

EMPLEO IRREGULAR Y ADMINISTRACIÓN LABORAL

Santiago González Ortega

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

EXTRACTO

Palabras clave: Empleo irregular, economía sumergida, Administración laboral, reformas

Puesto que cualquier análisis acerca del empleo irregular exige realizar, previamente, algunas precisiones conceptuales acerca de qué debe entenderse por tal, el artículo aborda, en primer lugar, la definición de lo que es el empleo irregular y las conductas que pueden considerarse tales. Para lo cual desciende al análisis de los comportamientos, las causas y las consecuencias del empleo irregular, para finalizar con el repertorio de medidas a las que puede recurrirse, incidiendo especialmente en las que tienen como agente a la Administración Laboral. Posteriormente, el trabajo se dedica a analizar y describir las reformas normativas recientes en relación con el empleo irregular destacando igualmente en cada una de ellas el papel que las nuevas normas encomiendan a la Administración Laboral. Finalizando con unas reflexiones más generales acerca del papel tanto del legislador como de la Administración Laboral y destacando la centralidad, en relación con ésta última, de la función represiva y disuasoria.

ABSTRACT

Key words: irregular employment, informal economy, administration, reforms

All analysis on irregular employment requires to carry out previously, some conceptual precision about what should be understood as such, the article discusses, first, the definition of which is irregular employment and the behaviours that can be considered such. For which descends to the analysis of behaviour, the causes and consequences of irregular employment, ending with the repertoire of measures which can be made, emphasis on those having as agent to the labour administration. Subsequently, the study is dedicated to analyze and describe recent regulatory reforms in relation to irregular employment also highlighting the role that new rules instruct the labour administration in each of them. Ending with some more general thoughts about the role of the legislator and labour administration and stressing the centrality, in relation to the latter, the repressive and deterrent function.

ÍNDICE

1. Introducción
2. La Caracterización de la Economía y del Empleo: Precisiones Conceptuales
3. El Empleo Irregular: Manifestaciones, Causas, Consecuencias y Remedios
 - 3.1. Manifestaciones típicas del empleo irregular
 - 3.2. Causas y consecuencias del empleo irregular.
 - 3.3. Medidas contra el empleo irregular
4. Medidas Contra el Empleo Irregular en España
 - 4.1. El Plan Integral de prevención y de corrección del fraude y otras iniciativas
 - 4.2. Los cambios normativos dirigidos a combatir el empleo irregular
 - 4.2.1. El RD Ley 5/2011
 - 4.2.2. La Ley 13/2012
 - 4.2.3. La reforma del Código Penal
5. La Administración Laboral y el Empleo Irregular

1. INTRODUCCIÓN

Cualquier discurso sobre el empleo irregular, tanto si es genérico como si se centra en el papel de la Administración laboral en relación con este extendido fenómeno social, requiere, para comenzar, algunas precisiones acerca del propio concepto; que se adscribe, como una de sus manifestaciones más señaladas, al de economía irregular. No sin antes dejar sentada la relevancia de lo que se entiende como economía irregular y empleo irregular al alcanzar siempre, en el primer caso, cifras en torno al 20 por 100 del PIB (más de 7 puntos porcentuales por encima de la media europea), implicando a casi un tercio de la economía española. Y, en cuanto empleo irregular, a más del 8 por 100 del PIB, afectando, en el periodo 1990-2012 a más de dos millones de personas al año y llegando a alcanzar en el año 2012, los 3,6 millones, equivalente al 15,6 por 100 de la población activa (LÓPEZ DEL PASO, 2013, pp. 63-66); aunque es cierto que muchas de estas situaciones son sólo parcialmente irregulares, reduciéndose el número de prestaciones económicas personales irregulares o sumergidas en sentido pleno a la cifra, no despreciable en ningún caso, más de un millón de puestos de trabajo (JIMÉNEZ y MARTÍNEZ-PARDO, 2013 y GESTHA, 2014). Dicho esto, no es intención de este artículo adentrarse en el complicado ámbito de las definiciones de lo que es la economía irregular, algo que cualquier autor que se consulte ya anticipa que es una realidad compleja y poliédrica. Se pretende, más modestamente, establecer algunas nociones básicas que permitan realizar, a partir de una mínima convención terminológica, el análisis de las posibles alternativas de intervención de la Administración Laboral en el terreno del empleo irregular.

2. LA CARACTERIZACIÓN DE LA ECONOMÍA Y DEL EMPLEO: PRECISIONES CONCEPTUALES

El tipo de economía, y de empleo, pueden calificarse de muy diversas maneras, algunas de ellas muy plásticas. Así es frecuente recurrir al término de “economía sumergida” (y empleo sumergido) para expresar que se trata de un bloque de actividades económicas que no añoran a la realidad formal y, por ende, tampoco a la legalidad, desarrollándose conforme a reglas propias, contrarias o sólo ajenas a las legales. Es una economía que se encuentra en una dimensión, diferente a la de la economía visible, pero opaca a ella; de aquí la intención del adjetivo “sumergida” como algo que, existiendo, está oculto. Por este motivo otras formas de calificar la economía, y el empleo, como las que hablan de “economía paralela”, “invisible”, “subterránea”, “clandestina” o “negra” deben considerarse semejantes al de economía sumergida; si bien algunos de ellos tienen una connotación peyorativa del que carecen los de economía invisible, paralela, subterránea o secundaria. En cualquier caso, no parece que, al margen de su expresividad, deban ser términos utilizados cuando se pretende un mayor grado de precisión. Por cuanto en la economía sumergida, por utilizar la expresión más extendida, conÅuyen fenómenos muy variados que van desde la economía ilegal a la sólo irregular, pasando por los intercambios de servicios entre particulares, las prestaciones de trabajo gratuitas o por los fenómenos habituales de las actividades económicas sólo parcialmente opacas desde el punto de vista del empleo y de las obligaciones frente a la Seguridad Social.

Valen, por tanto, todos esos términos sólo para identificar, con carácter general y prescindiendo de matices, al conjunto de actividades económicas que en todo o en parte se desarrollan al margen de la economía formal, sean o no ilegales, se realicen o no con ¿nalidad lucrativa y no respetando, o haciéndolo sólo en parte, alguna de las exigencias legales (SERRANO SANZ, 2010, p. 224). Lo anterior ha hecho surgir en el discurso tres conceptos, los de economía ilegal, informal e irregular, que deben ser diferenciados.

El uso del adjetivo irregular, sea aplicado a la economía en general o al empleo en particular, establece una distinción, también habitual cuando se hace referencia a la economía, entre empleo irregular y empleo ilegal. Es verdad que muchas veces el empleo irregular es precisamente tal porque signi¿ca la elusión o el incumplimiento de obligaciones legalmente establecidas. Pero, cuando se usa la expresión empleo, o economía, ilegal, lo que se quiere subrayar es que se trata de una economía al margen de la ley pero delictiva (las actividades de narcotrá¿co, juego ilegal, prostitución o trá¿co de personas, como ejemplos típicos). Lo que no puede predicarse de la economía (y el empleo) irregular que, tratándose de una actividad lícita en sí misma, se hace, sin embargo, de

espaldas a las exigencias legales (JIMÉNEZ y MARTÍNEZ-PARDO, 2013, p. 14; en contra de esta distinción, ALIAGA MÉNDEZ y ALBERICH MEDINA, 2012, pp. 58-59). O, como la define la Comisión Europea (Comunicación sobre el trabajo no declarado COM (98) 219): “una actividad remunerada que es legal en cuanto a su naturaleza pero que no se declara a las autoridades públicas”. Aunque estos incumplimientos puedan derivar hacia comportamientos sancionables penalmente como se manifiesta en los delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 311 a 318) o contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (arts. 305 a 307 ter, 308 y 311) contenidos en el actual Código Penal (CP). Quede, por tanto, claro que lo que aquí interesa es la economía, y dentro de ella el empleo, irregular, concebidas, se insiste, como actividades perfectamente lícitas que, sin embargo, se desarrollan de forma contraria a la ley; es decir, de manera irregular, o como comportamientos relativamente ilegales que lo son en la medida en que se ocultan deliberadamente, aunque sea de forma parcial (JIMÉNEZ y MARTÍNEZ-PARDO, 2013, p. 13).

También frecuentemente se manejan como sinónimos los conceptos de economía, o empleo, irregular y economía, o empleo, informal (MOYANO JURADO, 2010, pp. 173-175). Pero se trata de una identificación a la que pueden hacerse algunas objeciones (HURTADO JORDAS, 2010, pp. 99-114). En este sentido, lo informal significa que la actividad que así se califica se desenvuelve al margen de los mecanismos formales establecidos; es decir, al margen de la economía, del mercado y del empleo formal, esto es, de una forma invisible, no computable y no controlable. Es cierto que ese actuar al margen muchas veces implica el incumplimiento de normas y que, en consecuencia, el empleo informal es también irregular, conforme a lo dicho antes. Pero no siempre, puesto que existen muchos y variados desempeños personales que tienen lugar en el marco de unas relaciones que no se rigen por las reglas del mercado, produciéndose los intercambios al margen de él. Es el caso de las tareas de subsistencia directa y para el autoconsumo; las que se hacen en el seno de relaciones comunitarias, vecinales o amistosas; las que son manifestación del trabajo voluntario no remunerado, del intercambio de servicios o el trueque; o aquellas que se realizan, a una mayor escala, sin pretensión alguna de lucro, como forma de abaratar costes como es el caso de los viajes compartidos que se acuerdan a través de redes sociales. Por no mencionar el trabajo doméstico desarrollado por los propios miembros de la familia o los convivientes como aportación no onerosa al funcionamiento de la unidad de convivencia que, no tratándose de empleo al servicio del hogar familiar, funciona como una economía invisible que asume la prestación, sin contraprestación alguna, de innumerables servicios personales, de ayuda y de asistencia mutua.

3. EL EMPLEO IrREGULAR: MANiFESTACiOnES, CAUSAS, CON-SECUENCIAS Y REMEDIOS

3.1. Manifestaciones típicas del empleo Irregular

Centrados, pues, en la economía, y el empleo, irregular, éste se define, conforme a lo dicho, como el conjunto de actividades productivas en sentido económico, relativamente legales, que se realizan de forma oculta u opaca para evitar el pago de tributos y de los costes sociales, para eludir la aplicación de los mínimos legales o convencionales en cuanto a las condiciones de trabajo o para evitar determinados procedimientos administrativos tales como licencias o autorizaciones (definición de la OCDE, en BRINDUSA y VÁZQUEZ, 2010, pp. 18-19). Se trata de un empleo que también se califica como “no declarado” (OIT) en cuanto que se trata de una actividad que se realiza por trabajadores y unidades económicas que no respetan las normas y reglamentaciones o no está cubierta, o sólo parcialmente, por las normas legales de aplicación obligatoria (MOYANO JURADO, cit., p. 174)

Pese al intento de depuración conceptual y terminológica, aun resulta complicado definir lo que es la economía, y el empleo irregular; lo que puede afrontarse identificando algunas de sus posibles y variadas manifestaciones (MOYANO JURADO, cit. pp. 175-178). Que pueden relacionarse como sigue:

- a) La contratación de trabajadores sin contrato formal cuando es obligatorio, como forma de ocultar esa concreta modalidad de contratación para lograr ventajas laborales o evitar cargas de esta naturaleza.
- b) La utilización consciente de una modalidad contractual diferente a la exigible buscando una regulación que tenga ventajas para la empresa en cuanto a lo relativo a la carga salarial, las indemnizaciones o frente al coste, procedimental y económico, del despido;
- c) La contratación de trabajadores sin darles de alta en la Seguridad Social y sin pagar las cotizaciones, es decir, lo que suele denominarse como trabajo clandestino o en negro;
- d) La contratación de extranjeros sin permiso de trabajo y, consecuentemente, al margen de todas las obligaciones laborales o de Seguridad Social;
- e) La contratación de trabajo infantil;
- f) La utilización del mecanismo de la interposición, que desemboca en una cesión de mano de obra, para evitar la ampliación de la plantilla, la estabilidad en el empleo o la aplicación de ciertas normas convencionales, o para desplazar sobre otra empresa distinta

de la que utiliza productivamente a los trabajadores y normalmente de escasa consistencia ?nanciera, las obligaciones laborales, ? scales o de Seguridad Social.

