EMPLEO AFLORADO: DATOS NACIONALES 2011-2012

INSPECCIONES 2011	INSPECCIONES 2012	EMPLEO AFLORADO 2011	EMPLEO AFLORADO 2012	% DE INSPECCIONES CON IRREGULARIDAD EN 2012	INCREMENTO DEL EMPLEO AFLORADO
227.686	220.226	70.787	77.688	23,6	9,75%

PRESTACIONES POR DESEMPLEO

PRESTACIONES POR DESEMPLEO

Período	DE EMPRESAS		DE TRABAJADORES	
	Inspecciones	Infracciones	Inspecciones	Infracciones
2011	19.638	5.011	14.473	6.345
2012	20.526	6.478	18.816	9.452
Variación 2011 - 2012	4,52%	29,28%	30,01%	48,97%

EMPRESAS FICTICIAS

EMPRESAS FICTICIAS

Período	Actuaciones	Infracciones	Altas ficticias anuladas
2011	11.941	578	20.559
2012	20.919	1.559	23.607
Variación 2011 - 2012	75,19%	169,72%	14,83%

EXPEDIENTES LIQUIDATORIOS

EXPEDIENTES LIQUIDATORIOS

NATURALEZA DEL EXPEDIENTE	2011	2012	% VARIACIÓN
Derivación de Responsabilidad	517.512.018,82 €	487.047.811,04 €	-5,89
Recaudación Inducida	217.888.569,47 €	280.430.496,10 €	28,70
Actas de Liquidación	211.447.569,65 €	219.252.019,71 €	3,69
Otros (propuestas de liquidación, minoración de morosidad, devolución de prestaciones SS, estatales y autonómicas)	46.342.296,77 €	40.634.673,57 €	-12,32
TOTAL	993.190.454,71 €	1.027.365.000,42 €	3,44

FUENTE DE GRÁFICOS: INFORME ANUAL 2012 ITSS

Visto de manera global, incluso antes de la aprobación de la ley se puede apreciar el esfuerzo puesto por parte de la ITSS para poder aflorar y luchar el empleo irregular. No es cuestión de detenerse y analizar dato a dato cada estadística ofrecida, sino de mencionar los cambios más relevantes en cuanto a estos informes.

En cuanto a la situación de empleo aflorado se puede decir que la actuación incrementa de manera eficiente porque se incrementa la cantidad del mismo, pero con una cantidad de inspecciones mucho menor. En lo relativo al fraude por desempleo, ocurre algo muy interesante y esto es que es mucho mayor la cantidad de fraude cuando el sujeto es el trabajador. Con esta teoría, la ITSS teoriza que el fraude cuenta con una tasa más creciente que la del desempleo⁵³. Se registra un incremento de la tasa de paro porque existen personas que no se registran como activos, para poder seguir cobrando la prestación. De manera contraria a la inclinación hacia el incremento en este periodo, la cantidad de dinero recaudado por la Seguridad Social reduce en este caso. Dicha reducción se puede deducir que es raíz de las cantidades todavía no liquidadas que tengan su origen en sanciones.

Ahora bien, como dispone el propio informe de donde vienen estos datos: “reflejan, en todo caso, el énfasis que por parte de la Inspección se está poniendo en la detección del empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social. Así, con el objetivo de conseguir la mayor eficacia en sus actuaciones y teniendo en cuenta la creciente complejidad de los fenómenos fraudulentos, se han adoptado las medidas y actuaciones específicas que se citan anteriormente en el seno del Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social”⁵⁴. Es la propia Inspección que ahora propone estudiar los futuros resultados de estos informes para la medición del grado de utilidad de estas medidas.

⁵³ INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. “Actuaciones y Resultados de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de Empleo Irregular y Seguridad Social (Año 2012).” p 5. 27 de abril 2015. http://www.empleo.gob.es/itss/web/Que_hacemos/Estadisticas/docs/2012/Informe1_2012.pdf

⁵⁴ *Ibidem*, p.6.

2. CICLO 2012-2013

Estudiaremos los mismos datos, pero en el siguiente ciclo.

