



*Revista del Ministerio
de Empleo y Seguridad Social*

Derecho del trabajo

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE EMPLEO
Y SEGURIDAD SOCIAL

128

2017

Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Derecho del Trabajo

CONSEJO ASESOR

- Serie Derecho del Trabajo: **Alfredo Montoya Melgar**, Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. **Nuria Paulina García Piñeiro**, Vocal Asesora del Gabinete de la Ministra.
- Serie Seguridad Social: **José M^a Marín Correa**, Magistrado del Tribunal Supremo. **Pilar González de Orduña Cereijo**, Directora del Gabinete de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social.
- Serie Derecho social Internacional y Comunitario: **Luis Enrique de la Villa Gil**, Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid. **Lucía Ortiz Sanz**, Vocal Asesora Unidad de Apoyo de la Secretaría General Técnica.
- Serie Economía y Sociología: **Gerardo Meil Landwerlin**, Catedrático de Sociología. Universidad Autónoma de Madrid. **Raquel Peña Trigo**, Vicesecretaria General Técnica.
- Serie Migraciones Internacionales: **Emiliano García Coso**, Decano Internacional del Centro de Estudios Superiores Sergio Arboleda, adscrito a la Universidad Rey Juan Carlos. Profesor Agregado de Derecho de la UE. **M^a Belén Roel de Lara**, Jefa del Gabinete Técnico de la Secretaria General de Inmigración y Emigración.

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO

Maximino Carpio García, Catedrático de Hacienda Pública. Universidad Autónoma de Madrid.

Joaquín García Murcia, Catedrático y Director del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Universidad Complutense.

Angel Blasco Pellicer, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia.

Cristina Gortazar Rotaeche, Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho de la UE. Universidad Pontificia de Comillas-ICADE.

DIRECTOR

Pablo Hernández-Lahoz Ortiz
Secretario General Técnico

SUBDIRECTOR

Francisco Javier Andrés González
Subdirector General de Información
Administrativa y Publicaciones

SECRETARÍA

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
del Ministerio de Empleo y Seguridad Social
Agustín de Bethencourt, 11

28003 Madrid

Telf: 91 363 23 05

Fax: 91 363 23 49

Correo Electrónico: proproeditorial@meyss.es

Internet: <http://www.meyss.es>

La Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social no se responsabiliza de las opiniones expresadas por los autores en la redacción de sus artículos.

Se permite la reproducción de los textos siempre que se cite su procedencia.

RET: 17-2.357

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<http://publicacionesoficiales.boe.es/>



Edita y distribuye:

Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Subdirección General de Información

Administrativa y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

NIPO EPUB: 270-15-070-2

NIPO Internet: 270-15-069-X

ISSN Papel: 2254-3295

ISSN Electrónico: 2254-3511

Depósito legal: M-12.168-1998

Diseño cubierta: CSP

Diseño interior: C & G

Imprime: Estilo Estugraf Impresores, S.L. • Telf. 91 808 62 00

Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Derecho del Trabajo

LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

SUMARIO

PRESENTACIÓN, *Fátima Báñez García*, 9

EDITORIAL, *Alfredo Montoya Melgar*, 13

ESTUDIOS

La Inspección de Trabajo en España: unos cuantos trazos sobre su evolución histórica. *Joaquín García Murcia*, 19

El procedimiento de oficio y la Inspección de Trabajo. *Antonio V. Sempere Navarro*, 37

Líneas divisorias entre los ilícitos administrativos y los ilícitos penales de los arts. 307 y 311.2º. *Francisco Javier Calderón Pastor y Gonzalo Merino Hernández*, 61

La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la prevención de los riesgos laborales: una propuesta de sistematización. *Pablo Segado Rodríguez*, 87

Actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la lucha contra el fraude en la contratación temporal: virtudes y carencias. *Arcadio Delgado Castañeda*, 105

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las políticas de igualdad.

Juan de Dios Fernández Lupiáñez, 127

La descentralización productiva y la cesión ilegal de trabajadores. El papel desempeñado por la ITSS en el deslinde de ambos fenómenos. *Eusebio Ortiz Font, 141*

El trabajo falsamente autónomo como especie del trabajo no declarado.

Tendencias actuales. *Juan José Camino Frías, 161*

Las nuevas formas emergentes de trabajo. Especial referencia a la economía colaborativa. *Pablo Páramo Montero, 183*

Becarios y prácticas no laborales en empresas. *José Luis Hernández de Luz, 209*

Las obligaciones de auxilio y colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. *Luis F. Gutiérrez Trashorras, 227*

La vigilancia y control de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los desplazamientos transnacionales en el ámbito de la UE-EEE.

Manuel Velázquez, 247

La Inspección de Trabajo y las tecnologías de la información y comunicación.

Retos y oportunidades. *Juan Antonio Elena García, 273*

La ITSS en el País Vasco: una experiencia de colaboración entre

Administraciones. *Carlos Emilio García Martín, 291*

Journal of the Ministry of Employment and Social Security

Labour Law

LABOUR INSPECTION AND SOCIAL SECURITY

CONTENTS

PRESENTATION, *Fátima Báñez García*, 9

EDITORIAL, *Alfredo Montoya Melgar*, 13

STUDIES

Labour Inspection in Spain: a brief outline of its historical evolution.

Joaquín García Murcia, 19

Ex officio procedure and Labour Inspection. *Antonio V. Sempere*.

Navarro, 37

A borderline between administrative and criminal illicit acts in articles 307 and 311.2. *Francisco Javier Calderón Pastor y Gonzalo Merino Hernández*, 61

Performance of Labour and Social Security Inspection in the prevention of labour risks: a proposal for systematization.

Pablo Segado Rodríguez, 87

Performance of Labour and Social Security Inspection in the fight against fraud in temporary contracts: strengths and weaknesses.

Arcadio Delgado Castañeda, 105

Labour and Social Security Inspection and its involvement in equality policies.
Juan de Dios Fernández Lupiáñez, 127

Decentralized production and illegal posting of workers. Role played by itss
to separate both phenomena. *Eusebio Ortiz Font, 141*

False self-employment as undeclared work. Current trends.
Juan José Camino Frías, 161

The new emerging ways of working. Special reference to collaborative economy.
Pablo Páramo Montero, 183

Intern personnel and internship in companies. *José Luis Hernández de Luz, 209*

Obligations to help and collaborate with the Inspectorate of Labour and
Social Security. *Luis F. Gutiérrez Trashorras, 227*

Enforcement of the Labour and Social Security Inspectorate on cross-border
posting in the scope of EU-EEA. *Manuel Velázquez, 247*

Labour Inspection and the information technology. Challenges and opportunities.
Juan Antonio Elena García, 273

ITSS in the Basque Country: an experience of collaboration between
administrations. *Carlos Emilio García Martín, 291*

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Presentación

Presentación

FÁTIMA BÁÑEZ GARCÍA*

La realidad sociolaboral y política presente exige una adaptación permanente a la misma por parte de los poderes públicos, en particular, de aquellos que tienen como misión principal garantizar los derechos de los ciudadanos.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social viene demostrando a lo largo de más de 110 años de existencia ese compromiso garantista.

Nada tiene que ver el Estado liberal en el que los Inspectores de Trabajo (entonces denominados «Inspectores de fábricas») eran vistos como «comisarios revolucionarios que sacrificaban sin piedad al desgraciado trabajador en aras de sus fantasías humanitarias»¹ con el vigente Estado Social y Democrático de Derecho que consagra la Constitución Española de 1978 (art. 1.1). En este marco político y constitucional la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se erige en un servicio público fundamental para preservar el cumplimiento de la normativa sociolaboral de España. Un Estado Social que tiene como corolario más identificable los mandatos y directivas que la Constitución hace al legislador sobre el trabajo, la seguridad social o la emigración (capítulo 3º del Título I) por citar aquellos sobre los que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social despliega no sólo su «vis coactiva» sino sus facultades de asistencia técnica y asesoramiento o de mediación, conciliación y arbitraje.

Son precisamente estas funciones las que caracterizan a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como un auténtico servicio público, no en la concepción clásica prestacional, sino en su vocación de controlar el cumplimiento de la ley y, a la vez, de ser útil a quienes se debe: ciudadanos, trabajadores, empresarios o profesionales.

Tampoco ha sido ajena la Inspección de Trabajo y Seguridad Social al proceso de descentralización territorial de un Estado compuesto como es el español. El juego de la dependencia funcional del sistema de Inspección laboral y de Seguridad Social –respecto, por un lado, a la Administración General del Estado y, por otro, a las Comunidades Autónomas en virtud de las competencias que tienen asumidas en sus Estatutos de Autonomía –y de la dependencia orgánica– respecto a la Administración General del Estado, salvo los casos de las Comunidades Autónomas de País Vasco y Cataluña–, ha supuesto un auténtico reto de coordinación administrativa e institucional en los últimos años, donde el principio de unidad de función y acto actúa como cláusula de salvaguardia de los principios de legalidad y eficacia que propugna nuestra Constitución (artículo 103).

* Ministra de Empleo y Seguridad Social.

¹ MONTÓYA MELGAR, A., en el libro colectivo «La Inspección de Trabajo. Regulación española y perspectiva internacional», coord.: J. GARCÍA MURCIA, págs. 629-630, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

No conviene en este punto perder de vista que el objetivo último de actuación de todo poder público es la satisfacción del interés general, que en el caso de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social cristaliza en el cumplimiento escrupuloso de su importante función social.

El «sistema» de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, tal y como lo califica su Ley reguladora (Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social) tiene ante sí el reto constante, y el deber, de adaptarse a las circunstancias cambiantes de una realidad social compleja como la actual donde el modelo productivo está sujeto a constante transformación. Como consecuencia de estos cambios, en las últimas décadas ha habido una creciente demanda social de mejora de las condiciones de trabajo y es en este marco donde la Inspección se consolida como un actor clave en lo que se ha venido a denominar como «agenda de la calidad en el empleo». Es de justicia reconocer que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha sido y sigue siendo una institución pública que ha contribuido decisivamente a la consolidación de nuestro Estado social y democrático de Derecho en los últimos cuarenta años. Para que la Inspección pueda ahora y en el futuro contribuir a la preservación y al fortalecimiento de ese mismo Estado es esencial que sea capaz de anticiparse y adaptarse, como ya hizo en el pasado, a los cambios que cada vez con más intensidad y rapidez se producen a diario en España en el mercado de trabajo, en el sistema de relaciones laborales y en el sistema de Seguridad Social.

La respuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a cuestiones como la intensa descentralización productiva; la delimitación de tradicionales y nuevas «zonas grises» del concepto de laboralidad (vgr: falsos autónomos o falsos becarios); la creciente movilidad transnacional de trabajadores en el marco de una economía globalizada; o el adentrarse en las zonas aún ignotas al derecho laboral como las de la economía colaborativa son algunos de esos cambios a los que la Inspección debe adaptarse y, por ello, son objeto de atención en este número monográfico de la Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

El número monográfico, que tengo el honor de presentar, aborda una amplia temática de asuntos que tienen como protagonista a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Los artículos se agrupan en dos partes diferenciadas: aquellos que analizan la regulación de la Inspección con un enfoque *ad intra*, netamente institucional, en la que se destacan las novedades de la nueva Ley 23/2015, de 21 de julio en la organización y funcionamiento de la Inspección y, de otro lado, los que examinan diversos ámbitos o materias concretas de la realidad laboral en los que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social está llamada a intervenir. Muchos de estos artículos están redactados por inspectores de Trabajo y Seguridad Social en activo, de acrisolada competencia y largo bagaje profesional, lo que les ha permitido atesorar un profundo conocimiento del mundo del trabajo y de sus continuas vicisitudes, que comparten ahora con el lector. Otras colaboraciones proceden de destacados expertos juristas y académicos, que han tenido la generosidad de dirigir su mirada hacia esta institución centenaria enriqueciendo, con su certero análisis, este número de la revista.

Por último, no quiero concluir esta presentación sin agradecer a Alfredo Montoya Melgar su compromiso con la Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social tras desempeñar durante veinte años la tarea de coordinador externo de la Serie de Derecho del Trabajo. Me satisface especialmente que la coordinación de su último número vaya dedicada a una institución que le resulta particularmente familiar y a la que me consta le tiene especial cariño al pertenecer al Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social desde el año 1965. Aunque su nombramiento como Magistrado del Tribunal Constitucional le impida continuar con su apreciada actividad en la Revista, Alfredo Montoya Melgar siempre tendrá en este Ministerio de Empleo y Seguridad Social su «casa administrativa». Muchas gracias por tu dedicación y excelente trabajo a lo largo de todos estos años.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Editorial

El presente número –monográfico como todos los de la serie *Derecho del Trabajo* de esta Revista– se dedica a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, pieza clave para la efectividad de las normas laborales. En efecto, es inconcebible un ordenamiento jurídico del trabajo y la Seguridad Social falto del potente sistema –no sólo coactivo, también de asistencia técnica y de conciliación, mediación y arbitraje– de la Inspección.

Nacida prácticamente al tiempo que la propia legislación social, la Inspección de Trabajo viene contribuyendo decisivamente a lo que hoy llamamos, con nuestra Constitución, Estado Social de Derecho. Como se lee en el inicio del Preámbulo de la Ley 23/2015, de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, «[t]ras una presencia continuada de más de cien años en el mundo de las relaciones laborales, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social es una institución firmemente asentada en nuestro país, que ha sabido adaptarse en todo momento a las circunstancias de la realidad social y económica en que ha desplegado su actuación de garantía del cumplimiento de la normativa social».

Este número de la Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social ofrece un conjunto de estudios referidos a los múltiples escenarios de actuación de la Inspección de Trabajo, cuyo análisis pone bien de relieve la importancia de la institución. Y al tiempo, con este número de la Revista se quiere tributar un acto de reconocimiento a la imprescindible labor de la Inspección y de los Inspectores de Trabajo.

Se inicia este volumen con el ensayo del Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad Complutense Joaquín García Murcia sobre «La Inspección de Trabajo en España: unos cuantos trazos sobre su evolución histórica», en el que estudia los que llama «cinco grandes hitos normativos», desde los orígenes hasta la ordenación legal de 2015. A tal efecto, el autor reflexiona sucesivamente sobre los criterios de organización de la Inspección de Trabajo a lo largo del tiempo, sobre la ampliación progresiva de las funciones y facultades de los Inspectores de Trabajo, así como sobre las líneas de expansión del ámbito material y funcional de actuación de la Inspección. El estudio concluye con unas referencias a la convivencia de la Inspección de Trabajo con otros instrumentos de vigilancia y control de la legislación social.

* Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo de la Universidad Complutense. De la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

El Catedrático de Derecho del Trabajo y Magistrado del Tribunal Supremo Antonio V. Sempere Navarro se ocupa, en su estudio sobre «El procedimiento de oficio y la Inspección de Trabajo», de analizar esta modalidad procesal, pasando revista a los diversos supuestos a los que puede referirse dicho procedimiento: actas de infracción con perjuicio económico, acuerdos de suspensión o extinción colectivas, discriminaciones, calificaciones del vínculo y demandas de oficio. El autor resalta el interés teórico y práctico de la institución, cuyos antecedentes refiere brevemente, y ofrece una visión actualizada y sintética tanto de la normativa que la regula como de los criterios judiciales sobre ella acuñados.

Las «Líneas divisorias entre los ilícitos administrativos y los ilícitos penales de los arts. 307 y 311.2º» constituyen el objeto del trabajo de Francisco Javier Calderón Pastor, Director Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Castilla y León, y Gonzalo Merino Hernández, Jefe de la Unidad Especializada de Seguridad Social de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Valladolid; trabajo en el que se estudia la reforma de 2012 de los arts. 307, 307 bis y 311.2 del Código Penal y se trazan las fronteras entre los correspondientes tipos delictivos y las infracciones administrativas tipificadas en la LISOS (RDLg 5/2000), al tiempo que se discurre sobre el principio «non bis in ídem».

Sobre «La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la prevención de los riesgos laborales: una propuesta de sistematización» versa el estudio del Inspector de Trabajo y Seguridad Social y doctor en Derecho Pablo Segado Rodríguez. Partiendo de los antecedentes históricos en la materia, el trabajo presenta el marco normativo preventivo como fundamento y delimitación de la actuación inspectora, para referirse seguidamente a las clásicas actuaciones preventiva y reactiva de la Inspección en orden a los riesgos laborales, a las que el autor añade otras medidas de naturaleza mixta o dual como lo son las recomendaciones, advertencias, requerimientos y paralizaciones de trabajos.

Arcadio Delgado Castañeda, Inspector de Trabajo y Seguridad Social, estudia la «Actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la lucha contra el fraude en la contratación temporal: virtudes y carencias», a cuyo efecto, y tras ofrecer los datos de la actuación inspectora en la materia, refiere las sucesivas reformas legales habidas en ella, y se detiene especialmente en el análisis del principio de no discriminación, su recepción en la Directiva 1999/70/CE y la interpretación de ésta por el TJUE. En fin, el autor examina los procedimientos de actuación de la Inspección de Trabajo en la lucha contra las irregularidades, fraudes y abusos en la contratación temporal.

A «La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las políticas de igualdad» se dedica el estudio de Juan de Dios Fernández Lupiáñez, Inspector de Trabajo y Seguridad Social, que delimita los distintos ámbitos de la actuación inspectora en materia de igualdad –por razón de género o sexo, por razón de discapacidad y por razón de nacionalidad–, señalando en cada uno de estos grupos las condiciones de empleo y trabajo que vienen resultando afectadas, y concluyendo con la afirmación de que la función inspectora es un «mecanismo decisivo para la corrección de desigualdades por razón de sexo, de extranjería o de discapacidad».

Eusebio Ortiz Font, Inspector de Trabajo y Seguridad Social y Director Territorial de la Inspección de Valencia, trata en su trabajo de «La descentralización productiva y la cesión ilegal de trabajadores. El papel desempeñado por la ITSS en el deslinde de ambos fenómenos». Dicho estudio se ocupa de las distintas actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en ese ámbito, y se completa con la exposición de las posiciones judiciales en la materia y de los

«escenarios específicos» actuales como los que se dan en los trabajos de recogida de cítricos y de camareras de piso.

«El trabajo falsamente autónomo como especie del trabajo no declarado. Tendencias actuales» es el título del estudio de Juan José Camino Frías, Inspector de Trabajo y Seguridad Social y Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Valencia. En él se aborda el fenómeno de la simulación de servicios autónomos; fenómeno que, impulsado por la crisis económica y el despliegue de nuevas tecnologías, se manifiesta de modo singular en el ámbito de las empresas comercializadoras e instaladoras de gas, luz, agua, etc., en la llamada economía colaborativa y en las Administraciones locales.

Pablo Páramo Montero, Inspector de Trabajo y Seguridad Social, se ocupa en su artículo de «Las nuevas formas emergentes de trabajo. Especial referencia a la economía colaborativa», refiriéndose sucesivamente al papel de las modernas tecnologías en la aparición de nuevas formas de trabajo, a la irrupción de la economía colaborativa («gig economy») en el mercado laboral, a la posición actual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en España ante estas cuestiones, así como a las iniciativas producidas en la Unión Europea y a las perspectivas que se muestran en diversos países.

José Luis Hernández de Luz, Inspector de Trabajo y Seguridad Social, Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Salamanca, estudia las figuras de los «Becarios y prácticas no laborales en empresas», analizando sucesivamente los distintos tipos de becas y de prácticas no laborales en empresas. El autor expone los problemas interpretativos y de aplicación que plantean determinadas disposiciones de la Ley 27/2011, de 1 de agosto y del Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, que la desarrolla, y se refiere finalmente a las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para controlar el fraude en la materia estudiada.

Luis F. Gutiérrez Trashorras, Inspector de Trabajo y Seguridad Social y Jefe de la Unidad de Inspección de Inspecciones (Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social), trata en su artículo de «Las obligaciones de auxilio y colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social», poniendo de relieve la actual «actitud proactiva» frente al fraude, que determina que se reconozca un importante peso específico a la planificación de la actividad inspectora y a la colaboración de la Inspección tanto con los demás organismos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social como con otras Administraciones.

El estudio de Manuel Velázquez, Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Vizcaya, va referido a «La vigilancia y control de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los desplazamientos transnacionales en el ámbito de la UE – EEE». Partiendo de la evolución del desplazamiento de los trabajadores en el contexto de la Unión Europea, el autor aborda la concurrencia de legislaciones en la materia, el poder de inspección de las autoridades nacionales y el control del fraude de ley y otros incumplimientos en los desplazamientos, concluyendo con la referencia a las lagunas legales y administrativas en la materia.

Juan Antonio Elena García, Inspector de Trabajo y Seguridad Social, reflexiona, en su artículo sobre «La Inspección de Trabajo y las tecnologías de la información y comunicación. Retos y oportunidades», acerca de la incidencia sobre la organización de la Inspección de Trabajo de las tecnologías de la información y la comunicación, y estudia de modo específico la planificación de las actuaciones inspectoras en las relaciones laborales y en el sistema de protección social, con especial atención a la materia de prevención de riesgos laborales, abordando finalmente las conexiones entre la Inspección y la Administración Electrónica.

A «La ITSS en el País Vasco: una experiencia de colaboración entre Administraciones» dedica su estudio Carlos Emilio García Martín, Director Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el País Vasco y Jefe Provincial de Álava, que destaca cómo en Cataluña y el País Vasco coexisten una Inspección estatal y unas Inspecciones autonómicas. El autor expone el entramado institucional a través del cual se articula la relación AGE-GOVA en la materia y explica el encaje del modelo vasco de cooperación/coordiación en el sistema diseñado por la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

* * *

El presente número de la Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social no sólo pone de relieve la trascendencia de la Inspección de Trabajo para dotar de efectividad a la legislación social sino que, además, confirma la alta cualificación de los Inspectores como estudiosos y analistas del complejo mundo de las relaciones laborales y su ordenación jurídica. De este modo, Inspectores como los que hoy hacen posible este volumen unen sus nombres a los de quienes les precedieron en la labor inspectora y también en la investigadora. Permítaseme recordar, no sin emoción, a algunos de los grandes Inspectores con cuyo magisterio y amistad tuve la suerte de contar desde mi ingreso en el Cuerpo, en el ya lejano año 1965: Antonio de Aguinaga Tellería, Víctor Fernández, Mariano González Rothwoos, Héctor Maravall Casesnoves, Alberto de Pereda Mateos, José Pérez Leñero, Mariano Ucelay Repollés... A todos ellos, y a muchos más cuyos nombres no caben en estas líneas, debe mucho no sólo lo que hoy es la Inspección de Trabajo sino también lo que es nuestro Derecho del Trabajo, en su doble sentido de ordenamiento jurídico y de ciencia dedicada a su estudio.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Estudios

La Inspección de Trabajo en España: unos cuantos trazos sobre su evolución histórica

Labour Inspection in Spain: a brief outline of its historical evolution

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA*

DESDE LOS ORÍGENES
A LA ORDENACIÓN LEGAL DE 2015:
CINCO GRANDES HITOS NORMATIVOS

La Inspección de Trabajo fue creada en España mediante el Reglamento de 1 de marzo de 1906, dentro del programa de legislación laboral que se había puesto en marcha en nuestro país durante los años de tránsito hacia el siglo XX. Con esa institución, se querían abordar, de modo definitivo, unos cometidos que hasta esos momentos habían recaído directamente en las autoridades gubernativas (municipales o provinciales) y, de manera más específica, en las denominadas juntas de reformas sociales (también locales y provinciales), reubicadas a partir de 1903 en el Instituto de Reformas Sociales (IRS). Es verdad que desde la Ley de 13 de marzo de 1900 sobre trabajo de las mujeres y de los niños y, sobre todo, desde la aprobación de su Reglamento mediante Real Decreto de 13 de noviembre de 1900, se hablaba ya de la «función inspectora» en los centros de trabajo, pero esas primeras previsiones queda-

ban a la espera de estructuras más consistentes y duraderas. Realmente, hasta la creación y articulación orgánica del IRS (por Reales Decretos de 23 de abril de 1903 y de 15 de agosto de 1903) no se pudo contar con instancias administrativas apropiadas para dar sostén a una institución tan especializada y exigente como la IT. Con esas normas del año 1903, el IRS quedó encargado expresamente de «cuidar de la ejecución de las leyes del trabajo» y de organizar los correspondientes servicios de inspección. Poco más tarde, aquel Real Decreto de 1 de marzo de 1906 organizaría efectivamente el Servicio de la Inspección de Trabajo en el seno del IRS, bien es verdad que como un primer paso en un proceso de construcción que requeriría aún algún tiempo de maduración y solidificación.

Dentro de ese proceso hubo que afrontar sobre todo dos clases de tareas: por un lado, la organización interna del servicio de inspección y, en particular, la designación de inspectores a lo largo y ancho de nuestro territorio nacional; por otro, la progresiva traslación a los miembros de ese servicio de las competencias de inspección que desde años atrás habían venido ejerciendo las juntas de reformas sociales, que durante algún tiempo mantuvie-

* Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid.

ron su actividad en este terreno con carácter residual o subsidiario. En cualquier caso, durante las décadas inmediatamente siguientes a su creación la Inspección de Trabajo española experimentaría diversas reformas, casi siempre con motivo de la reestructuración de la Administración de trabajo. La más importante de ellas fue la llevada a cabo por el Decreto de 9 de mayo de 1931, que proporcionó un nuevo Reglamento para el Servicio de la Inspección de Trabajo (completado por el Reglamento para las Delegaciones Provinciales de Trabajo aprobado por Decreto de 23 de junio de 1932, una vez reorganizadas dichas estructuras territoriales por la Ley de 12 de mayo de 1932), bajo la premisa de que «el paso del tiempo» había influido, «como no podía ser menos», en la reglamentación procedente de 1906, «haciendo menos eficaces algunos de sus preceptos». Por ello, trataba de «acomodar» la estructura y las funciones de la Inspección «a las necesidades actuales de la legislación del trabajo», con el fin de dar aprovechamiento a «las enseñanzas de una copiosa experiencia» y de robustecer «la autoridad de los Inspectores». Se aspiraba, a fin de cuentas, a «la más completa eficacia» del servicio de inspección, resolviendo, sobre todo, los problemas detectados en el terreno de la imposición de multas y la corrección de eventuales infracciones. Por lo demás, esta regulación del año 1931 venía motivada también por los acuerdos adoptados en la V Conferencia Internacional del Trabajo que había tenido lugar en Ginebra en el año 1923, de los que se pretendía efectuar la oportuna transposición.

Mayores cambios formales experimentó la Inspección de Trabajo con la implantación del régimen político nacido de la Guerra Civil. Esta nueva etapa, simbolizada en la Ley de 15 de diciembre de 1939, supuso en términos generales una intensa concentración de la función inspectora en los cuerpos de funcionarios del Servicio público de Inspección de Trabajo adscrito a la Administración laboral. Con ese fin se procedió, por lo pronto, a la supresión completa y definitiva de las competencias de inspección atribuidas con anterioridad a otras

instancias u organismos (como las comisiones mixtas de trabajo durante los años veinte del siglo pasado, o los jurados mixtos durante la Segunda República). Por otra parte, la Ley de 1939 entrañó la unificación de todos los servicios de inspección que la legislación precedente había puesto en marcha en el terreno de la legislación social (Inspección de Trabajo, Inspección de Seguros Sociales e Inspección de Emigración), cuyas competencias quedaron encomendadas en lo sucesivo «al Cuerpo Nacional de Inspección del Trabajo, que se crea por la presente Ley, con la organización y competencia determinadas en los artículos que siguen» (art.1 de la Ley de 1939). Naturalmente, esa opción legal supuso la disolución de los anteriores cuerpos de funcionarios y la apertura de un proceso de reajuste de escalas y niveles, de distribución de funciones y de reasignación o confirmación de destinos entre quienes, habiendo pertenecido a alguna de aquellas Inspecciones, tomaran la opción de integrarse en el nuevo Cuerpo Nacional. La operación unificadora, de todas formas, quedó un tanto debilitada al cabo de pocos años, pues no tardaron mucho en aparecer nuevas inspecciones especializadas en el ámbito de la previsión social (por ejemplo, mediante el Decreto de 1 de mayo de 1944), que vendrían a unirse a la labor inspectora que, de forma residual y transitoria, venían realizando aún algunos servicios de vigilancia y control creados al calor de las normas reguladoras de los seguros sociales.

El sistema normativo que sobre la Inspección de Trabajo había puesto en pie la Ley de 1939 tuvo poco más de dos décadas de vida. La Ley 39/1962, de 21 julio, puso en el escenario una nueva ordenación legal de la Inspección de Trabajo, retomando la vieja idea de que ni «la legislación más avanzada y progresiva» podría alcanzar sus objetivos plenamente si no contaba con instrumentos apropiados para supervisar su aplicación y vigilar su cumplimiento. De forma más inmediata, la Ley de 1962 trataba de hacer frente a los cambios experimentados por nuestro país en el ámbito económico tras el cierre del periodo de au-

tarquía, la apertura de relaciones comerciales con el exterior y la puesta en marcha de sucesivos planes de desarrollo. Se contaba también con una nueva línea de actuación en el terreno de la política social y con un nuevo contexto legal e institucional en el que, a juicio de los responsables políticos del momento, la Inspección de Trabajo estaba llamada a tener un protagonismo especial. Eso explicaba, por ejemplo, que con este texto legal se procediera, desde el punto de vista organizativo, a un nuevo reajuste de sentido unificador, para integrar en un solo Cuerpo la Inspección de Trabajo y la Inspección Técnica de Previsión. A la postre, la Ley 39/1962 pretendía preparar a la IT para los nuevos retos de nuestro sistema productivo y de la sociedad española en general, ante «el extraordinario aumento del número y dimensión de las Empresas que componen el potencial económico de los diferentes sectores de la producción», el notable «incremento de la población laboral activa del país, que, prácticamente, se ha duplicado en los veinticinco últimos años», y, en fin, la puesta en práctica de un «Plan Nacional de Seguridad Social» y de nuevas medidas de contenido social. Ante ese nuevo panorama, la IT tenía que desarrollar «un esfuerzo creciente» para hacer frente a «la progresiva ampliación y complejidad de cometidos». Por lo demás, la Ley de 1962 fue aprovechada para cumplimentar formalmente las exigencias derivadas del Convenio núm.81 de 1947 de la OIT, que España había ratificado con fecha 30 de mayo de 1960. Fue desarrollada por el Decreto 2121/1971, de 23 julio, que se ocupaba principalmente de aspectos organizativos y de personal, y por el Decreto 2122/1971, también de 23 julio, que se ocupó más bien del alcance y desarrollo de la labor inspectora.

El siguiente hito en la ordenación legal de la Inspección de Trabajo en España vino de la mano de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, que respondía ante todo a las exigencias de adaptación al nuevo sistema constitucional, en el que, entre otros aspectos determinantes, se había procedido al reconocimiento de autonomía para las «nacionalidades y regio-

nes». La tarea de acomodación emprendida por la Ley de 1997, un poco tardía ciertamente, había venido precedida en todo caso por cambios de diverso orden en la organización o en el desarrollo de las pertinentes labores de inspección, como sucedió con la habilitación de Controladores de Empleo para colaborar en estas funciones (regulados por el RD 1638/1981, de 19 de junio), con la creación de un Cuerpo de Controladores de la Seguridad Social (regulado mediante el RD 221/1981, de 5 de febrero), con la reordenación corporativa de los funcionarios de la Inspección de Trabajo (a partir de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública) y, finalmente, con la fusión de buena parte de ese personal de inspección en el Cuerpo de Controladores Laborales (regulado por el RD 1667/1986, de 26 mayo). Tras estos primeros pasos, la Ley de 1997 pretendía sobre todo proporcionar a la Inspección de Trabajo una ordenación legal que, superando sus antiguos anclajes en un sistema autoritario ya desaparecido, permitiera responder «con suficiente eficiencia» a la «creciente complejidad» del sistema laboral y de protección social, en el que podían apreciarse «nuevas formas de prácticas irregulares y fraudulentas antes desconocidas o de menor incidencia». También se buscaba una organización más coherente y conjuntada, guiada por «el principio de unidad de función» y dirigida de forma más explícita por una «autoridad central», en los términos que parecían exigir los Convenios núm.81 y 129 de la OIT. Con algo de retraso, la Ley de 1997 fue desarrollada por el RD 138/2000, de 4 de febrero.

Como quizás fuese previsible, a la vista de las nuevas necesidades y de algunos problemas pendientes, la Ley 42/1997 no llegó a cerrar el proceso de ordenación legal de nuestra Inspección de Trabajo en la etapa postconstitucional. Por lo pronto, la Inspección, como otras muchas parcelas o instituciones de las relaciones de trabajo, quedó afectada por muchas de las reformas introducidas desde entonces en la legislación laboral y social, y también por algunas

disposiciones legales de nuevo cuño, algunas de ellas muy cercanas a su labor (como las Leyes 35/2010 y 13/2012, que habían ido desbrozando el camino de la lucha contra el fraude o el empleo irregular), y otras un poco más distantes pero en cualquier caso ligadas a su actividad (como la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social aprobada en 2011). No estaba del todo resuelta, por otra parte, la «cuestión autonómica», que en los primeros lustros del siglo actual pareció cobrar mayores cotas de intensidad. De ahí que no se descartara por completo la revisión del marco legal aprobado en 1997. Lo cierto es que a mediados de 2015 pudimos asistir a la emergencia de una nueva ordenación legal de la Inspección de Trabajo, instrumentada en esta ocasión a través de la Ley 23/2015, de 21 de julio. De acuerdo con su propia declaración de intenciones, con esta nueva intervención legal se querían cumplir tres fines principales: reparar la situación de obsolescencia del marco legal anterior, profundizar en el proceso de «modernización y tecnificación» del correspondiente servicio público, y potenciar algunas de las funciones complementarias de la Inspección, como las de información, asistencia técnica y mediación en los conflictos de trabajo. A nadie se le escapa, sin embargo, que se trata de un nuevo intento de lograr para ese servicio público una configuración institucional más acorde con las competencias de ejecución de la legislación laboral asumidas y esgrimidas por las Comunidades Autónomas. Por lo demás, da toda la impresión de que con la Ley 23/2015 se ha pretendido dar a la Inspección de Trabajo una dimensión que vaya más allá de su tradicional función de control y vigilancia, para convertirla, más bien, en «un servicio público armonizador de las relaciones laborales», capaz de contribuir, no sólo a la efectividad de las normas laborales sino también a la consecución de otros fines sociales, entre los que el sostenimiento del sistema de seguridad social parece ocupar una posición especial.

LOS CRITERIOS DE ORGANIZACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO A LO LARGO DEL TIEMPO

Como es obvio, para el buen desarrollo de las funciones de vigilancia y control de la legislación laboral y social y, más aún, para el cumplimiento de esos otros fines más generales, no basta con un adecuado marco normativo. Se precisan también recursos humanos y medios materiales. Se necesita, a fin de cuentas, una buena estructura administrativa, dotada además del correspondiente personal especializado. Es una cuestión elemental, y aparentemente sencilla. Pero nuestra experiencia normativa pone de relieve que no siempre ha sido fácil encontrar la respuesta apropiada a esas necesidades básicas. Prueba de ello son los cambios que sucesiva y casi ininterrumpidamente ha experimentado nuestra Inspección de Trabajo en ese terreno de la organización, por unos u otros motivos. El Reglamento de 1906 hablaba de un «servicio de inspección» adscrito al IRS e integrado por una Inspección central, Inspectores y delegados residentes en provincias, e Inspectores regionales y provinciales, a los que se añadía un cuerpo de ayudantes o auxiliares destinado preferentemente a la cobertura transitoria de vacantes o ausencias. La Inspección central era ejercida por «el personal del Instituto de Reformas Sociales» y tenía competencias de organización, vigilancia e informe de todos los servicios de inspección, de alta inspección y de propuesta de delegados especiales para realizar esa actividad inspectora en los casos que considerara necesario. El IRS podía ordenar inspecciones y tareas concretas, y su Presidente podía nombrar delegados especiales para realizar inspecciones extraordinarias, dando cuenta de ello al Ministro de la Gobernación. Fijando reglas que se mantendrían en el tiempo, el Reglamento de 1906 ya advertía que los designados para el cargo de inspector no sólo debían acreditar la instrucción necesaria para el desarrollo de esa actividad, sino que debían ser «de moralidad intachable, de carácter firme é independiente, voluntad decidida y poseer trato adecuado á la difícil misión que ha

de desempeñar». Los inspectores se consideraban funcionarios «dependientes y delegados» del IRS, que los proveería de un «certificado ó documento» para acreditar fehacientemente su cargo y su demarcación, y que se encargaría también de fijar sus retribuciones.

Muchas de estas previsiones pasaron al nuevo Reglamento de la Inspección de Trabajo aprobado por Decreto de 9 de mayo de 1931, que no obstante reordenó el ahora denominado «Cuerpo facultativo de la Inspección de Trabajo», que quedaba adscrito al Ministerio de Trabajo y Previsión, y compuesto básicamente de Inspección Central e Inspectores regionales, provinciales y auxiliares, más la designación de «Inspectores auxiliares obreros» para la vigilancia en las minas. También atribuyó funciones de inspección, «en casos especiales», a las Delegaciones del Consejo de Trabajo, perteneciente asimismo a ese Departamento ministerial. Tal organización, que se completaba con reglas bastante minuciosas sobre el procedimiento de constatación de infracciones e imposición de sanciones, fue remodelada con el Reglamento para las Delegaciones Provinciales de Trabajo aprobado en el año 1932, que amplió la nómina de funcionarios o autoridades administrativas competentes en materia de inspección, con inclusión expresa, junto al Servicio Central de la Inspección de Trabajo y a los inspectores titulares y auxiliares, del Director y Subdirector General de Trabajo y de los Delegados provinciales de Trabajo (y con la posibilidad de que intervinieran asimismo las Delegaciones del Consejo de Trabajo y los vocales de los jurados mixtos). Aunque su esencia se mantenía, la Inspección de Trabajo adquiriría con estas normas un nuevo semblante orgánico, entre otras razones por la desaparición del IRS, por el nuevo contexto institucional y por las nuevas formas de representación colectiva de trabajadores y empresarios. Con estas normas, por lo demás, los inspectores tenían atribuida expresamente la condición de «autoridad pública».

