

***LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE EN LA SEGURIDAD SOCIAL EN
EL MARCO DE LOS NUEVOS PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN DE LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA***

***THE FIGHT AGAINST FRAUD IN SOCIAL SECURITY UNDER THE NEW
MANAGEMENT PRINCIPLES IN PUBLIC ADMINISTRATION***

José Luis García Delgado

Cuerpo Superior de Técnicos de la Admon. de la Seguridad Social, España

Recibido: 25/07/2017 - **Aceptado:** 06/10/2017

Formato de citación: García Delgado, J.L. (2018). “La lucha contra el fraude en la Seguridad Social en el marco de los nuevos principios de actuación de la Administración Pública”. *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, 77, 235-256, <http://apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/jlgarcia.pdf>

Resumen

Este artículo analiza la actual crisis de sostenibilidad de la Seguridad Social en España, poniendo de manifiesto los factores que más inciden en la amenaza de la viabilidad de las prestaciones públicas que hoy se reconocen. En este contexto, una de las cuestiones que se encuentra entre las posibles soluciones es la lucha contra el fraude laboral y de Seguridad Social. Se incide en la definición de fraude, diferenciándolo del mero incumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social, se señalan las causas que lo producen y se estudian los principales sistemas empleados para su cuantificación, así como sus modalidades más importantes y medidas disuasorias, preventivas y de carácter moralizador que pueden implantarse para intentar que su incidencia disminuya. Todo ello a la luz de la normativa reciente que incide en las nuevas relaciones de las Administraciones públicas “ad intra” y “ad extra”, y que puede ayudar decisivamente en esta lucha contra el fraude contra la Seguridad Social.

Palabras clave

Seguridad Social, fraude, sostenibilidad, administración electrónica, relaciones interadministrativas.

Abstract

This article analyzes the current crisis of sustainability of Social Security in Spain, explicating the most important factors that threaten the viability of the public benefits that are recognized today. In this context, one of the issues that lies between the possible solutions is the fight against labor fraud and Social Security. It affects the definition of fraud, differentiating it from the mere breach of obligations with the Social Security, the causes that produce it and the main systems used for its quantification are studied, as well as its most important modalities and dissuasive, preventive and preventive measures. of moralizing character that can be implanted to try that its incidence diminishes. All this in light of recent regulations that affect the new relationships of public administrations “ad intra” and “ad extra”, and that can help decisively in this fight against fraud against Social Security system.

Keywords

Social Security, fraud, sustainability, e-administration services, inter-administration cooperative programmes.

1. INTRODUCCIÓN: LA CRISIS DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Para abordar el problema del fraude en la Seguridad Social y su importancia social y económica es necesario poner de manifiesto la crisis que a juicio de la mayor parte de los expertos presenta el actual sistema de protección social en España. Se viene hablando en los últimos tiempos, y cada vez con mayor insistencia, de los problemas de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social motivados fundamentalmente por el déficit demográfico y por el incremento de la esperanza de vida, unido al hecho constatado de que los jóvenes se incorporan más tarde al mercado laboral. Veamos datos al respecto.

En el año 2016 el índice de natalidad ha sido el 8,75 y el de fecundidad el 1,33. Si se comparan estos índices con los valores existentes hace medio siglo, la evolución a la baja no ofrece ninguna duda: en 1966, el índice de natalidad era del 20,70 y el de fecundidad el 2,91. Con las cifras actuales de fecundidad estamos lejos de garantizar el índice de reemplazo generacional que se sitúa comúnmente en 2,1 hijos por mujer. Asimismo, la esperanza de vida, ha evolucionado en los últimos cincuenta años desde los 71,06 años en 1966, a los 79,34 en el año 2000, hasta llegar a los 83,30 en la actualidad. En cuanto a la calidad en la contratación, ésta tiene una repercusión directa en la financiación del sistema de Seguridad Social por la vía de las cotizaciones. Es un hecho cierto que, por regla general, la contratación indefinida aporta más recursos al sistema que la temporal, por cuanto que la duración de la relación laboral es mayor y las bases por las que se cotiza suelen ser más elevadas. Pues bien, siempre según cifras oficiales, a marzo de 2017 únicamente el 9,96% de los contratos son indefinidos, frente al resto de temporales.

En este contexto, el modelo financiación del sistema de la Seguridad Social presenta debilidades importantes que cuestionan su sostenibilidad en el medio y largo plazo. Debilidades que, de nuevo, se comprenden mejor con algunos datos básicos. Si el importe total de la nómina de pensiones a diciembre de 2006 ascendió a 5.321 millones de euros, a diciembre de 2016 llegó a los 8.623 millones. Según datos proporcionados por el propio Ministerio de Empleo y Seguridad Social, también el importe medio de la pensión sube: si en 2006 estaba en 646,76 euros, en 2016 alcanzó ya los 906,37 euros. Por su parte, el Fondo de Reserva de la Seguridad Social¹, creado para afrontar situaciones de dificultades financieras del sistema, llegó a contar en 2011 con 66.815 millones de euros; a fines de 2015 contaba con 32.481 millones y al finalizar 2016 el importe fue a 15.020 millones. En el mes de julio de 2017, después del abono de las pagas extras, se quedó en 11.602 millones de euros. Según la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, en este año 2017 el déficit de la Seguridad Social superará los 18.300 millones de euros, el mayor de la historia. El sistema sufrirá unas necesidades del 1,6 % del PIB.