- g) La contratación regular de trabajadores pero a los que no se aplican los mínimos laborales o convencionales en materia salarial, de movilidad, de promoción, de antigüedad, de prevención de riesgos, o de jornada;
- h) Las ampliaciones no retribuidas de la jornada más allá de los límites legales; h) La realización de horas extraordinarias sin retribución y/o más allá del tope legal;
- i) La inexistencia de permisos o vacaciones o su disfrute sólo parcial sin compensación alguna;
- j) El abono fuera de nómina de partidas salariales con el ?n de escapar tanto al gravamen ?scal como al que suponen las cotizaciones a la Seguridad Social;
- k) La retribución salarial por un puesto de categoría inferior al desempeñado realmente;
- l) La alteración de los conceptos retributivos para eludir las cargas ? scales o de Seguridad Social;
- m) La cotización por un salario inferior o la falta de cotización por determinadas partidas salariales o por las horas extraordinarias no declaradas;
- n) La compatibilización, prohibida por la ley, entre prestaciones de la Seguridad Social (desempleo, incapacidad temporal o permanente, jubilación) y trabajo no declarado para mantener el derecho a las prestaciones;
- o) ñ) El recurso al trabajo a tiempo parcial cuando las jornadas corresponden en realidad a un trabajo a tiempo completo;
- p) El abuso de las horas complementarias en el caso del trabajo a tiempo parcial, cuyo pago no se declara, o cuyo número supera el permitido por la ley;
- q) La falta de declaración de las horas complementarias a efectos ? scales o de la Seguridad Social;
- r) La contratación como autónomos de quien realiza un trabajo por cuenta ajena; r) El desempeño por parte de los autónomos de actividades económicas no declaradas en todo o en parte;
- s) Los casos de doble trabajo, uno de los cuales es declarado y regular y el otro no;
- t) Los trabajos marginales de una cierta entidad económica;
- u) Las actividades informales autónomas como la realización de chapuzas, cuidado por horas, servicio doméstico por horas o

- transporte;
- v) El trabajo clandestino desarrollado a domicilio, o de forma independiente mediante el recurso a las tecnologías de la información como es el teletrabajo;
 - w) El abuso de formas de prestación del trabajo no retribuido como es el caso de becas y prácticas profesionales que, sin tener contenido formativo, suplantan, con un coste a la baja para la empresa, un contrato efectivamente laboral y por cuenta ajena;
 - x) La venta ambulante no declarada;
 - y) La apertura de un negocio o industria sin los controles, supervisiones o autorizaciones exigidas que lo haga visible en relación con las obligaciones fiscales de todo tipo y salariales o de Seguridad Social de los trabajadores ocupados;

Como puede apreciarse, la gama de comportamientos que pueden adscribirse al concepto de empleo irregular es muy variada y compleja. De tal forma que puede intentarse una mínima clasificación interna que permita agrupar esos comportamientos bajo señas de identidad comunes.

Uno de los criterios es el que hace referencia al grado de alejamiento o de incumplimiento de la legalidad, diferenciando, en primer lugar, los supuestos de ilegalidad total como es el caso de la contratación sin alta en la Seguridad Social; la contratación de menores o de extranjeros sin permiso de trabajo sin la consecuente alta en la Seguridad Social; la realización de actividades autónomas no declaradas como el trabajo, autónomo o por cuenta ajena, a domicilio o el teletrabajo; la falta de inscripción de las empresas a los efectos oportunos; o el desempeño de trabajos absolutamente incompatibles con las prestaciones de Seguridad Social. Frente a este grupo, otras actividades son irregulares de forma más periférica, accesorio o complementaria como sucede con todos los casos de incumplimientos parciales de la legislación; lo que es el caso cuando no se respetan las condiciones mínimas de todo orden establecidas en las leyes o en los convenios colectivos; se sobrepasan los límites de la jornada; no se respetan los tiempos de descanso; no se retribuyen determinados tiempos de trabajo; se paga un salario inferior por estar encuadrado el trabajador en una categoría o grupo profesional de menor retribución que el que corresponde al trabajo efectivamente desarrollado; se recurre al fraude de ley o a la simulación para propiciar situaciones contractuales o de prestación de servicios más ventajosas para la empresa (interposición, uso fraudulento de modalidades contractuales y de formas de prestación de servicios no retribuidos); se realiza un segundo trabajo no declarado, ya sea autónomo por cuenta ajena; se compatibilizan las prestaciones de Seguridad Social con actividades retribuidas pero marginales, de escaso empeño y valor económico; se declara el trabajo pero no se cotiza por determinadas partidas salariales o por una cuan-

tía inferior a la real. En definitiva, un empleo totalmente irregular frente a otro que sólo lo es parcialmente.

Otro de los criterios que pueden utilizarse tiene que ver con la mayor o menor visibilidad de la práctica prohibida o irregular o, dicho de otra forma, con la mayor o menor facilidad para detectar las irregularidades. Una clasificación que puede coincidir con la anterior ya que, cuando la ilegalidad es total, resulta más difícil para los organismos de control el hacerla aflorar. Precisamente por eso se califica como trabajo sumergido, negro, oculto o clandestino. Mientras que, cuando se trata de incumplimientos parciales, el hecho de que la relación laboral o de trabajo autónomo esté declarada, facilita el control acerca de si esa actividad cumple o no con las exigencias legales ya que aquí no se respeta sólo una parte o un aspecto concreto de la legislación. Una parte que puede ser, a su vez, muy relevante como sucede cuando se ignoran muchas de las exigencias legales mínimas respecto del salario, la jornada o las condiciones de trabajo. O ser de menor entidad, si ese incumplimiento o irregularidad afecta sólo a alguna condición de trabajo concreta (salario, jornada, formación, promoción, permisos, vacaciones, movilidad, promoción), a alguna específica obligación pública (salario o de Seguridad Social que se incumple igualmente de forma parcial como es el caso de los trabajos retribuidos y no cotizados o por cuantía inferior al salario efectivamente percibido, o se trata de actividades complementarias no declaradas. En estos supuestos, la visibilidad jurídica y formal de la relación laboral declarada o el desempeño correcto aunque no totalmente, constituye un referente que permite un control más fácil de cualquiera de este tipo de irregularidades.

Por último, y relacionado con lo anterior, los comportamientos irregulares pueden clasificarse también según su gravedad y relevancia, medida en función de la propia gravedad del incumplimiento o según la entidad de los perjuicios que puedan causar a los derechos de los trabajadores, a la protección social o a las finanzas públicas. De forma que, en primer lugar, el empleo irregular o no declarado puede ser radicalmente irregular, menos detectable y más oculto y causar los más graves perjuicios a los trabajadores y a las finanzas públicas; o puede ser parcial, más fácilmente controlable y con unas consecuencias menos perjudiciales para los trabajadores o para esos mismos ingresos públicos. Ello es importante tanto en relación con las medidas que pueden implantarse para su erradicación, como respecto de las sanciones o responsabilidades que pueden establecerse para hacerle frente; lo que tiene mucho que ver con las posibilidades y alternativas de actuación de la Administración laboral.

3.2. Causas y consecuencias del empleo irregular

Cuando la finalidad es combatir un comportamiento social que se considere desviado es fundamental tener presente las causas que lo propician ya que es

sólo tendiéndolas en consideración, podrá hacerseles frente. De nuevo la literatura acerca de la economía, y el empleo, sumergido, irregular o no declarado, proporciona un elenco habitual de esas causas, enumerándolas de la siguiente manera: a) Los costes sociales, considerándolos una carga excesiva para las empresas que desincentiva la contratación regular; b) Situaciones de crisis económica o de recesión, siendo la irregularidad laboral una estrategia para reducir los gastos, incrementar la productividad y ampliar el margen de beneficio de las empresas; c) El alto coste (económico, organizativo y de gestión) derivado de la abundancia, diversidad y complejidad de la normativa aplicable; d) La inadecuación de las estructuras públicas de control debido tanto a la dispersión de funciones y a su falta de calidad institucional como a la inadecuación de los procedimientos o a la escasez e ineffectividad de los recursos; e) La rigidez del mercado de trabajo que, al establecer límites al poder de organización del empresario, tiene una repercusión directa en cuanto a la productividad y al coste del uso del factor trabajo; e) La falta o debilidad de la conciencia social frente a las situaciones de irregularidad laboral que desemboca en la tolerancia, la permisividad y la debilidad del reproche social; y, relacionado con lo anterior, f) El grado de percepción de la impunidad como probabilidad de que el comportamiento irregular quedará sin castigo, lo que está condicionado por las posibilidades de ser descubierto, el nivel de la sanción y su efectiva y real imposición (JIMÉNEZ y MARTÍNEZ-PARDO, 2013, pp. 49 y ss.).

En palabras de la Comisión Europea en su Comunicación sobre el trabajo no declarado de 2004 (COM (98) 219), la causa esencial por la que los empresarios y trabajadores acuden al empleo irregular es económica persiguiendo incrementar el beneficio empresarial, proporcionar a veces ciertas ventajas a los trabajadores, y evadir impuestos y cotizaciones sociales. Añadiendo a ella la demanda creciente y generalizada de prestaciones de servicios personales, fácilmente sumergibles y de difícil control, la flexibilización del trabajo en las empresas a través de cadenas de subcontratación y la repercusión de las tecnologías de la información en las formas de trabajo. Causas a las que el Parlamento Europeo (Resolución sobre la Comunicación sobre el trabajo no declarado, de 21 de septiembre de 2000, DOCE 17.5.2001) añade la pobreza y la pertenencia a colectivos vulnerables en el mercado de trabajo (debido a la mayor incidencia del empleo sumergido en estas capas o grupos de la población), los elevados tipos tributarios y las cotizaciones sociales, o el exceso de cargas administrativas y de costes para las empresas.

Todas las causas enumeradas pueden, sin duda, intervenir en la generación del empleo irregular, si bien es imposible determinar sin referencias concretas a un país o territorio específico en qué medida influye cada una. En todo caso, tampoco pueden obviarse otras causas que no suelen tener tanto protagonismo en los listados pese a su evidente importancia. Se trata de las que tienen que

ver con otras variadas circunstancias como: la eficacia para el empleo de los sistemas formativos o de los sistemas de colocación; la fortísima presión del desempleo que empuja a los trabajadores a aceptar trabajos no declarados o en condiciones laborales o de Seguridad Social degradadas, algo particularmente relevante en el supuesto de los trabajadores inmigrantes irregulares; la escasa calidad, en cuantía o en duración, de las prestaciones sociales que fuerza a sus beneficiarios a completar sus ingresos realizando actividades económicas legalmente incompatibles con la prestación como sucede con el desempleo, la jubilación, la viudedad o la incapacidad; las situaciones de pobreza o de marginalidad lo que depende del gasto público en protección social, colocando al trabajador en una situación de debilidad en el mercado de trabajo; la pertenencia a colectivos más vulnerables en el mercado de trabajo tales como inmigrantes, discapacitados, jóvenes, trabajadores de edad madura o mujeres; o, finalmente, la propia debilidad sindical incapaz de detectar, controlar, impedir o denunciar esas prácticas irregulares.

Sea como fuere, lo cierto es que el empleo irregular tiene ventajas, pero, a su vez, provoca consecuencias negativas de un fuerte impacto. Entre las primeras ocupan un papel preponderante las que la empresa obtiene en términos de mayor competitividad aunque ello sea debido a la reducción de los costes sociales y laborales; también permite la supervivencia de las empresas en situación de crisis, o mejora su posición en el mercado debido a la mejor relación entre costes y beneficios, aunque sea sobre la base de desplazar esos costes sobre terceros; hace posible que los sistemas públicos de protección de rentas y de ingresos familiares tengan que abonar en su caso prestaciones más reducidas y de menor gasto público debido a la inevitable función complementaria de ingresos que cumple la economía irregular; finalmente, desde un punto de vista mácroeconómico, reduce en la práctica, aunque no en lo formal, el nivel de desempleo haciendo que la presión sobre el mercado de trabajo y sobre las acciones y el gasto públicos sea menor.

Frente a las ventajas citadas (que a veces se aceptan, de forma temporal o transitoria, en tiempos de crisis, como manera de garantizar la continuidad de las empresas y del empleo, ARGANDOÑA RAMÍZ, 2010, pp. 54-61), numerosas y mucho más relevantes y costosas tanto a corto como medio y largo plazo, son las consecuencias negativas que llevan a rechazo de este tipo de prácticas irregulares en el empleo. Tales son:

Desde el punto de vista de los trabajadores puede citarse, en primer lugar, el deterioro o incluso la pérdida de derechos mediante el pago de salarios inferiores a los obligados, o la falta de reconocimiento y de garantía de condiciones laborales esenciales en relación con la jornada, el descanso, la salud laboral o la conservación misma del contrato (jornadas excesivas y/o no retribuidas; eliminación descansos; inseguridad laboral y mayores riesgos) teniendo como

efectos la precariedad, la inestabilidad, la alta rotación y la ausencia de expectativas laborales acerca de una retribución adecuada, la formación y la promoción, la seguridad en el trabajo y la conservación del empleo. En segundo lugar, los perjuicios para los trabajadores en lo que hace a sus derechos de protección social que o bien quedan absolutamente afectados como sucede con el trabajo no declarado o la contratación irregular generando situaciones de desprotección social, o se ven reducidos en su cuantía y duración por la ausencia o reducción ilegal de sus cotizaciones sociales, algo que, en todo caso, afectará negativamente a los derechos en curso de adquisición frente a la Seguridad Social rebajando la protección a dispensar por desempleo o por pensiones.

Desde la perspectiva de las finanzas públicas, el empleo irregular tiene un impacto muy relevante sobre el volumen de los ingresos públicos y, más particularmente, sobre los del sistema profesional de la Seguridad Social afectando a su equilibrio financiero. Especialmente en los supuestos de irregularidad parcial, debido a la reducción de ingresos y al posible incremento de gasto en prestaciones ya que el empleo es sólo parcialmente no declarado y, en consecuencia, hábil para causar derecho a algunas prestaciones de la Seguridad Social aunque sean reducidas. Algo que sólo en una primera instancia se evita con los casos de irregularidad total ya que, si bien es cierto que los empleos plenamente sumergidos no aportan financiación al sistema, tampoco son aptos para causar el derecho a las prestaciones, haciendo, no obstante, que los sujetos desprotegidos reingresen en la tutela a través de prestaciones de componente asistencial y, en consecuencia, incrementando finalmente el gasto público de protección social.