La Ley de 15 de diciembre de 1939 procedió, como vimos, a la unificación y reorganización de la Inspección de Trabajo, con la crea-

ción y regulación del correspondiente Cuerpo Nacional, especialmente en lo tocante a ingresos, ascensos y estatuto jurídico. Pero fue su norma reglamentaria de desarrollo, aprobada por Decreto de 13 de julio de 1940, la encargada de modo principal de diseñar y precisar la estructura y la organización interna del nuevo Cuerpo Nacional de la Inspección de Trabajo, que quedó configurada como un «Servicio Nacional» dependiente del Ministerio de Trabajo a través de la Dirección General de Trabajo, compuesto por un Servicio Central y las correspondientes Jefaturas provinciales, e integrado por Inspectores (generales y provinciales, éstos de primera, segunda y tercera clase), subinspectores (de primera y segunda) y personal técnico. El ingreso se llevaba a cabo como regla general mediante concurso-oposición, y los funcionarios que ingresaban en el Cuerpo de Inspección, dotados también de la condición de «autoridad pública», quedaban sujetos a una amplia lista de deberes e incompatibilidades, que les exigía «espíritu de justicia» y sigilo profesional, y que les prohibía, entre otras actividades, el «ejercicio directo o indirecto o la gestión de cualquier industria o comercio en el territorio de su jurisdicción». En esa norma de los años cuarenta del siglo pasado se daba el carácter de «órganos colaboradores» de la Inspección de Trabajo a diversas instancias públicas o corporativas («los organismos sindicales», los ingenieros de minas, los agentes diplomáticos y consulares españoles en el extranjero, los médicos embarcados en los buques de emigración, las autoridades municipales y, a ciertos efectos, el personal técnico y médico «de la Sección de Prevención de Accidentes e Higiene del Trabajo», y se estipulaba además que las autoridades civiles, militares y de otro orden, y otros muchos cuerpos de funcionarios y cargos públicos, debían prestar a la Inspección «la colaboración y protección que soliciten para el mejor desempeño de su cargo y les facilitarán los datos y antecedentes que reclamen».

Como era de esperar, la Ley de 1962 mantuvo el Cuerpo Nacional creado en 1939, pero lo diseñó en términos algo más complejos, por

la integración de los miembros de la Inspección Técnica de Previsión Social creada en los años cuarenta, y lo adscribió a una Inspección General de Trabajo que había venido a sustituir al antiguo Servicio Central de la Inspección como órgano de dirección global. Dentro de esa estructura de personal, la Ley de 1962 distinguía de nuevo entre inspectores generales (de primera, segunda o tercera) e inspectores técnicos provinciales (primera, segunda y tercera), y, desde el punto de vista territorial y funcional, entre la citada Inspección General de Trabajo y las Inspecciones provinciales de Trabajo, adscritas a la correspondiente Delegación de Trabajo, aunque «con la necesaria autonomía», compatible en todo caso con los servicios técnicos que el Delegado pudiera encomendar al Inspector Jefe de la provincia. En principio, los funcionarios de la IT estaban llamados a desempeñar «la totalidad de los cometidos» propios de esos profesionales, pero también se preveía la posibilidad de «especializaciones» con el fin de atender mejor «la complejidad de cuestiones que presenta la Inspección, en determinados casos» (art.15.2). Como en la legislación precedente, los miembros del Cuerpo Nacional de IT ingresaban por oposición, quedaban sometidos al régimen jurídico general de los funcionarios públicos (provisión de cargos, traslados, licencias, situaciones administrativas, régimen disciplinario, obligaciones y derechos en activo y pasivo), y tenían «el carácter de autoridad pública en el desempeño de sus funciones propias», en cuyo ejercicio gozaban de «plena independencia».

Tras la implantación formal a partir de 1978 de diversos Cuerpos de funcionarios auxiliares o colaboradores en las tareas de vigilancia y control de las normas laborales (como el ya citado de los Controladores Laborales), la Ley 42/1997 llevó a cabo una nueva reestructuración de la Inspección de Trabajo, que sin dejar de ser calificada como «servicio público», pasó a tener la consideración de «Sistema», como «conjunto de principios legales, normas, órganos, funcionarios y medios materiales que contribuyen al adecuado cumplimiento» de las normas de referencia. Desde el punto de vista de sus medios humanos, el Sistema se nutría

del ya vetusto Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social (rotulado expresamente como «Cuerpo Nacional» e integrado por funcionarios con «independencia técnica, objetividad e imparcialidad» y «plena autonomía técnica y funcional») y del más novedoso Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social (en el que quedaban integrados los Controladores Laborales, que se regía por ese mismo criterio de «habilitación nacional» pero que desempeñaban funciones de «apoyo, colaboración y gestión que sean precisas para el ejercicio de la labor inspectora»). Desde el punto de vista estructural, el sistema se organizaba a partir de una Autoridad Central dotada de funciones de dirección, coordinación, fiscalización y alta inspección (además de las de representación y participación en la Unión Europea y en el ámbito internacional), y se completaba con Inspecciones Provinciales a lo largo y ancho del territorio nacional. En cualquier caso, el aspecto más interesante de la Ley 42/1997 radicaba en su intento de facilitar la presencia e intervención de las Comunidades Autónomas en la dirección y gestión de la actividad inspectora, objetivo que dio lugar a la promoción de la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales como instancia básica de cooperación, a la utilización del acuerdo bilateral entre la Administración estatal y las Comunidades Autónomas como cauce de colaboración, y a la creación de una Comisión Territorial en cada Comunidad Autónoma como órgano de cooperación más estrecha, con la posibilidad añadida de adscripción funcional, e incluso orgánica, de funcionarios de la Inspección a la correspondiente Administración autonómica. La Ley de 1997 también previó de modo expreso la transferencia de funcionarios de la Inspección de Trabajo a las Comunidades Autónomas, y unos años más tarde (mediante la Ley 54/2003) se abrió la posibilidad de que las Administraciones autonómicas habilitaran funcionarios para supervisar específicamente las actuaciones preventivas en las empresas (art.9.2 y DA 15ª de la Ley 31/1995).

En principio, pocos cambios parece aportar la Ley 23/2015 respecto de sus precedentes en

lo que se refiere a la concepción y la configuración jurídica de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Con esta nueva norma, la Inspección sigue siendo «un sistema» y «un servicio público», sigue teniendo carácter generalista (en unos términos que, con las debidas matizaciones, vienen a coincidir con los linderos del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social), sigue respondiendo en esencia a sus principios clásicos (eficacia y calidad, concepción única e integral, unidad de función y de actuación inspectora, imparcialidad y objetividad, entre otros), y sigue sometida a una «autoridad central». Sigue estando dotada, además, de los correspondientes cuerpos nacionales de funcionarios, aunque debe precisarse que en este nuevo estadio normativo, junto a la permanencia del clásico Cuerpo Nacional de Inspectores de Trabajo, aparece remozado el Cuerpo Nacional de Subinspectores Laborales, compuesto ahora de dos Escalas: Subinspectores de Empleo y Seguridad Social (con competencias más generales) y Subinspectores de Seguridad y Salud Laboral (con funciones específicas en materia de prevención de riesgos laborales). Pero la Ley 23/2015 ha supuesto, al mismo tiempo, una intensa reordenación en el terreno de las estructuras, muy probablemente con la finalidad, una vez más, de resolver los problemas de encaje, dentro de una misma institución, de un instrumental que hoy en día procede tanto de la Administración del Estado como de la Administración autonómica. En esta dirección, y tras insistir en los deberes de colaboración y cooperación entre dichas Administraciones, la Ley 23/2015 ha optado por la apertura de un doble cauce de participación de las Administraciones autonómicas: uno de carácter general, que conduce a la presencia de esos entes territoriales en el «Organismo Estatal» en el que ahora se cobija la Inspección, y otro más particular, que concede a determinadas Comunidades Autónomas (las que hubieran recibido el pertinente traspaso de competencias y servicios) la posibilidad de mantener «las facultades organizativas y directivas respecto de su propio personal».

LA AMPLIACIÓN PROGRESIVA DE LAS FUNCIONES Y FACULTADES DE LOS INSPECTORES DE TRABAJO

La función genuina de la inspección de trabajo no es otra, ni seguramente debiera ser otra, que la vigilancia y control de la legislación laboral y social. Pero también es verdad que con el paso del tiempo la inspección de trabajo se ha convertido en un actor más del sistema de relaciones laborales y, en cierto modo, uno de los soportes más directos de los sistemas de protección social, precisamente por esas labores de supervisión y seguimiento. De ahí que el elenco de sus funciones se haya ido ampliando progresivamente, para dar entrada a otras muchas tareas relacionadas con el buen curso del trabajo y la producción. En el Reglamento de 1906, la IT tenía sobre todo una función de comprobación, relativa sobre todo al trabajo de menores y mujeres, a las reglas de descanso en domingos y festivos y a las condiciones de higiene y salubridad tanto de los centros de trabajo como de «los alojamientos de los obreros», todo ello a la vista de las normas que sobre dichas materias habían sido aprobadas unos años antes. Esa labor podían ponerla en marcha por iniciativa propia, por indicación de las autoridades, por denuncia de los particulares, obreros «ó sociedades de éstos», o por orden del IRS, y podían ejercerla, preferentemente, mediante «sus excursiones de inspección», esto es, mediante la visita a los centros de trabajo, que podrían realizar «á todas las horas del día, y por la noche durante las de trabajo». Con ocasión de estas visitas, los inspectores tenían la facultad de examinar los locales y el material de trabajo, así como los registros y documentos exigidos a las empresas por las correspondientes leyes de trabajo. También podían interrogar al personal de la empresa y recabar el auxilio y la colaboración de muy variadas instancias y autoridades públicas.

El Reglamento de 1931, como era de esperar, mantenía como «función esencial» de la IT la de «velar por el cumplimiento de las disposiciones legales referentes a las condiciones de

trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión», pero abrió la posibilidad de que la IT desempeñara funciones complementarias «de aportación de datos de experiencia y de informe», siempre que fuesen compatibles con aquella otra labor y no comprometieran «en modo alguno la autoridad y la imparcialidad de los Inspectores», y en el bien entendido de que el grueso de esa regulación estuvo dedicado al desarrollo de las clásicas funciones de vigilancia de las normas y comprobación del estado de los centros de trabajo. El Reglamento sobre Delegaciones provinciales de Trabajo de 1932, que supuso notables cambios desde el punto de vista organizativo, no entrañó apenas variaciones en el apartado de funciones y facultades de la Inspección de Trabajo, con la única particularidad de remarcar que la función complementaria de aportación de datos de experiencia y de informe por parte de los inspectores requeriría no sólo la «orden» de la que hablaba el reglamento de 1931, sino, más exactamente, una «orden especial» emitida con carácter previo por sus superiores jerárquicos. En estas normas de los años treinta del siglo pasado se mantenía, por cierto, la advertencia original (procedente de los primeros tiempos de la Inspección) de que la misión de los inspectores había de tener «carácter preventivo tanto como represivo», con el fin de combinar adecuadamente el fin básico de protección del obrero con el objetivo de no causar «vejeciones a la industria».

Esta mención al doble carácter «preventivo» y «represivo» de la actividad inspectora se mantuvo asimismo en las normas vigentes a partir de la nueva ordenación legal de 1939, en la que, al presentar las funciones propias de la Inspección, prácticamente se reiteraba la fórmula ya empleada en los Reglamentos de 1931 y 1932, con ligeras variaciones de lenguaje, de modo que «velar» por el cumplimiento de las disposiciones legales referentes a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión seguía siendo la función principal (denominada ahora «función especial»), mientras que la «aportación de datos de experiencia e informe», en

aquellas mismas condiciones que ya vimos, seguía apareciendo como función complementaria, pendiente en todo caso de orden especial del superior jerárquico (art.1 del Reglamento de 1940). Dentro de sus competencias de vigilancia, los inspectores quedaban facultados para informar sobre siniestros profesionales o deficiencias en los centros de trabajo, para levantar en su caso actas de infracción o liquidación, para realizar gestiones en relación con el empleo de mano de obra nacional o extranjera y para realizar «servicios» conforme a las leyes de emigración. Como ya venía siendo tradicional, el inspector podía actuar por iniciativa propia, orden superior, instancia de las Jerarquías sindicales, requerimiento del INP o sus Cajas y Delegaciones, y denuncias de particulares (que podían ser incluso verbal, con la exigencia de «absoluta reserva» sobre su origen), y contaba con las «visitas personales» como medio principal de examen y comprobación del grado de cumplimiento de la legislación laboral y social, bajo la premisa de «libre acceso en los centros o lugares de trabajo todas las horas del día y de la noche». Especial «celo y diligencia» habían de mostrar los inspectores y subinspectores «en cuanto afecte a las condiciones de seguridad e higiene» y en la investigación de las causas de los accidentes de trabajo, «a fin de adoptar las medidas urgentes y evitar su repetición, formulando la propuesta de sanción que procediere» (art.46 del citado Reglamento). No está de más apuntar, de todas formas, que la Ley de 1939 hacía una mención especial a la función informadora que competía a la Inspección de Trabajo respecto de las normas aplicables al trabajo y que habían de observar patronos y obreros (art.2).

Con la Ley de 1962 parece abrirse una nueva etapa normativa en lo que se refiere a la identificación y sistematización de las funciones de la Inspección de Trabajo. En este nuevo texto legal se distinguen, en efecto, hasta cuatro grandes apartados desde el punto de vista de los «cometidos» de la función inspectora: ordenación del trabajo (jornada, retribuciones, seguridad e higiene, etc.), Seguridad Social

(organización, actuación y funcionamiento de entidades gestoras, cumplimiento por parte de empresas y trabajadores de sus respectivas obligaciones, etc.), migraciones y empleo (colocación, desempleo, encuadramiento profesional de trabajadores, etc.), y asistencia técnica. A decir verdad, la novedad estribaba sobre todo en este último apartado, que por lo demás era el único que, al menos en su denominación global, se refería en sentido estricto a funciones o cometidos (pues los restantes hablaban más bien del ámbito funcional o material de la labor inspectora, que en todos esos casos era básicamente de vigilancia o «fiscalización», aunque también, en algún supuesto, de «intervención» o «información técnica»). Dentro de la asistencia técnica sí aparecían, en efecto, novedades de interés. Por lo pronto, la obtusa mención que hacían las normas precedentes a la función complementaria de «aportación de datos de experiencia e informe» se transformaba en una alusión más directa a la posibilidad de elaborar dictámenes, informes o estadísticas y de preparar la «documentación pertinente». Por otra parte, las menciones indirectas o incidentales de las normas anteriores a labores de apoyo a empresas u obreros se trocaba ahora en una formulación mucho más contundente y clarificadora de la función de asistencia técnica de los inspectores de trabajo, que debía traducirse sobre todo en facilitar la debida información a esos sujetos. Por lo demás, con estas normas de los años sesenta del siglo pasado cobraban vida unas funciones que, con las oportunas adaptaciones, irían adquiriendo peso progresivamente dentro de la actividad de la Inspección de Trabajo, como la intervención en los procesos de negociación colectiva para facilitar su desarrollo y la «mediación en conflictos laborales» para alcanzar soluciones pacíficas. Vale la pena apuntar, en fin, que junto a esas funciones «regladas» o clasificadas, la IT podía cumplir «cualquier otra misión que se le atribuya, de índole directiva, ejecutiva o de asesoramiento o informe, siempre que no entorpezca la realización de su cometido específico ni restrinja la autoridad o imparcialidad de los Inspectores en sus relaciones con los patronos y empresarios y con

los trabajadores» (art.10 de la Ley de 1962). No hace falta decir que los instrumentos en manos de la Inspección para el cumplimiento de esos cometidos (visitas básicamente), y la manera de activarlos o ejercitarlos (orden superior, denuncia, etc.), seguían respondiendo a las pautas habituales, aunque probablemente ya se tomara mayor conciencia, con esta norma de 1962, de la utilidad de los requerimientos, las solicitudes de datos y documentos, las investigaciones o los interrogatorios.

La Ley de 1997 supone un cierto avance en la especificación del radio de acción funcional de la Inspección de Trabajo, aunque sus coordenadas no llegan a ser muy diferentes. Tras proclamar su apuesta por la preservación de los principios «de unidad de función» y de «concepción única e integral del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social», compatibles con el establecimiento de «las necesarias unidades especializadas y precisas en sus áreas funcionales de actuación» (entre ellas la de Seguridad Social), la Ley de 1997 sistematiza en tres apartados las funciones del servicio público de la ITSS: vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas, asistencia técnica, y arbitraje, conciliación y mediación. Aunque su trasfondo sea similar (salvando por supuesto las connotaciones propias del contexto institucional y político), no cabe duda de que la Ley de 1997 aporta mayor corrección técnica, al distinguir estrictamente por funciones y evitar la confusión con su respectivo ámbito material. Las funciones de vigilancia y exigencia de responsabilidades, las más típicas y tradicionales, se extienden con esta Ley a la práctica totalidad de la legislación laboral y de protección social (con la previsión de ampliarlas a «cualesquiera otras normas», particularmente las de cooperativas y entidades de economía social). Las funciones de asistencia técnica podían abarcar cometidos muy diversos (facilitar información, colaborar con otras Administraciones, emitir informes, etc.), y en buena lógica habían de desenvolverse en ese mismo contexto legal e institucional (en relación con asuntos laborales y de seguridad social y respecto de sujetos

intervinientes en esos terrenos). Finalmente, las funciones de arbitraje, conciliación y mediación podían proyectarse en abstracto sobre distintos tipos de conflictos o controversias, aunque necesariamente tendrían que recaer en terrenos susceptibles de ese tipo de soluciones o arreglos. En términos generales, no cambiaban mucho las facultades de los inspectores en el ejercicio de sus funciones respecto de la regulación precedente, aunque de nuevo cabe apreciar en el legislador un ánimo creciente de especificación y precisión tanto en los medios de acción de la Inspección como en las posibles consecuencias de su actuación.

Con la Ley de 2015, el elenco de funciones de la Inspección de Trabajo apenas registra cambios. La sistematización llevada a cabo por la Ley de 1997 ha servido desde luego para la elaboración de este nuevo texto, en el que también se citan los tres grandes cometidos que desde esa norma precedente se atribuyen a este servicio público: vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas, asistencia técnica y conciliación, mediación y arbitraje. Cabe mencionar, de todas formas, alguna variación o innovación interesante. La función de vigilancia y control se extiende ahora, por ejemplo, al «contenido de los acuerdos y convenios colectivos», mediante una fórmula que parece comprender la totalidad de productos de la negociación colectiva y que, a diferencia de su precedente, no distingue entre contenido normativo y obligacional. Dentro de la función de asistencia técnica, por su parte, se abre con esta nueva Ley un epígrafe específico en relación con los trabajadores y sus representantes, con el fin, parece ser, de precisar el contenido y el sentido de la labor de asesoramiento que los profesionales de la Inspección pueden o deben facilitar a estos sujetos de las relaciones de trabajo (que puede llegar a la indicación de las «vías administrativas o judiciales» aptas para la satisfacción de sus derechos). En fin, el apartado de solución de conflictos aparece ahora revestido de mayores cautelas y prevenciones, no sólo porque se dejan a salvo expresamente las facultades de mediación o arbitraje atribuidas en el sistema actual a otras instan-

cias u organismos (públicos o privados), sino también porque se incorpora una regla estricta de exigencia de «la debida reserva» sobre la información obtenida por el inspector con ocasión de estas actividades. Mantiene la Ley de 2015, por lo demás, la eventual contracción de las competencias inspectoras en relación con cooperativas u otros entes de economía social, para dejar a salvo las competencias que en estos terrenos pueden asumir y ejercitar las Comunidades Autónomas, como ya advertía la Ley de 1997. Por lo demás, con la Ley de 2015 expande su radio de acción la clásica «presunción de certeza», que no sólo se proyecta sobre los hechos constatados por los funcionarios de la Inspección en las correspondientes actas de infracción o liquidación de cuotas, sino que se cierne también sobre los «hechos reseñados» en sus informes como consecuencia de sus «comprobaciones» (arts.15.8 y 23).

LÍNEAS DE EXPANSIÓN DEL ÁMBITO MATERIAL Y FUNCIONAL DE ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO

El proceso de consolidación de la Inspección de Trabajo dentro de nuestro sistema de legislación social ha significado también cierta expansión en su ámbito de actuación material y funcional. La Inspección de Trabajo puesta en marcha por el Reglamento de 1906 nacía con vocación de generalidad, en principio para cuidar de las leyes laborales existentes en aquellos momentos (que no eran muchas: accidentes del trabajo, condiciones de trabajo de mujeres y niños y descanso dominical), pero con la pertinente advertencia de que también se extenderían las competencias de control y vigilancia a las normas laborales que pudieran dictarse «en lo sucesivo». No había muchas precisiones en esa primera regulación de la Inspección de Trabajo (preocupada sobre todo por la organización del servicio y el estatuto jurídico de los inspectores) acerca de los trabajos o ámbitos de trabajo que quedaban bajo su labor de supervisión, aunque sí se hacía constar que serían objeto de inspección «to-

dos los Centros de trabajo donde haya mujeres y niños» (art.3), que las funciones inspectoras se llevarían a cabo «en todas las industrias objeto de la inspección de trabajo» (art.16), y que los inspectores podrían entrar «en todos los locales y dependencias» relativos a espectáculos públicos, en este caso con la curiosa precisión de que tal competencia no habilitaba al inspector ni a ocupar ni a exigir «que se ponga a su disposición ninguna localidad reservada al público» (art.23). Estas escuetas previsiones se completaban con un par de referencias a las obras y establecimientos de los Ministerios de Guerra y Marina, en primer término para excluirlos de la actividad inspectora (art.2) y en un momento posterior para habilitar la entrada de los inspectores cuando se tratara de supervisar el trabajo de mujeres y niños (art.44).

Un poco más ambicioso parecía ser el Reglamento de 1931, que, como vimos, extendió las labores de inspección, sin distinciones ni precisiones nominativas, a todas las disposiciones legales referentes a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión (art.1), y que declaró ya, abiertamente, que la inspección de trabajo se ejercería «en todos los establecimientos de trabajo sujetos al cumplimiento de dichas leyes, sea cual fuere la condición del patrono», aclaración ésta que sirvió no sólo para incluir expresamente «las minas y ferrocarriles», sino también para extender la labor inspectora «a aquellos centros de trabajo industrial o mercantil cuyo patrono sea el Estado, la Provincia o el Municipio» (art.27). La Inspección de Trabajo, de esa forma, se expandía hacia el sector público, aunque tan sólo en lo relativo al personal de régimen laboral, que en aquellos tiempos era propio tan sólo de los centros o establecimientos de carácter mercantil o industrial, no de los entes o ámbitos de naturaleza administrativa. Por lo demás, el Reglamento de 1931 reiteraba las reglas de su antecedente de 1906 acerca del desarrollo de la labor inspectora en los espectáculos públicos (art.32) y en las obras pertenecientes al Ejército y la Marina (art.31), y añadía una mención particular a «los establecimientos be-

néficos donde el personal asilado realice trabajo para la venta con fines económicos o se halle en situación de aprendizaje», en los que también se habilitaba la inspección (art.31). El Reglamento de 1932 se limitó prácticamente a confirmar todas estas previsiones.

La unificación de cuerpos mediante la Ley de 1939 supuso, naturalmente, una redefinición del ámbito objetivo de actuación de la Inspección del Trabajo, que se extendió desde su original dominio laboral («disposiciones legales reguladoras del Trabajo», decía expresamente este nuevo texto legal) a las normas sobre emigración y sobre previsión social (art.2). La Ley de 1939 fue, además, mucho más precisa en la acotación de este espacio material sujeto a la labor inspectora, pues aludió de forma nominativa a las normas reguladoras del desarrollo del trabajo y su retribución, de las normas sobre colocación obrera, de las normas sobre empleo de extranjeros, de las normas sobre accidentes de trabajo y de las disposiciones relativas a «higiene y comodidad de los trabajadores en los centros de trabajo» (art.2). Esa misma técnica de precisión pudo observarse también en el Reglamento de 1940 de desarrollo de ese texto legal, en el que se especificó que la función inspectora de vigilancia se extendería «a los centros de trabajo de toda clase y naturaleza, incluso los ferroviarios y mineros, cualquiera que sea la condición de las empresas, aun cuando estén directamente regidas y administradas por el estado, provincia o Municipio», con una mención expresa, en ese sentido de inclusión, a la marina mercante o pesquera «con sus instalaciones y explotaciones industriales y comerciales», a los establecimientos escolares, benéficos y penitenciarios «donde los asilados o reclusos realicen trabajos para su venta con finalidades económicas», y al «movimiento emigratorio e inmigratorio español en el interior, en los puertos, en viaje y en el extranjero» (art.2). Como veremos, también contenía ciertas salvedades y matices en lo que se refería a los citados centros mineros.

La Ley de 1962 se preocupó asimismo de precisar el ámbito espacial o funcional del

desarrollo de las actividades de inspección, con una enumeración bastante cercana a la de la Ley de 1939 pero también con algunas variaciones de interés. Concretamente, con la nueva ordenación legal de 1962 la acción inspectora seguía proyectándose sobre «las empresas y, en general, centros de trabajo de toda clase y naturaleza, aun cuando estén directamente regidos o administrados por el Estado, el Municipio u otras Corporaciones de carácter regional, provincial o local», los buques de la marina mercante y de la flota pesquera (incluidas instalaciones y explotaciones auxiliares y complementarias), los puertos, vehículos y puntos de salida y destino en España durante los viajes a los países de residencia de los emigrados en lo relativo a los movimientos migratorios, las instituciones, entidades y organismos públicos y privados de la Seguridad Social, y las sociedades cooperativas y sus uniones (art.2). Con todo, la propia Ley contaba con la posibilidad de que determinadas actividades o industrias quedaran excluidas, especialmente por intereses ligados a la «defensa nacional», y fruto de esta previsión fue la relación que a tales efectos proporcionó el Reglamento 2122/1971, en el que quedaron fuera de la acción inspectora los centros y establecimientos militares, las industrias relacionadas con la Defensa nacional, las instalaciones de representaciones diplomáticas y los trabajos en minas y en canteras, en este caso sólo en lo relativo a seguridad en el trabajo (art.4). La regulación de este periodo también fue bastante explícita y minuciosa en cuanto al ámbito objetivo de desarrollo de la actividad de la Inspección de Trabajo, con un alto grado de detalle al mencionar las materias laborales (jornada, horarios, retribuciones, clasificación, etc.), de seguridad social (actos de encuadramiento, prestaciones, reconocimientos médicos, etc.), de empleo y migración (oficinas de colocación, regulación de empleo, transporte de emigrantes, etc.), y de promoción social y «servicios especiales» (cooperativas, economatos, universidades laborales, etc.), que quedaban sujetas a las competencias de control y vigilancia de los inspectores de trabajo (art.2 del

Decreto 2122/1971, por el que se desarrolló el cuadro general ofrecido por el art.2 de la Ley).

Tras la entrada en escena de la Ley 31/1995 de Prevención de riesgos laborales, que supuso la extensión a los funcionarios públicos de técnicas y reglas que hasta ese momento parecían exclusivas del empleo de régimen laboral, con las correspondientes consecuencias desde el punto de vista de su vigilancia y control, la Ley 42/1997 dio a la actividad inspectora la amplitud material y funcional que ya venía siendo tradicional, con las debidas actualizaciones de experiencia y de lenguaje. Así, las competencias de inspección se extendían a empresas, centros de trabajo y, en general, lugares de trabajo (aun cuando perteneciesen a las Administraciones públicas o entidades de Derecho público), a los vehículos y medios de transporte en general en los que se preste trabajo (incluidos buques, aeronaves «civiles» e instalaciones auxiliares o complementarias), a puertos, aeropuertos, vehículos y puntos de salida, escala y destino, en lo relativo a los viajes de emigración e inmigración interior, a entidades y empresas colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social, a entidades públicas o privadas colaboradoras de las distintas Administraciones públicas en materia de protección y promoción social, a las sociedades cooperativas en relación a su constitución y funcionamiento y en sociedades laborales en cuanto a su calificación como tales (art.4). Quedaban excluidos, no obstante, «los centros de trabajo, establecimientos, locales e instalaciones cuya vigilancia esté legalmente atribuida a otros órganos de las Administraciones públicas» (cabe pensar que militares, gubernativas o de sectores más especializados en materia de seguridad industrial), ámbitos en los que, de todos modos, la IT mantenía sus competencias para las materias no afectadas por esos otros instrumentos legales (art.4.2). El acervo normativo afectado por la labor inspectora era igualmente extenso, pues, según cabía entender a partir del art.3 de la Ley, llegaba prácticamente a todas las

disposiciones y normas reguladoras de las relaciones laborales (en sus distintas dimensiones), de la seguridad social (aunque aquí habría que hacer alguna salvedad respecto de los regímenes de funcionarios públicos), y de la colocación, el empleo, los movimientos migratorios y la economía social (con excepción en estos casos de los aspectos puramente gubernativos y de los asuntos absorbidos por las competencias autonómicas de gestión).

Aunque los criterios de sistematización de preceptos han cambiado parcialmente de uno a otro texto legal, la Ley 23/2015 ha venido a ratificar el ámbito de actuación de la regulación precedente. Las fórmulas utilizadas para ello prácticamente son reproducción de las que ya manejó la Ley 42/1997, bien es verdad que con algunos matices o añadidos dignos de reseña: la inclusión de los «trenes» entre los medios de transporte en los que se realiza trabajo susceptible de inspección, la precisión de que la inspección relativa a los buques estará referida a los de pabellón español siempre que se hallen «en puertos del territorio español o en aguas en las que España ejerza soberanía, derechos soberanos o jurisdicción», y la alusión específica a las mutuas colaboradoras de la seguridad social para puntualizar que el resultado de las labores de inspección efectuadas respecto de dichas entidades deberá ser comunicado «al órgano de dirección y tutela» (art.19). Tampoco ofrece innovaciones estructurales el recorrido material o normativo de las competencias de inspección, en el que no obstante cabe apreciar ciertas innovaciones de interés, como la referencia específica a una serie de normas que no se citaban de forma expresa en la regulación precedente (sobre tutela y promoción de la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, y sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional), la atribución específica de competencia para llevar a cabo «funciones de investigación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales» y de «control» en la aplicación de subvenciones y otras ayudas de fomento del empleo, y el desglose de la materia relativa a emigración e inmigración respecto de las restantes normas de empleo (art.12).

LA CONVIVENCIA DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO CON OTROS INSTRUMENTOS DE VIGILANCIA Y CONTROL DE LA LEGISLACIÓN SOCIAL

La creación de la Inspección de Trabajo en España en el año 1906 supuso un hito de especial trascendencia para nuestro sistema legal e institucional, pero, como ya tuvimos ocasión de apuntar, no entrañaba una novedad absoluta en la puesta en marcha de instrumentos de vigilancia y control de la entonces incipiente legislación social. Pese a que desde hacía algún tiempo se habían previsto en diversos proyectos normativos, en esa primera etapa no se llegó aún a la constitución, con estos fines, de órganos paritarios de carácter profesional (los jurados mixtos), pero sí se atribuyeron funciones inspectoras a las juntas de reformas sociales locales y provinciales que, con objetivos más amplios relacionados con la cuestión social, se habían ido implantando al calor de los primeros programas de legislación laboral. Como también vimos, la Ley de 1900 sobre trabajo de mujeres y niños jugó un importante papel en este sentido. Pues bien, la puesta en marcha de un Servicio propio de Inspección de Trabajo dentro del organigrama del Instituto de Reformas Sociales mediante aquel Reglamento de 1906 inevitablemente iba a afectar a esas estructuras previas, que desde el mismo momento en que empezó a funcionar la nueva institución entraron necesariamente en una fase de reajuste y recomposición de sus competencias, que sufrieron alguna reducción. De todas formas, las juntas locales y provinciales de reformas sociales continuaron ejerciendo después de 1906 su tradicional labor inspectora, aunque ya con carácter supletorio (para las demarcaciones a las que aún no hubiera llegado la nueva Inspección) o con carácter complementario (como instrumento de auxilio de los inspectores de trabajo). El Reglamento de 1906 optó, en efecto, por el mantenimiento de las competencias de inspección de las juntas locales y provinciales de reformas sociales «en donde no haya inspectores», con la precisión de que habrían de proceder en tal caso «en idéntica forma que la prescrita para tales fun-

cionarios en este reglamento», y sin perjuicio de las visitas que, en esos casos, pudieran realizar los inspectores. Mandó, además, que la actividad inspectora atribuida a las juntas por la Ley de 13 de marzo de 1900 se combinara con la de los inspectores, que, por otra parte, pasarían a formar parte de la junta correspondiente «como vocales técnicos con voz y voto».

De ese modo, las juntas mantenían su competencia inspectora pero integradas, por decirlo así, en el organigrama del Servicio de Inspección dirigido por el IRS. Por ello, la labor inspectora desarrollada por las juntas en los ámbitos en los que ya actuaran los inspectores tenía que acomodarse, al igual que la de éstos, a los preceptos del Reglamento de 1906, y por esa misma razón las juntas debían dar cuenta al IRS, como órgano máximo de dirección de la función inspectora, de las resoluciones que adoptaran en caso de infracción a las normas objeto de inspección. La intervención de las juntas en este terreno quedó reforzada con el respaldo expreso de la Ley de 19 de mayo de 1908 sobre Tribunales Industriales, en cuyas disposiciones finales se atribuyeron a las juntas locales y provinciales de reformas sociales funciones «de Inspección y estadística del trabajo» bajo la encomienda y dirección del IRS, aspectos que fueron desarrollados y precisados mediante una serie de «instrucciones» aprobadas en 1909 que sobre todo trataban de evitar conflictos de competencias entre los vocales y miembros de las juntas y los inspectores de trabajo. En síntesis, las juntas habrían de prestar a los inspectores el «concurso» y la «protección» que éstos necesitaran «en el desempeño de su cargo», teniendo en cuenta además que los inspectores debían «ser citados a las sesiones de las juntas donde se traten asuntos de inspección», con el fin, muy probablemente, de que no hubiera interferencias ni contradicciones en la programación y el desarrollo de la tareas de inspección por unas y otras instancias.

La actividad de las juntas de reformas sociales se fue apagando, en todo caso, con el paso de los años, y no sólo por la progresiva implantación del Servicio de Inspección de Trabajo organizado en el seno del IRS, sino también por la emergencia de los instrumen-

tos de extracción profesional y de composición paritaria que la Ley de 1900 sobre el trabajo de mujeres y niños se había encargado de anunciar. Sin perjuicio de algunos antecedentes más localizados desde el punto de vista funcional o sectorial, la implantación efectiva de este tipo de órganos comenzó con la creación de la Comisión Mixta del Trabajo en Cataluña mediante RD de 11 de octubre de 1919, que tenía como misión principal la regulación de condiciones de trabajo (jornada y salarios, fundamentalmente) y la resolución de conflictos entre patronos y obreros, pero que también asumió el encargo de «cuidar de la fiscalización» de las normas con vistas a su aplicación y ejecución. Competencias similares fueron atribuidas poco tiempo después, mediante un RD de 24 de abril de 1920, a la Comisión Mixta del sector del comercio en la provincia de Barcelona, que además de sus funciones de resolución de controversias laborales, de fijación de sueldos o de propuesta de reformas normativas, quedaba encargada, como la anterior, de cuidar «del cumplimiento de las leyes sociales vigentes dentro de su propia esfera». La experiencia de esas primeras estructuras paritarias fue acogida y amplificada, finalmente, con la Organización Corporativa Nacional impulsada desde los ideales corporativos de la Dictadura de Primo de Rivera y regulada inicialmente mediante el Real Decreto-ley de 26 de noviembre de 1926 (incorporado más tarde a la refundición normativa aprobada por el Real Decreto de 8 de marzo de 1929). Dentro de los distintos estratos de participación paritaria por grupos profesionales o sectores de actividad previstos en esa compleja Organización se encontraban (junto a los comités paritarios) las comisiones mixtas de trabajo, que asumieron expresamente funciones de «fiscalización» de la normativa aplicable y, en particular, la misión de velar por el cumplimiento de las disposiciones generales sobre el régimen de trabajo dentro de la profesión respectiva.