VARIACIÓN EN LA CANTIDAD DE AFILIADOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL



FUENTE: INFORME ANUAL 2013 ITSS

A primera vista, se puede notar una reducción de trabajadores afiliados, respecto al año anterior. Ahora bien, con esto se puede deducir que las medidas en contra del empleo irregular no son del todo efectivas; todavía no logran aumentar la cantidad de trabajadores afiliados. A su vez, esto puede ser por factores externos como la existencia de empleo en sí. A pesar de seguir en esta tendencia de los años anteriores, la tasa por la cual se reduce la cantidad de los afiliados es mucho menor este año. Como se puede observar, la cantidad del 2011 al 2012 decrece en unos 787,241 afiliados, lo cual equivale a una tasa de reducción de 4,47%. Igual ocurre en el periodo anterior a este, en el que la reducción es de 355,066 equivaliendo a un 2,01%. De manera contraria, la tasa de reducción desde el año que se aprueba este conjunto de medidas es de 0,21%. Aunque aún no se haya podido incrementar la cantidad de afiliados a la Seguridad Social, se puede deducir que, el conjunto de actividades que han tenido origen en esta ley, han sido responsable de la reducción notable de esta tasa. A su vez se puede teorizar que, la reducción de esta misma tasa es resultado del incremento de empleo irregular y fraude sancionado. Ante lo planteado y gracias a la nueva modificación de competencias de la ITSS se ha visto incrementada la cantidad de altas de oficio de los trabajadores. Los resultados de cada medida se pueden estudiar individualmente, en los siguientes gráficos.

EMPLEO AFLORADO

INSPECCIONES 2012	INSPECCIONES 2013	EMPLEO AFLORADO 2012	EMPLEO AFLORADO 2013	% DE INSPECCIONES CON IRREGULARIDAD EN 2013	INCREMENTO DEL EMPLEO AFLORADO
220.226	218.617	77.688	79.484	23,6	2,31%

FUENTE: INFORME ANUAL 2013 ITSS

Esta gráfica se trata generalmente de las altas de oficio y de situaciones de empleo irregular sancionadas. Al igual que el año anterior, la cantidad de empleo aflorado incrementa, pero a una tasa inferior. Lo mismo ocurre con el grado de eficacia de las inspecciones, dado que, las inspecciones del 2013 son menores, pero también en cantidad inferior. Base a estos resultados similares a los del año anterior, aun no se ha logrado algún cambio significativo en el afloramiento de empleo.

PRESTACIONES POR DESEMPLEO

Periodo	INFRACCIONES DE EMPRESAS		INFRACCIONES DE TRABAJADORES	
	Inspecciones	Infracciones	Inspecciones	Infracciones
2012	20.526	6.478	18.816	9.452
2013	21.194	8.536	33.200	11.689
Variación 2012 - 2013	3,25%	31,77%	76,45%	23,67%

FUENTE: INFORME ANUAL 2013 ITSS

En cambio, aquí si se destaca una consecuencia, resultado de estas medidas. Como se observa el, incremento de las inspecciones en cuanto a las infracciones de los trabajadores es uno drástico. Gracias a la colaboración entre la ITSS y los demás órganos públicos, la misma ahora colabora con el SPEE para poder comprobar, y posteriormente suspender las prestaciones de estos trabajadores. En estas 11.689 infracciones, la ITSS comunicara a los respectivos Servicios Públicos de Empleo los datos de estos trabajadores para que se proceda a la suspensión o la extinción de la prestación⁵⁵.