Desde el punto de vista del funcionamiento del mercado, el empleo informal introduce anomalías en ese funcionamiento distorsionando la competencia con las empresas que recurren al empleo regular, falseándola y haciéndola artificial y desleal, e incentivando, si se trata de comportamientos escasamente controlables y sancionables, la deriva hacia ese tipo de prácticas. Por otra parte, fomenta una actividad empresarial inestable dependiente de este tipo de prácticas y de su tolerancia, o no rentable conforme a la lógica del mercado regular; además de no propiciar el objetivo de mejorar la competitividad actuando sobre la innovación tecnológica y sobre las dimensiones directiva, formativa, organizativa y de gestión de la empresa lo que influye en la menor calidad del producto o servicio final. Incluso desde el punto de vista del riesgo empresarial, recurrir al empleo irregular significa asumir la posibilidad de sanciones económicas y el abono atrasado, pero con recargos, de las aportaciones sociales así como la exclusión de ayudas, subvenciones o bonificaciones.

Finalmente, desde una posición moral o ética se produce un desplazamiento de los costes sociales de las empresas sobre otros actores (los trabajadores, otras empresas, las finanzas públicas) manifestando un alto grado de insoli-

daridad y un rechazo a asumir las cargas, públicas y privadas, que equitativa y proporcionadamente les corresponden. Su persistencia, práctica habitual y tolerancia también debilita la conciencia social presentándose como un modo de actuar que goza de una cierta razonabilidad y reclamando, en consecuencia, una actitud de benevolencia o de permisividad hacia él; lo que garantiza su continuidad.

3.3. Medidas contra el empleo irregular

De nuevo la literatura sobre la economía, y el empleo, irregular está plagada de repertorios de medidas a adoptar frente a este tipo de fenómeno social. Antes de hacer una referencia, lo más sintética y sistemática posible, a estas medidas, es necesario detenerse previamente en una cuestión más global que determina, sin duda, las estrategias a seguir en este terreno. Así, hay quienes consideran, desde una posición legalista, rigurosa y formal, que el acento debe ponerse en la represión de tales comportamientos, su sanción efectiva y su eliminación, centrando por tanto su atención en las medidas represivas, de inspección, vigilancia, control y sanción de tales comportamientos y actuando básicamente en la eficacia de esta actuación represiva el éxito de la lucha contra el empleo irregular.

Sin duda que las acciones de control y sanción deben cumplir un papel central siquiera sea porque son expresión del respeto a la ley y de la obligatoriedad general de someterse a sus mandatos. No obstante, no puede desconocerse que la eficacia de estas medidas depende de muchos factores. En primer lugar, de una adecuada articulación normativa e institucional de las herramientas y de los procedimientos de control (lo que conecta con el ámbito de actuación de otras medidas en el terreno de la adecuación normativa y de la mejora de la calidad institucional), de la existencia de los recursos públicos, materiales o de personal, adecuados en número, distribución y formación; de la celeridad y eficacia de los procedimientos, evitando que su complejidad (que ciertamente es expresión de un equilibrio entre eficacia y garantías) haga el régimen sancionador lento e inefectivo; de la entidad de las sanciones y de la probabilidad de la detección de esos incumplimientos y de la realidad de la sanción, funcionando, además, como mecanismos de prevención general frente a estos comportamientos irregulares. Por no hablar de la tolerancia social que justifica y encubre esas irregularidades asumiéndolas como algo habitual y normal y que depende mucho de la percepción de coercibilidad derivada de la calificación social acerca de la eficacia del sistema de control y de su publicidad (ALIAGA y ALBERICH, 2010, pp. 60-65)

Según otras opiniones, el origen del empleo irregular hay que buscarlo en las opciones normativas en el terreno del empleo y de la Seguridad Social.

No es ya sólo en lo que hace a la complejidad y dispersión normativa para que la receta, de la no puede discreparse, no es otra que técnica ya que implica el objetivo, que puede fácilmente compartirse, de una legislación simplificada, ordenada sistemáticamente, con definición clara de obligaciones y responsabilidades. Es, sobre todo, en lo que se refiere a las cargas que esas mismas normas imponen. De aquí las reclamaciones por una regulación más flexible del mercado de trabajo tanto en lo que toca a las modalidades contractuales como a las condiciones de salario y jornada aplicables, a las garantías de derechos laborales de todo tipo, o al coste del despido; o como las que se refieren a los costes sociales, proponiendo una reducción de dichas cargas como forma de incentivar la contratación regular de los trabajadores. En realidad, lo que estas opciones suponen es establecer el equilibrio entre exigibilidad social y regulación en un punto en el que ésta legaliza o asume como propias las razones que están en la base del empleo informal, justificándolas en cierta medida. De manera que la forma de afrontar el empleo irregular es hacerlo innecesario en la medida en que el deterioro de las condiciones laborales ha sido asumido por la norma y, en consecuencia, el actor irregular carece ya de motivación para incumplir la ley, sobre todo teniendo en cuenta el posible coste de la sanción. Aunque ello signifique desplazar sobre los trabajadores el coste de la actividad y consolide normativamente un perjuicio notable sobre sus derechos, tanto laborales como de protección social.

En todo caso, parece claro que ambas perspectivas tienen límites, por lo que las propuestas para la lucha contra el empleo irregular suelen combinar medidas de diverso tipo, desde las preventivas y disuasorias, hasta las de sensibilización social, pasando por la reforma de las normas que regulan el mercado de trabajo y la Seguridad Social o de las que se refieren a las competencias de actuación, los procedimientos, las funciones y las sanciones establecidas en relación con las irregularidades del mercado de trabajo. En todo caso, para la OIT las sanciones son el último recurso, debiendo ser aplicadas de manera proporcionada y ser disuasorias, pero debiendo fomentarse antes los aspectos preventivos y de sensibilización y control social.

Dentro del repertorio de medidas puede hacerse, por tanto, la siguiente clasificación: a) Reformadoras de la legislación aplicable (laboral y de seguridad social), fomentando la flexibilidad, reduciendo las cargas sociales y optando por un punto que, en alguna medida, traduzca un equilibrio entre la aceptación normativa de la irregularidad y su represión, realizando un diferente reparto de las cargas; b) Incentivadoras del compromiso social de los ciudadanos, a través de campañas informativas y de sensibilización; c) Preventivas, tales como la mejora de la calidad institucional y de los procedimientos de actuación, ya sea a través de la simplificación de las normas, su mayor flexibilidad o mediante la utilización de medios tecnológicos; d) Disuasorias, basadas en el incremento

de la probabilidad de detectar los incumplimientos y sancionarlos, lo que, a su vez, requiere una mayor eficacia de los apartados de control, inspección y sanción, un aumento de la cooperación administrativa y del intercambio de datos, así como un refuerzo de la penalización de los incumplimientos; y, e) Represivas, mediante el recurso a controles eficaces y a sanciones adecuadas (JIMÉNEZ y MARTÍNEZ-PARDO, 2013, pp. 8-9, 37-38 y 63-67).

Quedan aquí descartadas no obstante, y no deberían serlo, otras medidas también útiles que, actuando en el terreno de la protección social, puede reforzar la posición de los trabajadores en el mercado de trabajo y permitirles soportar mejor la presión del desempleo en cuanto a la aceptación de un trabajo irregular en cualquiera de sus dimensiones. Se trata de medidas como la garantía de un ingreso ciudadano, la mejora de la calidad de las prestaciones de desempleo o de las alternativas asistenciales a la desocupación, o de la cuantía media de las pensiones y de la búsqueda de una cierta compatibilidad entre prestación y empleo. Alternativas todas que significan, obviamente, un incremento del gasto público y de aquí su habitual rechazo, o no toma en consideración, en un contexto en el que el equilibrio presupuestario y la reducción de ese gasto se han convertido en dogmas políticos y en obligaciones constitucionales.

Por lo que se refiere al ámbito europeo (BAVIERA PUIG, 2014, pp. 2 a 6), la Comunicación de la Comisión Europea “Una estrategia para el pleno empleo y mejores puestos de trabajo”, de 14 de enero de 2003 (COMM (2003), 6ª) estableció una serie de directrices entre las que se encontraba la necesidad de cambiar el empleo irregular en regular en virtud de sus consecuencias negativas que para los trabajadores y la financiación pública; directriz que encontró acogida en la Resolución del Consejo Europeo acerca de la transformación del empleo no declarado en empleo regular, de 29 de octubre de 2003 (DOCE C 260) y que aconsejaba la adopción de medidas preventivas, el reforzamiento del control, la aplicación efectiva de sanciones, la mejor coordinación de las administraciones públicas fiscales, policiales y laborales, la cooperación internacional y las campañas de sensibilización. Todas ellas medidas que afectan al papel de los poderes públicos en este campo, al margen de las iniciativas legislativas de modificación y de adaptación de las normas para hacerlas más funcionales a ese objetivo de eliminación del trabajo no declarado o irregular.

Objetivos y medidas que se reiteraron en la Comunicación de la Comisión respecto de la “Intensificación de la lucha contra el trabajo no declarado” (COM (2007) 628, 7ª), de 24 de octubre de 2007, insistiendo en la mejora del funcionamiento de las inspecciones de trabajo e incluyendo la creación de una plataforma europea de cooperación. Nuevos y más recientes documentos europeos como la Estrategia Europa 2020 (Comunicación de la Comisión: “Europa 2020: Una estrategia para el crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, COM (2010) 7ª), de 3 de marzo de 2010; la Comunicación del Con-

sejo de 18 de abril de 2012 (COM (2012) 173 final), “Hacia una recuperación generadora de empleo” (que propugnaba la aplicación de la Directiva 2009/52/CE, sobre sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular); las Recomendaciones concretas del Consejo a algunos Estados miembros hechas en el año 2013 (Recomendación relativa al programa nacional de reformas para España y el dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad para España para el periodo 2012-2016 (COM (2013) 359 final), de 29 de mayo de 2013); o el Informe Final de la OIT y de la Comisión Europea, “La inspección de trabajo y el trabajo no declarado en la Unión Europea”, de agosto de 2013.

Entre la gama de medidas adoptadas en los diferentes países europeos pueden destacarse para analizar este apartado, conforme a una división ya habitual entre disuasorias o preventivas, las siguientes: a) el reforzamiento de la actividad sancionadora incrementando la cuantía de las sanciones, haciendo más ágiles y flexibles los procedimientos de control y de sanción, estableciendo derivaciones penales de estos incumplimientos y dando publicidad a las infracciones y a las sanciones, b) la mejora de la eficacia de la actuación de la inspección de trabajo planificando su actuación, concentrándola en los sectores con más propensión al empleo irregular (construcción, agricultura, servicios personales y profesionales, tareas domésticas, hostelería, turismo, transporte, limpieza), dotándolas de medios más potentes y de mejores recursos materiales y personales, reforzándola, si es necesario, con el apoyo de otras autoridades como las policiales y coordinando su acción otros servicios gubernamentales con intereses de control similares (hacienda pública, seguridad social, jueces); c) la dimensión preventiva se integra, por su parte, por medidas de asesoramiento e información, de sensibilización acerca de los beneficios del trabajo regular frente a las desventajas sociales del irregular, la implantación de fórmulas como los cheques-servicio parcialmente financiados por los servicios de empleo o las amnistías como manera de incentivar, a partir de un cierto momento, la regularización de las actividades económicas sumergidas (BAVIERA PUIG, 2014, pp. 5-10).

4. MEDIDAS CONTRA EL EMPLEO IRREGULAR EN ESPAÑA

4.1. El Plan Integral de prevención y de corrección del fraude y otras irregularidades

El Plan Integral de prevención y de corrección del fraude fiscal, laboral y a la Seguridad Social, de 5 de marzo de 2010 (precedido por otros en la misma dirección de entre los que cabe citar el Plan de Acción de 2010 sobre empresas

¿cticias y altas fraudulentas, adoptado por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, ITSS), establece, en relación con el fraude laboral y a la seguridad social, una serie de medidas que, en línea con las antes descritas, dejan al margen, como forma de afrontar el empleo irregular, las posibles reformas normativas (de reglas laborales, penales, de seguridad social), centrándose en cambio en la actuación administrativa. A efecto del Plan Integral puede decirse que la participación de la Administración Laboral en la lucha contra el empleo irregular se puede caracterizar por una serie de orientaciones.