¹ Creado por la Ley 28/2003, de 29 de septiembre. Hoy derogada por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, que aprueba el vigente texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Ante este escenario, desde diversos medios e instituciones se están proponiendo medidas que intentan, por un lado recortar los gastos y, por otro, tratar de incrementar los ingresos con que afrontar el déficit que se seguirá produciendo irreversiblemente año tras año si no se afrontan iniciativas correctoras. Desde posiciones gubernamentales, se han acentuado las medidas correctoras del déficit desde el lado del gasto con medidas encaminadas a retrasar el cobro de la pensión de jubilación², o disminuir su importe, como sucedió con la creación del Factor de Sostenibilidad, atendiendo a la evolución demográfica y a la esperanza de vida en cada momento, o su abono en atención al Índice de Revalorización fijado en las Leyes de Presupuestos anuales, en lugar atender, como hasta ahora al Índice de Precios al Consumo³.

Sin embargo, desde el lugar de los ingresos, a nuestro juicio, no se han adoptado aún medidas tan importantes como para hacer frente a los gastos ni su necesario incremento ha sido objeto de igual preocupación y atención. Se han formulado diferentes propuestas como la financiación, en todo o en parte, vía impositiva; la eliminación de los topes de las bases máximas de cotización; elevación de las bases medias de cotización de los autónomos equiparándolas más con sus ingresos reales; la eliminación o disminución de las bonificaciones o reducciones de cuotas por tener una incidencia poco demostrada en la creación de empleo; el fomento de la compatibilidad del trabajo y la pensión; la suscripción de planes privados de pensiones; o, incluso, la cotización en función de la robotización de las empresas.

Todas estas medidas han generado mayor o menor discusión en cuanto a su procedencia y eficacia, pero en donde hay un acuerdo unánime es en la existencia de importantes bolsas de fraude en la Seguridad Social y en su conveniencia de atajarlo para garantizar y mejorar la pervivencia de las pensiones públicas dignas y suficientes. La Recomendación 9ª del Pacto de Toledo, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 6 de abril de 1995, ya se refería a la potenciación de la lucha contra el fraude a la Seguridad Social y a la economía irregular. A esta lucha contra el fraude a la Seguridad Social vamos a dedicar las siguientes líneas.

² Tuvo especial incidencia en este sentido la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social.

³ El Factor de Sostenibilidad y el Índice de Revalorización del sistema de pensiones se crearon por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre. Sobre sus implicaciones desde el punto de vista de la revalorización real y el poder adquisitivo de los pensionistas, véase Alda García y Marco Sanjuán, 2016.

2. EL FRAUDE EN LA SEGURIDAD SOCIAL

2.1. CONCEPTO Y CAUSAS

La construcción inicial y básica de la doctrina del fraude proviene del campo del derecho privado y concretamente del derecho civil. Así el artículo 6.4 del Código Civil preceptúa que

“los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley (...)”.

El fraude de ley va en contra del principio general que consagra el derecho en su ejercicio que es siempre el de la buena fe y prohíbe el abuso del derecho y su ejercicio antisocial, en su artículo 7. Este mismo precepto legal, en su punto 2, señala las consecuencias que puede tener defraudar una norma al señalar que

“todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

El fraude de ley se produce cuando se ponen en práctica maniobras destinadas a frustrar una norma jurídica. Se trata de utilizar una norma para amparar un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico. La práctica general consiste en utilizar una llamada norma de cobertura que permite alcanzar por vía indirecta lo que no podría conseguirse directamente porque hay otra norma aplicable al caso que lo impide, que sería la norma defraudada.

No hay una sola causa que sirva para justificar el fraude existente en España y, en este sentido, se pueden enumerar algunas de ellas que pueden servir para explicarlo aunque su enumeración, en ningún caso, es de carácter exhaustivo:

- Legislación laboral y fiscal compleja.
- Precarización de la economía.
- Falta de concienciación ciudadana.
- Cuotas elevadas de Seguridad Social.

2.2. CUANTÍA

No es fácil cuantificar el fraude, precisamente porque se trata de algo oculto. Hay un cierto consenso en que la economía sumergida en España está en torno al 20% del PIB, que se observa también una tendencia a la baja, que es común al grupo de países de la UE-27 y que se correlaciona con una mejora de la situación económica.

Friedrich Schneider, profesor de la Universidad alemana de Linz, se ha especializado en trabajos sobre la economía sumergida en el mundo y es un autor de referencia a nivel mundial. Según el último informe de este autor para el periodo 2003-2015 (Schneider, 2015: 4), España tiene un nivel de economía sumergida (no sólo en materia de Seguridad Social) del 18,2 %; después de nuestro país, en el ámbito de Europa occidental, solo están por detrás Italia (19,8 %) y Grecia (21,5 %). Más recientemente, una investigación de la Universidad de Tubinga, con datos del periodo 2014-2016, recogido en el Foro Económico de Davos, sitúa el porcentaje para España en el 17,2 %. Por último, en España, el sindicato mayoritario de Técnicos de Hacienda GESTHA, en un estudio realizado en 2014, lo lleva entre el 20 % y el 25 % (GESTHA, 2014: 15).