EMPRESAS FICTICIAS

⁵⁵ INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. "Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2013 (Convenios 81 y 129 de la OIT)." p 68. 28 de abril 2015. http://www.empleo.gob.es/itss/web/Que_hacemos/Estadisticas/doc/Memoria_2013/Memoria_2013.pdf

Período	Actuaciones	Infracciones	Altas ficticias anuladas
2012	20.919	1.559	23.607
2013	27.410	3.937	24.607
Variación 2012 - 2013	31,03%	152,53%	4,24%

FUENTE: INFORME ANUAL 2013 ITSS

Lo destacable de estos datos, en cuanto al fenómeno de las empresas ficticias es el incremento de las infracciones que se han impuesto en el periodo 2012 a 2013. “ La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, [reunidos] firmaron una Instrucción Conjunta para la lucha contra esta conducta fraudulenta. El objetivo perseguido es la erradicación de la práctica de la creación de “empresas ficticias” con la finalidad de acceder, en fraude de ley, a la percepción de diversas prestaciones, subsidios, permisos de residencia y, en general, a beneficios sociales de diversa naturaleza”⁵⁶. Estos datos son reflejo del alto orden de prioridad otorgado a estas empresas, por su conocida facilidad de defraudar cantidades abismales de las arcas de la Seguridad Social. La reforma del Código Penal mencionada una y otra vez también responsabiliza los gestores de estas organizaciones lo cual también dio lugar al incremento de estas infracciones. Esto es un claro ejemplo de la efectividad de este plan, por lo menos cuando se trata de este asunto.

EXPEDIENTES LIQUIDATORIOS

NATURALEZA DEL EXPEDIENTE	2012	2013	% VARIACIÓN
Derivación de Responsabilidad	487.047.811,04 €	450.874.868,72	-8,02%
Recaudación Inducida	280.430.496,10 €	293.344.792,58	4,40%
Actas de Liquidación	219.252.019,71 €	264.083.475,22	16,98%
Otros (propuestas de liquidación, minoración de morosidad, devolución de prestaciones SS, estatales y autonómicas)	40.634.673,57 €	28.947.145,74	-40,38%
TOTAL	1.027.365.000,42 €	1.037.250.282,26	0,95%

FUENTE: INFORME ANUAL 2013 ITSS.

Aunque la suma de todos estos expedientes iguala a lo que se recauda para la Seguridad Social en un año, cabe diferenciar los conceptos, o los tipos de recaudación de la misma, para que, en los casos en que la variación sea negativa, se trate de un aumento de la efectividad. La cantidad de dinero recaudada es menor que la del año anterior por derivación de responsabilidad y otros conceptos. Lo que esto quiere decir es que el dinero que le pertenece a la Seguridad Social ahora tiene origen de la recaudación en plazo

⁵⁶ *Ibidem* p. 69

ordinario y no ejecutivo. Este conjunto de medidas, se puede deducir que han fomentado la reducción, aunque de manera poco significativa, de la actuación fraudulenta. Es así que lo define el propio informe de donde vienen estas estadísticas, estableciendo que estos datos reflejan el “énfasis” puesto por parte de la ITSS en la detección del fraude⁵⁷.

Una vez detallados estos datos, se puede concluir sobre los resultados del Plan de Lucha contra el fraude. A primera vista, la aprobación de esta ley da lugar a unas medidas más eficientes que eficaces. En mi opinión, todavía considero muy temprano, para poder realmente notar alguna diferencia impactante en el ámbito del fraude laboral. Habría que analizar los mismos datos del 2013-2014 para ver si ocurren algunos cambios considerables.

VIII. CONCLUSIONES

Una vez expuesto el marco teórico de la investigación, se procederá a elaborar una serie de comentarios con el objetivo de opinar sobre la eficacia de la ley, criticar sus posibles defectos y ofrecer mejoras para la misma.

A juicio propio, se determina que el legislador elabora dicha ley de manera estratégica, en la que cada apartado se redacta y se coloca en un orden preciso. Primero reforma el marco institucional de la Seguridad Social y posteriormente introduce medidas que el mismo ejecuta, a partir del 2013.

Mediante la modificación de la Ley General de la Seguridad Social se cambian o se establecen nuevas obligaciones en cuanto a esta materia. Dado que ahora existen nuevas obligaciones, el tercer artículo procede a regular como se verifica si las mismas se cumplen, mediante la modificación de la ley de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Por supuesto, como resultado del incumplimiento, también debe existir una infracción, por lo cual en el artículo cuarto se modifica la LISOS, que introduce y modifica las infracciones existentes en esta materia, para poder cubrir las situaciones de incumplimiento. De otra forma, esto implica que no se trata plenamente de un conjunto de nuevas medidas estrictas para paliar esta situación sino una modificación de la legislación existente. La legislación existente ahora se considera más rígida y por supuesto, a su vez, mucho menos flexible cuando se trata de este caso.