Ninguna de estas instancias corporativas supuso desde luego pérdidas o reducciones en

el ámbito de competencias de la Inspección de Trabajo, pero sí obligó a los miembros de este Servicio a convivir con otros mecanismos de control de la legislación laboral, respecto de los que, en aquellos momentos, no se estableció de modo expreso ninguna regla de delimitación de espacios o funciones, más allá de las atribuciones que para cada una de esas instancias cabía deducir de sus respectivas normas reguladoras. Algo distinta, desde este punto de vista, fue la experiencia legal de los jurados mixtos, órganos que, acogiendo ya la denominación promovida por nuestra legislación histórica, vinieron a ocupar el lugar de las anteriores estructuras corporativas con la proclamación de la II República y que también recibieron, aparentemente de manera bastante más clara y precisa, competencias de supervisión y vigilancia de la normativa laboral. La entrada en escena de los jurados mixtos tuvo lugar con el Decreto de 7 de mayo de 1931, que los puso en marcha para la agricultura y que, junto a las clásicas funciones de determinación de condiciones de trabajo y prevención y resolución de conflictos, les encomendó la de inspeccionar el cumplimiento no sólo «de las leyes sociales relativas al trabajo rural», sino también, y en especial, «de los acuerdos» adoptados en el seno de esos órganos paritarios. Una fórmula similar sería empleada más tarde, aunque ya con una proyección mayor sobre el sistema de relaciones de trabajo, por la Ley de 27 de noviembre de 1931 sobre jurados mixtos profesionales, que por otra parte no se limitó a consagrar la competencia inspección de esos instrumentos de composición paritaria sino que también se hizo cargo del impacto institucional de esa opción normativa, al entrañar una especie de concurrencia con la Inspección de Trabajo. Para tratar de encauzar razonablemente esa duplicidad de instrumentos, el texto legal de 1931 dispuso que los «vocales inspectores» nombrados por los jurados mixtos para desarrollar labores de inspección serían considerados, en el desempeño de su función, «como Inspectores auxiliares del servicio general de la Inspección de Trabajo», con la facultad, en todo caso, de levantar actas de infracción. A su vez, y ya

desde la perspectiva de la Inspección de Trabajo, el Decreto de 23 de junio de 1932 sobre Delegaciones de Trabajo incluyó a «los Vocales inspectores de los Jurados mixtos de Trabajo» en el elenco de recursos humanos de los servicios de Inspección, con la advertencia de que las Delegaciones del Consejo de Trabajo podrían ejercer funciones de inspección «en casos especiales y tratándose de industrias o establecimientos que no estén sometidos a la jurisdicción de un Jurado mixto determinado». De todos modos, con la nueva Ley de 1935 las competencias de inspección de los jurados mixtos quedarían algo rebajadas y el Servicio de Inspección de Trabajo recobraría buena parte de su espacio de juego.

Como es sabido, a partir de la Ley de 1939 las tareas de inspección de trabajo fueron asumidas en exclusiva por instancias de naturaleza pública, sin perjuicio de la colaboración que durante algunas décadas prestarían los «organismos sindicales» propios de la época. En cualquier caso, seguiría siendo necesaria, como en los periodos anteriores, la delimitación de los respectivos espacios de juego entre la Inspección de Trabajo y otros instrumentos de naturaleza pública o administrativa también dispuestos para el control de la aplicación de las normas. El caso más relevante desde este punto de vista fue el de la denominada «policía minera» (integrada por ingenieros y facultativos de minas), que desde mucho tiempo atrás ejercía competencias de inspección y vigilancia en el ámbito de las minas con objeto de velar no sólo por la seguridad de las explotaciones sino también –por utilizar los términos del Reglamento de Policía Minera de 28 de enero de 1910– por la «protección de los obreros contra los peligros que amenacen su salud ó su vida». Se trataba, casi inevitablemente, de una zona de frontera en la que no era fácil determinar con exactitud las competencias de unos y otros profesionales, hasta el punto de que algunas disposiciones legales de las primeras décadas del siglo XX contaban de forma simultánea y concurrente con la intervención de la Inspección de Trabajo y de la Policía Minera (como sucedía con el Real Decreto de 29

de febrero de 1912 sobre aplicación de las reglas de jornada máxima en las minas).

El Reglamento del Servicio de la Inspección de Trabajo de 9 de mayo de 1931 incidió colateralmente en esta situación al disponer que la función de Inspección de los trabajos de las minas sería ejercida, «salvo la de carácter técnico», por «inspectores auxiliares obreros que hayan trabajado en las minas por lo menos cinco años», que serían propuestos por las asociaciones profesionales legalmente constituidas y se asimilarían a los inspectores auxiliares del Servicio de Inspección (art.28). Con la creación de las Delegaciones de Trabajo mediante la Ley de 13 de mayo de 1932 y el Reglamento de 23 de junio del mismo año, se consideró de manera más explícita que «el cometido de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales referentes a las condiciones del trabajo», diferenciables de la pura legislación minera, debía residir en la IT, y, unos años después, el Decreto de 9 de febrero de 1934 quiso zanjar la cuestión, y a tal efecto dispuso que en el ámbito de las explotaciones mineras la IT «entenderá únicamente en las cuestiones sociales (jornada máxima, descanso dominical, trabajo de mujeres y niños, horas extraordinarias, etc., y disposiciones del Código y Contrato de Trabajo)», de modo que quedaría en manos del Cuerpo de Ingenieros de Minas «la inspección de todos los demás servicios de la mina especificados en el Reglamento de Policía Minera».

El problema de delimitación de competencias, de todas formas, nunca pareció del todo resuelto, y siguió necesitado de precisiones o aclaraciones en la legislación posterior. El Reglamento del Cuerpo Nacional de la Inspección de Trabajo aprobado en 1940, por ejemplo, dispuso que la vigilancia «de la seguridad del obrero» en las minas y canteras quedaría encomendada a los Ingenieros de Minas en exclusiva, «limitándose la Inspección de Trabajo a comunicar cuantas deficiencias observe a este respecto», mientras que el Reglamento de 1971, bien es verdad que con una orientación similar, se limitaría a decir que del ámbito territorial de la Inspección de Trabajo queda-

ban excluidos los trabajos en minas y canteras pero «tan sólo a efectos de seguridad en el trabajo». A partir de la Ley de 1997 (seguida fielmente en este punto tanto por su Reglamento de desarrollo del año 2000 como por la Ley de 2015), esta regla tradicional de exclusión de los ámbitos mineros quedó albergada en una fórmula mucho más lacónica pero de más general alcance, dirigida ya, literalmente, a «centros de trabajo, establecimientos, locales o instalaciones cuya vigilancia esté atribuida a otros órganos de las Administraciones públicas».

BREVE GUÍA BIBLIOGRÁFICA

Los estudios doctrinales sobre la Inspección de Trabajo son a estas alturas muy numerosos. Desde luego, aún mantienen su interés algunas obras referidas a los orígenes de nuestra Inspección (como la de M.J. Baldonado Bermejo, *El General de Ingenieros don José Marvá y Mayer, creador del Cuerpo de Inspección de Trabajo*, MTAS, Madrid, 2006), o al estado de su regulación a mediados del siglo pasado (como la monografía de L. San Miguel Arribas, *La Inspección de Trabajo. Importancia social y organización administrativa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, pp.25 ss.) o en los años de transición al vigente sistema democrático (como la obra de F. Pérez-Espinosa Sánchez, *Las infracciones laborales y la Inspección de Trabajo*, Montercorvo, Madrid, 1977). Pero desde la perspectiva actual no cabe duda de que el mayor interés procede de los libros elaborados y publicados en el contexto de la legislación post-constitucional, ya sea en forma de monografía (como los estudios de M. A. García Rubio, *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, y *La presunción de certeza de las actas de la inspección de trabajo y seguridad social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999; de E. González Biedma, *La Inspección de Trabajo y el control de la aplicación de la norma laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1999, o de F. Minondo Sanz, *Fundamentos de la Inspección*

de Trabajo y Seguridad Social, MTIN, Madrid, 2000), ya sea en forma de compendio de doctrina y materiales (como el de J. M. Díaz Rodríguez, *Tratado Práctico de la Inspección de Trabajo. Jurisprudencia, Esquemas, Cuestiones Prácticas y Formularios*, Lex Nova/Thomson Reuters, Pamplona, 2016), ya sea, en fin, en formato de obra colectiva (como las dirigidas por I. Vázquez González, *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1999, o por J. García Murcia, *La Inspección de Trabajo. Regulación española y perspectiva comparada*, Thomson Aranzadi con la colaboración del Gobierno del Principado de Asturias, Pamplona, 2016). Una mención especial merecen, naturalmente, las obras conmemorativas del primer centenario de la Inspección de Trabajo en España celebrado en el año 2006 (como la promovida por el Ministerio de Trabajo, *Primer Centenario de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2005, o la dirigida por M. J. Espuny i Tomás y O. Paz Torres, *La inspección de Trabajo 1906-2006*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008), completada alguna de ellas con un condensado anexo normativo (como la dirigida por J. García Murcia, *1906-2006. Cien años de Inspección de Trabajo*, Gobierno del Principado de Asturias, Oviedo, 2007). Un anexo normativo más amplio y exhaustivo, comprensivo también de textos internacionales y de la Unión Europea, puede encontrarse asimismo en alguna de las obras colectivas citadas anteriormente (como la que lleva por título *La Inspección de Trabajo. Regulación española y perspectiva comparada*), y buena parte de la legislación histórica de la Inspección de Trabajo en España puede consultarse en compendios más generales sobre legisla-

ción laboral histórica (como el elaborado por A. Martín Valverde y otros, *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987). Como comprenderá el lector, en una reseña como la que aquí corresponde apenas hay cabida para artículos de revista, pero sí vale la pena citar algún número monográfico sobre el tema (como el preparado por la Revista *Trabajo y Derecho* en 2016 bajo la dirección de J. L. Hernández de Luz), o algún ensayo referido en especial a la estructura de la Inspección de Trabajo en nuestro actual Estado autonómico (como el de I. García Vitoria, «Competencias autonómicas de ejecución e inspección de trabajo: asimetrías territoriales e igualdad de derechos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.97, 2013), aspecto en el que también puede consultarse alguna colaboración en obra colectiva de temática más general (como la de J. García Murcia, «La Inspección de Trabajo en el Estado autonómico español», AAVV, *Presente y futuro de la intervención pública en las relaciones laborales y de seguridad social. Libro homenaje al Profesor Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez*, CARL, Sevilla, 2011). Para adentrarse en la inspección de Trabajo desde una perspectiva internacional, dimensión de la que aquí no puede darse mayor información, pueden utilizarse, por ejemplo, algunos estudios publicados por la Organización Internacional del Trabajo (como el realizado por M. L. Vega Ruíz, *Los sistemas de Inspección de Trabajo en el Mundo. Tendencias y retos. Un enfoque comparado*, Ginebra, 2013) o algunos números monográficos de revistas especializadas (como la *Comparative Labor Law and Policy Journal*, núm.2, vol.37, 2016).

RESUMEN

La Inspección de Trabajo fue creada formalmente en España en el año 1906, como un paso más en el proceso de emergencia de nuestra legislación laboral y siguiendo el modelo de instituciones similares que con ese mismo fin se iban creando en muchos países de nuestro entorno. Desde entonces ha experimentado un proceso constante de modernización y ajuste a las necesidades del trabajo y del sistema productivo, tanto en el plano organizativo como en el terreno de sus funciones y su ámbito de actuación. Aunque los cambios de régimen político se han dejado notar en determinados aspectos de su regulación, también es cierto que a pesar de los años transcurridos desde su implantación la Inspección de Trabajo española ha sabido mantener no sólo muchos de sus rasgos característicos sino también su presencia entre las instituciones más señeras de nuestro sistema de relaciones laborales y de protección social. Durante algún tiempo, o en relación con determinados ámbitos de la actividad productiva, ha tenido que concurrir con otros instrumentos de vigilancia y control, pero su trayectoria histórica ha servido para consolidar sus estructuras y reforzar su protagonismo en la actividad de inspección de las leyes sociales. Concebida en términos generalistas, a lo largo del tiempo y sobre todo en las últimas décadas ha buscado también cierta especialización en los terrenos del empleo, la seguridad y salud en el trabajo o la protección social. Del mismo modo, sus funciones iniciales de vigilancia y control se han ido enriqueciendo paulatinamente con la asunción de otras tareas de asistencia técnica o mediación en conflictos laborales. Por lo demás, su diseño unitario e integral ha tratado de hacerse compatible con las estructuras políticas puestas en marcha con la Constitución de 1978.

Palabras clave: Funciones inspectoras, Historia, Inspección de Trabajo, Inspección de Seguros, Juntas de Reformas Sociales, Organización de la Inspección, Vigilancia y control.

ABSTRACT

The Labor Inspectorate was formally created in Spain in 1906, as a further step in the process of origin and development of our labor legislation, and following the model of similar institutions that were being created in many countries around us for the same purpose. Since then, it has experienced a constant process of modernization and adjustment to the needs of the productive system, both at the organizational level and in the field of its functions and scope. Although changes in political regime have been noted in certain aspects of its regulation, it is also true that after a century the Spanish Labor Inspectorate has managed to maintain not only many of its characteristic features, but also its presence among the leading institutions of the system of labor relations and social protection in Spain. For some time, or in relation to certain sectors of activity, it has had to concur with other monitoring and control instruments, but its historical trajectory has served to consolidate its structures and to reinforce its principal role in the activity of inspection of social laws. Designed as an inspection with a general scope, some specialization in the fields of employment, occupational health and safety or social protection has been sought in recent decades. In the same way, its initial monitoring and control functions have gradually been enriched thanks to the assumption of other tasks of technical assistance or mediation in labor disputes. Moreover, its unitary and integral design has tried to become compatible with the political structures put in place with the Spanish Constitution of 1978.

Keywords: Functions of inspections, History, Labour Inspection, Insurance Inspection, Social Reform Councils, Organizing Inspections, Surveillance and control.

El procedimiento de oficio y la Inspección de Trabajo*

Ex officio procedure and Labour Inspection

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO**

1. EL PROCEDIMIENTO DE OFICIO EN LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

1.1. Introducción

El Capítulo VII del Título II del Libro II de la LRJS contiene dos secciones aglutinadas en torno a una rúbrica común aunque el contenido de ambas difiere sustancialmente: de un lado, el «clásico» procedimiento de oficio; de otro, el novedoso proceso frente a actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social (en este último caso, no prestacional), antes sustanciado ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. En ambos casos interviene la Administración pública; en uno como demandante y en el otro como demandada, de manera que los elementos comunes son pocos.

* Para la elaboración de estas notas he tenido a la vista diversos originales previos redactados en coautoría con el Dr. Rodrigo MARTÍN JIMÉNEZ, a quien agradezco su generosidad al permitirme utilizarlos libremente.

** Catedrático de la Universidad Rey Juan Carlos (s.e.). Magistrado del Tribunal Supremo.

El «de oficio» alude a una modalidad procesal que, a diferencia de todas las demás –o del proceso ordinario–, sólo puede iniciarse a instancia de la Autoridad laboral competente. Se trata de un proceso especial bien conocido en el ámbito del ordenamiento social y que se caracteriza por poner en relación a dos poderes públicos (Administración laboral y Jurisdicción social) que de ordinario intervienen en procesos distintos y actúan de forma separada e independiente.

Los tres artículos de la LRJS que integran la Sección Primera del citado Capítulo (arts. 148 a 150) reflejan fielmente su devenir: primero concebido para que la Administración ejerciera sus funciones tutelares respecto de los trabajadores y más tarde también utilizado para llevar a sede judicial el conocimiento de algunas cuestiones litigiosas que aparecen como presupuesto para la resolución de ciertos expedientes administrativos. De este modo, sobre un esquema viejo se proyectan nuevas finalidades sin llevar a cabo, en ocasiones, los ajustes pertinentes, lo que plantea algunas dudas que se comentarán al hilo del análisis de cada norma concreta.

1.2. Nota histórica

Las OOMM de 30-09-1941, 7-07-1942 y 30-09-1942 atribuyeron a los Inspectores de Trabajo la facultad de iniciar por propia decisión un proceso ante los órganos jurisdiccionales, siendo a partir del Decreto de 11-11-43 cuando la Administración recibe esa misma competencia¹.

La LPL de 1958 amplió, en su artículo 118, los instrumentos y los sujetos a los que se atribuyó dicha facultad: «certificaciones de los Delegados Provinciales de Trabajo; acuerdos de los Delegados de Trabajo; comunicaciones de la Inspección Técnica de la Previsión Social en materia de accidentes de trabajo y, por último, cualquier otro a los que la legislación vigente conceda la cualidad de demanda»; los sucesivos textos procesales de 1963, 1966 y 1973 mantuvieron invariable esa redacción.

La LPL de 1980 estableció que el procedimiento de oficio podría iniciarse «como consecuencia de las certificaciones de las actas de infracción de la Inspección de Trabajo y los acuerdos de las Delegaciones de Trabajo, así como los de la Autoridad laboral a que se refieren el párrafo segundo del número 5 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores o cualesquiera otros a los que la legislación vigente conceda la calidad de demanda».

La LPL de 1990 eliminó la facultad que en legislaciones anteriores se reconocía al Inspector de Trabajo para iniciar el proceso de oficio, circunscribiendo la legitimación activa a la Autoridad laboral.

La restricción se mantuvo en el Texto Refundido de la LPL de 1995, si bien la Ley 42/1997, de la Inspección de Trabajo (LIT), así como su reglamento de desarrollo, aprobado por RD 138/2000, de 4 febrero, parecen atri-

buir nuevamente a los Inspectores de Trabajo (art. 7.12 LIT), e incluso a los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social (art. 8.5º RD 138/2000), facultades concretas en orden a la iniciación del proceso de oficio.

En fin, la Ley 36/2011, de 10 de octubre (LRJS) asume las modificaciones derivadas de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial. Tras su promulgación, la Ley 36/2011 ha sido retocada por la Ley 3/2012, de 6 de julio; sin embargo, no ha sufrido cambio alguno como consecuencia de la promulgación de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

1.3. La denominación

La propia denominación de este proceso especial ha sido objeto de crítica por la doctrina científica. Procesos de oficio son, de acuerdo con la teoría general del Derecho Procesal, los que se inician a instancia del propio órgano jurisdiccional². Sin embargo, los procesos «de oficio» aquí contemplados deben su nombre a que surgen como consecuencia de las comunicaciones-demandas presentadas por la Autoridad laboral y no a instancia de la Jurisdicción social, quien deberá seguir «de oficio» el proceso [art. 150.2 a) LRJS], debiendo ejecutarse «siempre de oficio» [art. 150.2 e) LRJS] las sentencias dictadas.

Debe recordarse que también «de oficio» puede iniciarse el proceso de conflictos colectivos (art. 158 LRJS), así como el de impugnación de convenios colectivos (art. 163.1 LRJS), si bien ambos se rigen por sus reglas especia-

¹ La STS 18 julio 2011 (rec. 133/2010) recuerda que el procedimiento de oficio se instauró para evitar contradicciones entre órganos judiciales sociales y los de lo contencioso-administrativo, a fin de que los primeros, aunque no sean competentes en materia de impugnación de sanciones administrativas, pudieran intervenir y ser oídos en materias de su competencia.

² Con arreglo al artículo 303 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal «La formación del sumario, ya empiece de oficio, ya a instancia de parte, corresponderá a los Jueces de instrucción por los delitos que se cometan dentro de su partido o demarcación respectiva, y en su defecto a los demás de la misma ciudad o población con ellos o por su delegación, a los Jueces municipales».

les, que difieren sustancialmente de las previstas para los procesos de oficio que ahora nos ocupan.

1.4. Modalidades

A diferencia de lo que sucede con las demás modalidades procesales (singularizadas por la materia objeto del conflicto) esta se identifica por el sujeto que inicia el procedimiento, siendo diversos los supuestos en que tal iniciativa procede (perjuicios económicos para los trabajadores, irregularidades en la conclusión de los acuerdos de suspensión y extinción colectiva de las relaciones de trabajo, dudas acerca de la naturaleza –laboral o no– de la relación, etc.–) lo que justifica una tipología heterogénea y especialidades procesales distintas en cada caso. Al caso, son cuatro los subtipos de este procedimiento, todos ellos reflejados en el artículo 148 LRJS, y que ahora procede mencionar para su ulterior análisis individualizado:

- Actas de infracción en las que se aprecien perjuicios económicos para los trabajadores afectados.
- Supuestos vinculados a la existencia de anomalías en la conclusión de acuerdos sobre suspensión, reducción de la jornada o extinción de contratos de trabajo o al acceso indebido al desempleo.
- Discriminación cuando la persona trabajadora pueda tener derecho a la indemnización correspondiente.
- Fiscalización en materia de Seguridad Social cuando se cuestiona la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora.

2. ACTAS DE INFRACCIÓN CON PERJUICIOS ECONÓMICOS

La primera modalidad del proceso de oficio surge cuando la Autoridad laboral certifica

que existe una resolución propia de carácter sancionador, que ha alcanzado firmeza, en la cual se aprecian perjuicios económicos.

2.1. Iniciación del proceso

Este proceso de oficio sólo puede iniciarse, de acuerdo con la literalidad del artículo 148 a) LRJS, cuando haya concluido el procedimiento administrativo sancionador y, además, la resolución administrativa por la que se impone la sanción sea firme³.

Los documentos que dan lugar a la iniciación del proceso no son las actas de infracción sino las resoluciones sancionadoras que tienen su base en ellas. El respeto a las garantías procedimentales aconseja la debida separación entre Inspección de Trabajo y Autoridad laboral o, cuando menos, que quien inicia y tramita el procedimiento sancionador sea distinto de quien resuelve y de quien, en su caso, formule la demanda de oficio. En este sentido, el art. 22.14 de la Ley 23/2015 dispone que los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, finalizada la actividad comprobatoria inspectora, podrán proponer a su superior jerárquico la formulación de comunicaciones y demandas de oficio ante la Jurisdicción de lo Social en la forma prevista en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. A este respecto interesa resaltar también que⁴:

- Los Inspectores podrán proponer al Jefe de la Inspección Provincial o al Jefe de la respectiva Unidad especializada la formulación de estas demandas de oficio.

³ La firmeza de la resolución debe entenderse referida a la vía administrativa, no a la jurisdiccional, de forma que la iniciación del proceso de oficio no requiere agotar esta última, aunque sí aquélla, a través de los recursos procedentes.

⁴ Cf. el artículo 6 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, precisamente rubricado «Iniciación del procedimiento de oficio ante el orden jurisdiccional social».

- Si se formulase demanda, se dará cuenta al órgano competente para resolver, y se producirá la suspensión del expediente administrativo sancionador y, cuando exista, del procedimiento liquidatorio, con notificación a los interesados y al proponente, hasta tanto se dicte sentencia firme.
- Esta actuación no impide la ejecución de las resoluciones administrativas sancionadoras que hayan adquirido firmeza⁵.
- Una vez comunicada la sentencia firme, se continuará la tramitación del expediente administrativo sancionador o liquidatorio, dictándose la correspondiente resolución, que respetará el pronunciamiento del orden jurisdiccional social sobre el fondo del asunto.

La comunicación que inicia esta modalidad procesal no está sujeta al plazo de prescripción del art. 59.1 ET, sino al específico de la conducta que se pretende sancionar. La acción ejercitada en el procedimiento de oficio tiene el designio de servir de presupuesto necesario para la aplicación de normas sancionadoras o de Seguridad Social, en cuyas esferas será posible alegar u oponer la prescripción cuando, como consecuencia de la sentencia estimatoria de la demanda de oficio, pueda proseguir su curso el expediente administrativo sancionador, que había quedado interrumpido con la admisión a trámite de la demanda⁶.

⁵ El artículo 3 del citado Reglamento dispone que cuando el Inspector que levante el acta considere que de la presunta infracción se derivan perjuicios económicos para los trabajadores afectados, podrá incluirlos en el acta consignándolos, en tal caso, con los requisitos exigidos para la validez de las demandas.

⁶ En este sentido, por todas, SSTS 12 julio 2004 (RJ 2004, 7074) y 21 octubre 2004 (RJ 2004, 7030). La STS 25 octubre 2005 (RJ 2005, 7940) explica que «la acción ejercitada no es una secuela del contrato de trabajo, dado que éste genera una relación laboral interpartes de la que la autoridad laboral es un tercero, lo que de suyo impide ligar al nacimiento de la acción ejercitada a ese contrato, el cual funciona sólo como presupuesto de ejercicio».

2.2. Objeto del proceso

El objeto de este proceso aparece necesariamente circunscrito a la determinación de si existen o no los perjuicios que, a juicio de la Inspección de Trabajo se han causado a los trabajadores y, en su caso, a su cuantificación. La decisión última sobre este extremo se encomienda, así, al orden jurisdiccional social (no al contencioso) por entender que es en tal sede donde han de dilucidarse los litigios «inter privados» relativos a la responsabilidad del empresario en el ámbito de las relaciones laborales (arts. 9.5 LOPJ y 1 LRJS).

2.3. Fundamento

Un claro deseo de proteger los intereses económicos de los trabajadores inspira la existencia de este proceso, en línea con el más clásico carácter tuitivo de las normas laborales. Que un sujeto de Derecho público asuma la tutela de intereses privados no es frecuente, lo que podría dar lugar a pensar que los derechos económicos de los trabajadores se elevan a la categoría de públicos; pero la verdad es que ni siquiera la semejanza del papel desempeñado por la autoridad laboral con el propio del Ministerio Fiscal supone que se haya producido tal transformación. Lo que sucede es que los derechos económicos de los trabajadores –que no pierden su condición de privados– se tutelan por la Administración para depurar eventuales responsabilidades patronales.

Se trata de una manifestación evidente de tutela administrativa que trata de suplir o remediar la pasividad de los trabajadores que legítimamente evitan todo conflicto directo con la empresa y, con ello, la indisposición o represalia de ésta. Así, el trabajador puede presentar una denuncia ante la Inspección de Trabajo y de ahí derivarse una sanción administrativa para la empresa incumplidora, pero también es posible que se reconozcan derechos económicos a los trabajadores sin necesidad de que interpongan demanda alguna, atribuyendo legitimación a la autoridad laboral para

que interponga una demanda en interés del trabajador⁷.

2.4. Discrecionalidad de la decisión administrativa

Estamos ante un proceso que se inicia si así lo considera oportuno la Autoridad laboral. La Administración no está obligada a presentar la demanda de oficio en todos los casos en que, hipotéticamente, pudieran concurrir los perjuicios económicos para los trabajadores; el apartado a) del artículo 148 LRJS viene introducido por la expresión «*El proceso podrá iniciarse de oficio como consecuencia....*».

El espíritu y la letra de los arts. 1 a 3 LRJS y la tramitación de las pretensiones de reclamación frente a actuaciones (o no actuaciones) administrativas en materia laboral por el cauce de los arts. 151 y 152 LRJS conducen a una solución favorable a la competencia del orden social, que no del contencioso, en estos temas. Es evidente que la Jurisdicción social no sólo puede fiscalizar la regularidad formal de la decisión, sino también su contenido, sin que ello signifique menoscabo de las facultades atribuidas a la Administración por el ordenamiento ni suponga en ningún caso la sustitución de los criterios técnicos de ésta por los de los órganos jurisdiccionales.

2.5. Carácter de la intervención procesal de la Administración

2.5.1. Planteamiento

La posición que ocupa la autoridad laboral en el proceso de oficio es cuestión polémica. Cabe que circunscriba su intervención a la fase inicial del proceso sin tomar parte en él,

sin efectuar alegaciones a favor o en contra, sin proponer y practicar pruebas, sin la posibilidad de interponer recurso. La tesis (mayoritaria) contraria a considerarla como parte procesal se sustenta en el objeto mismo del proceso de oficio: la determinación de la existencia o no de los perjuicios económicos referidos a la esfera privada de los trabajadores afectados, que ya han sido objeto de sanción administrativa. Además, el art. 150.2 a) LRJS reconoce a los trabajadores «la consideración de parte» en el proceso, y nada se dice de la Administración, a quien únicamente «se comunicará» la sentencia (último párrafo del art. 148 LRJS).

2.5.2. Condición de parte

Es defendible la tesis contraria a que la Administración sea considerada como parte procesal. El hecho de que los trabajadores afectados (cuya postura, por lo demás, normalmente coincidirá con la sostenida por la Administración) puedan ser parte en el proceso no excluye que también la autoridad laboral pueda defender en juicio una pretensión concreta, muy especialmente en el caso de que los trabajadores decidan no comparecer en el juicio.

El interés público que se tutela a través de la potestad sancionadora no se agota con el ejercicio de ésta, sino que puede (y debe, en ausencia de trabajadores) completarse con la defensa en el proceso laboral de una pretensión concreta favorable a los intereses de los trabajadores. Desde una perspectiva de técnica procesal es absurdo que nadie asuma la defensa activa de la posición que a tales intereses afecta. Y es que, en esta singularísima modalidad de proceso puede que no haya nadie afectado en posición activa, con lo que de no reconocerse a la Administración esta cualidad, podría quedar sin defensa en el proceso el referido interés público. Por supuesto, de defenderse esta tesis, habría que admitir la posibilidad de recurrir la sentencia dictada.

⁷ Así lo advierte, por ejemplo STSJ Aragón, de 16 octubre 2013 [AS 2014, 351].

2.5.3. Posición singular

Desde otra perspectiva se expone que no se comprende muy bien que se traiga al proceso de oficio un supuesto en el que la Administración propulsora, en lugar de desentenderse del tema trasladado a la jurisdicción, sigue actuando como parte. No se compagina bien la actuación procesal inherente a la parte con la presunción de certeza contenida en el artículo 150.2 d) LRJS, con la previsión de que el procedimiento haya de seguirse de oficio (si la Administración es parte procesal, ya se encargará de ello aunque no comparezcan los trabajadores afectados...) o con la especificación (superflua, a la vista del art. 97.1 LRJS) de que se le haya de notificar la sentencia «firme».

La Autoridad laboral tiene la potestad de iniciar el proceso, pero no parece razonable reconocer su condición de parte puesto que, en sentido estricto, carece de pretensión procesal. La Administración sólo es parte en el proceso de oficio cuando ostenta un derecho a defender una concreta pretensión⁸.

2.5.4. Criterio jurisprudencial

La jurisprudencia señala que la Autoridad laboral se limita a poner en marcha el proceso, pero sin intervención posterior en él, ya que ni representa a los trabajadores perjudicados ni les asiste en el acto del juicio; ni siquiera ha de intervenir para sostener la acción cuando los trabajadores no intervienen estando debidamente citados, lo que lleva a la conclusión de que la Autoridad laboral no es parte y, consiguientemente, no está legitimada para recurrir⁹. La autoridad

laboral ni es parte en el proceso, ni puede desistir, transigir, aportar pruebas por propia iniciativa, ni intervenir a sostener la acción cuando los trabajadores no comparecen a pesar de estar debidamente citados ni recurrir la sentencia dictada o impugnar el recurso interpuesto contra la misma, pues sólo las partes que soporten algún gravamen derivado de la sentencia pueden interponer contra la misma los recursos que la ley autoriza, condición de la que carece en este procedimiento de oficio la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social.

La solución es distinta cuando se trata del proceso de oficio abierto como consecuencia de discutirse la naturaleza laboral de un vínculo, que se verá más adelante.

2.6. Efectos sobre la resolución administrativa sancionadora

Como las resoluciones firmes que pueden dar lugar al inicio del proceso de oficio pueden recurrirse judicialmente, se plantea la cuestión relativa a la interacción entre ambos procesos. La autonomía de ambas pretensiones explica por qué estos procesos de oficio «no impedirán la ejecución de las resoluciones administrativas sancionadoras que hayan adquirido firmeza» (art. 6.1.2º RD 928/1998). Aunque desde un punto de vista formal las pretensiones son completamente distintas en uno y otro proceso, es aconsejable que la resolución firme que se dicte en primer lugar sea tenida en cuenta en el otro proceso con el fin de evitar resoluciones judiciales contradictorias¹⁰.

⁸ Desde esta perspectiva, quien inicia el proceso es la Administración, pero en defensa de un interés ajeno y no propio, el de los trabajadores afectados. La Autoridad laboral actúa como sustituto procesal *sui generis* de los trabajadores partiendo de la idea de que el trabajador no quiera o no pueda plantear conflictos por temor a posibles represalias empresariales limitándose su posición a la presentación de la demanda y a la posible rectificación o complemento de la misma.

⁹ Cf. la STS Pleno 5 mayo 1994 (RJ 1994, 3996), seguida por otras muchas. En ella se expone que estamos ante proceso

cuyo objeto afecta exclusivamente a la reparación de lesiones patrimoniales que corresponden a la esfera privada de los trabajadores afectados. La única diferencia respecto al proceso ordinario se produce, con las especialidades consiguientes, porque la ilicitud de la conducta que ha causado el daño patrimonial ha sido objeto ya de una sanción firme administrativa.

¹⁰ La recíproca vinculación de las sentencias dictadas en el orden social y en el contencioso-administrativo no sería sino consecuencia del efecto positivo de la cosa juzgada, tal y como el artículo 222.4 LEC prevé.

2.7. Sentencia

A diferencia de lo que sucede en los demás supuestos en que se tramita un proceso de oficio, las actuaciones judiciales desembocan en una sentencia de tipo condenatorio y no meramente declarativo. La resolución judicial no se limitará, por tanto, a constatar que se han causado perjuicios económicos a los trabajadores, sino que fijará cuáles han sido éstos y ordenará al empresario que los haga efectivos. El órgano jurisdiccional no sólo puede fiscalizar la regularidad formal de la decisión, sino también su contenido, sin que ello signifique menoscabo de las facultades atribuidas a la Administración por el ordenamiento ni suponga en ningún caso la sustitución de los criterios técnicos de ésta¹¹.

3. ACUERDOS DE SUSPENSIÓN O EXTINCIÓN COLECTIVA ANÓMALOS

El proceso de oficio de la letra b) del art 148 LRJS se inicia como consecuencia de los acuerdos de la autoridad laboral en los que aprecie dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos sobre suspensión, reducción de jornada o extinción del contrato de trabajo. En los artículos 47 y 51 ET se contempla la posibilidad de que tales vicisitudes o extinciones contractuales (basadas en causas de fuerza mayor, o en razones de tipo económico, tecnológico, organizativo o productivo) tengan lugar como consecuencia del acuerdo entre las partes (empresa y representantes de los trabajadores) sin necesidad ya de que la autoridad laboral haya de autorizar la medida. En todo caso, la Administración interviene en la tramitación del procedimiento y se le puede requerir que contribuya al desbloqueo de las negociaciones o a la aproximación de posiciones, todo lo cual le permite mantener una posición privilegiada, compatible con la

¹¹ Cf. STS-CONT 15 diciembre 1998 (rec. 711/1996) y las citadas en ella.

detección de anomalías o fraudes que pudieran justificar el proceso de oficio¹².

3.1. Finalidad

Teniendo en cuenta que la Administración no puede entrar a valorar el contenido de estos acuerdos colectivos es claro que tampoco puede efectuar un control sobre su oportunidad o acierto. De manera mucho más limitada, lo que procede aquí tan sólo es permitir al órgano jurisdiccional que examine la eventual concurrencia de alguno de los defectos enumerados para que, en su caso, declare la nulidad del acuerdo.

La acción que ejercita la autoridad laboral discrepa, en cuanto a su naturaleza, de la individual, de impugnación de decisiones empresariales de modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 138.1 LRJS). Aquí se trata de reparar una situación de posible fraude al Sistema de Seguridad Social, derivada de la actuación indebida y conjunta de los operadores sociales destinada a la obtención, contra legem, de prestaciones por desempleo¹³.

Debe advertirse que cuando la resolución administrativa indica que pueden haber existido anomalías e insta el procedimiento de oficio, no está afirmando un hecho, sino realizando una inicial valoración que no vincula ni condiciona la decisión judicial.

3.2. Fraude, dolo, coacción y abuso de derecho

El proceso de oficio puede iniciarse desde el momento en que la Administración aprecia

¹² Por su lado, el artículo 85.1 ET admite que los convenios colectivos regulen procedimientos para resolver las discrepancias surgidas, entre otros, en los supuestos de los artículos 47 y 51 ET, advirtiendo que los laudos arbitrales que puedan dictarse «tendrán la misma eficacia y tramitación que los acuerdos en el período de consultas, siendo susceptibles de impugnación en los mismos términos que los laudos dictados para la solución de las controversias derivadas de la aplicación de los convenios».

¹³ En este sentido, STSJ Castilla y León-Valladolid, de 9 octubre 2013 [AS 2013, 2844].

que concurre cualquiera de las cuatro circunstancias («fraude, dolo, coacción o abuso de derecho») contempladas en el precepto¹⁴. Revisemos el alcance básico de tales conceptos¹⁵:

A) El fraude (específico: connivencia entre empresa y trabajadores para la obtención indebida por éstos de prestaciones por desempleo) aparece recogido desde la Ley 11/1994 como causa específica de irregularidad en el acuerdo¹⁶.

B) El dolo constituye un vicio de la voluntad en la formación del contrato, en la conducta querida por una parte que provoca, con maquinaciones insidiosas, que la otra suscriba un acuerdo que, de no haber mediado aquella conducta antijurídica, no se hubiera producido. Normalmente, mediante este mecanismo lo que se trata de evitar es la extinción de la relación laboral cuando, por ejemplo, la empresa falsea las condiciones laborales aparentando una degradación de las mismas, sin cuya maquinación no se hubiera producido el acuerdo de la representación legal de los trabajadores.

C) La coacción requiere que uno de los contratantes ejerza sobre el otro una fuerza moral («vis compulsiva») de tal entidad que, por la inminencia que el daño pueda producir y por el perjuicio que pudiera originar, sea capaz de influir sobre su ánimo, induciéndole a omitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses.

D) El abuso de derecho se caracteriza por tres notas esenciales: 1ª. Uso de un derecho

¹⁴ El artículo 51.6.II ET reitera que *la autoridad laboral podrá impugnar los acuerdos adoptados en el periodo de consultas cuando estime que estos se han alcanzado mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho a efectos de su posible declaración de nulidad, así como cuando la entidad gestora de las prestaciones por desempleo hubiese informado de que la decisión extintiva empresarial pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.*

¹⁵ Cf. STS 15 julio 1994 (rec. 2321/1991).