El fraude estrictamente laboral se estima en el 8 % del PIB, supone alrededor de un millón de puestos de trabajo para aflorar, su coste es de 82.500 millones de euros y representa el 1/3 de la economía oculta total (Jiménez Fernández y Martínez-Pardo del Valle, 2013: 7-8).

Para intentar poner remedio a estas magnitudes, el 27 de abril de 2012 se aprueba por el Consejo de Ministros un Plan de lucha contra el empleo irregular y contra el fraude a la Seguridad Social que, según datos gubernamentales, ha permitido aflorar hasta ahora 475.000 empleos irregulares, 6.500 empresas ficticias y la conversión en indefinidos 320.000 contratos temporales. Todo ello ya supuesto un impacto económico de 19.700 millones de euros (*Revista Seguridad Social Activa*, 18/10/2017).

2.3. TIPOS

Los tipos de fraudes la Seguridad Social más comunes son los siguientes:

- *Empleo oculto*: el empresario no da de alta a sus trabajadores, en todo o en parte, o el trabajador autónomo ejerce su actividad al margen de su alta obligatoria en la Seguridad Social.
- *Empleo irregular*: se produce un abuso en las formas de contratación; contratos temporales que son indefinidos, contratos a tiempo parcial que superan ampliamente las horas establecidas, contratos de formación cuyas horas dedicadas a ella preceptivamente no existen o no alcanzan el mínimo establecido, horas extras realizadas que no se retribuyen como tales o que superan el máximo permitido, o becarios que realmente ejercen como trabajadores por cuenta ajena en todos los sentidos.
- *Fraude en materia de prestaciones*: Desempleos que se perciben mientras el beneficiario está trabajando sin declararlo o incapacidades temporales para el trabajo que, realmente, no lo son, entre otras diferentes modalidades.
- *Percepción de bonificaciones o prácticas de reducciones en materia de Seguridad Social sin tener derecho a ellas por incumplimiento de los requisitos legales para tener derecho a estos beneficios*: mantenimiento de los niveles de empleo en la empresa, administradores societarios que no están al corriente en sus cuotas de autónomos, etc.

- *Falsos autónomos*: Trabajadores que por sus características tendrían que estar encuadrados en el régimen general de la Seguridad Social pero a los que el empresario real les obliga a tramitar su alta como autónomos para ahorrarse sus cotizaciones, hecho que se agrava con la existencia de “tarifas planas” en este régimen que suponen una mínima contribución a la Seguridad Social.
- *Fraude en extranjería*: Para residir y trabajar en España es necesario contar con los visados y autorizaciones pertinentes previstos fundamentalmente en la ley de Extranjería y su Reglamento de desarrollo⁴. Es fraude consistirá tanto en contratar a trabajadores sin los correspondientes permisos de residencia y trabajo como, en el lado opuesto, obtener estos permisos de forma torticera en connivencia con el empleador fingiendo un trabajo que le permita al trabajador conseguir su alta en la Seguridad Social y su residencia en España. El artículo 36 de la ley de extranjería, por ejemplo, establece que la eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial se condicionara al alta del trabajador en la Seguridad Social. Para esta autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, el Reglamento de aquella ley, en su artículo 63, prevé que esta se produzca en el plazo de tres meses desde la entrada legal en España.
- *Fraude para la obtención de beneficios penitenciarios y, en concreto, del tercer grado*: Tanto la Ley General Penitenciaria, artículo 72.5, como su Reglamento, artículos 101 y ss.⁵, hacen depender la concesión del tercer grado penitenciario, que supone ya un régimen de semi libertad, de que el penado tenga ya unas condiciones individuales, familiares y sociales que le garanticen una vida normal en libertad e integrado en la sociedad. Para ello los jueces de vigilancia penitenciaria dan un valor especial a la obtención de un contrato de trabajo y a la consiguiente alta en la Seguridad Social. Por tanto, si ese contrato y alta de Seguridad Social se simulan, se produce esta modalidad de fraude.

⁴ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, que aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000.

⁵ Ley Orgánica 1/1979, de 16 de septiembre, General Penitenciaria y Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, que aprueba su Reglamento.