⁵⁷ *Ibíd*em p. 69

El fraude a la Seguridad Social ha implicado una falta, incluso antes de la aprobación de esta ley. La ley 13/2012 se aprueba como respuesta al aumento de fraude a la Seguridad Social, que empieza a ocurrir a la par que la crisis económica. No es más sino una manera de cubrir y sancionar todas las posibilidades, acorde con los fenómenos más contemporáneos en cuanto al fraude. La legislación del campo de Seguridad Social ahora se tiene que ocupar de determinar todas las nuevas formas de fraude que existen, para poder sancionarlas. Para ilustrar, ahora se prohíbe la no comunicación a la autoridad laboral correspondiente, por la cantidad elevada de personas cobrando prestaciones incompatibles.

Por supuesto, esto da mucho que desear en cuanto a su justificación; ¿Por qué en tiempos de crisis económicas es cuando se utiliza todo el poder de la ley para poder recaudar fondos, de cualquier manera? A simple vista, se puede estimar que, quizás la falta de fondos para prestaciones y subvenciones de la Seguridad Social y hasta del gobierno, tenga fundamento en el fraude a la Seguridad Social. Pero, siendo este el caso, estas medidas se deberían haber llevado a cabo mucho antes. Con esto dicho, la crítica en contra de este conjunto de medidas, se puede decir, que se aplican solamente por conveniencia para garantizar más eficiencia en las políticas austeras del gobierno español actual. Cuando se habla de la eficiencia en lo que se refiere a la austeridad, conlleva una connotación negativa para los ciudadanos. Implica hacer recortes en lo ya recortado, para que *quizás* salga más rentable a largo plazo. Hablando cuantitativamente, esto quiere decir que se reducen las ayudas existentes mientras que se incrementan las sanciones por percibir la mismas "fraudentemente".

Para poder exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley General de Seguridad Social cabe ampliar la potestad de la Inspección de Trabajo, y garantizar su efectividad. Estas medidas se consiguen gracias a la modificación de la ley que regula este cuerpo inspector. Los inspectores se enfrentan a menos obstáculos para poder sancionar a defraudadores. Teniendo más competencias, también incrementan su labor de inspección en sí. No solo se aumenta la calidad de la inspección sino la cantidad. Esto da lugar a una cuestión que puede ser objeto de debate basado en el aumento de este control por razón de la crisis económica. En relación con la contemporaneidad de estas medidas mencionadas en el párrafo anterior, este aumento del control por la ITSS ¿no se debería haber planteado y ejecutado hace años, de acuerdo con los primeros indicios de la existencia de un sistema de Seguridad Social en 1966? Siguiendo este mismo hilo, se

amplía el plazo del proceso de investigación por otros nueve meses. Lo que esto da a entender (o como lo expone su redacción) es que, antes de la ley, la ITSS solamente podía compadecer a la misma empresa para investigar por hasta un periodo de nueve meses, mientras que la misma pueda acreditar una situación de dificultad. Esta "situación de dificultad" es una que obstaculice, legalmente la inspección, como sería una sobrecarga de tareas, o una imposibilidad de atender al funcionario por cuestión de logística, o por ausencia del encargado, etc. Bien, pues una vez aprobada esta ley, el plazo máximo en este caso ahora es hasta 18 meses, mientras se siga acreditando esta condición. Por supuesto, lo considero muy ineficaz legalmente, por que impone una seguridad jurídica para el defraudador. Es decir, si el defraudador es capaz de acreditar estas condiciones, aunque sea mediante el falseamiento, por nueve meses, también será capaz de acreditarlo por otros nueve para poder acabar este plazo, e imposibilitar la labor investigadora.