¹⁶ Aunque en redacciones precedentes no estaba recogido, la doctrina judicial argumentaba su inclusión; en tal sentido, STSJ País Vasco de 18-09-2001 (rec. 1511/2001)

objetiva o externamente legal; 2ª. Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; 3ª. Inmoralidad o antisoledad de ese daño, manifestada en forma subjetiva con la intención de perjudicar o bajo formas objetivas, cuando el daño proviene del exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho. Esto ocurre, por ejemplo, si la empresa no facilita la documentación justificativa de la decisión de suspender o extinguir los contratos de trabajo o cuando se impide en las negociaciones la presencia de técnicos que asesoren a los representantes de los trabajadores¹⁷.

3.3. Acuerdos impugnables

El artículo 148 b) LRJS utiliza el término «acuerdos» con un doble sentido: actos de la Administración (que activan el proceso de oficio) y conciertos entre agentes sociales (que están bajo sospecha). A la jurisdicción social pueden trasladarse, para su examen, los negocios jurídicos concluidos por el empresario y los representantes legales de los trabajadores, no por aquél y los trabajadores individuales afectados por el expediente.

La jurisprudencia viene subrayando que las negociaciones paralelas con quienes carecen de legitimación constituyen un fraude de ley que vacía de contenido el proceso negociador y liquida la fuerza de la negociación colectiva. Aunque fuera con aquiescencia de los interesados, o incluso a instancia suya, los contactos y propuestas de negociación individual, vician y vacían de contenido el propio período de consultas, tratando así de desnaturalizar un proceso de esencia colectiva¹⁸.

¹⁷ Así, *v.gr.*, constituye un supuesto de abuso de derecho la negativa de la empresa a facilitar la documentación justificativa de la decisión de suspender o extinguir los contratos de trabajo o la oposición patronal en las negociaciones a los representantes de los trabajadores sean asesores por técnicos en la materia [STSJ Cataluña de 8-10-2002 (rec. 290/2002)].

¹⁸ En tal sentido, por todas, STS 20 mayo 2014 (rec. 166/2013, caso *Segur Ibérica*).

Pero téngase muy en cuenta la posibilidad contemplada en el número 5 de este apartado, que abre las puertas a la impugnación de decisiones empresariales, no pactadas, si existen eventuales anomalías de cara al desempleo¹⁹.

3.4. Objeto del proceso

El objeto del proceso es limitado: la Administración sólo puede remitir el acuerdo por los motivos del artículo 148 b) LRJS y el órgano jurisdiccional no podrá pronunciarse sobre cuestiones ajenas a este proceso²⁰. Se trata solo de apreciar la posible concurrencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la consecución del acuerdo logrado en el período de consultas. Son irrelevantes las circunstancias de hecho que no afecten a esta cuestión, tanto en lo que se refiere a requisitos y presupuestos de la tramitación del expediente de regulación de empleo como en lo relativo a la posible sucesión de empresas en cuanto no guarde relación con la posible concurrencia de los vicios del consentimiento que alegan los trabajadores.

Los restantes aspectos no pueden ser objeto de este proceso. Esta delimitación del objeto de proceso obliga a rechazar cualquier otra consideración fáctica o jurídica ajena a los referidos vicios de la voluntad [por ejemplo, una pretendida inexistencia de la causa invocada], siquiera hayan de admitirse referencias a determinados extremos que puedan guardar íntima relación con las referidas causas y/o sean expresivas de ellas, pero en manera alguna como determinantes

¹⁹ Así lo hace notar STSJ Castilla y León (Burgos) 632/2013 de 5 diciembre.

²⁰ La STS 17 marzo 2016 (rec. 178/2015) subraya que el correspondiente proceso determinado por la actuación de oficio no puede tener otro marco que los referidos vicios de «fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos», con lo que lo que las posibilidades impugnatorias que se ofrecen a la Autoridad Laboral son las mismas que las establecidas para cualquier otra parte legitimada en el art. 47 ET.

autónomas de la nulidad o improcedencia del acuerdo²¹.

Problema adicional a éste es el relativo a la posible exigencia de que la Administración concrete la causa o motivo invalidante del acuerdo. Quizá resulte excesivo exigirle que concrete si la conducta patronal es constitutiva de una u otra modalidad invalidante del acuerdo, no sólo por los riesgos que entrañaría la desestimación de la demanda en caso de no atinar con una de las cuatro posibles sino, con mayor razón jurídica, porque se trata de que el Juez aclare una cuestión que ofrece dudas a la Administración y que es determinante de su resolución.

3.5. Acceso indebido al desempleo

El artículo 148.b) LRJS añade que la Autoridad Laboral actuará igual que en la descrita hipótesis sobre conclusión anómala de acuerdos para la reestructuración laboral cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo hubiese informado que *la decisión extintiva* de la empresa pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

Debe entenderse que, pese a la literalidad del precepto, también puede activarse este procedimiento cuando estemos ante una decisión suspensiva de los contratos de trabajo, por varios argumentos²²:

- Contexto de la norma: la redacción del artículo 47.1 ET es idéntica a la del artículo 51.6 ET, por lo que la posible impugnación por la Autoridad Laboral ha de ser canalizada por la misma modalidad procesal, es decir, mediante la

²¹ En estos términos, STS 17 marzo 2016 (rec. 178/2015).

²² Aparecen desarrollados por STS de 16 diciembre 2014 [RJ 2014, 6882].

demanda de oficio regulada en el artículo 148 b) de la LRJS.

- Antecedentes históricos y legislativos: la Autoridad Laboral estaba legitimada para interponer demanda de oficio, bien a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo, bien de oficio, si estimaba que el acuerdo de extinción, o el de suspensión de las relaciones laborales, pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.
- Realidad social y finalidad de la norma: parece contrario a la lógica y la finalidad de la norma que se reconozca legitimación a la Autoridad Laboral para impugnar la decisión extintiva empresarial, dada su fraudulenta finalidad, y no se le reconozca para impugnar la decisión suspensiva empresarial, que presenta idéntica finalidad defraudatoria.
- Finalidad de la norma: sería contrario a toda lógica y finalidad de la norma acceder a conclusión contraria.
- Vacío: quedaría sin cobertura procesal la previsión contenida en el artículo 47.1 ET si no se acepta esa interpretación.

3.6. Plazo

La norma procesal no establece expresamente un plazo de caducidad para el procedimiento de oficio. Pero el procedimiento de oficio no puede desvincularse de las normas procesales y sustantivas que regulan la impugnación y efectos de las decisiones empresariales que constituyen el objeto de dicho proceso. Por lo tanto en la medida que se está cuestionando la validez de los despidos derivados del acuerdo impugnado o las suspensiones o reducciones de jornadas pactadas en el mismo, serán de aplicación los plazos de cadu-

dad previstos para la impugnación de tales decisiones empresariales²³.

El inicio del cómputo de dicho plazo tampoco es claro. Habida cuenta de que la Inspección de Trabajo tiene un plazo improrrogable de 15 días para emitir informe en el que entre otras cuestiones informará sobre el posible fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo adoptado en el periodo de consultas, cierta doctrina judicial postula que sea a su término cuando se sitúe el *dies a quo*²⁴.

En esa línea, tiende a establecerse un plazo único de caducidad para el ejercicio de la acción por la Autoridad Laboral, tanto en los casos en los que actúe por su propia iniciativa como a instancias de la Entidad Gestora de prestaciones. Así el plazo de los veinte días hábiles reiterado deba computarse desde la emisión del informe de la Inspección, momento que determina la finalización de la intervención administrativa en el procedimiento y de conocimiento por la Autoridad Laboral de los elementos precisos para fundamentar el ejercicio de la acción correspondiente²⁵.

4. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO (U OTRAS CAUSAS) Y PERJUICIOS ESTIMADOS

4.1. Origen

La Disposición Adicional 13ª de la Ley Orgánica de Igualdad añadió una nueva letra d) al art. 146 LPL, lo que permitía a la propia Autoridad Laboral el inicio del proceso de oficio,

²³ En tal sentido, STSJ Comunidad Valenciana, de 27 marzo 2013 (JUR 2013, 221205).

²⁴ Así lo entiende STSJ Comunidad Valenciana, de 7 mayo 2013 [AS 2013, 2390]), teniendo en cuenta que la Administración ha tomado conocimiento pleno del proceso cuya legalidad fiscaliza, y que la eficacia de los acuerdos alcanzados en materia de regulación de empleo y la finalidad perseguida con estas medidas justifican la necesidad de acotación temporal del proceso de control previo.

²⁵ STSJ Andalucía, de 10 diciembre 2014 [JUR 2015, 59510].

cuando la Inspección de Trabajo constatase la existencia de una discriminación por razón de sexo. En su comunicación, la Inspección debía recoger las bases de los perjuicios estimados para el trabajador, a los efectos de determinar la indemnización que pudiera corresponderle. Se otorgaba así a un sujeto de derecho público la tutela de un interés privado, con lo que parecía que se pretendía remediar la inactividad de los interesados que no actuaban bien por el miedo a las represalias o por falta de sensibilización.

Con el fin de facilitar la coordinación entre procesos y evitar en lo posible resoluciones judiciales contradictorias, se previó, en fin, que el Jefe de la Inspección de Trabajo informase a la Autoridad laboral para que dé traslado al órgano jurisdiccional competente a efectos de la acumulación de acciones si se iniciara con posterioridad el procedimiento de oficio del art. 149.2 LPL.

La LRJS elimina la referencia a la actuación de la Jefatura de Inspección y, en su lugar amplía el elenco de supuestos: discriminación por razón de origen racial o étnico, religión y convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual u otros legalmente previstos.

4.2. Regulación

Lo que prescribe ahora la LRJS es que el proceso de oficio puede iniciarse como consecuencia de las actas de infracción o comunicaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social acerca de la constatación de una discriminación y en las que se recojan las bases de los perjuicios estimados para el trabajador, a los efectos de la determinación de la indemnización correspondiente²⁶.

La finalidad de este procedimiento es evitar que la autoridad laboral decida cuestiones

²⁶ Las causas de discriminación aludidas por la Ley son las siguientes: sexo, origen racial o étnico, religión y convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual u otros legalmente previstos.

atribuidas al conocimiento de la jurisdicción social y, al efecto, se establece la necesidad de este procedimiento (a modo de una cuestión prejudicial de las previstas en el artículo 43 LEC), cuya promoción es obligada, cual se infiere de la literalidad de la Ley: conforme a la misma el procedimiento se iniciará «a virtud de la comunicación que deberá dirigir la autoridad», términos indicativos de que la autoridad laboral debe promoverlo en todo caso, cuando las alegaciones del sujeto responsable susciten cuestiones de fondo de la competencia de esta jurisdicción, entre las que se encuentran los actos discriminatorios de la empresa (art. 8-12 de la LISOS)²⁷.

Nótese que aquí ya no se pide una previa sanción administrativa firme, sino que basta con la existencia de un acta o comunicación emitida por la Inspección de Trabajo.

5. CALIFICACIÓN DE VÍNCULO

5.1. Significado e inicio del proceso

5.1.1. Alcance general

También puede iniciarse el proceso de oficio como consecuencia de las comunicaciones a que se refiere el artículo 148 d) LRJS²⁸: impugnación de actas de infracción levantadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social cuando el sujeto responsable se oponga al levantamiento del acta con base en alegaciones y pruebas que puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora²⁹. En este específico

²⁷ En tales términos, respecto de la regulación de LPL (idéntica a la actual), STS 18 julio 2011 (rec. 133/2010).

²⁸ En la práctica se admite que la ITSS sea quien promueve el procedimiento y actúa como parte, recurriendo. Cf. STSJ Canarias (Tenerife) núm. 569/2014 de 17 julio.

²⁹ La STSJ Andalucía (Sevilla) 2216/2015 de 17 septiembre, expone que el procedimiento de oficio es una modalidad procesal específica que tiene como finalidad resolver las cuestiones que se planteen en un procedimiento sancionador cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción social, como en el presente caso en el que se sanciona por la existencia de una

(y más novedoso) supuesto se desemboca en una sentencia que actúa a modo de cuestión prejudicial devolutiva, pues se suspende el expediente administrativo (último párrafo del art. 148 LRJS) y una vez resuelta por el orden jurisdiccional social la cuestión planteada es cuando se pronuncia la Autoridad Laboral; si finalmente ésta impusiera una sanción podría ser impugnada por los trámites del proceso laboral³⁰.

La introducción de este cauce (muy próximo a la cuestión prejudicial devolutiva excluyente) persigue evitar decisiones contradictorias siguiendo el criterio sentado por el Tribunal Constitucional en múltiples sentencias (siendo la primera de ellas la célebre 158/1985) entre –antes de la LRJS– las jurisdicciones contencioso-administrativa y social y –después de ella– distintos órganos del orden social de la Jurisdicción.

El objeto del proceso queda circunscrito a la determinación de la existencia o no de relación laboral, sin que aquél pueda ampliarse a otros supuestos tales como la declaración de prestación de servicios no por cuenta ajena sino por cuenta propia a los efectos de la afiliación a un determinado régimen de la Seguridad Social. Tampoco es objeto del proceso de oficio la determinación, con carácter previo a la resolución de las actas de infracción, de quién ostenta la titularidad de una empresa incurso en un procedimiento sancionador, con el fin de establecer el sujeto responsable de la

cesión ilegal de trabajadores proscrita por el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, y por una actuación discriminatoria por razón de la nacionalidad, conceptos jurídicos que no pueden ser calificados por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, al ser un órgano incompetente para apreciar la existencia de la infracción de las normas estatutarias y constitucionales.

³⁰ La causa de iniciación del proceso de oficio que recoge el precepto es la necesidad de resolver una cuestión judicial previa a la apreciación del ilícito administrativo. Es un proceso, por tanto, en el que la Administración laboral solicita al órgano jurisdiccional competente por razón de la materia que se pronuncie sobre un asunto cuya resolución resulta imprescindible para la continuación del procedimiento administrativo sancionador.

posible sanción. Ello permite plantear hasta tres hipótesis:

- La Administración defiende el carácter laboral de la relación, pues en otro caso la Inspección no hubiera levantado acta de infracción.
- La autoridad laboral, a la vista de las alegaciones y pruebas del empresario y del acta de la Inspección, solicita del órgano jurisdiccional que declare lo que proceda.
- La Administración solicita que se declare la inexistencia de relación laboral, cuando del acta se desprenda la connivencia entre empresario y trabajador con ánimo fraudulento.

5.1.2. Impugnación del «sujeto responsable»

La oposición del sujeto responsable (uno de los presupuestos para que este singular procedimiento se inicie) alude a las alegaciones y/o pruebas articuladas al responder al acta de infracción. Es antes de la efectiva imposición de sanciones administrativas y, por supuesto, antes de iniciarse el procedimiento de oficio cuando el «sujeto responsable» ha debido intentar «desvirtuar la naturaleza laboral de la relación». De ahí que el proceso de oficio, aunque funcionalmente sea muy semejante a las cuestiones prejudiciales no devolutivas, se sitúa al margen de ellas al haber (en lugar de dos) un solo proceso judicial que, a modo de dictamen vinculante, despliega sus efectos en el procedimiento sancionador.

Es procedente la utilización de esta modalidad procesal en el supuesto contrario del que prevé el tenor literal del precepto, es decir, cuando el empresario afirma (en la oposición al acta de infracción) la existencia de vínculo laboral y la Autoridad lo niega con fundamento en la connivencia dolosa para percibir prestaciones de desempleo, así como la determinación de la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, independientemente de que se

haya cuestionado por las partes la competencia de la Autoridad Laboral para resolver la impugnación del acta de infracción (STS 3-04-04). Están excluidos, sin embargo, supuestos tales como la solicitud de que se declare la prestación de servicios, pero no por cuenta ajena, sino por cuenta propia, a los efectos de la afiliación a un determinado régimen de la seguridad Social, como se reconoce en la STS de 17-04-1996.

5.1.3. *Autoridad Laboral competente*

El art. 22 de la Ley de la Ley 23/2015 dispone que los inspectores de Trabajo y Seguridad Social, finalizada la actividad comprobatoria inspectora, podrán adoptar diversas medidas. En su apartado 14 se refiere a la que ahora interesa: proponer a su superior jerárquico la formulación de comunicaciones y demandas de oficio ante la Jurisdicción de lo Social en la forma prevista en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. A su vez, la LRJS se refiere a la Autoridad Laboral.

El problema surge porque el artículo 19 del reglamento aprobado mediante RD 928/1998, de 14 de mayo faculta al Inspector actuante para que proponga al respectivo Jefe de la Inspección Provincial o al órgano competente de la Comunidad Autónoma que se formalice la demanda de oficio³¹.

Una interpretación armónica y respetuosa con la supremacía jerárquica de la Ley (tanto de la LRJS cuanto de la LOITSS) lleva a la conclusión de que el Inspector de Trabajo actuante propondrá a su Jefe respectivo la iniciación del proceso de oficio a que se refiere el artículo 148 LRJS, debiendo éste, a su vez, dirigirse a la Au-

toridad laboral para que sea ella quien interponga la correspondiente demanda.

En cuanto a la Autoridad laboral competente, la jurisprudencia ha señalado que la atribución de potestad sancionadora a las Direcciones Regionales o Consejerías de Trabajo –o, en su caso, las que tengan atribuida la competencia ejecutiva autonómica en materia laboral– implica que los Directores regionales o los Consejeros se encuentran legitimados para dirigir al Juzgado la comunicación o demanda de oficio.

En la misma línea, se ha entendido que la TGSS tiene legitimación *ad procesum* para promover el procedimiento de oficio cuando aparezca como autoridad laboral competente para resolver el procedimiento sancionador, como sucede, de forma señalada, cuando se levanta simultáneamente acta de infracción y de liquidación³².

5.1.4. *Posición de la Autoridad Laboral*

El hecho de que el juicio acerca de la existencia o inexistencia de relación laboral o, en su caso, de la resolución de cuestiones materialmente laborales atribuidas al orden jurisdiccional social conforme al artículo 9.5 LOPJ se efectúe con carácter previo a la resolución administrativa no parece razón que justifique la quiebra del derecho a la tutela judicial (de la Administración laboral) en la protección del interés público que tiene encomendado en esa actuación sancionadora.

Mucho se ha discutido cuál sea la posición de la Administración en el proceso iniciado mediante su comunicación, pues aunque se duda si existe o no contrato de trabajo entre terceros, la Autoridad Laboral también posee un interés directo, de modo que es razonable interrogarse acerca de si llega a ostentar la

³¹ De este modo, el artículo 19.3 RD atribuye –además de a la Autoridad laboral– al respectivo Jefe de la Inspección de Trabajo la facultad para formular estas demandas [«si (...) formulase demanda de oficio (...)»], con lo que podría entenderse que la regulación reglamentaria se extralimita al atribuir a la Inspección una función no contemplada en la norma legal que desarrolla.

³² En este sentido, con profusión argumental, STSJ Galicia, de 13 noviembre 2014 [AS 2015, 288] y STSJ Cataluña 3389/2014, de 9 mayo. En contra, STSJ Galicia 333/2015, de 28 enero.

cualidad de parte (lo que le permitiría recurrir la sentencia del Juzgado). A día de hoy existe una amplia jurisprudencia unificada conforme a la cual cuando el proceso de oficio persigue determinar la naturaleza laboral del vínculo existente, la Autoridad Laboral actúa como parte principal en el proceso³³. Recordemos sus argumentos:

- Procesalmente, es posible admitir que la Autoridad Laboral circunscriba su intervención a la fase inicial del proceso (mediante una especie de sustitución), de modo que careciese de competencias (proposición de pruebas, alegaciones, recursos, etc.) en las actuaciones subsiguientes³⁴.
- Por otro lado, los trabajadores perjudicados «tendrán la consideración de parte», mientras que la sentencia «se comunicará a la autoridad laboral», de todo lo cual se deduce la apariencia de que la Administración no es tenida como verdadera parte procesal³⁵.
- Este proceso no sólo se pone en marcha cuando se discute la existencia de un contrato de trabajo para imponer

una sanción al empresario, sino que puede resultar sujeto imputado el beneficiario de prestaciones de Seguridad Social (*v.gr.*, por compatibilizar indebidamente una prestación con un trabajo por cuenta ajena, o por convivencia con el empresario a fin de simular un inexistente contrato de trabajo y obtener indebidamente prestaciones de desempleo), y si en tal caso se niega a la Administración Laboral la condición de parte faltaría la necesaria dualidad en el proceso.

- Las exigencias del propio artículo 24 CE impulsan a que la Administración Laboral vea reconocida su presencia en el proceso con la condición de parte, pues cuanto en él se debate afecta de modo directo al ejercicio de la potestad sancionadora que titulariza³⁶.

Se trata de resultado, aunque polémico, acorde con la construcción que subyace al precepto comentado: surge el debate porque la Administración entiende que concurre el presupuesto (relación laboral) para la imposición de determinada sanción administrativa, mientras que el sujeto afectado lo cuestiona.

En consecuencia, los procesos de oficio son bien diferenciados en función de si corresponden a las modalidades clásicas (impugnación por parte de la Autoridad Laboral de determinados acuerdos, denuncia de perjuicios económicos padecidos por los trabajadores) o a la más reciente y novedosa (resolver con carácter previo a la imposición de una sanción administrativa). En este segundo supuesto la Administración Laboral acaba actuando como verdadera parte, pudiendo realizar cuantos

³³ Doctrina contenida en STS 5 mayo 1994 (RJ 1994, 3996) (Ponente, Sr. Desdentado Bonete), a la que seis de los quince Magistrados de la Sala IV que se constituyeron en sesión general formularon Voto Particular. La doctrina se reitera en SSTs 4 octubre 1994 (RJ 1994, 7744); 17 abril 1996 (RJ 1996, 3323); 4 julio 1996 (RJ 1996, 5637).

El Auto de 5 noviembre 1998 (RJ 1998, rec. 4461/98) (Ponente, Sr. Martín Valverde) recuerda que estamos ante doctrina ya consolidada.

³⁴ Esta tesis parece acertada cuando en el procedimiento de oficio se ventila la existencia de lesiones patrimoniales que afectan sólo a la esfera privada de los trabajadores afectados y que, por su parte, ya han sido sancionadas administrativamente. Sin embargo, la hipótesis sobre la que se reflexiona es diametralmente opuesta: las actuaciones jurisdiccionales se llevan a cabo con independencia de que haya perjuicio para los trabajadores y constituyen el presupuesto para que la Administración pueda sancionar.

³⁵ Sin embargo, no es imposible la existencia de una pluralidad de partes; que lo sean los trabajadores afectados (cuya postura normalmente coincidirá con la sostenida por la Administración) tampoco excluye esa cualidad en la Administración.

³⁶ El interés público que se tutela a través de la potestad sancionadora ha de poderse defender mediante un proceso, siendo técnica y constitucionalmente absurdo que nadie asuma la defensa activa de la posición que a tal interés afecta. Y es que, en esta singularísima modalidad de proceso puede que no haya nadie afectado en posición activa, con lo que de no reconocerse a la Administración esta cualidad, podría quedar sin defensa el referido interés público.

actos competen a la misma, incluida la interposición de recursos frente a la sentencia de instancia.

5.1.5. *Discrecionalidad de la decisión administrativa*

También aquí surgen dudas acerca de si la decisión de iniciar el proceso de oficio tiene carácter potestativo para la Administración laboral o si, por el contrario, la oposición al acta de infracción propicia que la interposición de la demanda de oficio se convierta en un acto debido.

En sentido opuesto a la posición favorable a la discrecionalidad que acoge el legislador («se podrá iniciar...») se manifestaba el derogado RD 396/1996³⁷. Quizá por ello amplios sectores doctrinales han venido entendiendo que la propia finalidad de la norma conduce a saltar por encima de la expresión aparentemente facultativa utilizada, apoyándose también en la lógica de que sea el órgano jurisdiccional quien resuelva sobre la naturaleza de la relación jurídica controvertida y que carecería de sentido la posible multa por temeridad que se mencionará más adelante si la Autoridad Laboral tuviera libertad absoluta de iniciar o no el procedimiento, pues sería tanto como someter la responsabilidad del sujeto de la impugnación, a la sola discrecionalidad y libre actuar de dicha Autoridad.

De todos modos, la aplicación incondicionada del criterio expuesto genera algunos problemas, tanto de orden teórico como práctico. Por ello quizá lo más razonable sea postular la necesidad de remitir el asunto a la jurisdicción social a partir de la actividad desvirtuadora de la parte imputada, aunque con la sal-

vedad de que si la propia Autoridad Laboral entiende que no hay actuación constitutiva de infracción administrativa puede directamente dictar resolución acorde con las alegaciones de la parte.

5.1.6. *Alegaciones y pruebas opuestas*

Escasa ha sido la reflexión doctrinal y jurisprudencia sobre la entidad de las «alegaciones y pruebas» que, a tenor del artículo 149.1 LPL, el sujeto ha de plantear para desvirtuar la naturaleza laboral del vínculo, pero no cabe duda de que ha de exigirse que posean seriedad y entidad suficiente, se refieran a la realidad y acreditación de los hechos imputados y no sean meras argumentaciones jurídicas. En todo caso, suele darse como suficiente la simple alegación, sin necesidad de prueba, de ausencia de relación laboral.

Lo que requiera la norma no es que se cuestione la competencia formal de la Autoridad Laboral para conocer de la solución al procedimiento administrativo, sino que de las alegaciones de las partes se deduzca que la competencia sobre la cuestión básica o de fondo que motivó el levantamiento del Acta es de naturaleza laboral, pues la razón de ser de este procedimiento no es otra que la de economía procesal que supone decidir tal cuestión previa sin tener que posponerla a un trámite final en el que habría que resolver la misma cuestión por medio de un conflicto de jurisdicción³⁸.

5.1.7. *Efecto suspensivo*

La jurisprudencia tradicional consideró que el procedimiento administrativo sancionador

³⁷ Disponía expresamente en su art. 31.1 que «el órgano instructor del expediente, una vez instruido éste, formalizará la comunicación prevista en el artículo 149 (...) elevándola a la autoridad laboral competente para resolver, a efectos de que se inicie el proceso de oficio», con lo que se consagraba la obligatoriedad de iniciar el proceso de oficio siempre que el sujeto responsable de la infracción se opusiera al acta mediante las alegaciones y prueba pertinentes.

³⁸ Así lo expone la STS 18 julio 2011 (rec. 133/2010), conforme a la cual la intervención, pues, del Juez social por medio de este específico y particular procedimiento tiene como objeto anticipar a la Autoridad Laboral una solución que sólo puede dar la Autoridad judicial a una cuestión previa para la que es ésta competente con la finalidad de que él pueda resolver con todas las garantías sobre la impugnación de naturaleza administrativa sancionadora de la que está conociendo».

debía seguir su curso, no viéndose suspendida su tramitación; en todo caso, si la Autoridad laboral no inicia el proceso de oficio tras el levantamiento del acta de infracción, la jurisdicción competente (hoy la social) calificará –pues se trata de una cuestión prejudicial no devolutiva– la relación jurídica como laboral o extralaboral. Sin embargo, parece razonable postular que el procedimiento administrativo sancionador ha de paralizarse en tanto no se dicte resolución (¿firme?) por la Jurisdicción social, pues precisamente la función que cumple el proceso de oficio es depurar o despejar la cuestión laboral inserta en el procedimiento administrativo. La dicción del art. 148.d).II es tajante: *La admisión de la demanda producirá la suspensión del expediente administrativo.*

Para que la sentencia firme vincule efectivamente a la Administración es preciso que el procedimiento sancionador no haya finalizado, pues sólo así quedará garantizada la conexión antes aludida; por eso ha de ponerse en práctica tempestivamente la suspensión del procedimiento sancionador.

También el órgano judicial competente de la fiscalización de la sanción administrativa ha de someterse a lo que haya dispuesto la sentencia resolutoria de la demanda de oficio, sin posibilidad de revisar lo ya enjuiciado. Ahora bien, esta vinculación será efectiva en tanto guarden conexión las circunstancias objetivas y subjetivas de los dos procedimientos.

5.1.8. Sentencia

El proceso de oficio finaliza con la sentencia dictada por el órgano jurisdiccional social. Esta sentencia puede contener uno de los dos siguientes pronunciamientos:

- Declarar la inexistencia de relación laboral: si la Autoridad laboral mantuvo su existencia se pondrá fin al procedimiento sancionador pues falta el presupuesto básico habilitante para la imposición de la sanción pretendida; por el contrario, si mantuvo su inexistencia el

procedimiento sancionador continuará y, si procede, la sanción será impuesta.

- Declarar la existencia de relación laboral: si la pretensión administrativa coincide con la declaración judicial el procedimiento sancionador seguirá su curso, mientras que si la Administración mantuvo su inexistencia el procedimiento terminará.

5.2. Especialidades procesales

5.2.1. Demanda de oficio y copia del expediente administrativo

Por prescripción legal expresa, a la demanda de oficio a que se refiere el párrafo anterior, la autoridad laboral acompañará copia del expediente administrativo. Junto a la copia del acta de infracción, deberán adjuntarse todas las actuaciones que realice la Inspección, así como las alegaciones y pruebas que en su defensa presente quien impugne el acta. Lógicamente, cuando falte el expediente debe recabarse pues sin él parece imposible que el proceso cumpla su finalidad³⁹.

5.2.2. Suspensión del expediente administrativo

Como se indicó más arriba, el principal efecto que produce la interposición de la demanda de oficio es la suspensión del procedimiento administrativo sancionador. Pese al silencio legal, también se producirá la suspensión del procedimiento liquidatorio de las cuotas de la Seguridad Social, con notificación a los interesados y al proponente, hasta tanto se

³⁹ La STSJ Cantabria de 27-03-2002 (rec. 423/2001) ha establecido que en estos procesos basta con que se acompañe copia del expediente administrativo, incluyendo las alegaciones y pruebas que en su defensa presente la parte que impugne el acta, pero no son exigibles otros presupuestos, en concreto, la reclamación previa al ejercicio de acciones laborales, por cuanto dichos presupuestos procesales necesarios para evitar el proceso sólo se precisan para «poder demandar» y no cuando se es demandado.

dicte sentencia firme (art. 6.1 RD 928/1998, de 14 mayo, en los casos de levantamiento de actas de infracción y liquidación en un documento único (art. 14.4 RD 928/1998, de 14 mayo)⁴⁰.

5.2.3. Aplicación parcial del art. 150.2 LRJS

A este proceso de oficio le serán aplicables las reglas de los párrafos a) y d) del artículo 150.2, por así prescribirlo el art. 148.d) II LRJS. Aunque se exponen más adelante, interesa anticipar su alcance básico.

A. Continuación del proceso sin presencia de los trabajadores perjudicados

Al igual que sucede en otros supuestos, el proceso judicial seguirá su curso aun sin la presencia de los trabajadores perjudicados, lo que constituye una excepción a la regla general. Los trabajadores afectados adquieren la cualidad de parte pero ciertas facultades (desistir, pedir la suspensión, etc.) les quedan limitadas. Se trata, con todo, de una excepción fundada en el carácter principal con que intervienen tanto la Autoridad laboral como el empresario, quedando los trabajadores en una posición medial o adjetiva, relevante sobre todo a efectos probatorios⁴¹.

El Tribunal Constitucional ha reconocido en sus SS. 143/2000, de 29-05 y 215/2001, de 29-10, el derecho de quienes ostenten intereses legítimos en cuanto perjudicados por la infracción administrativa para comparecer como interesados en el proceso de oficio y ser parte en el proceso que pudiera derivarse de la infracción apreciada como tal por la Inspección de Trabajo⁴².

⁴⁰ La STSJ Murcia de 6-10-2000 (rec. 2364/98) ha tenido ocasión de señalar, entre otras muchas, que la suspensión se prolonga mientras se esté tramitando el proceso de oficio.

⁴¹ Es lógico que la incomparecencia de los trabajadores no desemboque en el archivo de las actuaciones, pues la defensa del Abogado del Estado resulta suficiente para entender adecuadamente defendida en juicio la pretensión de la Administración.

⁴² Desde luego, los representantes de los trabajadores pueden ostentar intereses legítimos en el marco de unos y

B. Presunción de veracidad de los hechos contenidos en la demanda

Aunque las causas que dan lugar a la presentación de la demanda de oficio en este caso son distintas de las contempladas los demás supuestos, lo cierto es que la demanda de oficio, como documento formalizado que presenta la autoridad laboral, debe reunir unos mismos requisitos formales y, consiguientemente, ha de producir unos efectos idénticos. Por eso, también aquí los hechos consignados en la demanda de oficio se beneficiarán de la presunción legal (*iuris tantum*) de veracidad, al igual que sucede, como se expuso más arriba, con los hechos contenidos en las actas de infracción levantadas por la Inspección de Trabajo. Las consideraciones ya vertidas sobre este particular resultan de plena aplicación en esta sede, por lo que no reiteramos aquí lo ya escrito con anterioridad.

5.2.4. Multa por temeridad

Prevención especial se recoge para el caso de que el órgano jurisdiccional entienda que las alegaciones o actuación del sujeto responsable pretenden la dilación de la actuación administrativa. En este caso impondrá la multa que señalan los apartados 4 del artículo 75⁴³ y 3 del artículo 97 LRJS⁴⁴.

otros procesos para comparecer como interesados. Especialmente, dicha comparecencia les habilitaría para ser parte en el correspondiente proceso de oficio que eventualmente iniciara la Autoridad laboral en alguno de los supuestos contemplados en este precepto.

⁴³ Con arreglo a tal precepto, todos deberán ajustarse en sus actuaciones en el proceso a las reglas de la buena fe. De vulnerarse éstas, así como en caso de formulación de pretensiones temerarias, sin perjuicio de lo dispuesto en el número anterior, el juez o tribunal podrá imponer mediante auto, en pieza separada, de forma motivada y respetando el principio de proporcionalidad, ponderando las circunstancias del hecho, la capacidad económica y los perjuicios causados al proceso y a otros intervinientes o a terceros, una multa que podrá oscilar de ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la cuantía de la tercera parte del litigio.

⁴⁴ Con arreglo a su párrafo primero, la sentencia, motivadamente, podrá imponer al litigante que obró de mala fe o con

Si esa conducta dilatoria la efectuara el empresario, deberá abonar también los honorarios de los abogados y graduados sociales de la parte contraria que hubieren intervenido, dentro de los límites establecidos para la instancia, suplicación y casación.

La imposición de esta multa por temeridad suele justificarse por cuanto supone la utilización desviada y fraudulenta de un recurso regulado legalmente para fines bien distintos.

5.2.5. *Comunicación de la sentencia*

La sentencia firme (no la «dictada») se comunicará a la Autoridad laboral, a fin de que lo ponga en conocimiento de la Inspección de Trabajo a efectos de la continuación o del archivo del expediente sancionador. La comunicación de la sentencia a la Autoridad laboral es consecuencia de su condición de parte procesal «a todos los efectos», inclusive, cabe entender, interposición frente a la sentencia dictada de los recursos que estime procedentes.

6. LA DEMANDA DE OFICIO

El artículo 149 LRJS disciplina los «requisitos de la demanda», con clara vocación aplicativa a las diversas subespecies de la modalidad procesal expuestas.

6.1. Denominación

La LPL rehuía de la identificación de «los documentos por virtud de los cuales se inicia el proceso» con una demanda, acudiendo a otras denominaciones: comunicación-demanda o comunicación de oficio. Sin embargo es claro que tales documentos son demandas y esa es la terminología que acogen francamente los artículos 149 («requisitos de la deman-

da») y 150 («admisión de la demanda y tramitación») LRJS.

Y es que realmente estamos ante un acto que da nacimiento cronológico a un proceso, mediante la declaración de voluntad del particular que lo pone en existencia, siendo posible incluso que un proceso comience sin pretensión procesal, esto es, con vistas a una pretensión futura.

6.2. Contenido

El art. 149.1 LRJS, en realidad no añade nada nuevo ni contiene especialidad de ninguna clase pues las demandas de oficio han de cumplir con los requisitos del artículo 80 LRJS.

Además de los requisitos generales de la demanda el legislador se ha detenido pormenorizar algunos detalles que, bien mirados, son de todo punto necesarios para edificar una demanda seria y constituir adecuadamente las relaciones jurídicas procesales: identificación de las personas contra las que se dirige y la concreta condena que se pida frente a ellas según el contenido de la pretensión; hechos que resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas, en particular los que se estiman constitutivos de discriminación o de otro incumplimiento laboral; cuando proceda, se consignará el acuerdo de suspensión, reducción de jornada o extinción impugnado y la causa invocada, junto con la identificación de las partes que intervinieron en el mismo, precisando la concreta pretensión declarativa o de condena que se pide del órgano jurisdiccional, con expresión, de proceder, de los perjuicios estimados o de las bases para la determinación de la indemnización correspondiente, así como de los datos identificativos de los trabajadores afectados y sus domicilios⁴⁵.

temeridad, así como al que no acudió al acto de conciliación injustificadamente, una sanción pecuniaria dentro de los límites que se fijan en el apartado 4 del artículo 75.

⁴⁵ Sin embargo, la STSJ Andalucía (Sevilla) 2216/2015 de 17 septiembre advierte que al conocer la empresa el procedimiento sancionador iniciado en su contra por la Inspección y haber efectuado alegaciones en contra de la existencia de la cesión ilegal de trabajadores, «no requiera de una nueva

La admisión de un *petitum* amplio y poco detallado (STS de 27-10-1996) permite sostener que la Administración, cuando interpone la demanda de oficio no esté forzada a solicitar una declaración concreta (favorable o adversa a la existencia de relación laboral o al contenido laboral de la infracción administrativa de que se trate), tal y como ha señalado, entre otras, la STS de 15-07-1996. Sin embargo, en los casos de presunto fraude en la obtención de las prestaciones por desempleo— la jurisprudencia se ha mostrado favorable a que la autoridad laboral defienda una determinada pretensión (la inexistencia de relación laboral) argumentando a favor de la defensa del interés público (SSTS de 4-07-1996, 23-07-1996, 31-01-1997, 20-03-1997, 14-04-1997 y 2-06-1997).