En primer lugar, en el terreno del fomento del cumplimiento voluntario de las normas recurriendo a todo tipo de campañas públicas de información y sensibilización, publicitando la gestión de los entes públicos implicados y sus resultados, y haciendo notar los riesgos, costes y consecuencias negativas del empleo irregular, tanto para los trabajadores como para la sociedad en general. En segundo lugar, facilitando también ese cumplimiento voluntario mediante el favorecimiento del acceso de los interesados a la información pública (vida laboral, carrera de seguro, ¿cheros de empresas) o creando una certi? cación conjunta (de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social) para agilizar el procedimiento de certi? cación de estar al día en cuanto a las obligaciones ¿cales y frente a la Seguridad Social. En tercer lugar, mejorando el funcionamiento de los sistemas de inspección mediante la coordinación y la colaboración administrativa entre la Agencia Tributaria, la TGSS (como sucede en los expedientes recaudatorios) o en el control de fraude de las prestaciones de desempleo o de otras prestaciones del Sistema de Seguridad Social (coordinación entre el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) y la ITSS y entre ésta y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, INSS); estableciendo acuerdos de vigilancia, control y de recaudación con las Comunidades Autónomas; mejorando los sistemas de control informático recurriendo a las aplicaciones más desarrolladas; y plani? cando la actividad inspectora determinando los sectores, actividades o grupos de riesgo. Todo ello, obviamente, sin descartar la actividad de control y sanción que permanece como una de las herramientas imprescindibles para combatir e? cazmente el empleo irregular.

En cuanto a la selección de los sectores, actividades o grupos de riesgo de empleo irregular, el Plan Integral permite identi? car los nichos de empleo irregular en la realidad española. Así, las actividades donde se concentra en mayor medida el empleo irregular son la del pequeño transporte; los talleres clandestinos en sectores cuya actividad se basa en el uso intensivo de una mano de obra poco cuali? cada y de difícil control; los centros sanitarios privados en relación con la naturaleza de la relación de prestación de servicios que establecen con sus técnicos; las actividades agrícolas estacionales; el comercio minorista con precios notoriamente inferiores a los ordinarios o generales; el

desempeño de trabajo de los profesionales. Por lo que hace a las actividades o manifestaciones que pueden propiciar prácticas de empleo irregular, se consideran merecedoras de especial atención las siguientes: la actividad de subcontratación particularmente en sectores más proclives al empleo irregular; los trabajadores falsamente autónomos; los becarios y quienes realizan prácticas profesionales no retribuidas; la contratación de trabajadores inmigrantes; los relevistas en el caso de la jubilación parcial; los supuestos de pluriactividad; el control de la incompatibilidad entre prestaciones de la Seguridad Social y el desarrollo de un trabajo, por cuenta propia o ajena; o, en ?n, las empresas inscritas sin ingresos en los primeros meses de actividad y las empresas insolventes pero con actividad.

El Plan Integral determina, además, algunas cuestiones concretas, laborales o de Seguridad Social que merecen especial atención por parte de los entes de control. Se trata de vigilar aspectos de las condiciones de trabajo como el respeto a la jornada laboral, la realización de horas extraordinarias y su retribución y cotización, el correcto disfrute de las vacaciones, ?estas y descansos legales, la cotización por todos los conceptos salariales incluidos los atrasos de convenios y el prorrateo de las retribuciones de vencimiento periódico superior al mes, la observación de los límites legales a las modalidades de distribución del tiempo de trabajo en el trabajo a tiempo parcial así como el correcto recurso a esta modalidad contractual, el cumplimiento correcto de las obligaciones empresariales en materia de prevención de riesgos laborales. En lo que se refiere a la Seguridad Social, el control de las altas y bajas, de la corrección de la cotización y de la aplicación de las bonificaciones que se perciben por la contratación indebida, de algún tipo de trabajadores o mediante alguna concreta modalidad contractual.

Otro Plan relevante con una ?nalidad similar es el específico aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 27 de abril de 2012, titulado de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social para el periodo 2012-2013, con los objetivos de impulsar el a?oramiento del empleo irregular así como de reprimir actuaciones fraudulentas particularmente en el terreno de falta de alta, de controlar la obtención de prestaciones de desempleo de forma ilegal y fraudulenta, y de combatir contra la aplicación indebida de bonificaciones y reducciones de las cuotas de la Seguridad Social. Tanto este Plan como el anterior han dado origen a importantes reformas normativas que es conveniente describir: en el primer caso, el Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y el control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas, en el segundo, la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social. Normas ambas que en sus Preámbulos incluyen un sintético diagnóstico acerca de los comportamientos típicos constitutivos de prácticas de empleo

irregular, de sus efectos y graves consecuencias, en la misma línea de que lo que se ha venido explicando a lo largo de las páginas anteriores. En todo caso, es obvio que no se trata aquí de describir el contenido de ambas normas (algo que ya ha sido hecho de forma minuciosa por varios autores que se mencionan en la bibliografía que cierra este texto) sino, más funcionalmente, analizar desde ellas el papel de la Administración Laboral en el terreno del empleo irregular.

4.2. Los cambios formativos dirigidos a combatir el empleo irregular

4.2.1. El RD Ley 5/2011

Con carácter general, las críticas al RD Ley 5/2011 son negativas en cuanto a su propósito de combatir el empleo irregular (MARTIN VALVERDE y GARCIA MURCIA, 2011; DE LA VILLA GIL, 2011; SEMPERE NAVARRO, 2011) en la medida en que se trata de una norma que, en realidad, no contiene ningún programa general de medidas, centrando su atención en dos dimensiones muy específicas. Una, la de regularización de las situaciones irregulares mediante la concesión de una suerte de amnistía laboral; otra, la insistencia en la materia sancionadora, agravando las sanciones y añadiendo otras accesorias, lo que suele ser lógico cuando se abre un periodo de regularización, para incentivarlo con la amenaza de una sanción más rigurosa caso de no aprovechar esa ocasión excepcional (de regularización y endurecimiento habla DE LA VILLA, 2011, p. 181).

El procedimiento de regularización, calificado por el RD Ley 5/2011 como “medidas destinadas a empresas que se acojan voluntariamente al procedimiento de regularización”, no forman parte, pese a todo, de esas otras posibles medidas de incentivo voluntario al cumplimiento (información sobre las obligaciones y las responsabilidades, campañas de sensibilización, difusión de riesgos y costes de la economía sumergida, etc.), que no se prevén expresamente. Se trata, en cambio, de otra forma de compeler al cumplimiento basada en la exoneración de responsabilidad por las actuaciones ilegales anteriores siempre que el empresario se comprometiera a contratar a los trabajadores afectados mediante cualquier modalidad contractual con una duración no inferior a seis meses si se trata de un contrato temporal.

Prevista como una medida temporal (no podía ser de otra forma ya que, si fuera permanente, constituiría sin duda un incentivo al incumplimiento teniendo abierta siempre la posibilidad de la regularización sin costes sancionadores) puede discutirse la eficacia de este tipo de amnistías. Configurado el empleo irregular como un comportamiento social que hunde sus raíces en muy diversas causas es difícilmente aceptable que las regularizaciones sean una medida

e? caz. En primer lugar, porque, como se ha dicho antes, no pueden ofrecerse de forma permanente ni repetida por efecto boomerang que pueden generar incrementando incluso más el recurso al empleo irregular por la perspectiva de su posible regularización posterior; en segundo lugar, porque no ataca las causas de la irregularidad, limitándose a paliar sus efectos por lo que es presumible que el empleo irregular subsista y se reproduzca tras el periodo de regularización como lo manifiestan los datos acerca del empleo irregular de los últimos dos años; en tercer lugar, porque todo proceso de regularización, aunque logre sus objetivos de legalizar temporalmente comportamientos irregulares anteriores, significa una desautorización implícita a las normas, esencialmente sancionadoras, que estaban vigentes en el momento de la infracción, lo que no puede dejar de influir en su cumplimiento futuro, pese a la agravación de las sanciones; y, en cuarto lugar y descendiendo a temas más concretos, por la cortadad del tiempo de regularización, la parquedad de las ventajas para el empresario que decida acogerse a ella, la falta de difusión de esta posibilidad e, incluso, las ambigüedades interpretativas en cuanto a su alcance (de regularización decepcionante, corta de miras e ineficaz habla DE LA VILLA, 2011, pp.181-188).

Por otra parte, la regularización prevista es sólo en relación con el tipo de práctica irregular que páginas atrás se ha denominado como de incumplimiento pleno, ciertamente de mayor gravedad por sus consecuencias y de carácter más difícilmente detectable y que el art. 1 RD Ley 5/2011 describe como ocupar trabajadores de manera irregular por no haber solicitado su afiliación inicial o el alta en Seguridad Social. Pero no se refiere a otros tipos de empleo irregular que afecte a las condiciones de trabajo entendidas en sentido amplio. De forma que sólo podían regularizar su situación quienes no hubieran declarado la relación a efectos de la Seguridad Social, pero no quienes no respetaran las condiciones de trabajo (salario, jornada, vacaciones, seguridad en el trabajo, etc.) legal o convencionalmente establecidas, quienes no cotizaran por determinados conceptos salariales o lo hicieran por una cuantía inferior o hubieran percibido prestaciones sociales incompatibles con el trabajo irregular que realizan. Posiblemente porque el legislador considere estas prácticas pertenecientes más al terreno de las infracciones (irregularidad parcial), menos sancionables y detectables, y no tanto del empleo irregular (irregularidad plena), por lo que los incentivos a la regularización son mucho menores y menos eficaces. Se trata, en consecuencia, de irregularidades o infracciones que el RD Ley 5/2011 no contempla y para las que la disposición transitoria única del RD Ley 5/2011 recuerda que se sancionarán conforme a las cuantías y se someterán al régimen de responsabilidades vigente con anterioridad a esa fecha.

Dejando al margen la limitada acción de fomento de la regularización de las condiciones en las que se prestaba el trabajo a efectos sólo de la Seguridad

Social, el RDL 5/2011 se dedica esencialmente a modificar el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), con un objetivo, como se ha dicho, de endurecimiento de las sanciones. Que, en primer lugar, consiste en la reforma de algunos preceptos de la LISOS, agravando, al calificarlos como infracción grave, los comportamientos de no solicitar la afiliación o el alta de los trabajadores o solicitarla a partir de la actuación inspectora, multiplicando las infracciones por el número de trabajadores afectados (art. 22.2), aunque esta última previsión se ha atenuado a la baja por la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, como se verá luego; los de práctica de la afiliación o el alta fuera de plazo como consecuencia de la actuación inspectora puesto que, de no intervenir, la infracción, aunque grave, tendrá una sanción inferior (art. 22.10) como una forma de incentivar el cumplimiento voluntario y diligente de la afiliación o el alta aunque sea fuera de plazo; y, finalmente, la acción de obstrucción a la labor inspectora cuando fuera dirigida a la comprobación de la situación de alta de los trabajadores cuyas sanciones se incrementan de forma notable, igualándose a las que implican infracción de fondo (art. 40.1 LISOS).

Además del endurecimiento de las sanciones por estas prácticas de falta de afiliación o de alta (no de otros comportamientos irregulares, lo que conforma la intención muy reductiva del RDLey 5/2011 de combatir sólo la manifestación del empleo irregular que consiste en la falta del cumplimiento total de las obligaciones frente a la Seguridad Social), el RDL 5/2011 incluye otras medidas y sanciones accesorias cuales son las siguientes: a) la publicidad (con todos los problemas relacionados con los derechos fundamentales a la intimidad y al honor) de las sanciones relacionadas con los comportamientos descritos, como un mecanismo de prevención general disuasor de otros comportamientos semejantes; b) la pérdida automática, y en forma proporcional a los trabajadores afectados, de las ayudas, bonificaciones, y beneficios aplicables a tenor de los programas de empleo, y siendo excluido del empresario infractor de esos beneficios durante un periodo máximo de un año, salvo si se trata de una conducta reiterada, a consecuencia de la cual el plazo de exclusión puede llegar a dos años en los casos de reiteración (art. 46 LISOS); c) la exclusión de la contratación pública de los empresarios que hayan sido sancionados por infracción grave en materia de afiliación y alta de trabajadores (art. 49.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público), en los términos ya vistos.

Además de las previsiones anteriores, el RDL 5/2011 incluye una específica dirigida también a controlar y a hacer aplicar las obligaciones empresariales de afiliación y alta (que es, como se ha dicho, el comportamiento único que focaliza la norma como práctica irregular a desterrar) en los casos de contratación y subcontratación. De forma que el empresario que contrate o subcontrate

con otros la realización de obras o servicios de la propia actividad (lo mismo que señala el art. 42 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, ET), o, ampliando esta previsión, que presten esos servicios de forma continuada en sus centros de trabajo (sean o no de la propia actividad) deben comprobar, antes de iniciar la prestación de la actividad contratada, que los trabajadores ocupados por la contrata o subcontrata están afiliados y en alta en la Seguridad Social. Como consecuencia de la inobservancia de esta obligación, el RD Ley 5/2011 añade un nuevo apartado al art. 22 LISOS (el 11) que considera esa infracción como grave y en el mismo número que los trabajadores afectados (aunque esta previsión ha sido reformada a la baja, graduándola, por la Ley 13/2012), y agrava, como en los supuestos anteriores, de forma muy intensa las sanciones. El objetivo de esta reforma es responsabilizar a la empresa principal o contratista del comportamiento correcto en relación con la Seguridad Social de las empresas auxiliares o complementarias a las que recurre de forma habitual, sean o no de la propia actividad; un objetivo que se impulsa esencialmente con el refuerzo de la obligación (que, en alguna medida, altera lo establecido en el art. 42 ET) y la amenaza sancionadora; seguramente porque, y no es un juicio erróneo, es precisamente la empresa principal la que tiene más medios y cercanía con las empresas contratistas para hacer esa depuración, además de funcionar como un factor selectivo, a favor de las regulares y cumplidoras, de las empresas que se contratan.