Siguiendo este esquema propuesto, la propia ley modifica la Ley de Infracciones y Sanciones, para poder incluir más tipos infractores, y a su vez, incrementar las sanciones de los ya-existentes. La modificación de la LISOS es una medida para rellenar todos los vacíos legales para que el defraudador no pueda escapar de ser sancionado, alegando que no comete lo que se encuentra tipificado en la ley. Del mismo modo, el incremento del tipo de sanción y sanción accesorias pretende evitar o *asustar* al futuro defraudador para que el mismo no cometa la falta.

También cabe incluir las que se introducen en los artículos 1 y 5. Dichas modificaciones se introducen para, también cubrir un fenómeno que ocurre en tiempos de crisis económica: las contratas y las subcontratas. Dado que se trata de la disposición de trabajadores ajenos, no necesariamente existe una obligación a estar al tanto de sus relaciones con la Seguridad Social, por lo cual el empresario principal fácilmente puede alegar que *no es su responsabilidad, si no la del empresario de la contrata*, pero esta ley ya no permite esa posibilidad porque también otorga esta responsabilidad al empresario principal. A juicio propio, pudiera resaltar que se trata de una medida muy eficaz en cuanto a la prevención del fraude. Al evitar que se eximan de responsabilidades por el impago de las cuotas Seguridad Social, no solamente se evita el fraude, sino que también se vela por el derecho de los trabajadores. Obliga básicamente, a cualquier persona que se pueda probar que tengan bajo su cargo a una cantidad de trabajadores pertenecientes a otras empresas.

Como resumen general, esta ley intenta destapar y evitar el fraude a la Seguridad Social, mientras que, también trata de recaudar más dinero para la misma, mediante el incremento de las sanciones. Aun así puede ser vista como conflictiva, dado que puede recaudar mucho más dinero del que se ha defraudado, desde los comienzos de la crisis económica. Básicamente, quizás dicha ley sea eficaz pero sus efectos negativos para los ciudadanos, dado que, además de castigar, las sanciones a su vez también pueden limitar el poder adquisitivo de los empresarios lo cual obviamente obstaculizaría la creación de empleo para intentar salir de dicha crisis.

Personalmente, la aprobación de esta ley tiene ambas ventajas y desventajas en cuanto a su finalidad en sí. Incrementando la potestad de la ITSS daría lugar a un incremento de defraudadores sancionados, de manera que si se lucha contra el fraude, pero incrementando la sanción promueve la destrucción de empleo, dado que el dinero de la multa se pudiera haber destinado hacia la creación del mismo. Hablando de la inspección y el control, opino que este incremento de la labor investigativa se debería haber llevado a cabo hace mucho tiempo; no esperar hasta una situación de necesidad extrema, para, perjudicar a estos que tengan que pagar las multas. Fácilmente se puede estimar que si dichas medidas se hubieran llevado a cabo en su tiempo, no solamente se pudiera haber recaudado más fondos para la Seguridad Social sino que también hubiera reducido la cantidad de faltas cometidas. De manera contradictoria, y de modo introducción al siguiente epígrafe, si estaría a favor de que se reduzca la cantidad a defraudar de la Seguridad Social para que este se pueda considerar como delito. Otorgándole más importancia o gravedad a esta falta, limitaría a personas que quieran obtener estas sumas de dinero porque se tendrían que plantearse más llevar a cabo esta acción, lo cual, a su vez, haría más fácil apreciar la existencia del ánimo defraudador.

El siguiente tema es uno que también se puede considerar polémico y daría lugar a un debate, que fácilmente se pudiera fundamentar en esta investigación, independientemente de lo que se alegue. Hasta que grado se puede justificar la acción defraudadora de la Seguridad Social en cuanto al fraude en las prestaciones. Excluyendo al ámbito empresarial, bien es conocido que los trabajadores que defraudan llevan a cabo estas acciones, no necesariamente por avaricia, si no por necesidad. Véase el caso más típico en el que un trabajador, agota todo su derecho de prestación por desempleo. El mismo con un sueldo inferior al de una calidad de vida digna, procede al cobro ilegal de