- Fraude societario.* La constitución de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada no debe utilizarse de mala fe o con abuso de derecho para crear sociedades fantasmas con el fin de impedir a los acreedores la satisfacción de sus créditos (Valmaña Cabanes, 2012). No existe una verdadera construcción de derecho positivo relativa a este fraude más allá de lo señalado en los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil prohibiendo el abuso de derecho. Por el contrario, y en su defecto, es necesario acudir a la construcción jurisprudencial de esta doctrina del levantamiento del velo⁶. Según la Sentencia 1105/2007, de 29 de octubre, del Tribunal Supremo, “se trata en todo caso de evitar que se utilice la personalidad jurídica de una sociedad como medio o instrumento defraudatorio, o con un fin fraudulento”. Esto se produce cuando una sociedad de este tipo no tiene como finalidad una actividad mercantil que le es propia, sino que pretende eludir sus obligaciones legales y, singularmente, el pago de sus deudas a los acreedores⁷. La Sentencia 83/2011 del Tribunal Supremo, de 1 de marzo alude a los requisitos para cometer este fraude: i) Control de varias sociedades por una misma persona; ii) Operaciones vinculadas entre dichas sociedades; iii) Carencia de justificación económica y jurídica de dichas operaciones. No obstante, la doctrina del levantamiento de velo, para no desnaturalizar los propios fundamentos de las sociedades capitalistas y su personalidad distinta y diferenciada de los miembros que las componen, debe usarse de forma restrictiva. Su utilización está supeditada a los principios de cautela, proporcionalidad y subsidiariedad, pues no cualquier impago social hace automáticamente responsable a sus socios.
- Empresas ficticias.* El fenómeno de las empresas ficticias no es propiamente un tipo de fraude específico sino, más bien, una modalidad que abarca uno o varios de los tipos de fraude que anteriormente hemos enumerado. Por empresas ficticias pueden entenderse aquellas que cuentan con relaciones laborales simuladas con el objetivo de obtener determinados beneficios sociales a cambio

⁶ Esta doctrina se utilizó en España por primera vez con la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984.

⁷ La Sentencia 271/2011, de 21 de junio, de la Audiencia Provincial de Barcelona precisa que es necesario acudir al levantamiento del velo cuando afirma que “en ciertos casos y circunstancias es posible penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia con el fin de evitar que, al socaire de esa ficción o forma legal –de respeto obligado, por supuesto– se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos, o bien sea utilizada como vehículo de fraude”.

de una contraprestación económica, aunque esto último no es determinante, pues en caso de familiares o amigos, puede faltar. El empresario defraudador obtiene una compensación económica por estas prácticas de parte de estos trabajadores simulados, amén de otros beneficios fiscales o sociales por contratar a colectivos desfavorecidos como jóvenes, minusválidos, mujeres en actividades subrepresentadas, etc. Estas empresas ficticias pueden revestir dos modalidades: Empresas ficticias totales y parciales. Son empresas ficticias totales cuando todos los trabajadores son simulados y, por tanto, no desempeña ninguna actividad mercantil, siendo su único fin el defraudatorio. Son empresas ficticias parciales cuando la empresa tiene una verdadera actividad mercantil pero algunos de sus trabajadores están dados de alta en Seguridad Social con el único motivo de obtener algún tipo de beneficio social sin desempeñar actividad laboral alguna. Desde abril de 2012 hasta finalizar 2016, dentro del Plan de Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social se detectaron, según se ha señalado anteriormente, 6.500 empresas ficticias.

2.4. MEDIDAS PARA COMBATIR EL FRAUDE

Con carácter general, para intentar resolver el problema del fraude laboral se han establecido tres tipos de medidas (Jiménez y Martínez-Pardo, 2013: 8):

- Disuasorias: Incremento de sanciones y endurecimiento de los tipos penales.
- De carácter preventivo: Simplificación de normas e introducción de medios tecnológicos, como pueden ser el nuevo sistema de liquidación directa de cotizaciones a la Seguridad Social⁸.
- De carácter moralizador: Incentivando el compromiso social de los ciudadanos mediante la utilización de campañas informativas y de concienciación.

En España, se han elaborado, desde el punto de vista normativo y con un fin disuasorio, dos instrumentos jurídicos con el fin de paliar sus efectos económicos negativos agudizados con la situación de crisis económica:

⁸ Puede consultarse en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/196167.pdf>

1) La Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social. De acuerdo con su preámbulo, los objetivos son:

- Afloramiento del empleo irregular.
- Corregir la obtención y disfrute de las prestaciones de desempleo, sobre todo en los casos de empresas ficticias, o cuando se compatibiliza desempleo y trabajo.
- Combatir situaciones fraudulentas de falta de alta en la Seguridad Social o acceso indebido a otras prestaciones de la Seguridad Social.
- Aplicación indebida de bonificaciones y reducciones.

Inspirado en estos objetivos, por acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2012, se creó el Buzón de Lucha contra el Fraude Laboral que comenzó a funcionar el 5 de agosto de 2013⁹.

A nuestro juicio, consideramos que este procedimiento anónimo, cuando menos, no debe ser la herramienta principal en esta lucha y, efectivamente, producen cierto rechazo las denuncias que puedan realizarse entre familiares, vecinos o conocidos que lo que esconden son *vendettas* privadas más allá de un intento de colaboración ciudadana y que, en general, inciden en los sectores de población más débiles económicamente. El número de casos recogidos en este buzón desde su creación en 2013 hasta la finalización del año 2015, según la última memoria de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS, 2015: 92) elaborada, ha sido de 135.250, de los que la Inspección ha iniciado actuaciones en 72.545 supuestos.

Al amparo de la Ley 13/2012 se suscribieron diversos convenios de cooperación entre la ITSS y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) y con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, entre otros, para el abordaje conjunto, desde las competencias reconocidas a cada uno de ellos, del fraude con especial énfasis en las redes y organizaciones que defraudan a la Seguridad Social mediante la constitución de empresas ficticias.