6.3. La Administración demandante y su condición en el proceso

Es lógico que si quien demanda es la Administración (al solicitar del órgano judicial una concreta pretensión) sea ésta tenida como parte del proceso así iniciado.

Sin embargo, también es posible que esa cualidad aparezca adornada de diversos atributos según tipo concreto de proceso de oficio ante la que nos encontremos, quedando limitada en unos casos a la mera interposición de la demanda y ampliada en otros a la defensa procesal de la pretensión (legitimación plena o limitada). La distinta posición que puede ocupar la Administración en el proceso tiene sentido porque en ciertos casos puede interesarle no defender una concreta posición (por tratarse de un puro conflicto entre particulares), limitándose a poner en conocimiento del Juez unos hechos para que éste resuelva como estime oportuno, mientras que en otros supuestos resultará oportuno defender una determinada posición. De ahí que haya que examinar

lo expuesto respecto de cada uno de los tipos correspondientes a esta modalidad procesal.

6.4. Acumulación de demandas y representación de los trabajadores

El art. 149.2 LRJS prescribe que cuando la demanda afecta a diez o más trabajadores, el Letrado de la Administración de Justicia (LAJ) les requerirá para que designen un representante común a los efectos de representación y defensa en el juicio, según lo dispuesto en el art. 19.3 LRJS. En coherencia con la atribución de importantes facultades de dirección del proceso, la Ley 13/2009 asignó esta función (requerimiento) al LAJ, en vez de al «órgano judicial», en el ánimo de descargar al Juez de tareas que se entienden de menor entidad⁴⁶.

La designación de representante común en estos procesos presupone la existencia de un interés compartido por los trabajadores, en coherencia con las pretensiones que tratan de ser satisfechas: la declaración de existencia de perjuicios económicos; la apreciación de concurrencia de dolo, coacción o abuso de derecho. De este modo se justifica que los trabajadores concurren en el proceso bajo una misma representación, al tiempo que coadyuva a la efectividad del principio de celeridad que inspira los procesos de trabajo⁴⁷.

Desde luego, es posible que los trabajadores hayan demandado individualmente al empresario en reclamación de los perjuicios

⁴⁶ Debe repararse, sin embargo, que en este caso tal requerimiento, aunque no es esencial ni entraña una calificación o valoración jurídica, sí posee importantes efectos prácticos tanto en el plano de la representación procesal como en el de la seguridad y certeza de los juicios en términos de unidad y coherencia, dado que la representación común garantiza una posición única de una de las partes, en este caso la litisconsorcio activa.

⁴⁷ Como la representación común no presupone que los trabajadores hayan demandado individualmente al empresario, estamos ante un supuesto distinto del de la acumulación de acciones (art. 25 y ss. LRJS) o de procesos (arts. 28 y ss. LRJS), por más que las reglas generales del art. 25 LRJS resulten de aplicación.

descripción pormenorizada de tales hechos en la demanda del procedimiento de oficio, lo que conduce a la desestimación de esta causa de nulidad de actuaciones alegada».

causados y, simultánea o sucesivamente, la Administración haya iniciado el proceso de oficio. En estos casos, a fin de evitar resoluciones judiciales contradictorias (en tanto emanadas de órganos jurisdiccionales diversos), se aplicarán las reglas del arts. 28 y 29 LRJS: los procesos individuales en que concurren identidad de sujetos y de causas de pedir respecto de la demanda de oficio se acumularán al de oficio, aunque penden ante distintos Juzgados, siempre que sean de la misma circunscripción. En fin, existe una tercera posibilidad de acumulación: la que procede cuando penden diez o más demandas individuales ante Juzgados de la misma circunscripción –en cuyo caso los demandantes habrán de designar representante común (art. 19 LRJS) y la autoridad laboral haya iniciado los trámites del proceso de oficio del art. 148 LRJS.

Los representantes comunes, como ordena el art. 19.3 LRJS, deberán ser necesariamente abogados, procuradores, graduados sociales (o diplomados en relaciones laborales) colegiados, uno de los demandantes o un sindicato, pudiendo conferirse la representación mediante poder otorgado por comparecencia ante el LAJ o ante el servicio administrativo que tenga atribuidas las competencias de conciliación, mediación o arbitraje o ante el órgano que asuma esas funciones según lo establecido en los acuerdos interprofesionales, convenios nacionales o autonómicos previstos en el art. 83 ET, o, en fin, por escritura pública.

7. TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

El artículo 150 LRJS disciplina la admisión de la demanda y tramitación, especificando las especialidades que han de aplicarse a esta singular modalidad procesal.

7.1. Admisión y subsanación de la demanda

En estos procesos de oficio el LAJ (antes el órgano judicial) ha de llevar a cabo la misma

actividad «pro actione» que la contemplada por el artículo 81.1 LRJS respecto del proceso ordinario; salvadas pequeñas diferencias de redacción y de plazo a que de inmediato se aludirá, el precepto puede considerarse idéntico a aquél; que aquí se advierta «a la Administración» y no a «la parte» es consecuencia lógica del peculiar sujeto que interpone la demanda.

Cuando el LAJ observe «defectos u omisiones» en la demanda interpuesta por la autoridad laboral, concederá un plazo de diez días para subsanarlos. Aunque este plazo es notoriamente superior al de cuatro días establecido para las demandas ordinarias puede justificarse a la vista de las mayores dificultades, en su caso, que puede tener la Autoridad laboral para disponer de algunos datos así como del interés normalmente público que se trata de proteger con la actuación administrativa.

En la actualidad el peso de la tramitación no recae como antes en el Magistrado de Trabajo sino que el LAJ asume un papel relevante, lo cual supone, además, otorgar mayores garantías a los justiciables en tanto el Magistrado decide en la fase final de la subsanación si procede o no el archivo de la empresa⁴⁸.

7.2. Asistencia de los trabajadores perjudicados

La principal consecuencia de la presentación de la demanda de oficio en los supuestos regulados en las letras a) y b) del art. 148 LRJS es que el proceso judicial seguirá su curso, aun sin la presencia de los trabajadores perjudicados, los cuales tienen la condición de parte pero con ciertas facultades disminuidas (pues no son ellos quienes interponen la de-

⁴⁸ Si se omite el requerimiento a la Autoridad Laboral habrá que declarar la nulidad de todo lo actuado y reponer las actuaciones para que así se haga, conforme a doctrina judicial: SSTSJ Extremadura de 30-10-1996 y Comunidad Valenciana de 31-10-1997.

manda) y otras potenciadas (al beneficiarse del fallo de la sentencia).

Su incomparecencia no conlleva, en contra de la regla general (art. 83.2 LRJS), el archivo de la demanda por desistimiento, lo que concuerda con el hecho de que fue la Autoridad laboral quien interpuso la demanda. Puesto que el objeto de estos procesos se circunscribe a la determinación de los perjuicios económicos causados por el empresario [art. 148 a) LRJS] o a la constatación del dolo, coacción o abuso de derecho apreciado por la Administración [art. 148 b) LRJS], es posible que continúe el procedimiento adelante sin la presencia de los trabajadores afectados, si bien en estos casos deberá comparecer el Abogado del Estado en representación de la Administración laboral al ser inconcebible un proceso sin actor, aunque en alguna sentencia se deja entrever que ni siquiera esto sería preciso.

Conforme al art. 150.2.a) LRJS «los trabajadores perjudicados... una vez comparecidos tendrán la consideración de parte», cualidad ésta que les confiere legitimación para interponer recurso⁴⁹ frente a la sentencia recaída en la instancia, con absoluta independencia del posible aquietamiento de la Autoridad Laboral⁵⁰.

Por otro lado, la facultad de ejecutar las sentencias favorables que todo demandante posee, aquí se matiza por la regla conforme a la cual se procederá a ello de oficio [art. 150.2 e) LRJS].

⁴⁹ Según la STSJ Comunidad Valenciana 1930/2014 de 24 julio, esta singularidad en la posición procesal de los trabajadores y en atención a su consideración de perjudicados, permite considerar que debe abordarse la posibilidad de formular recurso con mayor flexibilidad sin el rigorismo propio de otros supuestos, y estimar que concurre el gravamen para prevenir eventuales efectos que se producen de no interponer el recurso o por la posible eficacia de la cosa juzgada del pronunciamiento sobre otros procesos ulteriores.

⁵⁰ Así la advierte la STS 23 marzo 2016 (rec. 178/2015), advirtiendo que ese eventual recurso debe moverse siempre en el mismo marco de las limitadas causas de impugnación del acuerdo Empresa/RLT que fijan los arts. 47.1ET y 148.b) LRJS.

7.3. Conciliación y satisfacción de perjuicios

Consecuencia lógica de la configuración del proceso de oficio regulado en el artículo 148 a) LRJS como un proceso dirigido a la concreción y determinación de los perjuicios económicos causados a los trabajadores es que la conciliación judicial –o, en su caso, extrajudicial– sólo podrá ser autorizada por el órgano jurisdiccional cuando el empresario hubiera satisfecho la totalidad de los perjuicios causados [art. 150.2 b) LRJS].

El precepto se refiere genéricamente a la satisfacción de los perjuicios causados, sin concretar en absoluto los posibles medios o mecanismos de que dispone el empresario para lograr aquélla en función de cuál haya sido la causa de los referidos perjuicios; no cabe duda de que la regla deja numerosas cuestiones sin aclarar: ¿De qué modo puede entenderse que los perjuicios económicos han sido efectivamente satisfechos? ¿Es necesario en todo caso que el empresario satisfaga estos perjuicios mediante el abono de una cantidad en metálico? ¿Es posible admitir mecanismos de garantía (fianza, aval) que garanticen el cumplimiento de la obligación?

7.4. Eficacia de los pactos

La norma procesal establece un mecanismo de garantía para impedir pactos abusivos entre trabajadores titulares de compensaciones económicas derivadas de infracción laboral y el empresario, sometiendo ese tipo de acuerdos a la preceptiva convalidación de la Inspección de Trabajo o de la Autoridad laboral con sanción de nulidad para el caso de incumplimiento de este requisito constitutivo del acuerdo, siendo, por tanto, una excepción al principio general de autonomía. El precepto es consecuente con el carácter indisponible del contenido económico de los perjuicios derivados de la infracción del empresario ya que la determinación de su cuantía ha de estar supervisada y aceptada por la Autoridad laboral

o la Inspección de Trabajo como garantes del interés público.

Cosa distinta es que en una Ley Procesal Laboral deba de tener cabida esta previsión orientada a disciplinar hechos que acaecen por completo fuera del control jurisdiccional; puesto que la exigencia sólo juega una vez «admitida a trámite la demanda» (no, por lo tanto, con antelación) y a la vista de que toda conciliación ha de autorizarse por el órgano judicial, la verdad es que la regla no se entien- de nada bien e interacciona de manera confusa con la antes reseñada del artículo 150.2 b).

El precepto que se comenta no disciplina hechos anteriores, sino posteriores a la demanda e introduce un superpuesto y extrajudicial mecanismo de control sobre los acuerdos, pactos, conciliaciones o transacciones pues el diverso nombre que se conceda a ese mecanismo (de «conciliación» se habla al atribuir el control al órgano judicial y de «pactos» al dar entrada a Inspección o Autoridad Laboral) de autocomposición del litigio no puede bastar para trocar su naturaleza jurídica.

7.5. Presunción de certeza de los hechos

El carácter público de las actas de infracción y liquidación levantadas por la Inspección de Trabajo (y los documentos que las incorporan) les permite gozar de la presunción de certeza de los hechos y circunstancias reflejados, salvo prueba en contrario, siempre que sean formalizadas conforme a los requisitos exigidos por la Ley⁵¹.

⁵¹ Conforme al artículo 23 de la LOITSS, «los hechos constatados por los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se formalicen en las actas de infracción y de liquidación, observando los requisitos legales pertinentes, tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses pueden aportar los interesados.

El mismo valor probatorio se atribuye a los hechos reseñados en informes emitidos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como consecuencia de comprobaciones efectuadas por la misma, sin perjuicio de su contradicción por los intere-

El artículo 150.2 d) LRJS reconoce esta misma presunción *iuris tantum* de veracidad a los hechos contenidos en la demanda presentada por la autoridad laboral: *las afirmaciones de hechos que se contengan en la resolución o comunicación base del proceso harán fe salvo prueba en contrario, incumbiendo toda la carga de la prueba a la parte demandada.*

La legislación procesal laboral atribuye de este modo, implícitamente, a la Autoridad laboral la misma objetividad, imparcialidad y especialización reconocidas a la Inspección de Trabajo por el Convenio núm. 81 de la OIT. En ambos casos la presunción se refiere únicamente a los hechos que, por su objetividad, sean susceptibles de percepción directa por la Inspección y «constatados» por el Inspector actuante, como reiteradas normas así lo disponen (LISOS, LOITSS, RD 928/1998); generalmente se extiende la presunción a los hechos deducibles de aquellos o acreditados por medios de prueba consignados en la propia acta. La presunción no es extensible a simples apreciaciones globales, juicios de valor o calificaciones jurídicas del Inspector, ya que en caso contrario bastaría la mera afirmación del Inspector en el acta, sin reflejar en ésta el *iter* que le condujo a tal aseveración, para situar al administrado ante una situación gravosa difícilmente contrarrestable. De este modo, las afirmaciones fácticas contenidas en la comunicación oficio base del proceso hacen fe, salvo prueba en contrario cuya carga incumbe íntegramente a la parte demandada, debiendo mantenerse tales afirmaciones si no se propone ni practica prueba en contrario que desvirtúe aquéllas; ello sin desconocer que el juzgador puede llegar a conclusiones distintas tras el examen de los distintos elementos probatorios aportados al proceso que sirven para

sados en la forma que determinen las normas procedimentales aplicables.

No se verá afectada la presunción de certeza a que se refieren los párrafos anteriores por la sustitución del funcionario o funcionarios durante el periodo de la actuación inspectora, si bien se deberá comunicar en tiempo y forma a los interesados dicha sustitución antes de la finalización de aquella, en los términos que se establezcan reglamentariamente».

formar su convicción (art. 97.2 LRJS) pues el artículo 150.2 d) LRJS no pasa de ser una norma reguladora de la carga de la prueba. Puede afirmarse que este precepto procesal contiene una presunción *iuris tantum* que despliega sus efectos en tanto en cuanto no se hayan practicado pruebas que puedan haber llevado al juzgador al convencimiento de la existencia de una errónea apreciación de hechos por parte de la autoridad Laboral.

Dada la interacción entre demanda y acta de infracción (la primera se basa en la segunda) es comprensible que la presunción de certeza atribuida legalmente a las Actas se haga extensiva a los hechos de la comunicación; lógicamente, esa operación puede admitirse siempre que se circunscriba a los extremos propios de la presunción. Asimismo, otros dos límites han de resaltarse:

La presunción de certeza no es un instrumento idóneo para conseguir una revisión de los hechos declarados probados por el Juez, tanto por el silencio del artículo 191 b) LPL cuanto porque, por su propia naturaleza, las presunciones *ad hominem* implican un ejercicio mental deductivo, según las reglas del criterio humano, en los términos en que vienen definidos sus perfiles en el artículo 1252 y ss C.C, argüible en toda fundamentación jurídica, pero de inhabilidad para un anclaje fáctico distinto del ofrecido por el Juzgado *a quo*.

7.6. Ejecución de oficio de la sentencia

El artículo 150.2 e) LRJS contiene una excepción a la regla general de ejecución a instancia de parte de las sentencias firmes (art. 237 LRJS) al disponer que en los procesos de oficio las sentencias habrán de ejecutarse siempre de oficio. Son dos las cuestiones esenciales que suscita la lectura del precepto: determinar si es de aplicación a todos los procesos de oficio del artículo 148 LRJS o sólo a

los de las letras a) y b) de este precepto y concretar si la ejecución de oficio corresponde al órgano judicial o a la Autoridad laboral.

Aunque la LRJS nada dispone específicamente en relación con la ejecución de oficio de las sentencias dictadas en aplicación del artículo 148 d) LRJS, el artículo 239.1 LRJS es palmario al respecto: «la ejecución de las sentencias firmes se iniciará a instancia de parte, salvo las que recaigan en los procedimientos de oficio, cuya ejecución se iniciará de este modo». La genericidad de esta previsión y la del inciso ahora comentado avalan la respuesta positiva a la cuestión.

Respecto del órgano encargado de ejecutar «de oficio» la sentencia también las reglas del Libro IV LRJS brindan previsión esclarecedora al disponer que «la ejecución se llevará a efecto por el órgano judicial que hubiere conocido del asunto en instancia» (art. 237.2 LRJS). Con todo, la redacción de artículo 239.1 LRJS [«la ejecución de las sentencias (...) que recaigan en los procedimientos de oficio (...) se iniciará de este modo»] es sumamente confusa en tanto podría interpretarse en el sentido de que la ejecución se materializará por la Autoridad laboral, en tanto legitimada para iniciar los procesos de oficio.

El ordenamiento admite que la ejecución de la sentencia se realice a instancia de parte, cuando el interesado solicita al Juez que haga ejecutar lo juzgado, o de oficio, cuando es el mismo órgano judicial quien insta la ejecución de la sentencia. La primera es típica de los procesos civil (art. 919 LEC/1881; art. 549 LEC) y laboral (art. 239.1 en relación con el 237 LRJS), en tanto que la segunda rige en los procesos penales (art. 988 LECri); en tal caso el principio dispositivo se ve superado por el de oficialidad en el afán de proteger bienes jurídicos a los que el ordenamiento otorga una protección máxima. Este planteamiento es el que, *servata distantia*, se acoge también en los procedimientos comentados.

RESUMEN

El «procedimiento de oficio» es una modalidad procesal de sumo interés teórico y práctico, porque permite que la Administración Laboral ponga en marcha actuaciones ante la jurisdicción social a fin de conseguir una actuación coordinada y de evitar ulteriores contradicciones o revisiones de sus actos.

El presente trabajo ofrece una visión actualizada y sintética de la regulación contenida en los artículos 148 a 150 de la LRJS, concordados con criterios judiciales y las innovaciones derivadas de las Leyes posteriores, en especial de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Palabras clave: Procedimiento de Oficio. Inspección de Trabajo y Jurisdicción Social.

ABSTRACT

The *ex officio* procedure represents a very interesting procedural form from the theoretical and practical point of view, because it allows Labour Administration to put into practice several proceedings in front of the social jurisdiction so as to achieve a coordinated action and avoid further contradictions or revisions of their acts.

This article offers an updated and resumed view of the regulation contained in articles 148 to 150 of LRJS, in agreement with judicial criteria and innovations derived from subsequent laws, particularly Law 23/2015 of 21st July, ordering the Labour Inspection and Social Security.

Keywords: *Ex officio* procedure, Labour Inspection, Social Jurisdiction.

Lineas divisorias entre los ilícitos administrativos y los ilícitos penales de los arts. 307 y 311.2º

A borderline between administrative and criminal illicit acts in articles 307 and 311.2

FRANCISCO JAVIER CALDERÓN PASTOR*
GONZALO MERINO HERNÁNDEZ**

1. APROXIMACION A LA LINEA DIVISORIA ENTRE LOS ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS Y EL DELITO DE FRAUDE EN COTIZACIONES

1.1. Introducción

Con la promulgación de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modificaba 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, se reforma ampliamente el art. 307 del Código Penal y se introduce un nuevo artículo 307 Bis para incorporar un tipo agravado en el denominado delito de fraude en cotizaciones.

En la mencionada reforma parece que el uso de la denominación «delito contra la Seguridad Social» ha de abandonarse y adoptar el nombre de delito de fraude en cotizaciones, puesto que dentro de los delitos contra la Seguridad Social habrá que incluir también el delito de fraude en prestaciones del art. 307 Ter y el delito de empleo irregular masivo del art. 311.2.º. Ello significa que el delito de fraude en cotizaciones es actualmente sólo uno de los posibles delitos contra la Seguridad Social.

Por otro lado, la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, introduce modificaciones de calado en materia de infracciones y sanciones en el orden social dentro del TRLISOS, y entre ellas, modifica determinados tipos relativos a la cotización, como son los ilícitos administrativos graves del art. 22 apartados 2º, 3º, 7º y 9º y las infracciones muy graves del art. 23 apartado 1º letras b), f) y k), e introduce algunos tipos nuevos en este campo, como la infracción grave del art. 22 apartado 12º, relativa al incumplimiento de la obligación de alta y cotización en los supuestos de

* Director Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Castilla y León.

** Jefe de la Unidad Especializada de Seguridad Social de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Valladolid.

salarios de tramitación, así como de vacaciones devengadas y no disfrutadas con anterioridad a la finalización de la relación laboral.

Más recientemente, la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo, ha modificado el apartado 9º del artículo 22 del TRLISOS y ha introducido *ex novo* un apartado 15º, que considera como ilícito administrativo grave el «*Incumplir, las entidades de formación o aquellas que asuman la organización de las acciones formativas programadas por las empresas, los requisitos de cada acción formativa establecidos por la normativa específica sobre formación profesional para el empleo, cuando haya dado lugar al disfrute indebido de bonificaciones en el pago de cuotas, salvo cuando la infracción sea calificada como muy grave de acuerdo con el artículo siguiente*», y por último, ha modificado la letra h) del art 23 del mismo cuerpo legal para tipificar como ilícito administrativo muy grave el «*Incurrir los empresarios, las entidades de formación o aquellas que asuman la organización de las acciones formativas programadas por las empresas, en el falseamiento de documentos o en la simulación de la ejecución de la acción formativa, incluida la teleformación, para la obtención o disfrute indebido de bonificaciones en materia de formación profesional para el empleo*».

De la simple lectura de los ilícitos administrativos y penales referenciados se desprende con nitidez que los delitos de los artículos 307 y 307 bis del Código Penal guardarán una relación, más o menos directa o mediata, con las infracciones administrativas en materia de Seguridad Social, pudiéndose encuadrar la conducta empresarial en ambos tipos de ilícitos, siendo además constatados habitualmente dichos incumplimientos en materia de cotización en la misma actuación inspectora. El Inspector de Trabajo y Seguridad Social estará obligado, de acuerdo con el artículo 3 del TRLISOS, en los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, a pasar el tanto de culpa al órgano ju-

dicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones.

1.2. Coincidencias y líneas divisorias entre el ilícito administrativo y el ilícito penal

Como indica el Tribunal Supremo, el tipo penal exige como presupuesto ineludible la existencia de una relación jurídica de cotización, a partir de la que es posible identificar a los sujetos activo y pasivo de la conducta. Es éste, en consecuencia, un delito especial propio, ya que solo puede ser sujeto activo el obligado al pago de las cuotas o al cumplimiento de las obligaciones que determinan del carácter debido de las devoluciones obtenidas o de las deducciones disfrutadas.

Entre las posibles conductas empresariales que, apriorísticamente, pudieran tener encaje en los artículos 307 y 307 Bis del CP se encuentran las siguientes:

1) Cuando el empresario inscrito en la Seguridad Social y que haya comunicado el alta de sus trabajadores, defraude mediante la falta de ingreso de las cuotas y conceptos de recaudación conjunta (por ejemplo, un impago continuado y prolongado de las cuotas de Seguridad Social en un supuesto de creación de empresas sucesivas para eludir la vía ejecutiva).

Conducta que a su vez podrá tipificarse, desde el punto de vista de la responsabilidad administrativa sancionadora, en los tipos de los arts. 22.3 y 23.1 letra b), ambos del TRLISOS, en función de que se hayan cumplido o no las obligaciones establecidas en el art. 29 del TRLGSS.

2) Cuando el empresario inscrito en la Seguridad Social y con los trabajadores dados de

alta, declare bases o aplique tipos de cotización inferiores a los reales (los ejemplos son variados, desde la existencia de *pagos en negro* fuera de la nómina o la existencia de jornadas de trabajo y retribuciones muy superiores a las declaradas en los datos transmitidos a la TGSS) o aplique indebidamente epígrafes de la tarifa de primas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Conducta empresarial que podrá tipificarse como infracción grave del art. 22.3 del TRLISOS.

3) Omite parcialmente los periodos de alta, como puede ser el caso de los salarios de tramitación o de las vacaciones devengadas y no disfrutadas.

Conducta empresarial que podrá tipificarse como infracción grave del art. 22.12 del TRLISOS.

4) Cuando el obligado al pago haya incumplido su obligación de inscribirse o de solicitar su alta en el RETA y la de comunicar el alta de sus trabajadores, siempre y cuando simultáneamente deje de ingresar las cuotas de Seguridad Social.

Conducta empresarial que podrá tipificarse como infracción grave del art. 22, apartados 1º y 2º, o bien subsumirse en el caso de perceptores de prestaciones en la infracción muy grave del artículo 23.1 letra a), ambos del TRLISOS.

5) Cuando el obligado al pago, obtenga indebidamente devoluciones de cuotas, o disfrute indebidamente de deducciones, reducciones, bonificaciones o incentivos, tanto de fomento del empleo como del sistema de formación profesional para el empleo.

Conducta empresarial que podrá tipificarse como infracción grave del art. 22.9 salvo que proceda su tipificación como ilícito administrativo muy grave en el art. 23.1 letras f) y h), ambos del TRLISOS.

Hasta aquí hemos hecho referencia, aunque sea muy esquemáticamente, a las similitudes y coincidencias entre las dos clases po-

sibles de ilícitos, y además hemos enumerado las conductas empresariales subsumibles en dichos tipos. Partiendo de esta premisa, que una misma conducta empresarial se puede tipificar como ilícito administrativo y también como ilícito penal, hemos de abordar a continuación las líneas divisorias entre ellos, que son fundamentalmente cuatro:

1.2.1. Condición objetiva de punibilidad: el volumen de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas ha de exceder de 50.000 € en cuatro años naturales

Desde un punto de vista práctico, la principal línea fronteriza entre el delito de fraude en cotizaciones y la posible infracción administrativa grave o muy grave en los términos vistos, con la redacción del tipo penal anterior radicaba en el volumen de las cuotas defraudadas, dado lo elevado de la cuantía exigida para la existencia de delito (120.000€) y el periodo de generación del año natural, sin embargo con la nueva redacción, al rebajarse el límite a los 50.000 euros y sobre todo al ampliarse el plazo de generación a los cuatro años, se ha difuminado en gran medida esta diferencia, puesto que muchas infracciones por cotización indebida pueden sobrepasar el límite de los 50.000 euros.

El art. 307 del CP en su apartado 1º se establece como conducta típica «... *eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de cincuenta mil euros...*» y en su apartado 2º expresamente se dispone «...*que se estará al importe total defraudado durante cuatro años naturales...*».

A efectos del cómputo de los 50.000 euros se tendrán en cuenta no solo las cuotas de Seguridad Social sino también los conceptos de

recaudación conjunta (Desempleo, FOGASA y Formación Profesional), así como los recargos y los intereses sobre las mismas, pero se excluyen del mencionado cómputo, las costas, las sanciones, los capitales coste de renta y los recargos por falta de medidas de seguridad y salud laboral del art. 164 del TRLGSS, por no tener ninguno de ellos la naturaleza jurídica de cuota de la Seguridad Social y no admitirse interpretaciones analógicas ni extensivas en el ámbito del derecho penal. En esta línea interpretativa se ha pronunciado el Tribunal Supremo, sala de lo penal, en Sentencias de 19 de mayo de 2006 (RJ 2006/3678) y 22 de mayo de 2009 (RJ 2010/662).

Se computará tanto la cuota empresarial como la cuota obrera, puesto que no pueden castigarse como apropiación indebida los comportamientos de retención ilícita de cuotas obreras, que solo tendrán relevancia penal en tanto reúnen las exigencias típicas del delito del art. 307 CP. Las Sentencias de 18 (RJ/1997/7989) y 21 de noviembre de 1997 (RJ/1997/8219) declararon que, por aplicación del principio de especialidad, debe actualmente sostenerse que el impago de cuotas obreras a la Seguridad Social, que venía siendo considerado antes de la Ley Orgánica 6/1995, de 29 junio, como un delito de apropiación indebida, aún con algunas disidencias de la doctrina, se integra en el tipo específico del anterior artículo 349 bis o del art. 307 del actual CP [STS 1017/2007 de 15 de noviembre (RJ/2007/9271) y 725/2002 de 25 de abril (RJ/2002/4786)].

Los 50.000 euros defraudados para incurrir en la conducta reprochable penalmente se computan durante un periodo de cuatro años naturales consecutivos, sin interrupciones, y como literalmente se trata de «una elusión del pago de las cuotas», se tendrán en cuenta los plazos reglamentarios de ingreso y no los periodos de devengo de las cuotas.

En el supuesto de que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de ciento veinte mil euros se incurrirá en el tipo agravado del art. 307 Bis del Código Penal, ganándose

en seguridad jurídica respecto a la redacción anterior que simplemente hablaba de «...la especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado...».

En el caso de las tramas delictivas o de los grupos empresariales patológicos, estos últimos en el sentido expuesto por una consolidada doctrina del Tribunal Supremo, entre otras muchas, Sentencias de 29 de septiembre de 2015 (RJ/2015/6313), 21 de mayo de 2014 (RJ/2014/3874) y 27 de mayo de 2013 (RJ/2013/7656), nos inclinamos por interpretar que deberá computarse la deuda, sumando en cada año natural, las cantidades defraudadas por todas las empresas del entramado. En el sentido positivo expuesto de condenar por el delito de Seguridad Social del art. 307 CP a un grupo de empresas, teniendo en cuenta la deuda de todas ellas, puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de mayo de 2009 (RJ 2010/662), y más recientemente, el Juzgado de lo Penal nº 5 de Zaragoza, en Sentencia de 3 de junio de 2016, condena al administrador único de un grupo de empresas, constituidas con ánimo de obtener un enriquecimiento ilícito dejando de ingresar las cuotas de cotización (empresarial y obrera) de los trabajadores, así como sus cuotas como trabajador autónomo, incluyendo como responsables civiles a las empresas del grupo.

1.2.2. *Ánimo defraudatorio*

Actualmente el ánimo defraudatorio se trata de la clave interpretativa para considerar la conducta como típica, antijurídica y culpable, y por lo tanto, de cumplirse la condición objetiva de procedibilidad de los 50.000 euros, proceder al inicio de las diligencias penales y a la suspensión del eventual procedimiento administrativo sancionador incoado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

La última reforma de la Ley Orgánica 7/2012, ha añadido un párrafo 2º en el apartado 1º del art. 307, para disponer que la mera presentación de los documentos de cotización

no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos. Posteriormente la Ley 34/2014, de 26 de diciembre, en materia de liquidación e ingreso de las cuotas de Seguridad Social, introduce de manera novedosa el sistema de liquidación directa, en el que la presentación de los documentos de cotización se sustituye por la obligación empresarial de la transmisión telemática de los datos necesarios para que la TGSS pueda realizar el cálculo de las cuotas. En este sentido, una interpretación cohonestada del CP con el TRLGSS, nos llevaría a entender que en el sistema de liquidación directa la mera transmisión de datos no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos.

Siendo la clave de bóveda del tipo la defraudación mediante la elusión del pago, es obvio que habrá de huirse de automatismos o apriorismos que equiparen el mero impago de las cuotas de Seguridad Social con la conducta penal tipificada, que exige la existencia de la defraudación. Veamos cual ha sido la evolución jurisprudencial antes y después de la reforma efectuada por la Ley Orgánica 7/2012:

A. Pronunciamientos del Tribunal Supremo antes de la reforma

– El Tribunal Supremo, en Sentencia de 19 de noviembre de 2004 (RJ/2004/7654), declaró que el hecho de no pagar a la Seguridad Social no supone sin más defraudar. En todo caso, ambos verbos, defraudar y eludir, nos llevan a la idea de que ha de hacerse algo más que el mero hecho de no pagar para que este delito del art. 307 pueda cometerse (por acción u omisión), al menos alguna maniobra de ocultación que pudiera perjudicar la labor de Inspección de la Seguridad Social.

– El Tribunal Supremo, en Sentencia de 19 de mayo de 2006 (RJ/2006/3678), apartándose de la línea mayoritaria de la sala, considera que el mero impago sería bastante para estimar la presencia del ilícito penal, así interpreta «...que cuando la Ley define la conducta típica hace referencia tanto a la acción como a la omisión. Por lo tanto, esta equivalencia

de ambas formas de la conducta demuestra que la simple omisión es suficiente, pues si se exigiera que la omisión fuese acompañada de una «maniobra de elusión o defraudación», que sólo puede ser, por definición, activa, la referencia a la omisión sería superflua...».

– Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2009 (RJ 2010/662 CASO EKIN-ORAIN). En el Fundamento de Derecho Vigésimo Tercero se señala que defraudar, que puede ser –más no exclusivamente– el engaño, equivale a esquivar el pago de las cuotas de la Seguridad Social, que puede hacerse a través de una declaración falsa (acción) o también por no hacer la declaración debida (omisión). Consecuentemente es cierto que el simple impago de cuotas de la Seguridad Social no es suficiente para afirmar la existencia del delito. La exigencia de fraude reclama la presencia de una conducta eludidora, que situó a la Administración en situación de desconocimiento de los hechos que fundamentan el nacimiento y la cuantía de la deuda.

Es obvio, que como mecanismo paradigmático de elusión total nos encontramos la omisión de los actos de encuadramiento, esto es, no dar de alta a los trabajadores por cuenta ajena en la propia actividad empresarial o no dar de alta a la propia actividad empresarial, desarrollándola de forma clandestina, Pero es evidente que ésta no es la única forma comitiva. El tipo responde a la naturaleza de los tipos abiertos en los que las modalidades comitivas pueden presentarse de forma diversa, ello ocurrirá cuando se oculta la deuda mediante la no presentación de documentos de cotización o cuando las bases de cotización son inferiores a los salarios realmente percibidos.

– Tribunal Supremo, Sentencia de 27 de octubre de 2009 (RJ/2010/170). La concurrencia de engaño bastante, en el sentido de idóneo para provocar un error que dé lugar a un acto de disposición, no es elemento del tipo del delito previsto en el artículo 307 del CP. La defraudación consiste en ocultar la deuda o los hechos que la generan, impidiendo

así a la Seguridad Social conocer su existencia y su alcance, y evitando que pueda poner en funcionamiento las prerrogativas que el ordenamiento jurídico pone a su disposición para hacer efectivos el cobro de aquello que corresponde. Exige el desarrollo de acciones u omisiones que provoquen la ocultación de los hechos relevantes en relación al ingreso de las cuotas, lo cual puede producirse mediante la mera omisión de la declaración o bien mediante una declaración incompleta, pues tanto una como otra ocultan la realidad y en ese sentido suponen una defraudación. Considera la conducta atípica por haberse presentado a sellado los documentos de cotización aunque no efectuará el pago.

Quien oculta el dinero o los bienes que posee con la finalidad de evitar el pago de las cuotas correspondientes a la Seguridad Social, no por ello comete un delito contra la Seguridad Social. Tales actuaciones, en tanto posteriores al nacimiento de la deuda y a las pertinentes declaraciones sobre la misma, podrían constituir un delito de alzamiento de bienes (actualmente delito de frustración de la ejecución del art. 257.3 CP), en cuanto buscan impedir a los acreedores, en este caso la Seguridad Social, la percepción de las cantidades que en aquellos conceptos le correspondían y a cuyo pago estaba obligada la entidad empleadora.

B. Pronunciamientos del Tribunal Supremo después de la reforma

En relación con el requisito de la defraudación, la Sentencia de la sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de fecha 22 de diciembre de 2015 (JUR/2016/32600), que condena al Concejal de Hacienda del Ayuntamiento de Marbella, a la sazón Consejero Delegado de una sociedad municipal, que no ingreso las cuotas durante cuatro ejercicios económicos, señala que en los delitos contra la Seguridad Social despliega su eficacia el principio de voluntariedad recogido en el artículo 10 del CP. El tipo penal exige que la acción u omisión se efectúe voluntariamente y por tanto dolosamente. A tales efectos, el Tribunal Supremo

se refiere a la sentencia de la Gran Sala del TJUE de 8 de septiembre de 2015 que, en relación al fraude del IVA, considera fraude cualquier omisión o acción intencionada que tenga por efecto la disminución ilegal de recursos de la Unión.

No obstante lo anterior, la Sentencia tiene un Voto Particular que formula el Magistrado D. Antonio del Moral García, precisando que no se trata sólo de que el impago deba de ser voluntario, sino que lo que castiga el art. 307, en paralelo al delito contra la Hacienda Pública, es algo más que el impago. Se exige *defraudar* lo que implica un elemento mendaz que consistirá habitual –aunque no exclusivamente– en la ocultación de la deuda. La omisión de pagos reconocida abiertamente sin ingrediente alguno de mendacidad u ocultación carece de relieve penal. El voto particular se basa en la jurisprudencia mayoritaria anteriormente mencionada, si bien es cierto que omite cualquier referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2006, que recordemos, únicamente exigía el impago de las cuotas. Respecto a la Sentencia del TJUE (*Asunto Taricco*), señala el Voto Particular, que precisamente exige para reputar que estamos ante un fraude la presentación de los documentos o realizar declaraciones inexactas o incompletas.