esta prestación. ¿Porque se deberá establecer un límite de ingresos por persona, sin tomar en cuenta las situaciones del mismo? Quizás, aun defraudando, esta persona no tenga lo suficiente para poder vivir, sobre todo por causas ajenas a su voluntad, como por ejemplo alguna enfermedad o el cuidado de algún familiar, etc. Lo que se trae a cuestión en este caso es el derecho del trabajo y como este puede ser violado cuando se le sanciona al trabajador por cobrar una prestación a la cual tiene derecho, por satisfacer el periodo de carencia. Para aclarar, no digo que estoy a favor de la sustracción ilegal de estas o algún tipo de prestaciones, sino que quizás se debería analizar *ad-hoc*, caso a caso, la situación de cada persona, y que la misma justifique sus gastos, para poder determinar si existe fraude por avaricia, o por necesidad.

IX. ALGUNAS SUGERENCIAS PARA COMBATIR EL FRAUDE LABORAL

Expuestas las críticas sobre la ley, que a su vez, destacan sus puntos débiles, se aprovecha para introducir formas o medidas a adoptar, a modo sugerencia, que quizás mejoren la eficacia de esta ley o tengan efectos menos negativos en los ciudadanos y en el fomento de la creación de empleo.

Quizás sea conveniente llevar a cabo otro programa de asilo o perdón por el impago, como el que se llevó a cabo inmediatamente antes de la aprobación de esta ley.. Se fomentaba la regularización del empleo sumergido, mediante la eximición de las cuotas no pagadas, durante un periodo de 3 meses (de abril a junio, ambos inclusive)⁵⁸. Se permitía que el empresario diera de alta a sus trabajadores y empezara a cotizar por los mismos a partir de ese momento, sin tener que pagar las cuotas con carácter retroactivo. Repitiendo estas medidas de vez en cuando, pero con ciertos matices, puede resultar eficaz para aflorar el empleo sumergido, a largo plazo. Entre estos matices se deberá acreditar la antigüedad verdadera del trabajador, y que la misma no implique una pérdida de dinero considerable. En estos casos, se deberían aceptar a estos mismos, pero con una reducción de la cantidad de cuotas a pagar. Aunque no se recaude todo el dinero que se le debe en concepto de cotización, se recaudaría parte del mismo, y se afloraría el empleo sumergido, velando por los derechos de los trabajadores de manera más inmediata; sin que los trabajadores mismos tengan que esperar la comparecencia de la ITSS.

⁵⁸ EL PAÍS. "Las empresas tendrán hasta Julio para legalizar el empleo sumergido." 4 de Mayo 2015. http://elpais.com/diario/2011/03/31/economia/1301522405_850215.html

Otra propuesta que quizás resulte ser más práctica para poder evitar el fraude es la disminución, aún más, de la cantidad a defraudar para poder abarcar al ámbito penal. Reduciendo este tipo a uno mucho menor, quizás a los 10.0000 euros, por ejemplo, tendrá como consecuencia la reducción del fraude por que implicaría que los actores tendrían mucho más que perder. Se trata de crear una nueva medida que implique un castigo más severo, para poder desmotivar a las personas del robo de la Seguridad Social. De cierta manera, sería lo mismo que otorgarle al ámbito de la Seguridad Social la misma importancia que al ámbito fiscal ya que el delito contra el segundo siempre se considerar mucho más grave.

Aunque no fue objeto de investigación el siguiente tema, se debe tomar en cuenta para poder mejorar la lucha del sistema contra el empleo irregular. Se trata de la prevaricación de los poderes públicos y sus propios representantes, o funcionarios. El hecho de que este no suponga una carga cuantitativa de los fraudes no implica que no pueda existir. Se deben aprobar medidas para poder controlar o evitar la corrupción de los propios funcionarios de la ITSS. Aclarando, puede darse el caso en el que, un inspector, conociendo del impago del empresario procede a no multarlo por tener una relación estrecha con el mismo. Otro ejemplo es cuando son las propias URESS (Unidades Recaudación Ejecutiva) enviadas, como sería la retención ilegal de cuotas, o la creación de deudas no existentes en concepto de cotización. Existe un supuesto en el que un funcionario de la URE de Xátiva se encontraba bajo investigación por presuntamente haber recaudado cuotas de contribuyentes y no proceder a ingresar las mismas, sin además, entregar recibo o prueba de su pago⁵⁹. Estos tipos de farsas, aunque sean en menor cantidad suponen consecuencias negativas en cuanto a la seriedad que debería imponer la Seguridad Social española. La corrupción del propio sistema debe ser una prioridad ipso facto.