⁹ Acceso al Buzón de Lucha contra el Fraude Laboral: <http://www.empleo.gob.es/buzonfraude/>

2) Modificación del Código Penal por Ley Orgánica 7/2012¹⁰. Los aspectos más importantes de esta modificación son:

- Endurecimiento de las sanciones penales (pena de 1 a 5 años de prisión) para los que defraudan a la Seguridad Social ya que la cuantía se rebaja a 50.000 euros cuando antes de la reforma el importe defraudado debía ascender como mínimo a los 120.000.
- Establecimiento de un tipo agravado cuando la cuantía defraudada supera los 120.000 euros o la actividad delictiva se realice por medio de grupos o entramados empresariales o personas interpuestas (pena de 2 a 6 años de prisión y la prescripción se extendería a los 10 años).
- Por vez primera se castiga no solo a quien no paga a la Seguridad Social, sino a quien obtiene prestaciones indebidamente de ella. En concreto, el artículo 307ter tiene una relevancia especial en el tema de las empresas ficticias al tipificar como delito la obtención de prestaciones de Seguridad Social mediante simulación u ocultación de hechos causando perjuicio con esta actividad fraudulenta a la Administración (pena de 6 meses a 3 años de prisión; si lo defraudado supera los 50.000 euros, la pena pasará de 3 años a 6 de prisión).
- Compatibilidad del procedimiento administrativo con el procedimiento penal. La existencia de un procedimiento penal por delito contra la Seguridad Social no paralizará el procedimiento administrativo para la liquidación y cobro de la deuda.

3. LA NUEVA NORMATIVA SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU POSIBLE INCIDENCIA EN LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE

Al tratar esta normativa, nos estamos refiriendo a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTAIBG), la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) y el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de

¹⁰ Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, que 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. En concreto, se modifica el artículo 307 y se crean los nuevos artículos 307bis y 307ter.

octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), y a sus aspectos esenciales relacionados con el asunto central que estamos abordando en este artículo.

Dentro de la Seguridad Social, es la ITSS el organismo encargado de la vigilancia del cumplimiento de las normas en materia de Seguridad Social¹¹y, por tanto, quien en primer lugar tiene un papel esencial en la lucha contra el fraude de esta naturaleza. Sin embargo, también tienen un papel fundamental los organismos encargados de la gestión, en sentido amplio, del sistema de Seguridad Social como son el INSS, el Instituto Social de la Marina (ISM), la TGSS y, en lo concerniente a la gestión de las prestaciones por desempleo, el SEPE. Junto a estos organismos, la Gerencia de Informática de la Seguridad Social (GISS) es la encargada principal de las TIC en este ámbito, desarrollando un papel muy importante en la automatización de procesos y cruces de información, y en el mantenimiento de las bases de datos con que cuenta la Seguridad Social.

La Administración española continúa funcionando a través de una estructura de cuerpos funcionariales cada uno de los cuales cuenta con unas competencias específicas y diferenciadas en donde la coordinación y cooperación entre ellos, pese la mejora experimentada en estos últimos años, sigue siendo una asignatura pendiente en la lucha contra el fraude a la Seguridad Social. Esto último resulta más evidente considerando las soluciones informáticas existentes, cuya aplicación incrementaría los éxitos en este campo y, en consecuencia, se elevaría también la recaudación del sistema de la Seguridad Social.

La Ley 40/2015 (LRJSP) refuerza lo anterior al señalar lo que serán los principios de actuación de la Administración Pública. Entre estas pautas que a partir de ahora han de presidir la actuación pública (art.3), destacamos las siguientes:

- Racionalidad y agilidad en los procedimientos.
- Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional.

¹¹ Artículo 1.2 de la ley 23/2015, de 21 de julio, ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

- Responsabilidad por la gestión pública.
- Planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas.
- Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados.
- Economía, suficiencia y adecuación estricta a los fines institucionales.
- Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.
- Cooperación, colaboración y coordinación entre las Administraciones Públicas.

3.1. RELACIONES ENTRE ADMINISTRACIONES: COORDINACIÓN, COLABORACIÓN Y COOPERACIÓN

La Ley 40/2015 (LRJSP), en su título III (art.140), define y diferencia, en materia de relaciones entre Administraciones, tres principios claros: coordinación, colaboración, ambos obligatorios, y cooperación, de naturaleza voluntaria.

El principio de colaboración se entiende como el deber de actuar con el resto de las Administraciones para el logro de fines comunes. El principio de coordinación hace referencia a la obligación que tiene una Administración de garantizar la coherencia de las actuaciones de las diferentes Administraciones públicas que están afectadas por una misma materia para la consecución de un resultado común. El legislador está pensando con esta coordinación en la Administración General de Estado en sus relaciones con las Comunidades Autónomas y con la Administración Local. Pero si trasladamos este principio a las relaciones entre las diferentes unidades administrativas de una misma Administración, el superior jerárquico común de ellas estaría obligado también a garantizar esa coherencia de actuaciones entre sus unidades dependientes cuando persigan un fin común. Por último, la cooperación se produce cuando dos o más Administraciones, de forma voluntaria, y en el ejercicio de sus competencias, asumen compromisos específicos en aras de una acción común.