En conclusión, pues, el RD Ley 5/2011 focaliza su acción en la regularización transitoria y, esencialmente, en la dimensión sancionadora, sin ser ni una norma general de lucha contra cualquier manifestación del empleo irregular, ni pretender incluir otras acciones que las descritas. Con lo que, en lo que interesa, ha supuesto ningún cambio normativo relevante o especialmente significativo en relación con la habitual actuación sancionadora de la Administración Laboral, convertida en la herramienta central y casi única de la lucha contra el empleo irregular.

4.2.2. La Ley 13/2012

La segunda de las normas articuladas con la finalidad de luchar contra el empleo irregular es la Ley 13/2012, precisamente llamada de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social. Frente a la crítica hecha al RDL 5/2011, por lo limitado de sus objetivos y de los instrumentos diseñados, en relación con el más amplio y complejo fenómeno del empleo irregular, la Ley 13/2012 se presenta como una intención más general y omnicomprendiva, pudiendo decirse que sustituye la posibilidad de una regularización establecida en el RDL 5/2011 por un conjunto de medidas dispersas que tienen en común el estar diseñadas para facilitar y hacer más eficaz la actuación de la ITSS,

particularmente en lo que se refiere al procedimiento sancionador; medidas a las que añade nuevas reformas en el terreno de la sanción administrativa, desplazando las estrictamente penales a la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica el Código Penal (CP) en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. De nuevo es la ITSS el centro de las reformas ya que, como el Preámbulo de la Ley indica, la lucha contra el empleo irregular (que califica de injusto e insolidario, reduciendo los ingresos públicos, deteriorando los derechos de los trabajadores y generando una situación de indeseable competencia desleal) ha de basarse, de una parte, en la mejor y más eficaz actuación de la ITSS (instrumento fundamental, según la Ley, para el control, la sanción y la erradicación del empleo irregular) y, de otra parte, en una definición más adecuada (que aquí es sinónimo normalmente de más rigurosa) de las responsabilidades penales, administrativas y laborales así como el régimen de infracciones y sanciones.

No es éste el lugar para analizar con detalle las reformas introducidas por la Ley 13/2012 (lo que se ha hecho de forma exhaustiva en la obra colectiva “Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social. Análisis de las reformas legislativas”, 2013) sino sólo para establecer, como en el caso anterior, el contenido de cada uno de los dos bloques de normas caracterizadas como se ha hecho en apartado anterior y valorar la repercusión de la Ley 13/2012 en la lucha contra el empleo irregular.

Así, en cuanto al bloque de reformas orientadas a hacer más eficaz la actuación de la ITSS, hay que mencionar las que modifica la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la ITSS. Entre las que cabe citar (un análisis detallado del alcance de las mismas en GIL VILLANUEVA, 2013, pp. 147/189; más genéricamente, hablando de los mecanismos de colaboración con la ITSS, BAVIERA PUIG, 2014, pp. 12-14):

a) El cambio del art. 5.3.3 para facilitar el control, examen y gestión de la documentación a la que tiene acceso la ITSS, forzando a la empresa a facilitarla en soporte digital si está obligada, lo que es frecuente en relación con los contratos de trabajo escrito, las altas y bajas, los partes médicos, la comunicación de accidentes de trabajo, por normas laborales o de seguridad social; mucho más cuando desde el año 2006 (Orden TIN/3261/2006, de 19 de octubre y Orden TIN/790/2010, de 24 de marzo) toda empresa con más de 10 trabajadores debe estar en posesión de certificado de empresa digital. Una forma de acceso a la información que, desde luego, favorece la actividad inspectora

b) La nueva y más amplia regulación del art. 9 cuya finalidad es permitir el acceso de la ITSS a toda aquella información relevante en el ejercicio de sus competencias (incluidas obviamente las de vigilancia y la sanción del empleo irregular) que pueda estar en poder de cualquier autoridad o entidad que ejerza

funciones públicas que el nuevo art. 9 de? ne de forma muy amplia. Mencionando, además, expresamente al Consejo General del Notariado, a la Agencia Tributaria, a las entidades gestoras o servicios comunes de la Seguridad Social, a las entidades colaboradoras de la gestión de la Seguridad Social, a las mutualidades de previsión social. Al margen de las referencias, en un sentido similar, de apoyo a su actuación, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y a los Juzgados y Tribunales. Una información que, relacionada con las actuaciones de la ITSS, no necesita del consentimiento de los afectados aunque se trate de datos de carácter personal;

c) Una ampliación de los plazos de actuación de la ITSS, ?jándolos en 9 meses continuados para las actuaciones comprobatorias (salvo que las dilaciones sean imputables al sujeto sometido a inspección o a personas dependientes del mismo, sujetos éstos últimos incorporados por la reforma de la Ley 13/2012), pero estableciendo que se trata de un plazo que puede ampliarse por otro periodo igual cuando concurren ciertas circunstancias (como la especial complejidad y di?cultad, la obstrucción por parte del sujeto inspeccionado, o si se requiere de la cooperación administrativa internacional). Además, la Ley 13/2012 amplía también el plazo máximo de interrupción de la actuación de comprobación a cinco meses, salvo si la interrupción está causada por el sujeto inspeccionado o por personas que dependan de él. Finalmente, el nuevo art. 9.2 de la Ley 42/1997 determina que las comprobaciones efectuadas en una actuación inspectora tienen la consideración de antecedentes para las sucesivas y que el tiempo concedido al interesado mediante requerimientos para la subsanación de incumplimientos no computará a efectos de los plazos anteriores. Se favorece en consecuencia la actuación inspectora en cuanto a la tarea de comprobación que suele derivar con frecuencia en advertencias o requerimientos al empresario, medidas que se consideran más e?caces que la imposición directa de una sanción. Para lo cual la Ley 13/2012 también reforma el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones del orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 mayo y el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la ITSS, aprobado por el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero.

d) Facilitar la práctica de noti?caciones a través del tablón de edictos de la ITSS, haciéndola perfectamente válida y e?caz cuando no se hubiese podido practicar la noti?cación de los actos administrativos y ?jando un plazo de 20 días para considerarla e?caz, dándose por cumplido el trámite (nueva disposición adicional octava de la Ley 42/1997). Una reforma que tiene sentido en el marco de la cada vez más extendida implantación de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la noti?cación de actos administrativos, en muchos casos ya con carácter obligatorio. La reforma ahorra tiempo y dinero y

permite una mayor eficacia a la actuación inspectora, sustituyendo a los tablones y edictos de ayuntamientos o los publicados en los boletines oficiales.

e) Creación de una Unidad Especial de Colaboración y Apoyo a los Juzgados y Tribunales y a la Fiscalía General del Estado para la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, que depender orgánicamente de la Autoridad Central de la ITSS, como forma de favorecer la especialización judicial y en aplicación de las previsiones contenidas en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 27 de abril de 2012 por el que se aprueba el Plan de Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social para el periodo 2012-2013, antes citado.

f) La posibilidad de practicar de forma simultánea, conforme a criterios de eficacia y económica, la las actas de liquidación y de infracción que se referían a los mismos hechos (art. 31.4 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, LGSS); el favorecimiento del pago de las sanciones al introducir la regla de la deducción al 50 por 100 en el caso de conformidad con la liquidación practicada (art 31.4 LGSS).

El segundo bloque de reformas se orienta, una vez más, hacia el objetivo del agravamiento en la calificación de las infracciones y de las sanciones correspondientes consecuencia de los comportamientos constitutivos de prácticas irregulares en materia laboral o de seguridad social, coincidiendo, y en algún caso reformando, lo establecido por el RDL 5/2011. Tales cambios, en la medida en que son relevantes a efectos del empleo irregular, son, en síntesis, los siguientes:

a) La ampliación, aunque sea con la calificación de falta leve, de la falta de comunicación o hacerlo fuera de plazo (esta es el realidad la novedad) de datos, certificaciones y declaraciones la que se esté obligado (art. 21.4 LISOS), así como de la falta de comunicación a la entidad correspondiente de los cambios en los documentos de adhesión o de asociación para la cobertura de los riesgos profesionales (art. 21.5 LISOS). Cambios que tiene como finalidad la de forzar el cumplimiento, mediante amenaza de sanción, de la obligación informativa como herramienta útil para las actuaciones de comprobación, de control de irregularidades y de sanción (GUTIÉRREZ TRASHORRAS, 2013, pp. 232-237).

b) La ley 13/2012 incide en varios artículos de la LISOS, esencialmente el 22 y el 23 que establecen las infracciones graves y muy graves que son consecuencia de comportamientos típicos de empleo irregular y de fraude a la Seguridad Social (GUTIÉRREZ TRASHORRAS, 2013, pp. 200-209 y 219-232. Ya sea cuando afectan a la visibilidad de la prestación laboral o profesional como es el caso de la falta de inscripción de empresas en la Seguridad Social o la no comunicación de las variaciones de sus datos, la ausencia de solicitud

de afiliación o alta o hacerlo fuera de plazo, formalizar la protección frente a las contingencias profesionales con entidad distinta a la que legalmente corresponda, o no solicitar la afiliación o el trabajador autónomo. También, entre otras cuestiones, lo que se refiere al cumplimiento correcto de la obligación de cotización por no ingresar las cuotas o no hacerlo en la cuantía debida (LÓPEZ PARADA, 2013, pp. 271-286); en lo que hace a la compatibilización prohibida de prestación y trabajo o al disfrute indebido de prestaciones prohibiendo dar ocupación, habiendo comunicado el alta a la Seguridad Social, a los solicitantes o beneficiarios de prestaciones de la Seguridad Social incompatibles con el trabajo (LÓPEZ PARADA, 2013, pp. 291-302); y, finalmente, reprimiendo la obtención y disfrute fraudulento de reducciones, bonificaciones o incentivos en los supuestos de contratación de trabajadores.

Todos ellos son comportamientos que, de forma agravada por las circunstancias del incumplimiento, se convierten en infracciones muy graves según el art. 23 LISOS, también afectado por la Ley 13/2012. Es el caso sobre todo de las infracciones relativas a la obligación de cotizar ya que se consideran tales no ingresar en plazo las cuotas debidas sin haber presentado los documentos de cotización, retener indebidamente la parte de cuota pagada por los trabajadores o efectuar descuentos superiores a los legales, o aumentar indebidamente la base de cotización para generar fraudulentamente prestaciones de mayor cuantía. O todo lo referido a la obtención indebida de prestaciones indebidas de la Seguridad Social como dar ocupación sin alta a trabajadores que las disfruten siendo incompatibles con el trabajo, lo que se completa con la reforma del art. 26.2 LISOS que castiga ese mismo comportamientos en los trabajadores, esto es, compatibilizar la prestación o el subsidio de desempleo o la prestación por cese de actividad del trabajador autónomo con el trabajo; falsear los documentos para la obtención indebida de esas prestaciones o para eludir el cumplimiento de las obligaciones que correspondan en materia de prestaciones. O, finalmente, en relación con las bonificaciones y reducciones de cuotas y las compensaciones, proporcionar información falsa para obtenerlas o practicarlas indebidamente. Por último, la Ley 3/2012 ha hecho más rigurosas las sanciones, elevando su cuantía, particularmente en los casos de reincidencia y modulando esa cuantía según el número de trabajadores afectados (modificación de los arts. 29.2 y 40.3 LISOS)

c) El mantenimiento y mayor rigor en las sanciones accesorias de pérdida de bonificaciones, ayudas, y otros beneficios semejantes en los casos de infracciones muy graves así como la posible exclusión, por un periodo de seis meses a dos años, de esos beneficios a contar desde la fecha de la resolución que imponga la sanción (arts. 46 y 46 bis LISOS).

Además de las reformas anteriores, la ley 13/2012 se refiere también a concretos y muy específicos comportamientos irregulares en relación con la

subcontratación, las empresas ficticias y los supuestos de suspensión de contratos y reducción de jornada. En el primer caso, ampliando a tres años desde la terminación del encargo la vigencia de la responsabilidad solidaria de las deudas de Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas (art. 42.2 ET); y ampliando también las obligaciones de control del empresario principal sobre los contratistas y subcontratistas respecto de su cumplimiento correcto de las obligaciones frente a la Seguridad Social al exigir esa comprobación no sólo al inicio de la contrata sino durante toda la vigencia de la misma (modificación del art. 5 del RD Ley 5/2011). En el segundo caso, con la finalidad de combatir las llamadas empresas ficticias o sin actividad que no obstante declaran relaciones laborales inexistentes como forma de obtención de prestaciones de la Seguridad Social, especialmente de desempleo, permitiendo que la TGSS pueda proceder de oficio a la cancelación de la inscripción de la empresa en la Seguridad Social cuando tuviera conocimiento de que se trata de empresas carentes de actividad y sin reunir los requisitos para estar inscritas en el régimen correspondiente de la Seguridad Social (art. 20.4 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, Reglamento General sobre inscripción de empresas, y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social). En el tercer caso, obligando a las empresas a comunicar, con carácter previo las variaciones en el calendario o el horario en los supuestos de suspensión de contratos o de reducción de jornada, como forma de controlar mejor las prestaciones de Seguridad Social, en este caso del desempleo, asociadas a este tipo de supuestos (art. 230, h) LGSS a su vez precisado por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social). Modificaciones todas ellas que, en su detalle han sido cumplidamente analizadas en otro lugar, lo que ahorra aquí un comentario más extendido (CALDERON PASTOR, 2013, pp. 139-145; AMAYA PILARES, 2013, pp. 309-315; GUTIERREZ TRASHORRAS, 2013, pp. 209-219).