Pese a que se habla sobre una investigación sobre los sectores en los cuales se puede dar más la economía sumergida, resultaría mucho mejor profundizar sobre la misma. Creando una comisión que se dedique exclusivamente a la indagación de estos sectores y trabajo dará lugar a un incremento de infracciones en cuanto al desfloramiento de los empleos sumergidos, como quiere la propia ley. No obstante, también evitara la

⁵⁹ LEVANTE EL MERCANTIL VALENCIANO. Investigan si un funcionario de la recaudación de Xátiva estafo a contribuyentes. 5 de Mayo 2015. <http://www.levante-emv.com/comarcas/2014/05/30/investigan-funcionario-recaudacion-xativa-estafo/1118536.html>

reincidencia de los actores dado que estos serían conscientes que estas situaciones serían objeto de investigación.

Como es visto anteriormente, la ampliación del plazo a otros 9 meses sigue resultando inefectiva. La mejor manera de evitar esto sería sin establecer un límite de tiempo durante el cual la ITSS puede comparecer ante el centro de trabajo. Si el empresario verdaderamente alega esta dificultad de ser investigado por sobre producción, claramente quiere decir que cuenta con una cantidad abundante de beneficios, de los cuales podría dedicar los mismos al pago de las cuotas. Quitando este "derecho" del empresario, lo obligara a rendir cuentas ante la Inspección, de manera que se podrá detectar y sancionar el fraude, en caso de que exista, con mucho más fluidez de la que se da bajo este Plan.

De remate, el fraude a la Seguridad Social es una actuación que puede ocurrir durante épocas de crisis o abundancias económicas. Es por esto que es muy importante reiterar que siempre debe ser una prioridad del gobierno en cuanto a su legislación. No se debe esperar hasta que exista una situación económica precaria para poner *mano dura* en cuanto este asunto. Es dinero que pertenece a todos, y bajo el principio de solidaridad ciudadana se trata de un deber legal que se debe cumplir para poder crear una fuente de financiación para la sociedad española.

BIBLIOGRAFÍA

ALZAGA RUIZ, Ilciar. "Incompatibilidad con el Trabajo por Cuenta Ajena y con el Trabajo por Cuenta Propia". *Revista Ministerio del Empleo y Seguridad Social*. Num. 99/2013.

Auto Tribunal Supremo (Sala IV, Sección 1ª) Núm. Recurso 1194/2014

BAVIERA PUIG, Inmaculada. "Avances en la Lucha contra el Empleo Irregular y el fraude a la seguridad social." *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num. 9/2014, num. 10/2014.

CACHORRO LLORENTE, Pedro. "Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social en el contexto del Programa Nacional de Reformas para los años 2012-2013." *Revista del Ministerio del Trabajo y de Seguridad Social* num 100/2012

CARLOS BIRIGAY ASESORES. "Ley 13/2012. Lucha contra empleo irregular y fraude a la seguridad social". 11 de Marzo de 2015. <http://www.birigay.com/asesoria-laboral/asesoria-laboral-seguridad-social/>

DEL MAR LOPEZ INSUA, Belén. "El fraude en las prestaciones por desempleo." *Revista del Derecho de La Seguridad Social*. Núm 3/2015.

EL MUNDO. "No hay opción, hay que comer." 21 de Febrero del 2015. <http://www.el-mundo.es/especiales/vivir-en-negro/empleo-sumergido.html>

EL PAÍS. "El plan contra el empleo sumergido aflora 52.453 puestos de trabajo hasta agosto." 22 de Febrero de 2015.