Al igual que señalábamos para el deber de coordinación, entendemos que estos principios que presiden las relaciones entre las administraciones públicas (Estatual, Autonómicas y Locales), son aplicables en un nivel interno a las diferentes unidades, en sentido amplio, pertenecientes a una sola de ellas. Dentro de la Administración del

Estado, en la materia que nos ocupa, podríamos aludir a las relaciones entre las diversas unidades y organismos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social o con la Administración Tributaria. La coordinación y la cooperación, aunque puedan parecerlo, no son términos sinónimos. Coordinar significa “dirigir y concertar varios elementos”, mientras que cooperar es “obrar conjuntamente con otro u otros para la consecución de un fin común”.

Trasladando estos principios a las actuaciones encaminadas a combatir el fraude, la LRJSP en materia de coordinación obliga a evitar duplicidades innecesarias, a la existencia de bases de datos interoperables, planificación administrativa con planes y programas vinculantes para todas las administraciones afectadas o directrices de actuación, entendidas como planes-marco o textos programáticos entre Administraciones. Por lo que se refiere a la cooperación, las variedades son diversas pero se pueden citar el intercambio de información, la asistencia jurídica o técnica, la formalización de convenios entre Administraciones públicas o la fijación de objetivos conjuntos de actuación.

Frente al secretismo y a los fuertes celos que con frecuencia presentan las Administraciones a compartir con otras la información de que disponen, la LRJSP señala una obligación expresa de colaboración entre ellas al decir que deben facilitar a las otras que lo precisen la información de la actividad que desarrollan en el ejercicio de sus competencias (art.141.1.c) y la asistencia técnica que otras Administraciones pudieran solicitar (art.141.1.d). No hay ya excusas para impedir el flujo de esta información y la ayuda técnica entre Administraciones si redundan en el mejor ejercicio de cada una de sus competencias y, en definitiva, si así se ofrece un mejor servicio a los ciudadanos.

Todo eso refuerza esta obligación de colaboración administrativa para la lucha contra el fraude y, aunque es verdad que esta colaboración interadministrativa puede ser denegada (art.141.2 LRJSP) cuando el organismo al que se solicita la información no esté facultado para prestarla, de acuerdo con su normativa específica, no disponga de medios suficientes o cuando se pudiera causar perjuicio a los intereses cuya tutela tiene encomendada, al cumplimiento de sus propias funciones o cuando la información

solicitada tenga carácter reservada o confidencial, no creemos que estos límites sean aplicables para denegar esta colaboración en la lucha contra este fraude por las unidades implicadas, salvo que impere una interpretación cicatera de esta normativa que lo que persigue esencialmente es el mantenimiento del “status quo” de separación de competencias administrativas y el recelo a la labor de otros organismos o cuerpos funcionariales.

La propia LRJSP precisa qué técnicas de colaboración deben emplearse y, como decimos, no de carácter opcional sino obligatorio (art.142):

- Suministro de información, de datos, documentos y medios probatorios.
- Creación y mantenimiento de sistemas integrados de información administrativa.
- Deber de asistencia y auxilio para atender solicitudes de otras Administraciones. En especial, cuando sea de fuera de su ámbito territorial.
- Cualquier otra prevista en una ley.

3.2. LAS RELACIONES ELECTRÓNICAS EN LA ADMINISTRACIÓN

La revolución digital hace mucho más fácil estas actuaciones de coordinación, cooperación y, sobre todo, de colaboración administrativa. Al referirnos a las relaciones de las Administraciones para la lucha contra el fraude la Seguridad Social, nos vamos a referir especialmente a la ley 40/2015 LRJSP. En el Capítulo IV de su Título III se recoge lo relativo a las relaciones electrónicas entre las Administraciones.

La LRJSP (art.155) establece que cada Administración debe facilitar el acceso a las otras de los datos de los interesados que obren en su poder, pero limitado a aquellos que les son solicitados por las otras Administraciones en el ejercicio de sus competencias y con las máximas garantías de seguridad, integridad y disponibilidad y, lógicamente, respetando los límites establecidos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal.

Respecto a los límites señalados en la normativa de protección de datos de carácter personal, y si consideramos que la lucha contra el fraude en la Seguridad Social tiene un

interés público manifiesto, las Administraciones, basándose en supuestos casos de protección de datos, no deben justificar sin más el no acceso a sus datos por parte de otras Administraciones sin ponderar correctamente los diferentes intereses en juego. Por analogía a lo previsto en la Ley 19/2013 LTBG, los límites al acceso a la información pública han de ser ponderados con la posible existencia de un interés público superior (art.14.2). Si la información no contiene datos especialmente protegidos como creencias religiosas, datos de carácter sexual, sanitarios o de filiación política, previa ponderación del interés público, se facilitará el acceso (art.15.3). Incluso en el supuesto hipotético de que la información a facilitar chocara con datos de carácter personal, habría que valorar si es posible, al menos, proporcionar una información parcial disociando la información protegida (art.16).