Como conclusión, pues, ha de decirse que, en lo que se refiere a la actuación de la Administración en el terreno de la economía irregular, la Ley 3/2012, además de insistir en la línea tradicional del endurecimiento y la agravación de las sanciones aunque también mejorando en buena medida el procedimiento sancionador para hacerlo más ágil y eficaz, sí contiene otras medidas, aunque pocas, que favorecen la actuación de vigilancia y de prevención disuasión de los comportamientos irregulares. Se trata de todas las que fomentan y ponen las bases para la cooperación administrativa y la creación de grupos o unidades conjuntas, el libre acceso de la ITSS a la información en poder de esos órganos, o el facilitar la comunicación, notificación y examen de documentos mediante la implantación de las tecnologías de la información.

4.2.3. La reforma del Código Penal

Como se ha señalado ya, a las reformas introducidas en el terreno exclusivamente sancionador por la Ley 13/2012 se añade otra relevante innovación normativa que atañe a la responsabilidad penal derivada de algunos comportamientos típicos de la economía y del empleo irregular pero cuya gravedad ha requerido, en opinión del legislador, la reforma de los tipos penales al respecto. Lo que se ha hecho mediante la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica el Código Penal (CP) en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. En lo que aquí interesa, la reforma del CP persigue tres objetivos:

En primer lugar, perseguir más eficazmente el delito contra la Seguridad Social (arts. 307 y 307 bis CP), que se describe como la acción u omisión defraudadora que persiga “eludir el pago de las cuotas o conceptos de recaudación conjunta” (esto es, un delito económico contra la Seguridad Social), reduciendo la cuantía mínima a defraudar para estar incurso en este delito (de 120.000 a 50.000 euros), así como el tiempo computable (que se incrementa de un año a cuatro); todo lo cual hace que se amplíen enormemente los sujetos susceptibles de cometer este delito y los comportamientos idóneos para integrar el tipo penal.

Como se ha señalado, se trata de un delito exclusivamente contra la Seguridad Social (se defrauda no pagando las cuotas debidas, en cualquier de las modalidades posibles de no pago) y que abarca numerosas conductas como, desde luego, la omisiva como es el no inscribir la empresa, no constar como empresario, no afiliarse ni dar de alta al trabajador, y no ingresar cotización alguna en consecuencia (auténtico trabajo negro o sumergido); pero también otras de naturaleza parcialmente irregular como estar inscrito en la Seguridad Social y de alta como empresario y cotizar por los trabajadores, pero hacerlo por una cuantía inferior a la legalmente exigida, o lucrarse con beneficios en la cotización indebidamente obtenidos debido al falseamiento de la información proporcionada (aquí es donde se encuentra la intención de defraudar). Por otra parte, y para evitar que el cumplimiento de medidas estrictamente formales como la presentación de documentos de cotización permita eludir la responsabilidad penal se dice expresamente que esa presentación “no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos”; como sucede, por ejemplo, con las empresas ficticias que, precisamente por serlo, suelen cumplir las exigencias formales y documentales aunque normalmente eviten el pago a través de los recursos jurídicos que proporciona la legislación de sociedades y la limitación de la responsabilidad de éstas. En cuanto a la pena, no se altera su gravedad (de seis meses a cinco años), ni la cuantía de la multa (que puede llegar al séxtuplo de la cuantía defraudada), ni tampoco el plazo de prescripción del delito (cinco años); manteniéndose también la pérdida del derecho a

obtener subvenciones, bonificaciones o reducciones de las cuotas pero por un plazo de tres a seis años.

La nueva redacción del 307 CP contiene, sin embargo, una regla de regularización penal, en el sentido de que si el sujeto obligado procede al completo reconocimiento y pago de la deuda, no podrá ser perseguido por este delito ni tampoco por las irregularidades contables u otras falsedades instrumentales, que en exclusiva relación con la deuda regularizada, pudiera haber cometido con carácter previo. Se trata de un fuerte incentivo al cumplimiento voluntario, aunque retrasado, al evitar la incriminación penal con la regularización; aunque ello obviamente afecta sólo a la dimensión penal. Para lo cual la regularización debe tener lugar antes de que el incumplimiento haya sido detectado y genere la iniciación de actuaciones inspectoras o antes que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen las actuaciones consecuentes a la presentación de una querrela o denuncia. También se prevé una reducción de la pena si el sujeto infractor regulariza su situación tras estas actuaciones en el plazo de dos meses y abona la deuda o colabora en la obtención de pruebas o en la captura de otros responsables.

En la reordenación de los tipos delictivos contra la Seguridad Social, se ha introducido además un nuevo artículo (el 307 bis CP) que consagra un tipo agravado (con mayores penas, plazos de prescripción, mayor multa mínima, pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y ayudas públicas por un periodo de cuatro a ocho años de así como de contratar con las administraciones públicas), ampliando y agravando las sanciones en el supuesto, muy habitual, de la responsabilidad de las personas jurídicas (nuevo 310 bis CP). Esto es así cuando la cuantía defraudada como cotizaciones debidas y deducciones o desgravaciones indebidas, excede de 120.000 (en el mismo plazo de cómputo de cuatro años); cuando la defraudación se ha cometido en el seno de una organización o grupo criminal (diferenciándose según su nivel de organización o estructuración interna) con la finalidad concertada o coordinada de cometer el delito; o, lo que muy relevante en los casos de empleo irregular, cuando se utilicen personas físicas (testaferros) o jurídicas o entes sin personalidad, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación para ocultar la identidad del obligado o responsable del delito o la propia determinación de la cuantía defraudada, del patrimonio del deudor o del responsable del delito (sobre este delito, LOZANO ORTIZ, 2013, pp. 333-364).

Contra las actividades dirigidas a defraudar a la Seguridad Social, obteniendo de forma fraudulenta sus prestaciones, se alza otro tipo delictivo, regulado por la LO 7/2012 y contenido en el nuevo art. 307 ter CP. En este caso se quiere castigar el fraude consistentes en la obtención o prolongación de las prestaciones de Seguridad Social mediante error inducido por el sujeto o por la

ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar (la existencia, desempeño y retribución de un trabajo incompatible con la prestación, en el ejemplo más típico), causando con ello un perjuicio a la Administración Pública. Un comportamiento delictivo que puede verse agravado si la cuantía de lo defraudado excede de 50.000 euros o se hubiera producido en el seno de una organización o grupo criminal o el recurso a las habituales medidas societarias de elusión de las cargas fiscales y sociales en los términos antes indicados. Siendo las penas de seis meses a tres años de prisión en cuanto al tipo ordinario y de dos a seis años en el tipo agravado y la multa del tanto al séxtuplo en ambos casos de la cantidad defraudada; así como de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones ayudas por un periodo de tres a seis años. También se recoge un supuesto de regularización voluntaria antes de la persecución del delito, siempre que el sujeto ingrese el valor de la prestación indebidamente percibida más el interés anual del dinero más dos puntos; recargo que desincentiva el recurso al impago de las cotizaciones como una forma de financiación reducida de la actividad de la empresa. Tanto en relación con este delito como con el anterior, el procedimiento penal no impide la acción de cobro por parte de la Administración competente, obligando cuando menos a garantizar el pago (en los supuestos de suspensión), así como la ejecución de la pena de multa y de responsabilidad civil (acerca de este delito, ARREBO LAFUENTE, 2013, pp. 365-390).

En otro orden de cosas, el art. 308 CP tipifica el delito de obtención de subvenciones y ayudas por una cantidad superior a los 120.000 euros falseando las condiciones u ocultando las que las hubieren impedido la concesión o si se trata de actividades financiadas con fondos públicos de los desvíe de su finalidad un mínimo de esos mismos 120.000 euros, en ambos casos con el tiempo de cómputo de un año, lo que dificulta mucho la integración del tipo penal. Con una pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de su importe pero permitiéndose, como en el caso anterior, la regularización voluntaria como forma de eludir la responsabilidad penal, que no las otras, por esos comportamientos, y estableciéndose, además, reglas semejantes a las descritas antes en cuanto a la no paralización de los procedimientos dirigidos al cobro de las cantidades defraudadas.

Por último, la LO 7/2012 también se refiere en el art. 311.2 CP al delito de ocupación colectiva de trabajadores sin alta o de extranjeros sin autorización de trabajo (sobre él, MERINO HERNÁNDEZ, 2013, pp. 391-448). Se trata de delitos cuya gravedad reside en su repercusión personal debido al hecho de que los afectados son un colectivo de trabajadores, condición que se expresa relacionando en porcentajes el número de los trabajadores afectados con el total de la empresa (desde el 25 por 100 en las empresas grandes a la totalidad en las microempresas). La conducta típica se manifiesta en dar ocupación simultánea

sin alta o si haber obtenido la autorización de trabajo a ese número de trabajadores; esto es, de nuevo un delito contra la Seguridad Social constitutivo de un comportamiento de ocultación o de incumplimiento pleno. Un comportamiento que es sancionado con una pena de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses.

Como ha podido apreciarse a través de la sintética descripción de todos estos nuevos o reformados tipos penales, lo que se persigue con esta actuación genuinamente represiva es castigar las conductas defraudatorias en relación con la Seguridad Social constitutivas de lo que se viene calificando como irregularidades totales (falta de alta, falta absoluta de cotización, ausencia de permisos, obtención indebida de prestaciones de la Seguridad Social o logro fraudulento de subvenciones o ayudas); y no tanto en lo que se refiere a comportamientos sólo parcialmente irregulares, aunque también en este caso (defectos de cotización aunque no ausencia total de ella) se trata de conductas sancionables pero sólo en la medida en que pueden ser económicamente cuantificables. Lo que se pretende es, en todo caso, garantizar el adecuado ingreso de los recursos del Sistema de Seguridad Social o evitar su gasto indebido.

Un segundo lugar ocupa, sin embargo, la represión de las conductas, expresivas de empleo irregular, orientadas a imponer a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual, siempre que lo hagan mediante engaño o, lo que es más eficiente, mediante abuso de situación de necesidad; algo que podría, aunque con problemas, identificarse con las situaciones de desempleo prolongado, pobreza, o vulnerabilidad en el mercado de trabajo. Esto es lo que se ha venido llamando irregularidades parciales en relación con las condiciones de trabajo o de Seguridad Social y que se hace en el mismo art. 311 CP. Que también se refiere, en el mismo ámbito, a la transmisión de empresa que tenga lugar con conocimiento por parte del adquirente de esos comportamientos delictivos y que, no obstante, los mantengan como forma de abaratar los costes de la plantilla asumida mediante la transferencia empresarial.

Frente a la preocupación del legislador penal por reforzar el cumplimiento de las obligaciones económicas frente a la Seguridad Social, la Ley 7/2012 sólo atiende y reprime de forma mucho más liviana y secundaria los comportamientos irregulares que afectan a la inaplicación de cualquier circunstancia o condición laboral exigible. Algo que, como ya se ha repetido, comprende multitud de actividades irregulares en relación con las cuales, por su mayor visibilidad y posibilidad de control, seguramente se ha considerado menos necesaria la persecución penal rigurosa. Aunque igualmente se trate de vulneraciones legales que tiene o pueden valorarse económicamente si bien los sujetos afectados no son las Administraciones Públicas (la Seguridad Social, en el caso) sino los propios trabajadores.

La reforma del CP de 2012, en consecuencia, puede calificarse como penalizadora de las manifestaciones del empleo irregular más absolutas y totales y que tienen como sujeto pasivo a la Seguridad Social. Una defensa más de los ingresos públicos que de los derechos de los trabajadores que no implica ninguna dimensión relacionada con el actuar administrativo más allá del aspecto directamente relacionado con su actuación represiva tradicional.

5. LA ADMINISTRACIÓN LABORAL Y EL EMPLEO IRREGULAR. LAS COMPETENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN LABORAL EN MATERIA DE EMPLEO IRREGULAR

Tras este largo recorrido conceptual y descriptivo de las iniciativas normativas en relación con el empleo irregular, procede ahora reflexionar con carácter crítico acerca del papel de la Administración Laboral en la lucha contra esta rechazable práctica social.