EL PAÍS. "Las empresas tendrán hasta Julio para legalizar el empleo sumergido." 4 de Mayo 2015. http://elpais.com/diario/2011/03/31/economia/1301522405_850215.html

FEDERACIÓN ASTURIANA DE EMPRESARIOS. "Plan para luchar contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social". 23 de Febrero 2015. <http://web.fade.es/es/portal.do?TR=C&IDR=915>

FERNANDEZ ORRICO, Fco. Javier. La Teoría de los cuatro elementos de fraude en las prestaciones de la Seguridad Social. *Relaciones Laborales*. 2014, no.1.

FUNDACIÓN DE ESTUDIOS FINANCIEROS. "La economía sumergida en España." 22 de Febrero de 2015. http://www.febf.org/DOCUMENTO_DE_TRABAJO_4_2as.pdf

GARCIA, Brandariz. "El Delito de Defraudación a la Seguridad Social: Epígrafe IV.1.4". *Doctrina Tirant Lo Blanch/Tirant Online*. Documento TOL130.945. http://economia.elpais.com/economia/2012/09/19/agencias/1348044347_049709.html

HUFFINGTON POST. "La economía sumergida representa el 18,6% del PIB y está relacionada con la alta corrupción." 21 de Febrero 2015. http://www.huffingtonpost.es/2014/11/26/economia-sumergida-randstad_n_6227812.html

INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. "Actuaciones y Resultados de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de Empleo Irregular y Seguridad Social (Año 2012)." 27 de abril de 2015. http://www.empleo.gob.es/itss/web/Que_hacemos/Estadisticas/docs/2012/Informe1_2012.pdf

INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. "Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2013 (Convenios 81 y 129 de la OIT):" 28 de abril 2015. http://www.empleo.gob.es/itss/web/Que_hacemos/Estadisticas/doc/Memoria_2013.pdf

LEVANTE EL MERCANTIL VALENCIANO. Investigan si un funcionario de la recaudación de Xátiva estafo a contribuyentes. 5 de Mayo 2015. <http://www.levante-emv.com/comarcas/2014/05/30/investigacion-funcionario-recaudacion-xativa-estafo/1118536.html>

"Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social." Aprobado por las Cortes Generales el 26 de diciembre de 2012. BOE de 28 de Diciembre de 2012

"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 transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social." Aprobado por la Cortes Generales el 27 de diciembre de 2012. BOE de 28 de diciembre de 2012.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. "Las actuaciones de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social...mayo de 2014". 24 de Febrero 2015. <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/laboral/detalle/2388>

MONTOYA MELGAR, Alfredo. "La Inspección de Trabajo Frente al Fraude en las Prestaciones de Seguridad Social" De Francisco Javier Fernández Orrico. *Revista de Derecho del Trabajo Español*. 2013, No. 157.

POLICIA NACIONAL. Comisaría General de Policía Judicial- Sección de Seguridad Social. 27 de Abril 2015. http://www.policia.es/org_central/judicial/udf/secc_seguri_social.html

REVISTA SEGURIDAD SOCIAL ACTIVA. "La profunda crisis económica obliga a intensificar los instrumentos de control del fraude a la Seguridad Social." 28 de Febrero de 2015. http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/Panorama/REV_030935

REVISTA SEGURIDAD SOCIAL ACTIVA. "Un buzón para Denunciar Fraudes." 14 de Abril de 2015. http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/Panorama/REV_032534

ROQUETA BUJ, Remedios y FERNÁNDEZ PRATS, Celia. *La Incapacidad para Trabajar*. Madrid: Editor La Ley, 2014

SUAREZ CORUJO, Borja. "El Fraude en la Seguridad Social en los Tiempos de Crisis." *Revista del Derecho de La Seguridad Social*. Num 3/2015.

Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 1ra) Sentencia Num. 325/2014 de 15 de Diciembre. Recurso de Apelación 113/2013

Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª) Sentencia núm. 623/2014 de 30 octubre. Recurso nº 873/2013

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) 1037/2015 de 2 de Febrero. Recurso 3475/2013.