La LRJSP (art.155.3) también obliga a la Administración Central, Autonómica y Local al establecimiento de una interconexión de sus redes que permita crear una intercomunicación de sus sistemas de información y servicios entre ellas ampliándolas, incluso, a las instituciones de la Unión Europea y de sus Estados miembros, que hará posible la persecución del fraude con implicaciones internacionales que, en la actualidad, en el ámbito de la Seguridad Social, no deja de ser una quimera.

Se prevé la reutilización y el intercambio de aplicaciones, creadas o contratadas, por una Administración para otra que lo solicite y las transferencias de tecnologías entre ellas (art.157 y 158).

Dentro de este ámbito de relaciones entre las Administraciones impulsadas por las nuevas tecnologías, está la previsión de la existencia de un Archivo Electrónico (art.17 LPAC). El legislador obliga a que cada Administración mantenga un archivo electrónico único de los documentos que contengan los procedimientos ya finalizados, si bien esta previsión queda diferida a los dos años de la entrada en vigor de esta ley, es decir, a octubre de 2018 (disposición final séptima) y mientras tanto, durante el segundo año de entrada en vigor de esta ley se dispondrá como máximo de un archivo electrónico por cada ministerio (disposición transitoria segunda).

En cuanto a la consulta de estos archivos electrónicos, la LPAC (art.17.2) preceptúa que ésta se garantizará con independencia del tiempo de su emisión. En este sentido, sería interesante garantizar esta consulta a las diferentes unidades integrantes de cada ministerio en la primera fase y a todos los organismos de cada Administración en la segunda, en condiciones de verdadera accesibilidad de modo que se pudiera acceder de forma sencilla y transparente a los expedientes concluidos, con independencia de la unidad concreta que lo hubiera tramitado del Ministerio, que tuvieran relación y que sirvieran para la lucha contra el fraude a la Seguridad Social, que es el objeto concreto de este estudio.

4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Es indudable que se han dado pasos importantes en la lucha contra el fraude en la Seguridad Social en los últimos tiempos, facilitados en gran medida por los avances informáticos en esta gestión y el aumento de la colaboración entre las diferentes unidades administrativas plasmada, por ejemplo, en la elaboración de instrucciones conjuntas de actuación entre la ITSS, la TGSS o el Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social (SJSS)¹². De la misma forma, existen planes anuales de actuación mediante la fijación de objetivos conjuntos entre el INSS, el ISM y la ITSS.

A pesar de ello, se echa en falta una mayor coordinación, colaboración y cooperación, en el sentido dado a estas expresiones anteriormente, ayudadas por un mayor intercambio de datos obrantes en cada una de estas unidades. En esta resistencia a la hora de ceder y compartir la información obrante en sus bases de datos por los distintos organismos, se utiliza muchas veces el argumento de una pretendida protección de

¹²A estos efectos, y a modo de ejemplo, se encuentran vigentes:

- La Instrucción Conjunta de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la Dirección del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social para establecer un marco de coordinación en el ámbito de los ilícitos penales contra la Seguridad Social, de 4 de marzo de 2013.
- La Instrucción Conjunta de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social y de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sobre detección, anulación y seguimiento de las inscripciones de empresas y altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social indebidamente por su carácter ficticio o fraudulento, de 5 de marzo de 2013.
- El Convenio de Colaboración entre el Ministerio del Interior y el Ministerio de Empleo y Seguridad Social para la persecución del fraude y la delincuencia económica en el ámbito de la Seguridad Social, de 29 de abril de 2015.

aquellos y la exclusividad e intransferibilidad de sus funciones y competencias asignadas.

Así pues, pensamos que las mejoras en la lucha contra el fraude en la Seguridad Social implantadas no son suficientes y existe un amplio espacio de mejora si se quiere ser más efectivo y también más eficiente. Se controla, sobre todo, el pequeño fraude, en el que incurren las capas más precarias de nuestras sociedades, pero se escapan los casos más relevantes debido a su dificultad y también por la carencia de suficientes medios personales y, muy especialmente, por la falta de intercambio y cruces de bases de datos.

Por todo ello, sin tener carácter exhaustivo, realizamos las siguientes propuestas de actuación para lograr mejores resultados en este ámbito:

- Fomento de la existencia de un liderazgo claro y mantenido en el nivel político y administrativo que priorice la lucha contra el fraude en general y, en particular, en el ámbito de la Seguridad Social, aunando esfuerzos y coordinando actuaciones.
- Comportamiento verdaderamente coordinado y colaborativo entre las unidades administrativas implicadas dentro de la Administración General del Estado, pero también entre ella y los organismos implicados de la Administración Autonómica y Local.
- Impulsar la gobernanza con otros sectores que puedan aportar ayuda y soluciones como asociaciones de empresarios, sindicatos, organizaciones no gubernamentales o expertos en TIC que presenten modelos informáticos de combinación de datos para localizar principales áreas de fraude; conceptos recientes como los de *Big Data* o *Linked Data*, son particularmente interesantes en estos temas.
- Suavizar las jerarquías administrativas y estructuras de cuerpos funcionariales, e implantación de la movilidad horizontal entre ellos como medida para incrementar los efectivos y experiencias en la lucha contra el fraude en la Seguridad Social. Consideramos que es necesario avanzar en un concepto de Administración más horizontal, menos jerárquica, eliminando la tradicional estructura de silos administrativos en cada uno de los cuerpos de empleados

públicos y unidades, flexibilizar las actuaciones y compartir medios y competencias en esta actuación. Dentro de esta reforma administrativa, es conveniente también ir avanzando en unos órganos administrativos con competencias supra provinciales ya que el fraude no entiende de límites provinciales y sus ramificaciones y *modus operandi* frecuentemente rebasan estos límites adquiriendo dimensión regional, nacional o internacional.