Esta nueva postura interpretativa, más estricta del Tribunal Supremo, que asimila la defraudación al impago doloso, no parece que sea la seguida mayoritariamente por los Juzgados de lo Penal y por las Audiencias Provinciales, como se deduce de los siguientes pronunciamientos judiciales:

- Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 6 de Santa Cruz de Tenerife, de 16 de agosto de 2016, basándose en la jurisprudencia anterior a la reforma del año 2012, absuelve del delito por falta de liquidez de la mercantil, con motivo de la crisis económica del sector, que provocó la presentación de la demanda de concurso de acreedores de la mercantil, calificado de fortuito. Además, el juzgador considera que no hay prueba alguna o indicios de que por parte

de los acusados se llevaran a cabo maniobras fraudulentas o actividades dirigidas a defraudar, ocultar o manipular, que acompañen al impago de cuotas.

– Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 4 de marzo de 2015, con argumentos semejantes. después de precisar que no se exige el engaño propio de la estafa, interpreta que «...*puede producirse mediante la mera omisión de la declaración o bien mediante una declaración incompleta... Ha de hacerse algo más que el mero hecho de no pagar para que el delito del art 307 pueda cometerse (por acción u omisión), al menos alguna maniobra de ocultación que pudiera perjudicar la labor de inspección y procedimiento de recaudación de los servicios de la Seguridad Social...*»,

– Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 25 de Madrid, de 13 de octubre de 2015, con cita de otras muchas, en un caso en el que se acudió en varias ocasiones a la TGSS para negociar el pago y aplazamientos de la deuda, señala que los verbos defraudar y eludir nos llevan a la idea de que ha de hacerse algo más que el mero hecho de no pagar para que el delito del artículo 307 pueda cometerse, por acción u omisión, al menos alguna maniobra de ocultación que pudiera perjudicar la labor de inspección de los servicios de Seguridad Social, enumerando algunos supuestos que acreditan el elemento subjetivo del tipo (ocultación de trabajadores, falseamiento de las condiciones de contratación o de la prestación de servicios de una forma idónea para modificar en perjuicio de la Seguridad Social el importe de las cuotas, falseamiento de la realidad declarada a la administración o de la ocultación de datos o información sobre la contratación que el acusado como empresario tuviera obligación de facilitar a la Seguridad Social).

Con la anterior redacción, se ha considerado defraudar la creación sucesiva de empresas en el sector de construcción acompañada del impago de las cuotas (Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de septiembre de 2013 y Audiencia Provincial de Almería de 27 de no-

viembre de 2015), despatrimonializar la empresa, finalmente en concurso, al crear otra con el mismo objeto (construcción), plantilla, proveedores y clientes a la que iba traspasando la facturación; además, tuvo gastos desmedidos de representación y cometió numerosas irregularidades contables (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 4 de noviembre de 2015), la elusión también se produce cuando el verdadero empresario se oculta bajo mercantiles a nombre o administradas por testaferros en el sector textil, interpretando que la solicitud de aplazamiento y la presentación de los boletines de cotización no enerva la existencia del delito (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 17 de noviembre de 2015), la creación de sucesivas empresas, con distintas denominaciones pero con igual objeto social y similar plantilla, utilizando personas interpuestas que daba de alta como autónomos y empresarios individuales, ocultando su identidad, a pesar de ser el verdadero administrador de hecho de las mismas y el obligado frente a la Seguridad Social (Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2015 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 22 de octubre de 2014).

En todo caso, la reforma de la Ley Orgánica 7/2012, ha introducido de modo expreso en el art. 307.1.2, que el mero cumplimiento dentro de plazo de las obligaciones establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 29 del TRLGSS, no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos. Con ello se intenta dejar atrás la línea hermenéutica seguida por la Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de octubre de 2009 (RJ/2010/170), que considera la conducta atípica por haberse presentado a sellado los documentos de cotización aunque no se efectuará el pago. Línea interpretativa no unívoca en la doctrina del Tribunal Supremo, como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2006, o más próxima en el tiempo, la Sentencia de 22 de diciembre de 2015.

A diferencia de la condición objetiva de punibilidad, la constatación de la presencia o no

de ánimo defraudatorio en la conducta empresarial será, desde un punto de vista práctico, la principal dificultad para el Inspector o Subinspector actuante, de cara a su posible remisión al Ministerio Fiscal. Aunque los funcionarios actuantes habrán de evitar los automatismos o las interpretaciones mecánicas o maximalistas del ilícito penal a la hora de apreciar el ánimo defraudatorio, es cierto que, en determinados ilícitos administrativos, como las infracciones muy graves de los apartados f) y h) del art. 23 del TRLISOS, la exigencia en el propio tipo administrativo de que exista *«falseamiento»*, *«deducciones fraudulentas»* u *«obtención o disfrute fraudulentos»*, parece conducir como regla general a la apreciación de dicho ánimo de defraudar. Otro elemento valorativo de primer orden sería la apreciación en el acta de infracción de la nueva circunstancia agravante del art. 39.2 párrafo tercero del TRLISOS, incorporada por la Ley 34/2014, consistente en cotizar en cuantía inferior a la debida mediante la ocultación o falsedad de las declaraciones o datos que tengan obligación de facilitar a la Seguridad Social.

1.2.3. Regularización

Veamos a continuación la diferencia del juego de la regularización o pago de las deudas de Seguridad Social en ambos campos, penal y administrativo sancionador, respectivamente:

A.– En la redacción de los ilícitos penales de los arts. 307 y 307 Bis, de acuerdo con el principio de mínima intervención o subsidiariedad, se incluye en el tipo la regularización como elemento que excluye la comisión del delito. La regularización de la situación ante la Seguridad Social impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de la regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.

De conformidad con el art. 307.3 del CP se considerará regularizada cuando se haya

procedido por el obligado al completo reconocimiento y pago de la deuda antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, en caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal o el Letrado de la Seguridad Social interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias. También cuando se satisfagan deudas ante la Seguridad Social una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa.

La prohibición de interpretaciones analógicas o extensivas en el campo del derecho penal, la literalidad del art. 35 del TRLGSS respecto a la determinación de la deuda en las actas de liquidación, y el carácter provisional de las actas de liquidación y de infracción, nos lleva a considerar que en el caso de actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha de interpretarse que la determinación de la deuda no se puede considerar efectuada hasta que no se encuentre recogida su cuantía final en el acta de liquidación de cuotas o en el acta de infracción, en su caso. Por ello, mientras no se efectúe la notificación del acta de liquidación o de infracción, será posible la regularización prevista. Desde un punto de vista más teórico que práctico, podría plantearse dudas sobre la posibilidad de regularizar la deuda tras un requerimiento del funcionario de la Inspección con reconocimiento de la misma por el obligado al pago, que posteriormente no efectúa el ingreso en el plazo fijado en dicho requerimiento pero lo efectúa antes de notificarse las actas de liquidación y de infracción, porque incluso aunque neguemos la posibilidad de regularizar por interpretar que la deuda ya está correctamente determinada por la Inspección, lo cierto es que el reconocimiento de la deuda podría excluir la existencia de ánimo de defraudar, además de haberse conseguido el objetivo final pretendido por la norma en la defensa del bien jurídico protegido (patrimonio de la Seguridad Social) que era el pago.

También se contempla en el ámbito penal la regularización como circunstancia atenuante, así el art. 307 apartado 5 del CP, dispone que podrán imponer al obligado frente a la Seguridad Social o al autor del delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado, satisfaga la deuda con la Seguridad Social y reconozca judicialmente los hechos.

B.– La diferencia del juego de la regularización en el ámbito de los ilícitos administrativos es muy clara, puesto que el pago de la deuda de Seguridad Social o de la liquidación no evita la sanción contenida en el acta de infracción, con dos matizaciones:

1.º– De acuerdo con el art. 34.4 del TRLGSS, en el caso de actas de infracción y de liquidación concurrentes por los mismos hechos (por ejemplo por una falta de alta o por unas diferencias de cotización), las sanciones por infracciones propuestas en dichas actas de infracción se reducirán automáticamente al 50 por ciento de su cuantía, si el infractor diese su conformidad a la liquidación practicada ingresando su importe en el plazo legal. Esta reducción automática solo podrá aplicarse en el supuesto de que la cuantía de la liquidación supere la de la sanción propuesta inicialmente.

2.º– En los casos a los que se refieren las letras a), b) y c) del art. 34 del TRLGSS, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá formular requerimientos a los sujetos obligados al pago de cuotas adeudadas por cualquier causa, previo reconocimiento de la deuda por aquellos ante el funcionario actuante. En este caso, el ingreso de la deuda por cuotas contenida en el requerimiento será hecho efectivo en el plazo que determine la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que no será inferior a un mes ni superior a cuatro meses. En caso de incumplimiento del requerimiento, se procederá a extender acta de liquidación y de infracción por impago de cuotas. Es decir, el pago de las cuotas de Seguridad Social evita el acta de infracción y de liquidación, única y

exclusivamente cuando el funcionario actuante haya optado facultativamente por requerir en vez de iniciar el procedimiento sancionador o liquidatorio.

1.2.4. Prescripción

Los plazos de prescripción del ilícito administrativo y del ilícito penal son distintos, el art. 4 apartado 2 del TRLISOS establece un plazo de cuatro años para la prescripción de las infracciones en materia de Seguridad social desde la fecha de la infracción, plazo coincidente con el plazo de prescripción, establecido por el art. 24 del TRLGSS, para determinar las deudas por cuotas de la Seguridad Social, bien mediante Reclamación de Deuda de la TGSS, o bien mediante Acta de Liquidación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Sin embargo, en el caso del delito de fraude de cotizaciones del 307, al castigarse con una pena máxima de cinco años de prisión, prescribe el delito a los cinco años, de acuerdo con el art. 131.1 del CP. El plazo de prescripción será de diez años en el caso del tipo agravado del art. 307 Bis, ya que éste establece una pena máxima de seis años de prisión.

Una vez transcurrido el plazo de prescripción de cuatro años, y salvo que exista una causa de interrupción de la prescripción de las contempladas en el art. 24.3 del TRLGSS, en el art. 43 del RD 1415/2004 y en el art. 7.2 del RD 928/1998, decae la posibilidad de que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social levante Actas de liquidación, y en su caso, de infracción, sin perjuicio de la posibilidad de que por parte de la TGSS o de la ITSS se proceda a determinar o cuantificar la deuda para su remisión al Ministerio Fiscal, siempre dentro del plazo de prescripción de 5 o de 10 años de los delitos de los arts. 307 y 307 Bis CP, respectivamente. Todo ello no impide la posibilidad de que el Letrado de la Seguridad Social solicite la pertinente indemnización de daños y perjuicios por las cuotas de Seguridad Social prescritas desde un punto de vista administrativo y que no han podido ser reclamadas

(cuotas entre el cuarto y el quinto o el décimo año, en su caso).

2. APROXIMACION A LAS LINEAS DIVISORIAS ENTRE EL DELITO DE EMPLEO IRREGULAR MASIVO Y LOS ILICITOS ADMINISTRATIVOS

La búsqueda de una protección penal específica del alta en Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena, deriva del reconocimiento de la importancia de su doble efecto:

Primero, individual, para el trabajador por cuenta ajena. El alta inicial, coincidente con la afiliación del trabajador, es el acto constitutivo de su relación jurídica de Seguridad Social. Las altas posteriores activan la relación jurídica de Seguridad Social establecida.

Y, segundo, colectiva, o públicamente. El alta en Seguridad Social inserta el concreto contrato de trabajo en el sistema recaudatorio de la Seguridad Social, posibilita el ingreso de las correspondientes cotizaciones denominadas, precisamente, sociales¹.

La trascendencia del alta en Seguridad Social ha sido ampliamente reconocida en el ámbito sancionador administrativo, que, progresivamente, ha ido endureciendo las consecuencias sancionadoras del incumplimiento por parte del empresario de su obligación de solicitar el alta de los trabajadores a su servicio. Permittiéndonos afirmar que el incumplimiento de la obligación de comunicar el alta en el Régimen General de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena es una conducta infractora sancionada adminis-

trativamente con *gran dureza*. La infracción por falta de alta en el ámbito administrativo sancionador se distingue del común de las infracciones en materia de Seguridad Social por considerarse la producción de una infracción por cada trabajador afectado², superar su cuantía a la del resto de las infracciones graves en materia de Seguridad Social³, llevar añadida la sanción accesoria de pérdida de bonificaciones y demás ayudas de empleo, y su posible exclusión durante un año⁴, y contar con un régimen específico de incremento de la cuantía de la multa, aplicable en los supuestos en los que con ocasión de una misma actuación de inspección se detecten varias infracciones por falta de alta⁵.

La *dureza sancionadora* es igualmente predicable respecto a la infracción tipificada en el artículo 54.1.d) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; *la contratación de trabajadores extranjeros sin autorización de residencia y trabajo*⁶.

² Art. 22.2 del TRLISOS; ...A estos efectos se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados.

³ La reforma del Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas (BOE de 6 de mayo), incorpora la letra e) al artículo 40.1 de la TRLISOS. La cuantía de la multa pasa a estar establecida entre 3.126 euros, en la cuantía mínima del grado mínimo, y 10.000 euros, en la cuantía máxima del grado máximo. La cuantía general de las multas por las infracciones graves en materia de Seguridad Social, está establecida entre 626 euros y 6.250 euros

⁴ La exclusión es aplicable a dos años en caso de reiteración en la conducta del empresario. Art. 46.2, en relación con el 46.1, del TRLISOS, modificado por la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social.

⁵ Art. 40.3.e)2 del TRLISOS, también modificado por la Ley 13/2012.

⁶ Se considera la concurrencia de infracción administrativa por cada trabajador afectado, segundo, la cuantía de la multa prevista para la infracción muy grave por *contratación de trabajadores extranjeros sin autorización de residencia y trabajo*, por cada trabajador extranjero, está establecida entre los 10.001 y 100.000 euros (art. 55.1.c)) y, tercero, la multa se incrementa con el resultado de la cuantía resultante de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, durante el

¹ Este doble efecto se refleja en la interpretación que sobre el artículo 311.2º CP, realiza la SAP de Madrid de 29 de mayo de 2014 (nº 411/2014). Considera que el tipo del 311.2º del CP está configurado por dos requisitos; un elemento objetivo, consistente en el empleo de un número de trabajadores superior a cinco, junto con el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la legislación laboral al empleador, y un elemento subjetivo, que busca evitar los gastos que suponen el cumplimiento de esas obligaciones.

Dentro del conjunto de medidas normativas del Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social para el período 2012-2013⁷, se aprueba la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, que modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social (BOE del 28)⁸, entre otros aspectos para introducir en el artículo 311.2º del CP, del Título XV. No podemos decir que con anterioridad a la reforma de la LO 7/2012 la falta de alta en Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena careciese de trascendencia penal, pues evidentemente la tenía en el propio delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 311.1º del CP⁹. El 311.1º y el 311.2º presentan elementos comunes¹⁰. El alta en Seguridad Social, en cuanto presupuesto básico de la relación jurídica de Seguridad Social, evidentemente, es la condición de Seguridad Social más relevante, susceptible de ser *perjudicada, suprimida o restringida*. La diferencia entre ambos apartados del 311, la encontramos, por un lado, en que el 311.1º, a diferencia del 311.2º, precisa un *plus de anti-juridicidad*¹¹ y, por otro, en que el 311.2º requiere el carácter de «simultaneidad plural», que no se exige en el 311.1º (basta con que el

afectado sea un único trabajador por cuenta ajena).

Los delitos contra los derechos de los trabajadores, del Título XV, protegen un *bien jurídico categorial común*¹². En general, están destinados a la protección de los derechos de los trabajadores nacidos del contrato de trabajo. Específicamente, en el Preámbulo de la LO 7/2012, la justificación del reproche penal se argumenta por la negación de los derechos que en materia de Seguridad Social corresponden a los trabajadores durante el período en el que prestan servicios de forma irregular, y por la competencia desleal que supone para los empresarios cumplidores de sus obligaciones en la materia, el aplicar unos costes laborales muy inferiores, con el doble efecto aparejado de distorsionar la competitividad y desincentivar la iniciativa empresarial. Por otro lado, la exigencia de la «simultaneidad plural» nos lleva, a su vez, a considerar que el objetivo del artículo 311.2º del CP no es exclusivamente la protección penal de la falta de alta del trabajador por cuenta ajena en Seguridad Social, sino que viene unida a la propia protección del mecanismo recaudatorio general de la Seguridad Social. El patrimonio de la Seguridad Social debe considerarse protegido, desde el momento en que la falta de alta del trabajador por cuenta ajena comporta la falta de ingreso de las correspondientes cotizaciones de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta. La inclusión del patrimonio de la Seguridad en el bien jurídico protegido, tiene una importante repercusión práctica cual es el reconocimiento de legitimación pasiva en el procedimiento judicial a la TGSS, en cuanto organismo encargado de la gestión del patrimonio de la Seguridad Social¹³.

período de prestación de servicios comprobado (art. 48 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE del 31)).

⁷ Precisamente, entre los objetivos del Plan, encontramos el de aflorar posibles situaciones fraudulentas, principalmente en casos de falta de alta en la Seguridad Social de trabajadores que efectivamente prestan servicios en las empresas, en el acceso y la percepción de otras prestaciones del sistema de la Seguridad Social.

⁸ En vigor, conforme a su DF 2ª, a los veinte de días de su completa publicación en el BOE, por tanto; el 17 de enero de 2013.

⁹ Art. 311.1º CP: *Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan 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.*

¹⁰ SAP de Asturias, Sección de Gijón, de 4 de julio de 2014 (nº 131/2014).

¹¹ SAP de Guipúzcoa de 18 de marzo de 2014 (nº 28/2014) y SAP de Alicante de 23 de mayo de 2014 (nº 283/2014).

¹² VICENTE MARTÍNEZ, R. DE, Los delitos contra los derechos de los trabajadores. Ed. Tirant lo Blanch, 2008.

¹³ En el primer procedimiento del que conoce el Tribunal Supremo relativo al artículo 311.2º del CP (STS de 17 de julio de 2015, RJ 2015/3936), la Tesorería General de la Seguridad Social ejerció la acusación particular e interpuso recurso de casación por infracción de ley. Si bien, en la sentencia no encontramos ningún tipo de argumentación, o cuestionamiento al respecto.

Sin embargo, en la segunda de las conductas típicas, la *ocupación de trabajadores extranjeros*, no encontramos la protección de los derechos de Seguridad Social de los trabajadores afectados, ni tampoco del patrimonio de la Seguridad Social. Al no ser posible el alta en Seguridad Social de los trabajadores afectados, precisamente por carecer de autorización para el trabajo por cuenta ajena en España¹⁴. También queda muy limitada la protección de los derechos en general derivados de la relación laboral, en cuanto el contrato de trabajo será nulo, por la falta de aptitud del extranjero para el trabajo en España, aunque no estará desprovisto de todos sus efectos¹⁵.

El artículo 311 bis del CP¹⁶ establece la pena de prisión de tres a dieciocho meses o multa de doce a treinta meses, salvo que los hechos estuvieren castigados con una pena más grave, a:

a) *De forma reiterada, emplee o dé ocupación a ciudadanos extranjeros que carezcan de permiso de trabajo, o*

b) *emplee o dé ocupación a un menor de edad que carezca de permiso de trabajo.*

El nuevo artículo utiliza los términos que podemos entender como propios de la normativa laboral, de Seguridad Social y de extranjería, de modo un tanto confuso. El precepto sitúa como alternativos dos verbos; *emplear o dar ocupación*, que al menos, en la normativa laboral y de Seguridad Social pueden considerarse sinónimos. El sujeto de la acción, en todo caso, es el empresario, empleador o dador de trabajo. Titular del contrato de trabajo, junto al trabajador por cuenta ajena. El 311.2º del CP, se refiere únicamente a *dar ocupación*. A su vez, tanto la letra a) como la b) del 311 bis,

utilizan los términos *permiso de trabajo*, a diferencia del 311.2º que se refiere a *autorización de trabajo*. La denominación *autorización de trabajo* es la utilizada por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y su normativa de desarrollo, para referirse a la resolución administrativa que permite a los ciudadanos extranjeros trabajar en España.

Finalmente, en relación con los menores de edad y la autorización (o permiso) de trabajo, entendemos que la letra b) del artículo 311 bis del CP considera agravada la situación del menor de edad extranjero que carece de la autorización que para trabajar en España precisan los extranjeros. No se refiere a la autorización para el trabajo de menores prevista en el artículo 6.4 del ET¹⁷.

2.1. Coincidencias y líneas divisorias

El *umbral* es la diferencia más evidente entre el delito y las infracciones administrativas, pero no la única. Por un lado, hay incumplimientos normativos relacionados con la conducta del delito constitutivos de infracción administrativa que no están comprendidos en

¹⁷ En este sentido, si analizamos la descripción del artículo 311.2º del CP (... *sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo...*) encontramos que se refiere, genéricamente, a los trabajadores, sin limitarlo expresamente a los *trabajadores extranjeros*. Si, además, tenemos en cuenta que en la regulación laboral española, junto a los trabajadores *extranjeros*, hay otro supuesto en el que se precisa autorización administrativa para trabajar, cual es la intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos, como excepción a la prohibición de la admisión al trabajo de los menores de dieciséis años, podríamos plantearnos la posibilidad de extensión del delito a este segundo supuesto. No obstante, el párrafo apartado V del Preámbulo, al explicar el fundamento del 311.2º, si se refiere expresamente a los extranjeros, por lo que deberíamos desechar esta segunda posibilidad aplicativa, pese al olvido del legislador (*Quien, de forma masiva o colectiva, recurre a la utilización de trabajadores sin haber formalizado su incorporación al Sistema de la Seguridad Social que les corresponda, o sin haber obtenido la preceptiva autorización para trabajar en el caso de los extranjeros que lo precisen, debe merecer el correspondiente reproche penal*).

¹⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., ya citado, en relación con el delito del 312.1º del CP.

¹⁵ Artículo 9.2 del ET: *En caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido.*

¹⁶ L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE del 31).

el 311.2º del CP y, por otro, hay otros supuestos excluidos del ámbito penal por la ausencia de dolo. Con independencia, en ambos casos, de la superación, o no, del número o del porcentaje de trabajadores afectados por la situación irregular respecto a la plantilla total de la empresa, o del centro de trabajo.

2.1.1. *Conductas relacionadas con la falta de alta*

La *falta de alta en Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena* del artículo 22.2 del TRLISOS no es la única infracción administrativa que comprende la conducta consistente en emplear a trabajadores por cuenta ajena sin comunicar su alta en el Régimen General de la Seguridad Social. Puede considerarse como un tipo infractor básico junto a otros tipos con consecuencias sancionadoras distintas, vinculados a la misma conducta típica;

Primera, la infracción grave por solicitar la afiliación o del alta de los trabajadores fuera de plazo, cuando no hubiera mediado actuación inspectora, o su no transmisión en forma (por medios informáticos, electrónicos o telemáticos establecidos), del artículo 22.10 del TRLISOS.

En el derecho administrativo sancionador en el orden social, se distinguen dos conductas respecto al alta fuera de plazo:

- Primera, alta presentada fuera de plazo, sin mediar comprobación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
- Y, segunda, solicitud de alta realizada por la empresa fuera de plazo, pero tras comprobación por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de la prestación de servicios. Si el alta se produce habiendo mediado actuación inspectora, la conducta está tipificada en el artículo 22.2, como hemos visto, con mayores consecuencias sancionadoras.

La conducta consistente en comunicar espontáneamente el alta de los trabajadores por cuenta ajena, aún fuera de plazo, debe quedar fuera del 311.2º del CP. Carece de trascendencia penal. Sin embargo, consideramos que está comprendida en el 311.2º del CP la solicitud de alta de los trabajadores presentada por la empresa tras la comprobación por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de su prestación de servicios. El artículo 311.2º del CP no contempla ninguna suerte de regularización posterior¹⁸.

Segunda, la falta de alta para la cotización de los salarios de tramitación y de la retribución de las vacaciones devengadas y no disfrutadas (artículo 22.12 del TRLISOS), no tiene por fundamento la falta de alta en Seguridad Social en sentido material. Se trata de un alta en Seguridad Social instrumental, para permitir abonar las cotizaciones correspondientes, sin que el alta ni las cotizaciones estén vinculadas a una *ocupación* presente del trabajador.

Y, tercera, la infracción muy grave por *dar ocupación como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad*, del artículo 23.1.a)¹⁹. En el que a la falta de alta del trabajador, se una su condición de perceptor, o solicitante, de una prestación de Seguridad Social, desde luego, no supone ningún obstáculo para incluirla en el 311.2º del CP.

¹⁸ En el delito de Seguridad Social; el art. 307.3 del CP contempla la regularización de lo defraudado como causa de exclusión del delito, y el art. 307 ter.3 como excusa absolutoria la devolución de las prestaciones defraudadas.

¹⁹ También, además de aplicarse una infracción por cada trabajador afectado, la cuantía de la multa es superior al resto de las infracciones muy graves en materia de Seguridad Social. Según lo establecido por el art. 40.1.e).2 del TRLISOS, se sanciona con multa entre 10.001 euros, en la cuantía mínima del grado mínimo, y 187.515 euros, en la cuantía máxima del grado máximo, frente a la cuantía general de las infracciones muy graves en materia de Seguridad Social de multa entre 6.251 euros, en la cuantía mínima del grado mínimo, y 187.515 euros.

2.1.2. Supuestos con ausencia de dolo

El presupuesto material de la obligación de comunicar el alta en Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena, es la existencia de relación laboral, de contrato de trabajo en sentido sustantivo. A su vez, tendrá que existir relación laboral entre el empresario y el trabajador por cuenta ajena extranjero para que exista obligación de contar con autorización de trabajo. Si a esta consideración, añadimos que el tipo del 311.2º del CP castiga únicamente la conducta dolosa, será necesario que concurra, por parte del empresario, el conocimiento de la obligación de cursar el alta del trabajador en Seguridad Social y de no emplear al trabajador extranjero sin autorización para trabajar, fundamentada en su conocimiento de la existencia de contrato de trabajo, junto con la voluntad de incumplir estas obligaciones. Se plantea el problema de cómo resolver los supuestos en que pueda reconocerse como *razonable* la existencia de dudas sobre la existencia de relación laboral. La discusión sobre la existencia de relación laboral se puede dar, tanto en los casos de cambio de encuadramiento (trabajadores previamente dados de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos), como en los de falta de alta completa.

La conclusión que alcanzamos, es que no deben adquirir relevancia penal los supuestos en los que la existencia de relación laboral *razonablemente* es dudosa. Teniendo en cuenta, además, que en algunos de estos casos pueden subyacer un problema de interpretación jurídica de la normativa laboral. Incluso, el criterio sobre la existencia, o no, de contrato de trabajo, ha podido variar en la propia jurisprudencia social.

En el ámbito administrativo sancionador, está asegurado el sometimiento a la jurisdicción social de la decisión sobre la existencia de relación laboral, por dos vías²⁰:

Primera, directamente, a través de la impugnación ante el orden social de las resoluciones administrativas sancionadoras. Conforme al artículo 2.s) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre (BOE del 11), corresponde conocer a la jurisdicción social de las impugnaciones contra los procedimientos sancionadores iniciados por Actas de infracción por falta de alta (artículo 22.2 del TRLISOS), no coordinadas con Acta de liquidación, y de las Actas de infracción por dar ocupación sin dar de alta como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena (infracción calificada muy grave del artículo 23.1.a) del TRLISOS). En la práctica, se trata de la mayoría de los supuestos susceptibles de remisión al orden penal.

Y, segunda, con carácter previo, mediante el mecanismo de procedimiento de oficio ante la jurisdicción social, cuyo preceptivo pronunciamiento sobre la naturaleza laboral de la relación, vinculará tanto a la ulterior resolución administrativa, como posteriormente a la eventual resolución judicial del orden contencioso-administrativo consecuencia de la impugnación de la resolución administrativa. Se configura como una cuestión judicial previa, por tratarse de una actuación jurisdiccional en el curso de procedimiento administrativo no concluido²¹. El ámbito material del procedimiento de oficio, está limitado a los procedimientos administrativos iniciados por Acta de infracción coordinada con Acta de liquidación, conforme al artículo 3.f) de la LRJS.

Por tanto, no deberían alcanzar trascendencia penal los supuestos que deban remitirse por la Administración al procedimiento de oficio ante la jurisdicción social (Acta de infracción por falta de alta coordinada con Acta de liquidación), pero tampoco aquellos otros que no se remitan al procedimiento de oficio por estar excluidos del mismo (Acta de infracción por falta

²⁰ MERINO HERNÁNDEZ, G., *Delito de ocupación colectiva de trabajadores sin alta o de extranjeros sin autorización de trabajo. Lucha contra el Empleo Irregular y el fraude a la Seguridad Social*. Coordinado por CAMINO FRIAS, J.J., ya citado.

²¹ GONZÁLEZ BIEDMA, E., *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el control de la aplicación de la normativa laboral*, Ed. Aranzadi, 1999.

alta y Acta de infracción por dar ocupación a perceptor de prestaciones de Seguridad Social), pero en los que se cuestione *razonablemente* la existencia de relación laboral.

2.1.3. *Umbral del delito; simultaneidad colectiva*

El carácter de *simultaneidad colectiva*, condición para la trascendencia penal de las conductas consistentes en dar ocupación a trabajadores sin alta, o a trabajadores extranjeros sin autorización de trabajo, se alcanza con el *umbral* numérico que el propio artículo 311.2º del CP establece:

... que el número de trabajadores afectados sea al menos de:

- a) *el veinticinco por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cien trabajadores,*
- b) *el cincuenta por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de diez trabajadores y no más de cien, o*
- c) *la totalidad de los mismos, en las empresas o centros de trabajo de más de cinco y no más de diez trabajadores.*

Respecto a esta regulación, podemos destacar, dos problemas. Primero, al establecer las tres escalas numéricas, las letras a), b) y c) del artículo 311.2º del CP, se refiere alternativamente a *empresas o centros de trabajo*. La *empresa* es un concepto más amplio en el ámbito laboral y de la Seguridad Social, que puede comprender varios centros de trabajo, pero que no ofrece mayores dudas de identificación, mientras que el concepto de *centro de trabajo* en la normativa laboral y de Seguridad Social no es claro²². Los centros de trabajo *no se dan de alta*, pese a la redacción del artículo 1.5 del ET²³.

²² MERINO HERNÁNDEZ, G., ya citado.

²³ Art. 1.5 ET: *A efectos de esta Ley se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral*. El Real Decreto-ley 1/1986, de 14 de marzo, de medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales (BOE del 26

En la normativa de Seguridad Social, la atribución de códigos de cuenta de cotización por la TGSS está regulada en el artículo 13.3º del Reglamento sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social²⁴. Pero la atribución de código de cuenta de cotización por la TGSS no es, necesariamente, por centros de trabajo. La práctica administrativa de la TGSS es que dentro del mismo municipio o localidad no asigna códigos de cuenta de cotización distintos para cada centro de trabajo, sino uno solo por cada actividad, aunque existan varios centros de trabajo.

Como conclusión de la referencia al centro de trabajo, podemos considerar que en aquellos supuestos en los que no quede determinado con claridad la identificación del centro de trabajo, la obligada interpretación restrictiva de la normativa penal, obligará a dejar de lado la referencia a la plantilla del centro de trabajo en cuestión, sustituyéndola por la plantilla total de la empresa para valorar la superación del *umbral* del 311.2º del CP.

Y, como segundo problema, podemos referirnos a la cuantificación de los trabajadores contratados a tiempo parcial. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 17 de julio de 2015 (rec. de casación nº 416/2015), ha abordado esta cuestión sobre el cómputo del *umbral*, la relativa a cómo contabilizar a los trabajadores en situación irregular contratados a tiempo parcial. El supuesto de hecho tiene su origen en una actuación de comprobación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en un establecimiento de hostelería, en el que se encuentran siete trabajadores contratados a jornada completa y correctamente en alta en el Régimen General de la Seguridad Social, y otros once trabajadores contratados a tiempo parcial y sin que

eliminó la necesidad de autorización previa para la apertura de los centros de trabajo.

Igualmente, se plantean problemas interpretativos en torno al concepto de centro de trabajo, en materia de sucesión de empresas (art. 44 ET) y de elecciones sindicales (Título II del ET).

²⁴ Aprobado por el RD 84/1996, de 26 de enero (BOE del 27 de febrero).

la empresa haya comunicado su alta (entraría en juego la aplicación de la letra b) del artículo 311.2º). El Tribunal Supremo, empieza por entender que el artículo 311.2º abarca toda clase de contrataciones, sin restricción, pero la comparación de los trabajadores en situación irregular con la plantilla de la empresa o centro de trabajo, debe realizarse *en términos de igualdad u homogeneidad de magnitudes*.

Finalmente, parece de difícil aplicación práctica, la previsión del artículo 311.3º del CP, extendida tanto al 311.1º como al 311.2º, sobre la concurrencia de sucesión de empresas²⁵. No parece fácil la transmisión de una empresa, un centro de trabajo o unidad productiva autónoma, siguiendo las posibilidades previstas en el artículo 44 del ET, en las que por la empresa cedente se transmita a la cesionaria relaciones laborales correspondientes a trabajadores sin dar de alta, o a extranjeros sin autorización de trabajo.

3. SOBRE EL PRINCIPIO «NE BIS IN IDEM». ASPECTOS MATERIALES

El principio *ne bis in idem* no está recogido de manera expresa en la Constitución Española. El Tribunal Constitucional, en sentencias como la nº 2/1981, de 30 de enero, o la nº 159/1987, de 26 de octubre, reconoce su vigencia, íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad. En el ámbito del derecho sancionador social, el principio *ne bis in idem* está explicitado en el artículo 3 del TRLISOS. En su apartado primero, dispone que; *No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento*²⁶.

²⁵ Art. 311.3º del CP: *Los que en el supuesto de transmisión de empresas, con conocimiento de los procedimientos descritos en los apartados anteriores, mantengan las referidas condiciones impuestas por otro.*

²⁶ Así como, en el artículo 5.3 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios

Los mayores problemas de coordinación entre el orden judicial penal y el sancionador administrativo, se dan en la identidad de sujetos. Tradicionalmente, en el derecho sancionador administrativo responden tanto las personas físicas como las jurídicas. En la práctica mayoritariamente los procedimientos sancionadores se dirigen contra personas jurídicas. Por el contrario, en el derecho penal únicamente respondían las personas físicas, hasta la reforma del CP del año 2010.

La comunicación de sentencia condenatoria firme, con fuerza de cosa juzgada material, obliga a valorar la triple identidad de sujetos, hechos y fundamento entre la misma y el Acta de infracción²⁷. La sentencia condenatoria, en la que concorra triple identidad de sujetos, hechos y fundamento con el Acta de infracción, determina el archivo del procedimiento administrativo sancionador.

No obstante, aunque se continúe el procedimiento administrativo sancionador por no darse la triple identidad (art. 3.3 del TRLISOS), la Administración está vinculada a los hechos probados de la resolución judicial. La sentencia judicial absolutoria tiene también naturaleza de cosa juzgada material, vinculando con fuerza al procedimiento administrativo sancionador, exigiendo su continuación a partir de un estudio de detalle de la sentencia²⁸. En evitación de la vulneración del principio de coherencia del ordenamiento jurídico²⁹.

No obstante, se presenta como más delicada la actuación previa de la Administración, no al finalizar el procedimiento penal, sino en el primer momento, cuando, en cumplimiento

de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por RD 928/1998 de 14 de mayo (BOE de 3 de junio).

²⁷ GÁMEZ OREA, M., *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social*. Coordinado por VÁZQUEZ GONZÁLEZ, I. Ed. Aranzadi, 1999.

²⁸ GÁMEZ OREA, M., ya citado. Menciona como ejemplos; la determinación en la sentencia de no existencia de los hechos, o la no participación en los mismos del imputado.

²⁹ VICENTE MARTÍNEZ, R. DE, en relación con la STC nº 77/1983, que propugna la erradicación de la *teoría de las dos verdades*.

de lo establecido en el artículo 3.2 del TRLISOS, debe proceder a pasar el tanto de culpa al órgano judicial o al Ministerio Fiscal y, simultáneamente, a paralizar el procedimiento administrativo sancionador. El problema se concreta en decidir sobre la extensión de esa paralización del procedimiento, o procedimientos administrativos en conexión directa con el procedimiento judicial penal (inciso final del artículo 3.4 del TRLISOS). La dificultad deriva, en primer lugar, de circunstancias de hecho; como el desconocimiento preciso por la Administración de quiénes son los investigados en el procedimiento judicial penal y de quiénes serán finalmente los procesados. Escollo que podría salvarse con la participación en el mismo como parte legitimada de la TGSS a través de su Servicio Jurídico (en concreto, respecto a los delitos del 307 y del 311.2º del CP). Y, en segundo lugar, de la existencia de procedimientos administrativos relacionados con el procedimiento administrativo sancionador principal, como son; el procedimiento liquidatorio de cotizaciones sociales (iniciado por Acta de liquidación coordinada con el Acta de infracción), las sanciones accesorias de exigencia de reintegro de las ayudas, bonificaciones y beneficios, los procedimientos sancionadores para devolución de prestaciones sociales indebidamente percibidas, o la existencia de otros sujetos responsables (solidarios o subsidiarios). Sobre esos procedimientos, la Administración debe decidir *a priori* si se suspenden, o no.