La expresión Administración Laboral se usa aquí en un sentido amplio, comprensiva de todas las instituciones públicas con competencias en materia laboral y de seguridad social. En este sentido, la norma central es el Real Decreto 343/2012, de 10 de febrero, por el que desarrolla la estructura orgánica del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Analizando la estructura que en esta norma se establece y rastreando entre las competencias que en la misma se asignan es posible enumerar, aparte de las generales, algunas que tienen relevancia en cuanto al tema del empleo irregular. Como se sabe, el RD 343/2012 establece una estructura orgánica dividida entre la Secretaría de Estado de Empleo y dentro de ella la Dirección General de Empleo, una Secretaría de Estado de la Seguridad Social con la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de la que depende la Gerencia de Informática de la Seguridad Social, una Secretaría General de Inmigración y Emigración dentro de la cual funciona una Dirección General de Migraciones, y, finalmente, la Subsecretaría de Empleo y Seguridad Social de la que dependen la Dirección General de la ITSS y la Subdirección General de Tecnologías de la Información y la Comunicación. Una estructura que, con las variaciones lógicas, se reproduce, en cuanto a las competencias ejecutivas y de gestión, en las diversas Consejerías autonómicas.

De todas las funciones y competencias asignadas a estos órganos de la Administración Laboral pueden destacarse, como se ha dicho, algunas que tienen relevancia a efectos del empleo irregular. Así, todos estos órganos tienen competencias generales de organización, planificación y coordinación, tanto interna como con otros órganos de la Administración, en la ejecución de sus competencias que sin duda pueden ejercitarse en lo que se refiere a la lucha

contra el empleo irregular, como es el caso, por ejemplo, de lo relativo a la tramitación de todos los procedimientos en los que se produce una intervención administrativa en materia de empleo, las autorizaciones preceptivas así como la importante función de tramitar los procedimientos sancionadores en materia de empleo, prestaciones por desempleo y seguridad e higiene en el trabajo (Dirección General de Empleo, art. 3); o respecto de la ejecución de las normas de Seguridad Social, comprendiendo lo referido a la gestión y, en particular, el control de las ayudas a la cotización y todo lo referentes a las sanciones por infracciones en el ámbito de la Seguridad Social (Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, art. 6); y semejantes competencias de coordinación y gestión colectiva de los permisos de trabajo están atribuidas a la Dirección General de Migraciones (art. 9). Competencias generales de ordenación, coordinación, planificación, organización y más específicas de autorizaciones de trabajo y sancionadoras que también tienen las Comunidades Autónomas en los ámbitos y materias que se la hayan transferido.

Pero, sin duda, y tratándose de comportamientos irregulares (normalmente ilegales) es lógico que la concentración de esas competencias se produzcan en el órgano que tiene asignadas las funciones de vigilancia, control y sanción, que, a nivel estatal, es la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (art. 12 del RD 343/2012) y que, en el nivel autonómico, serán los departamentos correspondientes. Según este artículo, a la Dirección General de la ITSS le corresponde una serie de funciones que, de una parte, se mueven en el ámbito de la coordinación y la colaboración administrativa. Es el caso de las competencias que se refieren a la coordinación con otros órganos administrativos, internos, de otras instancias ministeriales o de las comunidades autónomas con competencias en materia de empleo irregular, ya se produzcan estas prácticas en el ámbito del empleo, de la seguridad social o de la inmigración.

Pero la Dirección General de la ITSS lo que tiene básicamente es la función general de estructurar la tarea inspectora, por ese motivo la mayor parte de sus competencias se refieren a ella, comprendiendo la organización, dirección, planificación, coordinación y ejecución de la actuación y funcionamiento del sistema de la ITSS, de acuerdo con la Ley 42/1997, ordenadora de la ITSS, y, más específicamente, la elaboración (de acuerdo con las comunidades autónomas con las que comparte competencias) de planes, programas, y protocolos para la actuación inspectora en relación con el control del cumplimiento de la normativa en materia de relaciones laborales y seguridad laboral y, con más amplitud dada su competencia exclusiva en este campo, la elaboración de planes, programas, acciones, métodos de investigación y protocolos de actuación para la detección y persecución de fraudes e incumplimientos en materia de seguridad social, economía irregular y trabajadores extranjeros, así como en

materia de bonificaciones para la contratación. Ello además de las funciones respecto de la planificación y gestión de los recursos humanos del sistema de inspección en materia de selección, distribución geográfica y sectorial, y el diseño de los planes y programas de formación, perfeccionamiento y promoción profesional, o la de realizar las inspecciones de ámbito supraautonómico en materias de competencia estatal, organismos de la Administración General del estado y entidades colaboradoras de la gestión de la Seguridad Social.

Es, pues, la ITSS, con la doble dependencia funcional que la caracteriza, el órgano sobre el que pivota la actividad administrativa en torno al empleo irregular. A este efecto, conviene repasar lo establecido en el art. 3 de la Ley 42/1997, cuyo art. 3 se refiere a la función inspectora dividiendo sus tareas en dos grupos. De una parte, las de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y convencionales, en cualquier ámbito laboral, de seguridad social o de emigración; lo que remite claramente a la tradicional función inspectora de control y de corrección de comportamientos desviados de la ley bien sea advirtiendo y requiriendo al incumplidor, bien practicando actuaciones de otro tipo que corrigen el comportamiento infractor, bien iniciando el procedimiento sancionador (art. 7). Otras competencias que pueden interesar aquí se agrupan bajo el epígrafe de asistencia técnica de tipo básicamente informativo con motivo del ejercicio de la función inspectora, dejando al margen las de arbitraje, conciliación o mediación que no juegan ningún papel en el tema del empleo irregular.

Todo lo anterior no parece dejar mucho espacio a las medidas que se propugnan para combatir el empleo irregular fuera de lo que es la función típica de vigilancia, corrección y sanción. Como si de la literatura que se ha venido viendo acerca de las medidas posibles para afrontar el empleo irregular, el legislador español siguiera poniendo el acento en la actividad controladora y sancionadora, ignorando o dando poca relevancia a otras medidas de tipo preventivo, disuasorio, organizativo, estructural o de sensibilización social frente al fenómeno del empleo irregular, pese a que, como indicaba la OIT, siendo importante y crucial la dimensión represiva, debe considerarse como el último recurso o la última forma de solucionar el problema. Estas otras medidas también pueden ponerse en práctica en virtud de las competencias que tienen asumidas los órganos administrativos laborales, particularmente las relativas a planificación, elaboración de programas, métodos de investigación y selección, dotación y formación del personal, si bien han alcanzado un desarrollo muy escaso.

Volviendo a una reflexión general acerca de la intervención de la Administración Laboral en el empleo irregular, no es necesario subrayar que la Administración Pública debe regirse en su funcionamiento por el principio de respeto a la legalidad, lo que hace que su margen de actuación frente al empleo

irregular esté delimitado, en cuanto a los incumplimientos laborales hace referencia, por lo establecido por las normas laborales y convencionales en cuanto a los derechos laborales de los trabajadores. En consecuencia, como ha sucedido en la realidad española, el ajuste normativo reiteradamente requerido en términos de flexibilización y eliminación de rigideces y de garantías para los trabajadores como forma de eliminación o de atenuación del empleo irregular (sobre todo de la que se ha venido llamando como irregularidad parcial) se ha encomendado lógicamente al legislador. El cual, tanto obedeciendo a estas exigencias como a las más genéricas de eliminar trabas y obstáculos a un uso más productivo de la fuerza de trabajo, ha asumido esa tarea y se ha decantado por una eliminación masiva de garantías que ha reforzado de manera extraordinaria el poder del empresario en cuanto a la organización y utilización de esa fuerza de trabajo.

Así lo vienen expresando, de forma reiterada y acumulativa, las distintas reformas del empleo y del mercado de trabajo, asumiendo paradójicamente, en cuanto a las irregularidades laborales, que una forma de eliminarlas es legalizarlas; de forma que, al disminuir las garantías, menos interés tiene el empresario en incumplir la ley y más fácilmente su conducta será considerada legal. Al reducir el ámbito de la ilegalidad, disminuye igualmente el de la irregularidad, aunque sea a costa del sacrificio de los trabajadores cuyos derechos, ahora legalmente, se han visto disminuidos. Por este motivo, la última reforma del CP sólo de manera secundaria tipifica este tipo de conductas, revelando la relativa escasa trascendencia que tienen para el legislador, y el escaso compromiso en reforzar la posición de los trabajadores. Aunque se sepa que los incumplimientos de los mínimos laborales en relación con cualquier circunstancia de trabajo (salario pagado inferior, no disfrute de descansos, prolongaciones no retribuidas de jornadas, abuso del trabajo a tiempo parcial, defectos en materia de seguridad en el trabajo, etc.) son, incluso en el seno de una legislación poco garantista, una práctica habitual en muchas empresas.

En este caso, la debilidad de la acción de control (que subsiste, sin embargo, normativamente) puede deberse, como realidad práctica, a la dificultad del control, a la necesidad de contar con más recursos personales, a la anuencia interesada (horas extraordinarias por encima del límite legal) o forzada (por debilidad de su posición negociadora) de los trabajadores y, finalmente, a una cierta convicción inconsciente de que es la propia existencia de muchas garantías laborales la que provoca el empleo irregular por lo que no interesa tanto controlar lo que se entiende que la norma no debería permitir o garantizar. Además, la presión de la crisis económica sobre el empleo se vería acentuada si se exigieran rigurosamente todos los estándares laborales, amenazando por su coste la existencia misma de la empresa; con lo que, al fin, se toleran en alguna medida este tipo de prácticas como una forma de favorecer el empleo,

preñando un empleo malo al desempleo o un empleo cumplidor parcial de las obligaciones laborales que la desocupación. El argumentario típico, en ?n, de la desregulación que convierte los derechos laborales en la propia causa de desempleo o, en el mejor de los casos, del empleo irregular. Todo ello hace que la actuación administrativa, incluso en el terreno de la represión de las conductas, se oriente esencialmente hacia los incumplimientos totales, de mayor gravedad individual y que tienen una repercusión negativa sobre el ingreso o el gasto público en Seguridad Social.

Tampoco se actúa sobre ese marco normativo, social e institucional, desde el punto de vista de la mejora de las prestaciones de garantía de ingresos como manera de atenuar la presión que la falta de recursos o de empleo signi?ca en cuanto a la aceptación forzada de condiciones de trabajo irregulares. Está claro que, cuando los trabajadores cuentan con el colchón o el amortiguador que signi?can unas prestaciones sociales de garantía de ingresos su?cientes, su propensión a aceptar condiciones de trabajo degradadas es mucho menor y, en consecuencia, más baja su aceptación de los fenómenos de empleo irregular; sucediendo justamente lo contrario si esas prestaciones son escasas, limitadas y radicalmente incompatibles con el trabajo, aunque recientes cambios normativos en esta línea parecen ir orientándose hacia permitir esa compatibilidad aunque sea parcial. En todo caso, la rígida posición contraria al incremento del gasto público y la defensa de la estabilidad presupuestaria han funcionado como límites casi insalvables para políticas de este tipo, abandonando en consecuencia toda iniciativa de reforzamiento de los derechos en este terreno.

Por el contrario, tanto en los documentos de medidas contra el empleo irregular como, sobre todo, en las reformas normativas, lo que ha interesado atajar es, esencialmente, el incumplimiento total (faltas de altas y/o de cotización), o el parcial (defectos de cotización) con consecuencias económicas negativas para la Seguridad Social; esto es los comportamientos más graves (de ocultación total) que, a la vez, ocasionan daños económicos a las ?nanzas públicas, más concretamente a la Seguridad Social, sea por defecto de ingresos (no dar de alta y/o no cotizar o hacerlo indebidamente) o por exceso de gastos (compatibilidad ilegal entre prestaciones de la Seguridad Social y el trabajo, obtención fraudulenta de subvenciones y ayudas). Aquí sí, como se ha visto, la reacción normativa es más fuerte, tanto en el terreno administrativo como penal.

En consecuencia, el margen que queda a la Administración Laboral, aun siendo nominalmente el mismo, pierde relevancia estratégica en lo que hace a los incumplimientos laborales parciales al concentrar los esfuerzos de control, inspección, vigilancia y sanción a esos supuestos en los que están en juego los ingresos del Sistema de Seguridad Social. Sólo en ciertos casos, particulares, que se consideran comportamientos típicos y extendidos de empleo irregular, con consecuencias igualmente en el terreno de la Seguridad Social, como es

el supuesto de las empresas ficticias (organizadas con la finalidad de obtener fraudulentamente beneficios de la Seguridad Social), contratación y subcontratación (para reforzar el control por parte del empresario principal de las posibles irregularidades cometidas por los contratistas), o suspensiones de contratos y reducciones de jornada (para controlar la legitimidad de las prestaciones de desempleo que se asocian a este tipo de situaciones). Situaciones en relación con las cuales se han hecho cambios normativos que ha supuesto una encomienda especial de control para la Administración Laboral.