- Impulso en el diseño de una Administración que funcione con unos objetivos claros y bien diseñados con su corolario de una verdadera rendición de cuentas de sus actuaciones. Los objetivos de actuación y el peso de su consecución en la cuantía de los complementos de productividad que los retribuyen han de ser similares entre las diferentes unidades. Actualmente se detectan disfunciones en la prioridad de objetivos entre ellas, no hay una verdadera visión única de qué modalidad de fraude en la Seguridad Social se quiere especialmente atajar y esto produce verdaderas disfunciones y retrasos en las actuaciones. Creemos que es necesario sentarse, tranquilamente y en condiciones de igualdad, para elaborar con carácter previo y de forma consensuada todos los planes de actuación con los diferentes organismos implicados.
- Incrementar de forma decidida el intercambio de las bases de datos existentes en las diferentes unidades y organismos implicados, como Extranjería, Catastro o Agencia Tributaria con los obrantes en la Seguridad Social, mediante acceso “on line”, que sería lo ideal, o suministro periódico de información.
- Establecimiento de campañas y medidas formativas para fomentar el conocimiento del sistema de Seguridad Social, de su papel como motor de solidaridad intergeneracional y de redistribución equitativa de rentas, y que sirvan también para moralizar la vida ciudadana. Solo con medidas represivas no se puede combatir ningún tipo de fraude, es necesario acompañarlas con medidas de conocimiento, a todos los niveles educativos, de las instituciones públicas y de los servicios públicos que prestan. Medidas también de concienciación social, de rearme moral de los ciudadanos en relación a sus comportamientos cívicos; que el defraudador no puede ser aceptado socialmente, ni ser alguien a quien imitar. Estas medidas formativas y moralizadoras tienen un presupuesto básico que no se puede olvidar: la conducta ejemplar también de los poderes públicos y de la Administración pública que ejecuta sus decisiones;

la erradicación de la corrupción en su seno, el incremento de la transparencia en su funcionamiento y decisiones y, finalmente, la rendición de sus cuentas ante la sociedad.

El fraude es un hecho de gran trascendencia económica y social, sus métodos son cada vez más sofisticados, y para hacerle frente hemos de poner en común todos los medios posibles dentro, como no puede ser de otra forma, del más escrupuloso respeto a la legalidad vigente. Con este propósito hemos realizado este artículo fruto de la experiencia conseguida en los últimos años y que supeditamos a otros de mejor consideración.

5. BIBLIOGRAFÍA

Alda Garcia, M. y Marco Sanjuan, I. (2016). “El fin de la revalorización de las pensiones españolas según la evolución de los precios”. *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, 71, 9-33, <http://apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/sanjuan3.pdf>

Beneyto Calabuig, D., Herrero Guillén, V. M., Prados de Solís, J. M. (2007). *2000 Soluciones de Seguridad Social*. Madrid: CISS-Kluwer.

GESTHA (2014). “La economía sumergida pasa factura: El avance del fraude en España durante la crisis”. Madrid: GESTHA-Fundación URV.

ITSS (2015). “Memoria de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del año 2015”, http://www.empleo.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_2015_w.pdf

Jiménez Fernández, A. y Matínez-Pardo del Valle, R.(2013). *La economía sumergida en España*. Madrid: Fundación de Estudios Financieros.

Revista Seguridad Social Activa, 18/10/2017, disponible en <https://revista.seg-social.es/2017/10/19-700-millones-recuperados-del-fraude/>

Schneider, F. (2015). “Size and Development of the Shadow Economy of 31 European Countries from 2013 to 2015: Different Developmet”, Johannes Kepler Universidad de Linz, Departamento de Económicas, disponible en: <http://www.econ.jku.at/members/Schneider/files/publications/2015/ShadEcEurope31.pdf>

Valmañas Cabanes, A. (2012). “La doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo societario”, en *El Derecho*, Grupo Francis Lefebvre, disponible en http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/doctrina-jurisprudencial-levantamiento-velo-societario_11_370180002.html

* * *

José Luis García Delgado es Licenciado en Derecho por la Universidad de Sevilla, Licenciado en Ciencias Políticas y Sociología por la UNED. Máster: “Sociedad, Administración y Política” por la UPO. Doctorando en Ciencias Jurídicas y Políticas en la UPO. Desde 1985, pertenece al Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social. Ha desempeñado, entre otros, los puestos de Subdirector Provincial de Recaudación Ejecutiva en la Tesorería General de la Seguridad Social desde 1994 a 2003, Director Provincial de la TGSS desde 2004 a 2012 y desde entonces desempeña el puesto de Coordinador Provincial en la TGSS en la Unidad de lucha contra el fraude. Email: jlgarcia05@hotmail.com