La decisión sobre la paralización de procedimientos administrativos relacionados con el principal, tiene una gran trascendencia posterior si atendemos al contenido de la Sentencia de la Sala de lo Social del TS de 15 de diciembre de 2015 (rec. nº 34/2015). La suspensión inadecuada de los procedimientos sancionadores puede provocar la caducidad de los mismos y la consiguiente prescripción de la infracción, por el tiempo transcurrido desde el inicio del procedimiento sancionador hasta que la Administración recibe la comunicación de la resolución administrativa judicial firme, teniendo en cuenta el plazo máximo de resolución

de seis meses (artículo 20 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social). El supuesto de hecho de la Sentencia viene referido a un Acta de infracción en materia de prevención de riesgos laborales extendida a una empresa principal, como responsable solidaria, que no era parte en el procedimiento judicial penal. La Sala de lo Social establece que la paralización del expediente administrativo sancionador procede si hay «conexión directa» con las actuaciones penales (artículo 3.4 del TRLISOS, *in fine*), sin necesidad de una total identidad subjetiva. El artículo 3.2 del TRLISOS no contempla la exigencia de la triple identidad (hechos, sujeto y fundamento) para que opere la paralización del procedimiento administrativo. Si la disparidad subjetiva permite imponer una sanción penal a un trabajador de la empresa y una sanción administrativa a la empresa-persona jurídica, no debía haberse paralizado el procedimiento. Por el contrario, si cabe la paralización del procedimiento administrativo sancionador y la, consiguiente, interrupción de la prescripción, no será posible sancionar administrativamente a la persona jurídica tras la condena penal del empleado. No es admisible que la disparidad subjetiva despliegue sus efectos en un sentido para permitir la paralización del procedimiento administrativo y no lo haga en el contrario, para impedir la sanción administrativa a la empresa-persona jurídica tras la condena al empleado persona física.

3.1. Responsabilidad penal de la persona jurídica

La LO 5/2010 reforma el CP introduciendo, por primera vez en nuestro ordenamiento, la responsabilidad penal, directa y autónoma, de las personas jurídicas³⁰. Modificado, a su vez,

³⁰ Arts. 31 bis, 33.7º, 52, 66 bis, 116 y 130 del CP. La LO 1/2015 reforma el 31 bis y el 116 del CP, e incorpora los nuevos

por la LO 1/2015. En el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, nos encontramos ante un modelo *vicarial* o de *heteroresponsabilidad*. El fundamento de su responsabilidad nace de un hecho ajeno, no se precisa que las personas jurídicas cometan el delito, sino que bajo ciertas condiciones (presupuestos de conexión) se traslada, también, la responsabilidad penal a la persona jurídica por la conducta de determinadas personas físicas³¹. Tanto la responsabilidad penal de la persona jurídica como la de la persona física parten de un presupuesto común, la previa realización de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas descritas en uno de los grupos del artículo 31 bis.1 del CP. Puede producirse la condena exclusiva de las personas físicas, si la persona jurídica, queda exenta de responsabilidad penal por acreditar la adecuación del denominado *programa de cumplimiento*. La no existencia de responsabilidad penal por este motivo, no parece que sea obstáculo para la imposición a la persona jurídica de la responsabilidad administrativa sancionadora.

A la anterior consideración, debe añadirse que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se extiende a todos los delitos del CP, sino que se ha optado por un sistema de selección típica. Entre los delitos seleccionados, se encuentra el artículo 307 del CP, en virtud de lo establecido en el artículo 31 bis y en el artículo 310 bis del CP que establece las penas previstas para los delitos del Título XIV (De los Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social), pero no el artículo 311 del CP (Título XV, De los delitos contra los derechos de los trabajadores). De este modo, se mantendrán los tradicionales problemas derivados de la conexión entre la responsabilidad penal de las personas físicas y la responsabilidad sanciona-

dora administrativa de las personas jurídicas respecto al delito del artículo 311.2º del CP, en aplicación del sistema del artículo 31 (reformado por la LO 1/2015) y del 318 del CP. Pero, también, cuando no exista responsabilidad penal de la persona jurídica en el delito del 307 del CP, pero sí pueda existir de personas físicas que actúen como representantes o por cuenta de la persona jurídica-sujeto responsable del procedimiento administrativo sancionador.

4. ASPECTOS PROCEDIMENTALES DESDE LA PERSPECTIVA INSPECTORA. VERTIENTE FORMAL DEL PRINCIPIO «NE BIS IN IDEM»

El principio determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento jurídico permita una dualidad de procedimientos y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse se hagan con independencia si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues, es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los Órganos del Estado. Consecuencia de lo dicho, puesto en conexión con la regla de la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la actuación de los Tribunales de Justicia, es que la primera, no puede actuar mientras no lo hayan hecho los segundos, lo que significa la imposibilidad de efectiva simultaneidad procedimental alguna de carácter penal y administrativo-sancionatoria (STC nº 77/83).

La primacía absoluta de la vía procesal penal sobre el correspondiente procedimiento administrativo-sancionador ha sido recalada por la Sentencia núm. 002/03, de 16 de Enero, del Pleno del Tribunal Constitucional, que actualmente se recoge con carácter general en el art. 77.4 de la Ley 39/2015, y de manera específica para

arts. 31 ter, 31 quáter y 31 quinquies. Destaca en la reforma del 2015 la introducción de los denominados *programas de cumplimiento*, como eximente de la responsabilidad de las personas jurídicas.

³¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quáter y quinquies. Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. Ed. Tirant lo Blanch, 2015.

el procedimiento administrativo sancionador en el orden social en el art. 3 del TRLISOS

Dicho precepto es categórico al establecer la prioridad del orden jurisdiccional penal para el enjuiciamiento de aquellos hechos y conductas que, estimándose constituyen infracciones de las previstas en dicha ley, pudieran ser constitutivas de delito o falta, y encuentra su justificación en el hecho de que la prejudicialidad penal no está orientada únicamente a evitar la conculcación del principio del «*ne bis in ídem*» (efecto negativo), sino que también tiene un efecto positivo, constituido por la vinculación de la Administración a los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes. Este efecto vinculante o de prejudicialidad positiva, evidentemente más amplio que el simple efecto negativo (no se olvide que pueden concurrir sanciones penales y administrativas sobre un mismo hecho basadas en distinto fundamento), ha sido interpretado extensivamente en su alcance por la Jurisprudencia. Lo que evita el efecto prejudicial positivo es que ante una misma realidad histórica, pueda llegarse a declaraciones de hechos probados distintos y hasta contradictorios.

4.1. Principales problemas hermenéuticos

Exponemos esquemáticamente algunos de los principales problemas interpretativos que se producen al paralizar los expedientes administrativos por la existencia de un procedimiento penal por alguno de los dos delitos de Seguridad Social que estamos analizando:

4.1.1. Sobre la posibilidad o no de extender el acta de infracción cuando los hechos puedan presuntamente ser constitutivos de ilícito penal

El art. 17.3 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, señala que «*Si apreciase la posible comisión de un delito, la*

Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por el cauce orgánico que reglamentariamente se determine, remitirá al Ministerio Fiscal relación circunstanciada de los hechos que haya conocido y de los sujetos que pudieren resultar afectados». Por lo tanto, la legislación orgánica guarda silencio sobre dicha cuestión, ya que no exige como requisito imprescindible para remitir al Ministerio Fiscal la previa existencia de acta de infracción pero tampoco veta o prohíbe su extensión.

Sin embargo de la literalidad utilizada tanto en el art. 3.2 del TRLISOS («...*infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal... y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador...*») como en el art. 5.1 del RD 928/1998 («..... *los hechos que han dado lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador... se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo sancionador...*»), se desprende con nitidez la posibilidad de extender el acta de infracción. El acta de infracción es, por un lado, una de las formas de finalización de las actividades previas al procedimiento sancionador (nombre del Capítulo II, arts. 8 a 10, del RD 928/1998), y por otro lado, inicia de oficio el procedimiento administrativo sancionador en el orden social. Únicamente la práctica del acta de infracción, permite considerar la existencia de *infracción* y paralizar el *procedimiento sancionador*, que sólo existe desde el momento en que se ha extendido dicho acta. En ese caso, será necesario notificar al sujeto responsable el acta de infracción, junto con la comunicación del acuerdo de suspensión del procedimiento administrativo sancionador por esta causa.

A mayor abundamiento, y desde un punto de vista práctico, ofrece mayores ventajas la extensión del acta de infracción que, como se ha indicado, cierra la fase previa de investigación inspectora, y permitirá, en su caso, la reanudación del procedimiento administrativo sancionador, que había quedado suspendido en el preciso instante de su inicio. Con esta interpretación, entre otros problemas, se evita la caducidad de las actuaciones comprobatorias previas y las dificultades fácticas de

comprobación que trae consigo el transcurso de los años.

4.1.2. *Sobre la no suspensión de las actas de liquidación y de los problemas interpretativos en las actas concurrentes por los mismos hechos*

De conformidad con el art. 307 apartado 4º del CP, arts. 5 apartado 2º y 36 del RD 928/1998, se producirá la suspensión del expediente administrativo sancionador derivado del acta de infracción pero no se producirá la suspensión del procedimiento derivado del acta de liquidación, salvo que el Juez lo acuerde previa prestación de garantía. En el caso de que no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, el Juez, con carácter excepcional, podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de las garantías, en el caso de que apreciara que la ejecución pudiera ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación. La liquidación administrativa se ajustará finalmente a lo que se decida en el proceso penal.

No obstante la rotundidad y claridad de la dicción legal y reglamentaria referenciada sobre la no suspensión del acta de liquidación, lo cierto es que la cuestión está lejos de estar cerrada en los casos de actas de infracción concurrentes con actas de liquidación por los mismos hechos, como puede ser una falta de alta o unas diferencias de cotización, al existir argumentos interpretativos que podrían hacer inclinar la balanza hacia la solución contraria:

1.º El art. 34 apartado 4º del actual TRLGSS dispone, de manera imperativa y no facultativa, que *«Las actas de liquidación y las de infracción que se refieran a los mismos hechos se practicarán simultáneamente por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. La competencia y el procedimiento para su resolución son los señalados en el apartado 2.»* Esta previsión legal se desarrolla en el art. 34 del RD 928/1998, que establece que el procedimiento aplicable a ambas será conjunto, y responderá al establecido para las actas de liquidación. La propuesta de

resolución será única para ambas actas, y corresponderá al Jefe de Unidad Especializada de Seguridad Social de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En la propuesta de resolución se fijarán de forma motivada los hechos probados, su calificación jurídica y la cuantía de la sanción que se propone imponer.

Dicho de otro modo, tanto la norma legal como la norma reglamentaria estipulan que preceptivamente las actas de infracción y de liquidación por los mismos hechos se han de levantar, tramitar y resolver conjuntamente.

2.º El mencionado art. 34.4 del TRLGSS y el art. 34 del RD 928/1998, ambos en la redacción efectuada por la Ley 13/2012, recogen que si el sujeto infractor diese su conformidad a la liquidación practicada, mediante su ingreso en plazo, las sanciones por infracción por los mismos hechos se reducirán automáticamente al 50% de su cuantía. Esta reducción automática sólo podrá aplicarse en el supuesto de que la cuantía de la liquidación supere la de la sanción propuesta inicialmente.

El espíritu de la ley sería su tramitación simultánea para reducir la sanción a la mitad en el supuesto de ingresarse la liquidación, lo que no parece muy lógico si finalmente se suspende el acta de infracción y años después existe una condena penal, que por mor del principio *«ne bis in ídem»*, deja el acta de infracción sin efecto. Bien es cierto, que podría interpretarse que al existir ilícito penal el pago de la liquidación no puede tener efecto atenuante alguno, pero ello debería estar regulado expresamente y no generarse expectativas de derecho derivadas del pronto pago del acta de liquidación que posteriormente serán papel mojado por inefaces.

3.º Uno de los casos previstos en el artículo 148 letra d) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, para la iniciación del procedimiento de oficio sería cuando cualquier acta de infracción o de liquidación levantada por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, relativa a las materias de Seguridad Social excluidas del conocimien-

to del orden social en la letra f) del artículo 3, haya sido impugnada por el sujeto responsable con base en alegaciones y pruebas que, a juicio de la autoridad laboral, puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora. De admitirse la tesis de que única y exclusivamente se paraliza el acta de infracción por existir procedimiento penal por los mismos hechos, y que el acta de liquidación continúa su tramitación, podría ésta ser impugnada por no existir relación laboral (por ejemplo en las faltas de alta) y acordarse su remisión al Juzgado de lo Social. Además dicha remisión al procedimiento de oficio ha sido interpretado por el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencias de 1 de diciembre de 2.003 y 26 de abril de 2.004, como no facultativa para el órgano administrativo en el supuesto de existir alegaciones. El sufrimiento para el principio de seguridad jurídica sería obvio si en el proceso penal, como cuestión prejudicial, se ha determinado la existencia de relación laboral y en el procedimiento de oficio se llegara a negar su existencia.

4.1.3. *Órgano competente para la remisión. Problemas de coordinación por la existencia de diversos órganos resolutorios de los expedientes sancionadores*

Cuando el funcionario actuante considere que los hechos que han dado lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador pudieran ser constitutivos de ilícito penal, remitirá al Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, informe con expresión de los hechos y circunstancias y de los sujetos que pudieran resultar afectados. Si el Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social estimase la concurrencia de ilícito penal, lo comunicará al órgano competente para resolver, quien acordará, en su caso, la remisión del expediente al Ministerio Fiscal (art. 5.1 del RD 928/1998 en la redacción efectuada por el RD 772/2011).

Por lo tanto, como regla general la remisión al Ministerio Fiscal no la efectuará la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sino la Autoridad Competente que resuelva el expediente sancionador, es decir, la Tesorería General de la Seguridad Social. No obstante lo anterior, la remisión al Ministerio Fiscal no siempre corresponderá a la TGSS, por ello parece necesario distinguir los diferentes supuestos prácticos y su órgano resolutorio:

A. *Delito de empleo irregular masivo del art. 311 apartado 2º del CP*

A la hora de computar los umbrales necesarios en la descripción típica del ilícito penal, a los que anteriormente se ha hecho referencia, puede ser necesario computar simultáneamente no solo las infracciones por falta de alta sino también los ilícitos relativos a beneficiarios de prestaciones o las infracciones en materia de extranjería, pudiendo ser los órganos competentes para resolver dichos expedientes sancionadores hasta cuatro diferentes, todos ellos pertenecientes a la Administración General del Estado, como son la ITSS, la TGSS, el INSS y las Subdelegaciones o Delegaciones del Gobierno:

1. Falta de alta tipificada en el artículo 22.2 del TRLISOS: la competencia para sancionar en el ámbito provincial corresponde a la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social según el artículo 4.1.a) del RD 928/1998.

2. Falta de alta de beneficiarios o solicitantes de prestaciones incompatibles con el trabajo, tipificada en el artículo 23.1 letra a) del TRLISOS: habitualmente serán perceptores de la prestación o del subsidio por desempleo, en los que la competencia para sancionar corresponderá en el ámbito provincial a los Jefes de las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social, en aplicación de lo dispuesto en el Disposición Transitoria segunda del Real Decreto 772/2011. Si bien los trabajadores sin dar de alta pueden ser perceptores de otras prestaciones de Seguridad Social (v.g. la

incapacidad temporal o la jubilación) en los que la competencia para resolver el expediente correspondería al Instituto Nacional de la Seguridad Social.

3. Falta de autorización de trabajo y residencia tipificada en el artículo 54.1.d de la Ley Orgánica 4/2000: el órgano competente para resolver es el Subdelegado del Gobierno, o el Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales. Excepcionalmente, por ejemplo en el caso de trabajadores con autorización para trabajar por cuenta propia que se encuentran prestando servicios por cuenta ajena, ilícito administrativo muy grave tipificada en el artículo 37 del TRLISOS, la competencia para imponer la sanción también corresponderá en el ámbito provincial a los Jefes de las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social.

B. Delito de fraude en cotizaciones de los artículos 307 y 307 Bis del CP

Al igual que en el delito del art. 311 CP los órganos competentes para resolver, de conformidad con el art. 4 del RD 928/1998 en la redacción dada por el RD Ley 5/2013, también pueden ser diversos:

- La TGSS en las infracciones graves del art. 22 apartados 1, 2, 3, 9 (si se tratara de reducciones de cuotas) y 12 y en las infracciones muy graves del artículo 23.1 letras b) y f).
- La Inspección de Trabajo y Seguridad Social en las infracciones muy graves del artículo 23.1 letra a) si se tratara de perceptores de prestaciones o subsidio por desempleo o el INSS si fuera otra prestación.
- La Inspección de Trabajo y Seguridad Social, transitoriamente, en las infracciones muy graves del artículo 23.1 letra h) y en las infracciones graves del art. 22.9, si se tratará de bonificaciones.

Cuando se practiquen actas de infracción y actas de liquidación de cuotas por los mismos

hechos, el órgano competente para sancionar será la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Si todas las infracciones son resueltas por el mismo órgano administrativo no existirán mayores problemas hermenéuticos sobre la competencia para efectuar la remisión. Los problemas interpretativos surgen cuando existen diferentes actas de infracción con diferentes órganos resolutorios, dado que no se ha dictado ninguna Instrucción Conjunta que resuelva los problemas de coordinación de la ITSS con el órgano competente para resolver y con el Ministerio Fiscal en el ámbito de los delitos de Seguridad Social. La solución procedimental a este problema práctico ha de pasar necesariamente por establecer las debidas relaciones de colaboración, cooperación y coordinación, reguladas en los artículos 140 y siguientes de la Ley 40/2015. Al respecto, no debe obviarse que el órgano que primigeniamente tiene toda información sobre los expedientes sancionadores incoados al empresario, bien sean por falta de alta, por falta de cotización, por no cotizar en la cuantía debida, por prestaciones indebidas o de extranjería, y que además ejerce las funciones de instrucción de los expedientes, será la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por lo que en principio y de *lege ferenda* lo más coherente, de acuerdo con los principios de eficacia y eficiencia que deben presidir la actuación administrativa, sería que la remisión al Ministerio Fiscal se efectuará en esos casos por las Jefaturas Provinciales de Inspección, por las Direcciones Territoriales o por la Unidad Especial de Colaboración y Apoyo a los Juzgados y Tribunales y a la Fiscalía General del Estado para la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social creada por la Orden ESS/78/2014, de 20 de enero.

No obstante lo anterior, en espera de esa necesaria reforma reglamentaria que clarifique la cuestión, cada uno de los órganos competentes para resolver deberá efectuar la remisión al Ministerio Fiscal, ejerciendo

las funciones de coordinación, a través de las oportunas informaciones interadministrativas, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como órgano que instruye todos los mencionados expedientes administrativos sancionadores. Por ello, tan pronto como se tuviere conocimiento de que los hechos investigados pudieren ser constitutivos de ilícito penal, la Jefatura de la Inspección Provincial o la Dirección Territorial notificará esta circunstancia a la Unidad Especial de Colaboración, al Servicio Jurídico de la Seguridad Social, así como, a las autoridades competentes para resolver los procedimientos sancionadores que pudieran haberse iniciado, a efectos de que pueda dictarse acuerdo motivado decretando la suspensión del procedimiento administrativo sancionador.

Dentro de la propia Inspección de Trabajo y Seguridad Social también será necesario discernir que órgano concreto realiza la remisión de las actuaciones al Ministerio Fiscal, distinguiéndose varios supuestos:

1.º La Unidad Especial de Colaboración y Apoyo a los Juzgados y Tribunales y a la Fiscalía General del Estado para la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, cuando haya actuado directamente con medios propios o haya coordinado u ordenado el desarrollo de actuaciones por varias Direcciones Territoriales o Inspecciones Provinciales de diferentes Direcciones Territoriales.

2.º La Dirección Territorial, cuando las actuaciones inspectoras se hayan desarrollado en un ámbito supra provincial dentro de la Comunidad Autónoma, en virtud de las funciones operativas atribuidas por Orden ESS/1784/2012 de 2 de agosto, y no resulte competente la Unidad Especial de Colaboración.

3.º Por la Inspección Provincial, cuando la actividad inspectora se haya desarrollado exclusivamente sobre empresas, sectores o situaciones que no excedan del ámbito provincial.

4.1.4. *Existencia de propuesta de alta de oficio a la TGSS: acerca de la suspensión de su tramitación*

La comprobación por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de la falta de alta en la Seguridad Social de un trabajador, determina, no solamente, el inicio del correspondiente procedimiento administrativo sancionador y, en su caso, para la liquidación de cuotas, mediante la extensión de acta de infracción y de liquidación, sino también, en paralelo, la promoción del procedimiento de alta de oficio del trabajador afectado ante la TGSS. En el propio ámbito administrativo, como señalan, *Mateos Beato y Martín Jiménez*, no existe una regulación adecuada para la coordinación funcional de la TGSS y de la ITSS. Afirmación que puede mantenerse, pese a que en la actualidad los dos procedimientos administrativos los resuelve la TGSS. No se evita la producción de resoluciones judiciales contradictorias sobre una misma cuestión material, en la medida que en el caso de extensión de acta de infracción, sin acta de liquidación, el conocimiento de la impugnación judicial corresponde al orden social de la jurisdicción, mientras que la impugnación judicial del alta de oficio es competencia del orden contencioso-administrativo. Aún en el caso, de extensión de acta de infracción y de liquidación coordinadas, en que la competencia para el conocimiento de la impugnación de la resolución administrativa concurre en el orden contencioso-administrativo con la impugnación de la resolución sobre el alta de oficio, se mantiene esa disfunción en la medida que no está expresamente regulada la incidencia en el procedimiento administrativo del alta de oficio.

En el caso de que la actuación inspectora, se remita al órgano judicial o al Ministerio Fiscal, además de la suspensión del procedimiento administrativo sancionador, debería regularse *de lege ferenda* la suspensión de la tramitación del alta de oficio.

4.1.5. *Posible existencia de ilícito penal sin remisión por la ITSS*

También se suspenderá el procedimiento administrativo cuando, no mediando dicha comunicación, se venga en conocimiento de la existencia de actuaciones penales por los mismos hechos y fundamentos en relación al mismo presunto responsable (art. 5.1 párrafo 4º del RD 928/1998). La fiscalía o el órgano judicial penal pueden actuar, también, como consecuencia de la comunicación de sentencias por la jurisdicción social, por otras actuaciones administrativas, como las policiales (sobre todo, en extranjería), o por la propia acción de los particulares.

4.1.6. *Cómputo del plazo de caducidad tras el sobreseimiento o cuando se dicta sentencia firme*

Uno de los mayores problemas hermenéuticos se producía en los casos en los que el órgano resolutorio del acta de infracción procedía a suspender el procedimiento administrativo por existir abiertas diligencias penales, una vez que se procedía al sobreseimiento de las mismas o se dictaba sentencia firme en el orden penal, en relación con el plazo máximo de caducidad de 6 meses, que fija el art. 20.3 del RD 928/1998, para resolver los expedientes sancionadores y en su caso, liquidatorios. Los numerosos litigios abiertos versaban sobre si el cómputo del plazo en que el procedimiento se mantuvo en suspenso se calculaba, hasta la fecha de la sentencia penal, o bien hasta la fecha de notificación de dicha sentencia o auto de sobreseimiento al órgano administrativo. Los litigios estaban motivados por la redacción originaria del art. 5.1 del RD 928/1998, que desarrolla el art. 3 del TRLISOS, que se refería expresamente a la firmeza de la sentencia o auto de sobreseimiento, problemas que hoy en día parecen resueltos por la nueva redacción de dicho art. 5.1 del RD 928/1998, efectuada por el RD 772/2011, como a continuación veremos.

La Sentencia del TS, c-a, de 5 de junio de 2012 (RJ/2012/7248), en recurso de casación de unificación de doctrina, haciéndose eco de otras sentencias anteriores de la misma sala, como la Sentencias de 16 de julio de 2008 (RJ/2008/6802), 31 de marzo de 2009 (RJ/2009/3719) y 7 de diciembre de 2011 (RJ/2012/2624), declaraban la caducidad porque consideraban como aplicable la fecha de la sentencia y no la fecha de su notificación, dado que la falta de diligencia de una Administración, o la indebida coordinación entre aquellas, no puede perjudicar al administrado, señalando que *«No obviamos, por último, que el artículo 5.1 del Real Decreto 928/1998 ha recibido nueva redacción mediante el artículo único del Real Decreto 772/2011, de 3 de junio, de modificación del anterior; la suspensión del procedimiento administrativo sancionador en esta materia se produce «hasta que el Ministerio Fiscal, en su caso, resuelva no interponer acción o le sea notificada la firmeza de la sentencia o auto de sobreseimiento que dicte la autoridad judicial», a cuyo tenor específico ha de atenderse a partir de su vigencia, de igual forma y manera que a la redacción anterior en los supuestos recaídos en su respectivo ámbito temporal, como es conocido en la sentencia recurrida.»* A sensu contrario, en los procedimientos administrativos posteriores a la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 5.1 del RD 928/1998 por el RD 772/2011, el plazo de suspensión para establecer el plazo de caducidad de 6 meses se computará hasta la fecha de la notificación de la sentencia firme penal o auto de sobreseimiento. Anteriormente, de manera consciente, hemos utilizado la expresión *«parece que los problemas interpretativos están resueltos»*, porque la dicción del art. 3 del TRLISOS establece literalmente hasta que *«no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento»*, lo que puede plantear nuevos litigios en relación con el respeto a los principios constitucionales de legalidad y de jerarquía normativa en el desarrollo reglamentario realizado por el RD 772/2011.

Para finalizar indicar que, a diferencia de la coordinación entre la ITSS y los órganos

competentes para resolver, donde ya hemos indicado que no existe ningún instrumento escrito de coordinación interadministrativo, en el caso del Servicio Jurídico de la Seguridad Social hay que aplaudir la existencia de mecanismos de coordinación, que están dando grandes resultados prácticos, en concreto la Instrucción conjunta de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la Dirección del Servicio Jurídico de la Seguridad Social para establecer un marco de coordinación en el ámbito de los ilícitos penales contra la Seguridad Social, de 4 de marzo de 2013.

BIBLIOGRAFÍA

- CALDERÓN PASTOR, F.J. *Responsabilidad administrativa empresarial. La Siniestralidad Laboral*, Director: GONZALEZ POSADA ELIAS, Ed. Lex Nova-Thomson Reuters, 2014.
- GÁMEZ OREA, M. *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social*. Coordinado por VÁZQUEZ GONZÁLEZ, I. Ed. Aranzadi, 1999.
- GIMENO BEVIÁ, J. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. Ed. Thomson Reuters Civitas, 1ª Edición, 2016.
- GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2ª Edición, 2015.
- y SANZ RUBIALES, I. *Derecho administrativo sancionador parte general*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 3ª Edición, 2013.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quáter y quinquies. Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Ed. Tirant lo Blanch, 2015.
- GONZÁLEZ BIEDMA, E. *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el control de la aplicación de la normativa laboral*, Ed. Aranzadi, 1999.
- *Lucha contra el Empleo Irregular y el fraude a la Seguridad Social*. Coordinado por CAMINO FRÍAS, J.J., Ed. Lex Nova-Thomson Reuters, 2013.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte especial*. Ed. Tirant lo Blanch. 5ª Edición. Valencia, 2015.
- MATEOS BEATO, A. y MARTÍN JIMÉNEZ, R. *Los problemas de coordinación procedimental de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con otros organismos en el Sistema público de Seguridad Social*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 78, 2008.
- VICENTE MARTÍNEZ, R. de. *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*. Ed. Tirant lo Blanch, 2008.

RESUMEN

Por la Ley Orgánica 7/2012 se reforma el delito de fraude en cotizaciones (arts. 307 y 307 Bis del Código Penal) y se introduce novedosamente el delito de empleo irregular masivo (art. 311.2 del Código Penal), tratando el presente comentario de establecer su perímetro jurídico y sus líneas divisorias con los ilícitos administrativos regulados en el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, con sus múltiples reformas posteriores.

Además de aproximarnos al estudio de las líneas divisorias entre los ilícitos administrativos y los ilícitos penales en el ámbito de las cotizaciones y de las faltas de alta a la Seguridad Social en sentido amplio, se abordará el estudio del denominado principio «*ne bis in ídem*», así como el análisis de las actuaciones y de los procedimientos desarrollados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para evitar su conculcación.

Ello nos obliga a comentar, al menos mínimamente, cuatro cuestiones o aspectos básicos, como son:

1. Aproximación a la línea divisoria entre el delito de fraude en cotizaciones y los ilícitos administrativos en esta materia.
2. Aproximación a línea divisoria entre el delito de empleo irregular masivo y los ilícitos administrativos en este campo.
3. Sobre el principio «*ne bis in ídem*»: aspectos materiales.
4. Aspectos procedimentales desde la perspectiva inspectora: vertiente formal del principio «*ne bis in ídem*».

Palabras clave: Fraude, Seguridad Social, Alta, TGSS, ITSS, *Ne bis in ídem*, Delito, Infracción administrativa, Extranjero, Dolo, Regularización, Prescripción.

ABSTRACT

Organic Law 7/2012 reforms the fraud felony in Social Security contributions (article 307 and 307 Bis, Criminal Code) and regards the new felony of massive irregular employment (article 311.2, Criminal Code). This report is about the legal premises and border lines between the fraud felony and the administrative offence ruled by the revised Law on Offences and Penalties in the Social Order, passed by the Royal Legislative Decree 5/2000 and Its many subsequent amendments.

In addition to studying the border lines between the administrative offences and the penal felonies In the field of the Social Security contributions and of the lack of report of labour contracts in a broad sense, this report will tackle the study of the so called principle *ne bis in ídem*, as well as it will analyse the performance and procedures developed by the Labour and Social Security Inspection in order to avoid its violation.

This leads us to make some minimal comments on four basic issues:

1. An approach to the border lines between the fraud felony on contributions and the administrative offences In this matter.
2. An approach to the border lines between the massive irregular employment felony and the administrative offences in this field.
3. On the principle *ne bis in ídem*: content aspects.
4. On procedural aspects from the inspection perspective: formal approach on the principle *ne bis in ídem*.

Keywords: Fraud, Social Security, registration. General Treasury of the Social Security (TGSS), Labour Inspection and Social Security (ITSS), *Ne bis in ídem*, crime, administrative offence, foreigner, fraud, regularization, prescription.

La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la prevención de los riesgos laborales: una propuesta de sistematización

Performance of Labour and Social Security Inspection in the prevention of labour risks: a proposal for systematization

PABLO SEGADO RODRÍGUEZ*

Es difícil entender el surgimiento y evolución de la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo sin aludir a la creación y desarrollo de la principal institución encargada de garantizar su cumplimiento y que de igual forma, resulta impensable abordar un estudio serio del Sistema de ITSS sin contemplar la génesis y posterior desenvolvimiento del conjunto de normas sociolaborales que pretenden garantizar unas adecuadas condiciones en materia de seguridad y salud. Ambos fenómenos se imbrican, se relacionan tan íntimamente, que el estudio de uno u otro elemento, conlleva inexcusablemente la contemplación del otro. Así, al igual que ocurre en la mayoría de los países del entorno europeo, el nacimiento de la Inspección de Trabajo en nuestro país hay que situarlo en el origen de la legislación laboral, al ponerse de manifiesto tempranamente la necesidad de implantar unos órganos específicos de inspección como medida indispensable para que «el hombre no sea tratado igual

que las cosas»¹. El abuso del trabajo infantil en condiciones de extrema dureza, la implantación del régimen del *truck*² y, en definitiva, la generalizada insalubridad de los locales y establecimientos urbanos en las primeras fases de la industrialización han sido señalados como algunos de los principales factores que motivaron la posterior reacción legislativa ante «el gran escándalo moral de la Revolución Industrial».

Por otra parte, las tardías consecuencias de la Revolución Industrial en nuestro país, en tanto proceso destinado a la maduración del sistema capitalista primigenio, a través de la tecnificación y del maquinismo, llevaron al planteamiento de la denominada cuestión so-

* Inspector de Trabajo y Seguridad Social. Doctor en Derecho. Universidad de La Laguna.

¹ SINZHEIMER, H., *Der Kampf um das neue Arbeitsrecht*. Zeitschrift für Gewerkschaftspolitik und Wirtschaftskunde, Berlin (1924), pág. 66.

² Sin duda un oscuro intento de organizar la producción de la organización industrial sobre las bases del trabajo semi-forzoso de las servidumbres agrícolas al sustituir el abono del salario en dinero de curso legal por vales redimibles sólo en el establecimiento del propio empresario.

cial³. Las reformas normativas resultantes de la llamada cuestión social vinieron impulsadas, de una parte, por la acción asociada de los obreros; y, de otra, por la acción intelectual del llamado movimiento reformista⁴. Consecuentemente, las primeras normas que marcan la intervención del Estado en el ámbito del trabajo se orientan a la protección del trabajador (y singularmente a ciertas categorías de trabajadores) frente a los riesgos que el trabajo comporta⁵.

Desde sus antecedentes históricos más remotos, y aun hoy, la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante ITSS), como principal órgano fiscalizador del cumplimiento de la normativa «social», ha estado encaminada a garantizar unas adecuadas condiciones en la prestación del trabajo libre, voluntario y por cuenta ajena. Dentro de esas condiciones de trabajo, cobran especial relevancia, por su íntima conexión con el derecho fundamental a la vida y a la integridad física (artículo 15 de la Constitución Española de 1978), las relativas a la prestación del trabajo seguro y en un medio ambiente laboral saludable. Y es que, en la relación de trabajo, a diferencia del grado de implicación del empresario, «el trabajador no arriesga su patrimonio, arriesga su piel»⁶. De ahí que la primera legislación social –más o menos reformista y con una virtualidad aplicativa práctica bastante relativa– hubiera nacido para ocuparse de las situaciones más flagrantes y de injusta debilidad, que justificaban la intervención legislativa del Estado⁷. Así, es mayoritaria la doctrina acerca del surgimiento del servicio de inspección de trabajo en nuestro país, de for-

ma paralela a las primeras manifestaciones de la legislación laboral; en un primer momento, como medida concreta para garantizar el cumplimiento de normas sobre protección de la salud de determinados colectivos de trabajadores (mujeres y niños) y, posteriormente, a partir de una encomienda general de cumplimiento de la normativa sociolaboral, a medida que la ésta se iba desarrollando⁸.

No obstante lo expuesto hasta el momento, debemos señalar el año 1906 como fecha decisiva en la conformación del moderno Sistema de Inspección de Trabajo. Y es que, con anterioridad a la mencionada fecha, no parece existir antecedente legislativo ni parlamentario; entendido dicho Sistema como un todo organizado y unitario, encargado de la vigilancia de las condiciones en las que se desarrolla el trabajo y del cumplimiento de las normas que lo regula. Así, por RD de 1 de marzo de 1906, se crea el Servicio de Inspección de Trabajo con la expresa finalidad de garantizar el cumplimiento de la normativa sociolaboral existente y con una amplísima cláusula de cierre como fórmula competencial, al mencionar «las demás leyes y disposiciones protectoras y reguladoras del trabajo dictadas o que pudieran dictarse en el futuro». La finalidad aglutinadora de la competencia inspectora atribuida se ve perfilada con la exclusión expresa del control de las «obras a cargo de los Ministerios de Guerra y Marina»⁹. El Reglamento para el Servicio de la Inspección de Trabajo, promulgado por RD de 1 de marzo de 1906, constaba de 85 artículos y de un artículo transitorio, divididos en seis capítulos. Su esquema organizativo y de funcionamiento es el que ha pervivido *grosso modo* hasta nuestros días, al establecer, como elementos configuradores del Servicio de Inspección la organización institucional y territorial, los requisitos de acceso, las formas de inicio de la actuación inspectora, el desarrollo de tales actuaciones y las consecuencias derivadas de las mismas.

³ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Ramón Areces (Madrid, 2012), págs. 50 ss.

⁴ MONTOYA MELGAR, A., «El reformismo social en los orígenes del Derecho del Trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (Madrid, 2003), pág. 82.

⁵ FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Derecho de Seguridad e Higiene en el Trabajo*, Editorial para la formación de altos profesionales (Madrid, 1995), pág. 29.

⁶ Vid. SUPLOT, A., *Crítica del Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 1996), pág. 90.

⁷ Vid. ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, Comares (Granada, 2011), pág. 131.

⁸ Vid. BENAVIDES VICO, A., *La Inspección de Trabajo: cien años de historia*, MC Mutual (Barcelona, 2006), págs. 7 y ss.

⁹ Cfr. artículo 2 del RD de 1 de marzo de 1906.

Como es lógico, para la comprobación material de las condiciones de seguridad y salud, se erige la visita de inspección como el instrumento fundamental de la actuación inspectora. Aún así, su regulación y régimen jurídico varía en atención al objeto pretendido o la finalidad de la misma. Así, su alcance se ve fuertemente limitado en las comprobaciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo, pues en estos casos «el inspector se limitará a señalar al patrono las faltas que observe de acuerdo a lo legislado, sin hacer indicaciones al modo de remediarlas ni sobre las disposiciones de detalle que habrá de adoptar para estar de acuerdo con la ley»¹⁰.

Con la proclamación de la II República en abril de 1931 se inicia una nueva fase de marcado intervencionismo laboral¹¹. Fruto de la innegable centralidad que la cuestión social ocupa en esta nueva etapa, se eleva a rango constitucional la función de vigilancia del cumplimiento de la normativa encomendada al Servicio de Inspección de Trabajo. De esta forma, la Constitución de 9 de diciembre de 1931 declaraba expresamente en su artículo 15 que «la ejecución de las leyes sociales será inspeccionada por el Gobierno de la República, para garantizar su estricto cumplimiento y el de los tratados internacionales que afecten a la materia». En lo tocante a la organización del Sistema de Inspección de Trabajo, cabe destacar la promulgación del Reglamento de Inspección de Trabajo, de 10 de julio de 1931, el cual, recogiendo esencialmente el espíritu de regulaciones anteriores, incorpora algunas novedades fruto de las aportaciones que en el ámbito internacional supusieron los Acuerdos de la V Conferencia Internacional del Trabajo de 1923¹².