Delimitado así el campo de actuación, no teórico sino real, de la Administración Laboral, hay que destacar por tanto que, dejando al margen las reformas normativas y los procedimientos de regularización o de amnistía, su función principal sigue siendo la represiva y, en consecuencia, disuasoria. De aquí, con independencia del agravamiento penal de estas conductas, el aumento de los tipos administrativos así como todas las medidas organizativas que favorecen la eficacia de los procedimientos sancionadores y el cobro de las cantidades adeudadas o defraudadas: planes de inspección, coordinación entre administraciones, creación de unidades de análisis o de apoyo, suscripción de convenios de colaboración, mejora de los procedimientos de vigilancia, de comprobación de datos y de imposición de sanciones eliminando las posibilidades de elusión por vía de cuantías, plazos, prescripciones, notificaciones formales, valor como antecedentes de anteriores actuaciones, liquidaciones conjuntas o simultáneas, aplicación de innovaciones tecnológicas, mejora de la formación de los inspectores, creación de cuerpos de apoyo, intercambio de información, o agilización de los procedimientos. Fuera de estas iniciativas, vinculadas a la función represiva, poco se hace, en cuanto actuación de la Administración Pública en el ámbito del empleo irregular, sobre todo en lo que se refiere a los objetivos de sensibilización (campañas informativas, comunicación de resultados, llamada de atención a la conciencia social) salvo, si acaso, lo que hace a la publicidad de las sanciones. Un terreno en el que la Administración Laboral puede desarrollar un papel muy superior en intensidad y medios de lo que ha hecho hasta ahora; como pueden mejorarse siempre las iniciativas de colaboración, coordinación y cooperación administrativa.

Es difícil hacer hipótesis acerca de las posibilidades de actuación de la Administración Laboral en cuanto al empleo irregular. Presentándolas como una secuencia, esas posibilidades, no todas desarrolladas plenamente en nuestro país, serían las siguientes y servirán para cerrar este trabajo:

En primer lugar, el empleo irregular se mueve en un contexto social de permisividad como así lo atestiguan los altos índices estimados en España y su contraste con los de otros países o con la media de la Unión Europea. No se trata, evidentemente, de que la Administración Laboral emprenda una cruzada moral contra el empleo irregular ya que las iniciativas en este sentido carecen

de validez social si no se producen en todos los ámbitos relacionados con el uso de recursos públicos o con el respeto a las normas. Pero no dejan de ser acciones relevantes que, cuando menos, desactiven los mensajes legitimadores de estas prácticas.

Como los que reclaman como imprescindibles reformas sociales añadidas que debiliten aun más los derechos de los trabajadores (justificando en cierta medida que el empleo irregular se anticipe a esas reformas imponiendo, aunque sea ilegalmente, esas condiciones peores, que se piden que pasen a ser regla legal); o los que discuten la razón de ser, o lo excesivo, de las cargas públicas exigiendo la reducción de los costes laborales (supresión del salario mínimo, por ejemplo) o sociales (rebaja de cotizaciones, calificación de excesivos y de impuestos sobre el trabajo de esos costes) como forma de garantizar la actividad económica y el empleo (de manera que quien, mediante la irregularidad, ya se anticipa a esos descuentos no hace sino aplicar ex ante una receta considerada socialmente válida aunque no haya sido asumida aún por la ley); o quienes critican, normalmente sobreestimando su coste, la existencia de prestaciones de garantías de recursos de subsistencia al ser un impedimento para la aceptación del empleo y no una garantía de condiciones mínimas dignas (lo que la OIT califica como trabajo decente); o quienes difunden la idea, de fácil acogida social, de la naturaleza parasitaria de muchas prestaciones, sobre todo las temporales que interactúan más frecuentemente con el mercado de trabajo (desempleo, incapacidad temporal), por disfrutarse en gran medida, se dice aunque sin soporte estadístico que lo conforme, de manera irregular como lo evidencian el rechazo de ofertas de empleo, realización simultánea con la prestación de otros trabajos incompatibles, o la prolongación artificial de la duración de la baja. Como también legitima los comportamientos irregulares en el mercado de trabajo lo relativo a la corrupción pública, a su rechazo social y a su represión, debido a la frecuente conexión entre ambos fenómenos.

En consecuencia, esta dimensión del actuar administrativo en el campo de la sensibilización o de la creación de una conciencia social que rechace estas prácticas es extenso y relativamente poco transitado; aunque, como se ha dicho, esas actuaciones deben partir de un consenso básico acerca de qué se debe entender por empleo irregular, cual debe ser la reacción social frente a él y qué medios está dispuesta, y en qué orientación, a poner en juego la Administración para combatirlo.

En segundo lugar, el combate contra el empleo irregular debe, partiendo de un contexto normativo que aquí no se discute porque no corresponde definirlo a la Administración Pública aunque esté condicionada por él, atender a la mejor disposición de los medios (materiales, personales, procedimentales) al alcance de los poderes públicos. Nunca será demasiado todo lo que pueda avanzarse en estos ámbitos para los que existen muchas herramientas de las

cuales se ha hecho mención antes. Un adecuado diseño institucional; un correcto y no conflictivo reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, y dentro de cada uno de estos órganos públicos según criterios funcionales, de especialización y territoriales; el fomento y la exigencia de una colaboración eficaz (permanente, abierta, flexible, funcional) entre las administraciones públicas implicadas y de una cooperación en todos los órdenes, esencialmente en el informativo; una elección correcta del principal interlocutor público en la lucha contra el empleo irregular descargando de él, como sucede con la ITSS, el rasgo de identidad exclusiva como agente de control y represión para abrirse a otras funciones e iniciativas de otro signo menos incisivas pero, posiblemente, al menos igual o más eficaces; una dotación adecuada de medios materiales y personales, de acuerdo con la entidad cuantitativa y la complejidad de los fenómenos a controlar; y, en fin, el estudio, análisis y cuantificación de las prácticas más habituales de empleo informal y la identificación de los sectores o actividades que se presentan como nichos privilegiados de ellas así como una reflexión más imaginativa acerca de la forma de combatirlas. Ciertamente, algunas de estas iniciativas se han puesto en práctica, pero queda aún un amplio campo donde el que la Administración Laboral puede actuar, particularmente si se la dota de los medios requeridos y se le da el soporte de una legislación favorable.

Sin duda que la actuación administrativa de control y de sanción a través de los procedimientos establecidos es el eje en torno al cual gira y se concentra la actuación de la Administración Laboral en el empleo irregular. En realidad parece que, en España, la lucha el empleo irregular se ha hecho una división radical entre la tarea legislativa y la administrativa. Así, corresponde al legislador las funciones básicas de establecer la estrategia general de lucha contra el empleo irregular; especificar la parte de las reformas que se incorporarán a los textos normativos laborales o de seguridad social que regulan derechos de esta índole flexibilizándolos, reduciéndolos o eliminándolos, y asumiendo qué parte les corresponde entre las causas del empleo irregular; fijar los procedimientos de actuación de la Administración Laboral; determinar las conductas irregulares y proceder a su tipificación y sanción tanto en el orden administrativo como penal, graduándolas en lo que hace a la infracción y las penas; regular las funciones, objetivos y competencias de la Administración Laboral en el terreno del empleo irregular, dotándola de los procedimientos adecuados; establecer la estructura institucional y, en última instancia, decidir los medios de todo tipo que se asignan a esas funciones.

Hechas todas las opciones anteriores por el legislador, la Administración Laboral ya tiene predeterminado su campo de actuación y que, como se ha repetido ya, parece estar concentrado en la función represiva, ampliamente considerada. A la Administración Laboral sólo le queda, en este diseño, la tarea

de controlar, vigilar, comprobar (lo que, en sí mismo puede ser desde luego un tipo de actuación preventiva) y, finalmente, si se detectan conductas desviadas, la de sancionar tales comportamientos con rapidez y eficacia. Sigue siendo, pues, la función represiva la más relevante que se atribuye a la Administración Laboral, aunque ésta haya existido desde siempre y, con la misma persistencia, se haya perpetuado el empleo irregular. Y sin que el simple agravamiento de las penas, que sin duda aumenta su poder disuasorio como puede decirse de las últimas reformas del CP, sirva por sí sólo para combatir eficazmente el empleo irregular. Pero mientras la opción represiva siga siendo la central, poco espacio queda a la Administración Laboral para intervenir en el empleo irregular más allá de mejorar su estructura, dotarse de más y mejores medios, aplicar un procedimiento sancionador bien diseñado, e imponer y hacer cumplir las sanciones previstas con agilidad y eficacia. En todo caso, es claro que el papel de la Administración Laboral es crucial en la persecución y eliminación del empleo irregular. Tanto en el ejercicio correcto y eficaz de sus competencias de autorización (por ejemplo, de trabajo en relación con los extranjeros) como en sus funciones de comprobación y de vigilancia. Dependiendo su efectividad de la orientación elegida y de los medios puestos a su servicio, lo que no siempre es la adecuada y pocas veces los suficientes.

BIBLIOGRAFÍA

- ALIAGA MÉNDEZ, V.A y ALBERICH MEDINA, I., "Crisis económica y economía sumergida", en *El cronista del Estado Social y Democrático*, 28/2012, pp. 58-65.
- AMAYA PILARES, M.S., "La modificación del reglamento sobre inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas", en AAVV. *Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social (Análisis de las reformas legislativas)*, Thomson Reuters-Lex Nova, 2013, pp. 309-315.
- ARGANDOÑA RAMÍZ, A. "Economía sumergida: consideraciones éticas", en *Implicaciones de la Economía sumergida en España* (Libro marrón), Círculo de Empresarios, Madrid, 2010, pp. 45-61.
- ARREBO LAFUENTE, I., "Comentarios al artículo 307 ter del Código Penal introducido por 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", en AAVV. *Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social (Análisis de las reformas legislativas)*, Thomson Reuters-Lex Nova, 2013, pp. 365-390).

- BAVIERA PUIG, I. "Avances en la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la seguridad social", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 9/2014, pp. 2 a 14 (BIB 2014/65)
- BRINDUSA, A. y VÁZQUEZ, P. "Economía sumergida. Comparativa internacional y métodos de estimación", en *Implicaciones de la Economía sumergida en España* (Libro marrón), Círculo de Empresarios, Madrid, 2010, pp. 17-42.
- CALDERÓN PASTOR, F.J. "La penúltima reforma de las responsabilidades en materia de Seguridad Social en los casos de contrataciones y subcontratas: la reforma del artículo 42 del ET y del art. 5 del RDley 5/2011", en *AAVV. Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social (Análisis de las reformas legislativas)*, Thomson Reuters-Lex Nova, 2013, pp. 29-145.
- DE LA VILLA GIL, L. E., "La economía sumergida y los arañazos super?ciales a la realidad social, a través de las medidas adoptadas por el Gobierno. Breve comentario al Real Decreto Ley 5/2011, de 29 de abril", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 26/2011 (Iustel), pp. 174-193
- GESTHA. Asociación profesional de Técnicos del Ministerio de hacienda, "La economía sumergida pasa factura. El avance del fraude en España durante la crisis", enero 2014.
- GIL VILLANUEVA, M. "Artículo 3. Modificación de la ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social", en *AAVV. Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social (Análisis de las reformas legislativas)*, Thomson Reuters-Lex Nova, 2013, pp. 147-189).
- GUTIÉRREZ TRASHORRAS, L., "La nueva regulación de las infracciones y sanciones en materia de falta de alta, compatibilización indebida de prestaciones y el fraude en medidas colectivas", en *AAVV. Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social (Análisis de las reformas legislativas)*, Thomson Reuters-Lex Nova, 2013, pp. 191-237).
- JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, A. y MARTÍNEZ-PARDO DEL VALLE, R. "La economía sumergida en España", Fundación de Estudios Financieros, Documento de Trabajo nº 4, 2013, pp. 1-94.
- HURTADO JORDAS, J. "La dinámica social de la economía sumergida", en *Implicaciones de la Economía sumergida en España* (Libro marrón), Círculo de Empresarios, Madrid, 2010, pp. 99-125.
- LÓPEZ DEL PASO, R. "La economía sumergida en España", *eXtoikos*, 10/2013, pp. 63 y ss.

- LÓPEZ PARADA, R. A., “La morosidad en el pago de las cotizaciones sociales y la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social”, en AAVV. *Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social (Análisis de las reformas legislativas)*, Thomson Reuters-Lex Nova, 2013, pp. 239-286.
- LÓPEZ PARADA, R. A., “Otras modificaciones introducidas en la Ley de Infracciones y sanciones en el Orden Social por la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social”, en AAVV. *Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social (Análisis de las reformas legislativas)*, Thomson Reuters-Lex Nova, 2013, pp. 291-302.
- LOZANO ORTÍZ, J.C. “El nuevo delito contra la Seguridad Social”, en AAVV. *Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social (Análisis de las reformas legislativas)*, Thomson Reuters-Lex Nova, 2013, pp. 333-364.
- MARTÍN VALVERDE A. y GARCÍA MURCIA, J. “Medidas y cambios legislativos para la regularización y el control del empleo sumergido. El RD Ley 5/2011”, *Derecho de los Negocios*, 249/2011, pp. 65-70.
- MERINO HERNÁNDEZ, G. “Delito de ocupación colectiva de trabajadores sin alta o de extranjeros sin autorización de trabajo”, en AAVV. *Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social (Análisis de las reformas legislativas)*, Thomson Reuters-Lex Nova, 2013, pp. 391-448.
- MOYANO JURADO, C.M. “Fraude en el mercado laboral”, en *Implicaciones de la Economía sumergida en España* (Libro marrón), Círculo de Empresarios, Madrid 2010, pp. 173-194.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., “El empleo sumergido y su regularización: alcance del RD Ley 5/2011”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3/2011, pp. 6-83
- SERRANO SANZ, J.M. “Economía bajo la superficie”, en *Implicaciones de la Economía sumergida en España* (Libro marrón), Círculo de Empresarios, Madrid, 2010, pp. 221-237.