¹⁰ Cfr. artículo 20 RD de 1 de marzo de 1906.

¹¹ Vid. entre otros PÉREZ REY, J., «La senda roja. Notas sobre emancipación y derecho del trabajo, en especial la II República española», en BAYLOS GRAU, A. (Coord.), *Modelos de derecho del trabajo y cultura de los juristas*, Bomarzo (Albacete, 2014), págs. 147-176.

¹² La Recomendación de la OIT número 20, relativa al Servicio de Inspección de Trabajo, supuso un importante aldabonazo en la regulación homogénea de la materia a nivel internacional, destacando en su apartado B (artículo 7 y siguientes)

El modelo franquista de relaciones de trabajo se asentó, en buena medida, a partir de las llamadas Reglamentaciones de Trabajo u Ordenanzas Laborales¹³, que resultaron ser verdaderos reglamentos delegados sobre las condiciones de trabajo en los distintos sectores o ramas de producción, entre los que debía encontrarse la materia relativa a la prevención de accidentes e higiene en los talleres y en las empresas¹⁴. En congruencia con ello, tras la Guerra Civil se esboza, al menos embrionariamente, la estructura del Sistema de Inspección de Trabajo que ha pervivido hasta nuestros días.

La Ley 39/1962, de 21 de julio, de Ordenación de la Inspección de Trabajo se deroga la Ley de 15 de diciembre de 1939, anteriormente vigente. Se mantiene, no obstante, de manera esencial su espíritu. En ella, se desarrolla con carácter general el ámbito de actuación, las competencias, la dependencia orgánica y el estatuto del personal de inspección.

Hasta la aprobación de la reciente Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social venía regulado por la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En efecto, fueron varios los factores más frecuentemente invocados por la doctrina para justificar la necesidad de un nuevo marco regulador¹⁵. Desde su

el papel preponderante atribuido a la vigilancia de la normativa en materia de seguridad en el trabajo.

¹³ Con la Ley de 15 de diciembre de 1939 se regula de manera nítida el Cuerpo Nacional de Inspección de Trabajo, norma que marca la tendencia futura del Sistema, al intentar acabar –no con demasiado éxito, por cierto– con la disgregación en inspecciones sociales específicas por materias.

¹⁴ Vid. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «La ordenación jurídica de la seguridad e higiene durante el primer y el segundo franquismo, de la Guerra Civil a la Ordenanza General, 1989-1971», en WAA., *Historia de la Prevención de Riesgos Laborales en España*, INSHT-Fundación Largo Caballero (Madrid, 2007), pág. 124.

¹⁵ Siguiendo en esto a MINONDO SANZ, J., «Las razones de la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social», en WAA., *Primer Centenario de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social* (Madrid, 2006), pág. 273. a) los importan-

aprobación, la Ley 42/1997 fue modificada en diversas ocasiones, con mayor o menor profundidad y ambición, siendo las alteraciones más destacables, por un lado, la Ley 22/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para la adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades y su ejercicio; y por otro, la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social.

EL MARCO NORMATIVO PREVENTIVO COMO FUNDAMENTO Y DELIMITACIÓN DE LA ACTUACIÓN INSPECTORA

Es abundante la doctrina científica sobre el doble origen de la naturaleza obligacional del derecho a la seguridad y salud en el trabajo ha sido y –aún es hoy– objeto de interesante

tes cambios que se habían producido en nuestro país desde el punto de vista social y económico, que afectaban de manera directa al ejercicio cotidiano de la función inspectora; b) la progresiva descentralización competencial a raíz del desarrollo del Estado de las Autonomías, al ser la Ley 39/1962 de marcado carácter centralista; c) el paso hacia un «nuevo modelo de relaciones laborales», con un protagonismo cada vez mayor de los agentes sociales con la consagración de la autonomía colectiva, la libertad sindical y de asociación, alejados del férreo control administrativo anterior; d) la creciente judicialización de las controversias jurídicas del orden social, en detrimento de la intervención administrativa, como afirmación del derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 del texto constitucional; e) el pleno desarrollo del papel institucional de los sindicatos, tras más de una década de funcionamiento de la Ley Orgánica de Libertad Sindical; f) la creciente complejidad técnica del funcionamiento del Sistema de Seguridad Social, por incremento de número de cotizantes y, sobre todo, por la profunda reforma en materia de gestión en 1978; g) las reformas internas de la propia Inspección de Trabajo a partir de la reducción de competencias en materia de Seguridad Social, así como el incremento de efectivos a partir de la Ley 30/1984 de medidas de reforma para la Función Pública y la creación del Cuerpo de Controladores Laborales; h) la nueva regulación operada por la LRJAP-PAC, concibiendo una nueva forma de relación entre la Administración y el administrado; e i) en definitiva, el propio lapso de tiempo transcurrido desde la norma anterior hasta la nueva LOITSS, sobre todo en lo relativo a la modernización y dotación de medios humanos y materiales para el ejercicio de la actuación inspectora.

debate académico¹⁶. Por la propia naturaleza del presente artículo, nos centraremos en el nacimiento de las obligaciones preventivas por ministerio de la ley.

El llamamiento público a velar por unas adecuadas condiciones de trabajo, encuentra un claro acomodo entre los llamados principios rectores de la política social y económica de la CE de 1978¹⁷. El artículo 40.2 CE enmarca en los llamados principios rectores de la política social y económica el derecho a una adecuada seguridad y salud en el medio de trabajo, al señalar que «asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados». Ha se-

¹⁶ Sin ánimo exhaustivo, señalaremos como obras de referencia las siguientes: FERNÁNDEZ MARCOS, L., *La Seguridad e Higiene del Trabajo como obligación contractual y como deber pública*, Ministerio de Trabajo (Madrid, 1975); y más recientemente, destacamos la obra de GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., *El deber de seguridad y salud en el trabajo. Un estudio sobre su naturaleza jurídica*, CES (Madrid, 1999); e IGARTÚA MIRÓ, M.^aT., *La obligación general de seguridad*, Tirant Monografías (Valencia, 2000); GONZÁLEZ DÍAZ, A. y COS EGEA, M., «Comentario al artículo 14 de la LPRL», en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi (Cizur Menor, 2010), págs. 165-186; MUÑOZ RUIZ, A.B., *El sistema normativo de prevención de riesgos laborales*, Lex Nova (Valladolid, 2009); PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «El deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 8 (2005); y CARDENAL CARRO, M. y ARIAS DOMÍNGUEZ, A., «Incardinación constitucional de la salud laboral: fundamento y principios inspiradores», en SEMPERE NAVARRO (Dir.), *El Modelo Social de la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2003).

¹⁷ Vid. MARTÍN HERNÁNDEZ, M.L., *El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo*, CES (Madrid, 2006), págs. 34 ss., donde explica que el mandato a los poderes públicos para que adopten medidas específicamente orientadas a que los trabajadores disfruten de unas condiciones seguras para su vida, su integridad y su salud, está «justificado porque, indudablemente, el desarrollo de la prestación laboral en un ámbito de organización y dirección ajena eleva en una medida muy significativa las posibilidades de que esos bienes lleguen a resultar lesionados».

ñalado la doctrina que quizás este artículo 40 de la CE es uno de los preceptos que mejor justifican la denominación de «Principios rectores de la política social y económica», que el Constituyente dio al Capítulo III del Título I de la Constitución¹⁸. De esta forma, se sienta un compromiso para los poderes públicos que habrá de hacerse efectivo a través de la acción del poder legislativo y ejecutivo en esa custodia de la seguridad e higiene en el trabajo¹⁹.

En la práctica, la participación de las administraciones públicas en la consecución del objetivo constitucional de velar por la seguridad e higiene de los trabajadores²⁰ quedaría ciertamente incompleta sin una referencia expresa al sistema del control de cumplimiento de la normativa aplicable. En este sentido, ya el Convenio 155 de la OIT encomendaba a los Estados firmantes «la creación de un sistema de inspección apropiado y suficiente que posibilite el control y cumplimiento de las leyes y los reglamentos relativos a la seguridad, la higiene y el medio ambiente de trabajo». Pues bien, dando cumplimiento al mandato internacional, la LPRL residencia la competencia de forma expresa en la ITSS, al afirmar su art. 9.1 que «corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la función de la vigilancia y control de la normativa sobre prevención de riesgos laborales». Así, en la medida en que el sistema normativo de la LPRL constituye una parte relevante de la legislación laboral en su aplicación y cumplimiento, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tiene atribuido un papel específico. Se trata de una función esencialmente jurídica, que debe conjugar dos elementos; por un lado, la fijación del alcance de las obligaciones legales preventivas al caso concreto de aplicación; y por el otro, la exigencia de las pertinentes res-

ponsabilidades administrativas derivadas del incumplimiento de tales obligaciones²¹.

La ITSS no es, ni ha sido, ajena a este llamamiento. Es más, por especialización, capacidad y tradición está llamada a ocupar un lugar clave y estratégico en la plasmación práctica de las políticas de protección de la salud de los trabajadores. La consideración global de todas las esferas que intervienen en el medio de trabajo configura a la Inspección como una institución central en el mundo de las relaciones laborales, que debe actuar en diversos ámbitos y estadios de la relación de trabajo. De tal forma que, con independencia de cuál sea la competencia funcional de la Inspección, sólo aquellos planteamientos que contemplan el complejo entramado de las relaciones laborales en su conjunto podrán llegar a garantizar la aplicación correcta de la norma y conseguir mejores condiciones de trabajo, un medio ambiente laboral seguro y, por extensión, unas relaciones profesionales saneadas. Como presupuesto lógico de lo anterior, habrá que delimitar el ámbito de actuación inspectora acudiendo en primera instancia a lo que se entiende por «normativa en prevención de riesgos laborales», elemento que permitirá fijar los espacios de vigilancia y exigencia administrativa.

En consonancia con lo anterior, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL) –norma que a su vez traspone la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio– ya manifestaba en su Exposición de Motivos su afán por la deter-

¹⁸ Vid. ARANDA Álvarez, E., «Sinopsis del artículo 40 de la Constitución Española»; <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=40&tipo=2> (2003). Consultado el 10 de abril de 2015.

¹⁹ Vid. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «El derecho constitucional del trabajador a la seguridad y salud en el trabajo», *Actualidad Laboral*, num.4 (1992), pág.40.

²⁰ Cfr. artículo 40.2 CE 1978.

²¹ Ahora bien, tal previsión de la LPRL debe casar con la regulación funcional concreta que se lleve a cabo en la normativa ordenadora de aplicación, si no queremos encontrarnos luego con problemas de aplicación normativa por contradicción o, más comúnmente, por la existencia de lagunas normativas que deban ser completadas por otras normas de difícil encaje. Al respecto, MOLTÓ GARCÍA, J.I., *La imputación de responsabilidades y el marco jurídico de la prevención de riesgos laborales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-INSHT (Madrid, 2006); pág. 444; y COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales: estudio de las infracciones muy graves*, Universidad de Murcia (Murcia, 2008), pág. 17.

minación del cuerpo básico de garantías y responsabilidades, preciso para establecer un adecuado nivel de protección de la salud de los trabajadores, frente a los riesgos derivados de las condiciones de trabajo. Y todo esto, en el marco de una política coherente, coordinada y eficaz de prevención de los riesgos laborales. A partir del reconocimiento del derecho de los trabajadores en el ámbito laboral a la protección de su salud e integridad, la Ley establece las diversas obligaciones que, en el ámbito indicado, garantizarán este derecho, así como las actuaciones de las administraciones públicas que puedan incidir positivamente en la consecución de dicho objetivo.

La función de vigilancia normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo se proyecta hacia las disposiciones que podrían considerarse, en un sentido estricto, como normativa preventiva. Es el caso de las disposiciones legales, las aprobadas por el Gobierno a través del Ministerio de Empleo y Seguridad Social en desarrollo de la LPRL y, también, cuantas otras normas legales y reglamentarias contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral, o susceptibles de producirlas en dicho ámbito, así como de aquellas disposiciones de carácter convencional²².

Por otra parte, la actuación de vigilancia de la ITSS se somete también a las denominadas normas jurídico-técnicas, llamadas a regular condiciones y requisitos de seguridad, utilización o mantenimiento, que deben que cumplir determinadas instalaciones, máquinas, lugares, sustancias y productos, y que están dirigidas a la protección de todas las personas frente a los riesgos que pueden originar. Nos referimos a los reglamentos de seguridad y demás disposiciones reglamentarias elaboradas desde los departamentos ministeriales competentes en función de la materia, donde están incluidas las Instrucciones Técnicas Complementarias y las Normas Básicas de Edificación, las cuales desarrollan con gran detalle técnico los requi-

sitos previstos en la normativa reglamentaria con carácter obligatorio²³.

Las disposiciones de naturaleza convencional están incluidas como componentes de la normativa de prevención de riesgos laborales y se manifiestan a través de las cláusulas de los convenios colectivos, constituyendo asimismo su incumplimiento infracciones sancionables por la ITSS. Es abundante la doctrina que destaca la importancia que asume la negociación colectiva en un tema como el de la prevención de los riesgos en el trabajo²⁴. Sin perjuicio de lo anterior, los interlocutores sociales han ido residenciando progresivamente en la negociación colectiva materias cuya remisión legislativa no es directa, llegando en ocasiones a determinar elementos esenciales de las condiciones en las que se desarrolla la prestación o incluso sirviendo de filtro para la posibilidad o no de que dicha actividad se lleve a cabo²⁵. Sea como fuere, la negociación colectiva está llamada a ser protagonista en el establecimiento de condiciones de trabajo superiores a los estándares preventivos de la

²³ Para profundizar en estos aspectos, *vid.* ROMERO PA-REJA, A., «Normativa en prevención de riesgos laborales», en Manual para la formación superior en prevención de riesgos laborales (Dir. RUBIO ROMERO, J.C.), Díez de Santos (2005), págs. 857-879.

²⁴ Sin ánimo de exhaustividad, véase SASTRE IBARRECHE, R., «Cláusulas medioambientales y prevención de riesgos en la negociación colectiva» en *Estudios sobre negociación y convenios colectivos: Homenaje al profesor Alberto Guanche Marrero*, Editorial universitaria Ramón Areces (2003), págs. 425-445; Muñoz Ruíz, A.B. y MERCADER UGUINA, J., «El futuro de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales», *Aranzadi Social*, núm. 5 (2002); págs. 61 y 62; y GARCÍA MURCIA, J., «La prevención de Riesgos en el ámbito de la negociación colectiva», <http://www.zurichprevencion.com> y VALDÉS DAL-RÉ, F., «La prevención de riesgos profesionales en la negociación colectiva», *Relaciones Laborales*, núm. 2 (1994).

²⁵ Constituye un ejemplo paradigmático al respecto la reforma introducida por la Ley 35/2010, Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo a la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal, a partir de la cual se han dirigido hacia la negociación colectiva aspectos transcendentales relativos a la determinación de las actividades que, por razón de la peligrosidad están excluidos en las obras de trabajo, para ser realizados por trabajadores puestos a disposición de empresas de trabajo temporal.

²² Cfr. artículo 1 LPRL.

norma, asumiendo un papel más innovador, en particular, en materia de gestión de la prevención y el fomento de la integración preventiva en la empresa²⁶.

Para facilitar la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales, el INSHT viene elaborando las denominadas Guías Técnicas, dentro de las funciones encomendadas de asesoramiento técnico de la normativa legal y en desarrollo de la normativa. Las Guías Técnicas deben de servir como referencia interpretativa prioritaria, de cara al cumplimiento de las obligaciones preventivas establecidas por las disposiciones de seguridad y salud en el trabajo; también para la ITSS, en su función de vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos, así como para todas las Administraciones Públicas en sus actuaciones.

Las Notas Técnicas de Prevención son normas elaboradas por el INSHT, a efectos informativos, sobre aspectos relacionados con la prevención, teniendo una finalidad ilustrativa para la divulgación de medidas o procedimientos que pueden resultar eficaces para evitar o reducir los riesgos. Para la ITSS, representan un sentido de referencia técnica, estando publicadas en varias colecciones temáticas distribuidas por sectores, actividades preventivas o técnicas de gestión de la prevención. Al igual que sucede con las Guías Técnicas, en principio, estos documentos no son vinculantes, ni de obligado cumplimiento. La empresa está obligada a cumplir con las disposiciones normativas que le sean aplicables en cada momento, sean estatales, autonómicas o provenientes de la administración local. La colección de Notas Técnicas en Prevención pretende ayudar al cumplimiento de tales obligaciones, facilitando la aplicación técnica de las exigencias legales.

Desde el año 1997, la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

ha venido dictando una serie numerada de Criterios Técnicos sobre actuación inspectora, que sirven de referencia para la adopción de pautas y criterios comunes de interpretación. Dichos Criterios Técnicos se encuentran dirigidos a la efectividad del principio de unidad institucional y de operativos comunes. Con la aprobación de la nueva LOSITSS, se ha dado un nuevo enfoque a la utilización y al carácter vinculante de los mencionados Criterios Técnicos, puesto que, bajo la rúbrica «normas generales, origen de las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y condición de interesado», señala su art. 20.1 que «se garantiza la efectividad de los principios de igualdad de trato y no discriminación en el ejercicio de la actividad inspectora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social mediante una aplicación homogénea de la normativa del orden social».

La utilización de protocolos y guías de actuación constituye un procedimiento de actuación comúnmente utilizado en los procedimientos de inspección y control en diversos campos, tales como el industrial o el sanitario. Los procedimientos formalizados en la actuación inspectora— en particular, en materia de prevención de riesgos laborales— representan una buena práctica, que se ha venido propiciando por parte de la DGITSS desde hace ya varios años. Se han venido aplicando en España, tanto por parte de los grupos especializados en las actuaciones relativas a la gestión de la prevención, como en campañas específicas. La finalidad del uso de estos protocolos y guías es múltiple. En primer lugar, se dirige a facilitar y promover la utilización de una herramienta de trabajo de enorme utilidad para orientar la actividad en esta materia de los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social; así como a permitir, por una parte, la consecución de actuaciones de una mayor calidad y rigor técnico, y, por otra, su puesta a disposición de los empleadores, delegados de prevención, servicios de prevención y restantes entidades que operan en el terreno preventivo para su conocimiento y eventual utilización, de forma que ejerzan un efecto multiplicador y beneficioso con el objetivo de incrementar los

²⁶ Véase GOÑI SEIN, J.L., «Las funciones del convenio colectivo en el desarrollo de la prevención de riesgos laborales», en RAMOS QUINTANA, M^a.I. (Dir.), *Salud en el trabajo y riesgos emergentes*, Bomarzo (Albacete, 2013), pág. 55.

niveles de seguridad y salud en los centros de trabajo. En segundo lugar, el uso de estos procedimientos formalizados garantiza una actuación inspectora más uniforme, dotada de mayor transparencia y objetividad, lo que se traduce en una mayor seguridad jurídica, tanto para el Inspector actuante como para los administrados, al establecer unas pautas de actuación y unos estándares de referencia comunes en todas las visitas giradas sobre la misma materia. En tercer lugar, el establecimiento y aprobación de procedimientos operativos formalizados da respuesta a una demanda de los agentes sociales, que valoran de forma extraordinariamente positiva esta forma de actuación. Por último, el fomento de la participación de las distintas Administraciones Públicas con competencias en materia de prevención de riesgos laborales, ya que las autoridades laborales autonómicas son consultadas durante la fase de elaboración de los mismos, mostrando su aprobación respecto de un procedimiento de actuación que tiende a minimizar las diferencias territoriales y a dotar de mayor consistencia y efectividad las iniciativas y objetivos que se establecen, con carácter general, sin pasar por alto las posibilidades de contar con información y resultados perfectamente comparables a nivel estatal.

LA ACTUACIÓN PREVENTIVA DE LA ITSS EN LA PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS LABORALES

Tradicionalmente se suele distinguir entre dos tipos de actuación o, dicho con más rigor, dos manifestaciones de la actuación inspectora en materia de prevención de riesgos laborales: una de carácter reactivo y otra de carácter preventivo. La reactiva, que es también la más conocida por el administrado, es aquella que busca la determinación e individualización de responsabilidades (esencialmente administrativas) ante los eventuales incumplimientos (ya acaecidos) de la normativa sustantiva que resulta aplicable. La preventiva, por el contrario, se dirige a la evitación de las consecuencias negativas que se generan para el administrado (sobre todo, los trabajadores),

tras haberse conculcado la legalidad vigente sobre de prevención de riesgos²⁷.

La sistematización de la actuación inspectora en las categorías de «reactiva» y «preventiva» encuentra particular acomodo en la regulación internacional de los Sistemas de Inspección. Así, el artículo 2 del Convenio núm. 81 de la Organización Internacional de Trabajo (en lo sucesivo OIT), sobre la Inspección de Trabajo en la industria, señalaba como función esencial del inspector la de «garantizar las condiciones de trabajo y la protección de la salud y la seguridad en sentido amplio». Esta definición parece introducir un cierto enfoque transversal, al considerar el trabajo como un todo, que debe asegurarse incluso cuando la competencia legal del inspector se limita a supervisar condiciones de salud y seguridad desde un punto de vista técnico. En sentido similar, el artículo 1 de la Recomendación 81 OIT sobre inspección de trabajo, que completa el recién citado Convenio núm. 81 OIT enumeraba alguna de las funciones habitualmente consideradas como preventivas, al indicar la necesidad, por ejemplo, de notificar la apertura de un establecimiento industrial o comercial, la sucesión en la titularidad o el inicio de las actividades, el deber de controlar los planos, las instalaciones o procedimientos de nuevos establecimientos, así como las instalaciones o procedimientos de fabricación, para que la inspección verifique si éstos cumplen la legislación sobre higiene y seguridad. En este sentido es muy reveladora la forma en que se expresa el artículo 20 de las Conclusiones de la Discusión General sobre Administración e Inspección del

²⁷ Como señala VEGA RUIZ, M.L., en su estudio *Los sistemas de Inspección de Trabajo en el mundo Informe OIT* (Madrid, 2013). pág. 17, «La inspección obra por tanto como «bisagra» que apoya y articula otras funciones de la administración del trabajo». Además de sus «funciones de control de las disposiciones legales estrictamente relativas a las condiciones de trabajo, en sentido amplio (ya sea solo seguridad o salud laboral, o que se incluyan cuestiones de salarios, tiempo de trabajo, o incluso empleo y relación laboral), la inspección supervisa frecuentemente otras normas relativas a servicios sociales, empleo de mano de obra extranjera, formación profesional, seguridad social y otros».

Trabajo de la OIT, cuando habla de que «se debería alcanzar un equilibrio adecuado entre las medidas de prevención, como la evaluación de riesgos, la promoción de una cultura de liderazgo y de aplicación de las mejores prácticas, la aplicación de medidas relativas a la seguridad y salud en el trabajo, y la organización de campañas de información, de orientación y de sensibilización, combinadas con sanciones».

Esta doble manifestación de la actuación inspectora es quizás más visible en los países donde los funcionarios actuantes combinan las visitas de inspección a los lugares de trabajo con acciones generales de promoción de las campañas de prevención de riesgos laborales y de educación; sin abandonar, claro está, el ejercicio de su poder sancionador. Se trata, al fin y al cabo, de estimular el cumplimiento de la normativa laboral y de seguridad social, a través de la aplicación de la famosa teoría del *stick and carrot* (el palo y la zanahoria). Este modelo de inspección, llamado comúnmente generalista, no sólo permite a los inspectores enjuiciar el nivel de cumplimiento normativo en las empresas en las que se actúa, sino que, al mismo tiempo, promueve la conciliación de objetivos aparentemente incompatibles, como pueden ser la eficiencia productiva y la protección de la salud de los trabajadores.

Sobre la base del planteamiento general que acaba de formularse, la actividad preventiva de la ITSS comprende las funciones de asistencia técnica general (a empresarios con ocasión de la labor inspectora, a trabajadores, a perceptores y beneficiarios de prestaciones, a los representantes de los trabajadores; o a entidades y organismos de la Seguridad Social) y de asistencia técnica particular o específica. En la particular o específica, cobra especial relevancia la elaboración informes, que suponen la plasmación práctica y reglada de las encomiendas genéricas de asistencia técnica que señala la normativa ordenadora de la Inspección de Trabajo²⁸.

²⁸ Dentro de la asistencia técnica institucional, merece especial atención el auxilio de la Inspección de Trabajo a los

También constituyen funciones preventivas en el ejercicio de la actividad inspectora las relativas al arbitraje, conciliación y mediación. Su finalidad es la de contribuir a la paz laboral consiguiendo la satisfacción del cumplimiento voluntario de los derechos reclamados por los trabajadores, bien sea a través de soluciones acordadas, bien confiando las partes en conflicto la resolución arbitral dictada por el Inspector de Trabajo y Seguridad Social. No obstante, en la práctica, son escasos los ejemplos de ejercicio de dichas funciones en el seno de las Inspecciones Provinciales de Trabajo. Respecto a la prevención de riesgos laborales, las posibilidades son, además, bastante reducidas. Esto se debe a que la materia sustantiva sobre la que asienta el conflicto constituye núcleo básico de la relación laboral y derecho indisponible de los trabajadores. La imposibilidad de transacción sobre las condiciones materiales de trabajo, los requisitos de los equipos de trabajo o de protección individual, etc., lastran en buena medida el ejercicio práctico de la actividad de composición en este tipo de conflictos, si bien es cierto que continúan siendo frecuentes las dudas interpretativas y aplicativas que dicha normativa técnica suscita entre empresarios y trabajadores.

Finalmente, quizás la manifestación más genuina de la actividad preventiva sea

órganos judiciales. Téngase en cuenta que, desde la entrada en vigor de la LRJS, los órganos jurisdiccionales del orden social van a conocer de asuntos respecto de los que, hasta fechas relativamente recientes, solo conocía la ITSS. Quizás los mayores problemas que ha generado la nueva asunción de competencias de los Juzgados de lo Social en materia de prevención de riesgos laborales se encuentran en la pérdida de la inmediatez y la celeridad que debe presidir asimismo los procesos en los que se dilucida el cumplimiento de la normativa preventiva. En primer lugar, por las especiales dificultades que supone para jueces y tribunales la actividad de comprobación material de los incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales, sobre todo si están referidos a condiciones materiales de trabajo; en segundo lugar, por la imposibilidad de garantizar el principio de inmediatez que requieren los incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales; y en tercer lugar, también por los problemas de tramitación suscitados ante la eventualidad de que produzca un conocimiento simultáneo del asunto por parte de un Juzgado de lo Social y de la Inspección Provincial de Trabajo correspondiente.

el desarrollo de la actividad planificada. La actividad planificada forma parte del ordenamiento jurídico administrativo en el que se inserta, como una realidad inherente al funcionamiento de las administraciones públicas y sirve para determinar las pautas y las directrices básicas que inspiran y condicionan la actuación, tanto de los poderes públicos como de los particulares (incluyendo las relaciones que se establezcan entre ellos); pautas y directrices que se materializan e instrumentan jurídicamente a través de los diferentes planes, proyectos y programas administrativos²⁹. En el desarrollo de la actividad planificada de la ITSS, habrá que atender singularmente a los principios ordenadores de funcionamiento de la ITSS, que se manifestarán en los criterios de programación de servicios. En este sentido, ha de distinguirse entre los programas generales de objetivos, los programas territoriales de objetivos y los programas comunes de objetivos. Para ello, la campaña constituye un instrumento fundamental de la planificación inspectora y representa un importante aliciente para la prevención efectiva en los centros de trabajo, especialmente en lo relativo a la seguridad y salud en el trabajo. Para asegurar su eficacia, la planificación y la visita deben ser completadas con acciones de seguimiento que permitan medir su impacto, ya que, en realidad, los informes periódicos son la base para medir los resultados y establecer algunos criterios comunes³⁰.

²⁹ *In extenso*, vid. ARNÁEZ ARCE, V.M., «La planificación como instrumento al servicio de los principios de actuación de las Administraciones Públicas», *Revista de la Academia Vasca de Derecho*, núm. 22 (Bilbao, 2011), pág. 38

³⁰ La verificación del cumplimiento de las normas que son competencia del Sistema de ITSS debe realizarse mediante la programación de las acciones a realizar, en función de los objetivos seleccionados. Las inspecciones provinciales asumen el desarrollo y ejecución de los programas generales que les afecten, junto con los que establezca para su ámbito la respectiva Comisión Territorial (a partir de la nueva LO-SITSS, Comisión Operativa de la Autoridad Autonómica, para cuyo cumplimiento establece la oportuna programación de servicios.

LA ACTUACIÓN REACTIVA DE LA ITSS EN LA PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS LABORALES

Por su parte, la función reactiva sigue constituyendo un requisito *sine qua non* para el ejercicio eficaz de la actividad fiscalizadora de la inspección en la prevención de los riesgos laborales, pudiendo afirmarse que ésta no sólo no debe ser minimizada o pasar a un plano más secundario, sino que debe ser potenciada. El papel principal de los sistemas de inspección de trabajo es asegurar la aplicación y el cumplimiento de la legislación social en un determinado territorio. Se trata de uno de los ejemplos más claros de intervencionismo del Estado en las relaciones jurídicas contractuales³¹. El intervencionismo público en materia social se hace especialmente palpable en el ejercicio por parte del Estado del llamado Derecho Administrativo Sancionador, circunstancia que justifica que una buena parte de la doctrina abogue por la consideración individualizada de esta rama del ordenamiento jurídico social como parte especial del Derecho Administrativo³².

Con esto, no se está diciendo que deba sancionarse más, sino mejor. Buena muestra de ello es que uno de los mayores obstáculos que suelen existir a la hora de valorar la efectividad de la actuación inspectora pasa por conocer la certidumbre del procedimiento sancionador y, en consecuencia, la firmeza de las acciones represivas, para, de este modo, garantizar el carácter disuasorio de las sanciones impuestas. Tanto es así que, con carácter general, los inspectores suelen conocer el inicio del proceso, pero carecen de datos sobre cómo continúa y cuál es su resultado final. De

³¹ Como ya señalaba PÉREZ BOTIJA, «el Derecho Laboral debe su origen a la rectificación de en las concepciones del Estado. Pone fin al abstencionismo y señala a la comunidad política la diversidad de funciones económico-sociales». Vid. PÉREZ BOTIJA, E., «El Derecho del Trabajo. Concepto, sustantividad y relaciones con las distintas disciplinas jurídicas», *Revista de Derecho Privado* (Madrid, 1947), pág. 205.

³² Por todos, vid. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 2º ed., Tecnos (Madrid, 1994).

otra parte, y quizás con demasiada frecuencia, las sanciones legalmente prescritas ni resultan disuasorias ni son proporcionadas a la infracción cometida, por lo que su capacidad de frenar los incumplimientos resulta ser verdaderamente marginal.

Es cierto que los modernos sistemas punitivos del orden social han evolucionado en este aspecto, al establecer medidas sancionadoras alternativas o complementarias a las tradicionales multas. En nuestro ordenamiento jurídico, sin ir más lejos, no son en absoluto novedosas las medidas consistentes en limitaciones en la contratación administrativa, que pueden llegar a la prohibición de contratar en casos de condena por sentencia firme por delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo, o a sanciones firmes por infracción muy grave en materia social (artículo 54 LPRL). Tampoco lo es la publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia preventiva (artículo 40.2 TRLISOS), o el incremento de la tarifa de primas por contingencias profesionales para las empresas que ofrezcan riesgos de enfermedades profesionales, que podrán quedar sometidas al pago de primas adicionales, en relación a la peligrosidad de su actividad y a la eficacia de los medios de prevención empleados (nuevo artículo 146.2 LGSS). Con todo, se echan en falta medidas represivas con enfoques más proactivos o de promoción; como es el caso, por ejemplo, de los programas especiales dirigidos a sustituir sanciones por formación impartida trabajadores y empleadores, sustituyendo el pago de las multas por la asistencia a cursos específicos.

La actuación reactiva de la ITSS se manifiesta especialmente en el desarrollo de las actuaciones previas al procedimiento administrativo sancionador; concretamente, en la proposición de sanciones por infracciones del orden social, a través de las actas de infracción. La finalidad de las previsiones sancionadoras, al igual que sucede con el Derecho penal, es, por una parte, procurar el cumplimiento de la normativa laboral por parte de los sujetos obligados y, por otra, garantizar

el respeto a los derechos de los trabajadores. Más concretamente, la potestad sancionadora aplicada a la imposición de sanciones por infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo ha sido una especialidad de la potestad sancionadora del orden social, tradicionalmente recogida en la normativa desde finales del siglo XIX. La necesidad de tutelar los derechos de los trabajadores y, al mismo tiempo, la necesidad del Estado de autoprotgerse frente al peligro de las revueltas sociales, explicaron la aparición de la primera legislación laboral y la intervención pública para su control. En consonancia con la tradición previa, la LPRL recepcionó esta tradición punitiva, pero ampliando subjetivamente su radio de acción, al establecer un régimen jurídico general de imputación de responsabilidades ante el incumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud; y no sólo por el empresario en la relación laboral, sino también por entidades especializadas con competencias preventivas, los propios trabajadores, etc.

Del resultado de las comprobaciones inspectoras, ya se hayan desarrollado éstas mediante visita, citación para comparecencia o expediente administrativo, el funcionario actuante deberá decidir cuál va a ser, a su juicio y con arreglo a lo comprobado, el resultado de dicha actividad inspectora conforme a las distintas posibilidades recogidas el artículo 22 de la LOSITSS. Sin duda alguna, el acta de infracción es la que tiene mayor incidencia práctica y notoriedad³³.

En materia de prevención de riesgos laborales, habrá que acudir a la Sección II del Capítulo II del TRLISOS, que regula las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales. Previamente, su artículo 5.2 procede a definir las, al señalar que «son infrac-

³³ El carácter de documento público de las Actas ha venido siendo admitido por la doctrina mayoritaria y por la jurisprudencia. Así se expone con detalle en PENDÁS DÍAZ, B., «Las Actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social», *Derecho Laboral*, núm. 33 (1991), pág. 107; y GARCÍA RUBIO, M.A., *La presunción de certeza de las Actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1999), págs. 24 y ss.

ciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales las acciones u omisiones de los diferentes sujetos responsables que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo sujetas a responsabilidad conforme a esta ley». La actuación inspectora no se agota, sin embargo, con la identificación del precepto sustantivo vulnerado y del precepto tipificador aplicable en consecuencia, sino que resultará capital analizar las circunstancias concurrentes en cada caso en la graduación de la responsabilidad administrativa, ya sea a partir de la aplicación de los criterios modificativos de la responsabilidad administrativa, ya sea en la apreciación de las instituciones de la infracción continuada o de la reincidencia.

Las sanciones derivadas de los incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales no son monolíticas. Si bien la multa constituye la medida sancionadora más habitual³⁴, no puede obviarse la creciente importancia de las llamadas sanciones atípicas en materia de prevención de riesgos laborales, tales como la suspensión o cierre de centro de trabajo, las limitaciones a la facultad de contratar con la Administración en el caso de comisión de infracciones muy graves, la publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia preventiva, el incremento de la tarifa de primas por contingencias profesionales, o la retirada de la acreditación para desarrollar la actividad como Servicios de Prevención Ajenos, auditorías preventivas y formación en materia de prevención de riesgos laborales. Consideración aparte merece la figura de la propuesta del recargo de prestaciones recogida en el artículo 164 del TRLGSS, de la que hay que decir que, prescindiendo del debate sobre su naturaleza jurídica sancionadora o indemnizatoria, por la trascendencia social que revista, constituye una de las me-

didias más destacables en el ejercicio de la actuación inspectora típicamente reactiva³⁵.

De igual forma, el sujeto sobre el que se ejerza la actuación inspectora puede condicionar el propio desarrollo de la misma. El ejemplo más evidente lo encontramos en las actuaciones llevadas a cabo en las administraciones públicas. Así, si bien el artículo 3.1 LPRL establece que esta ley y sus normas de desarrollo serán de aplicación tanto en el ámbito de las relaciones laborales reguladas en el ET, como en el de las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal al servicio de las administraciones públicas, el artículo 45 LPRL advierte posteriormente que en el ámbito de las relaciones del personal civil al servicio de las administraciones públicas, las infracciones serán objeto de responsabilidades a través de la imposición —por resolución de la autoridad competente— de las medidas correctoras de los correspondientes incumplimientos, conforme al procedimiento que al efecto se establezca³⁶.

³⁵ Sobre el tema, entre otros, MONEREO PÉREZ, J.L., El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, cit.; SEMPERE NAVARRO, A.V., «La responsabilidad empresarial por accidente de trabajo», V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Pamplona, 1994); SEMPERE NAVARRO, A., BLASCO PELLICER, A. y MORRO LÓPEZ, J.J., «Puntos críticos en torno al recargo en las prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo. Reflexiones en torno a la incidencia de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *Tribuna Social*, núm. 60 (1995), pág. 35; GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, cit., pág. 273; OJEDA AVILÉS, A., «Responsabilidad aquiliana versus recargo de prestaciones: el argumento implícito de la paradoja asimétrica», *Relaciones Laborales*, núm. 19 (2000), pág. 38; SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., «El recargo de Prestaciones», cit.; MONTOYA MELGAR, A., «Sanción e indemnización en el recargo de las indemnizaciones por accidentes de trabajo», Libro Homenaje al Prof. Giménez Fernández, Universidad de Sevilla (1967), págs. 587 y ss. En la doctrina más reciente, SEMPERE NAVARRO A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., *El recargo de prestaciones*, Aranzadi (Pamplona, 2001).

³⁶ En desarrollo de dichas previsiones, se aprobó el RD 707/2002 de 19 de julio, sobre el procedimiento administrativo especial de actuación de la ITSS y para la imposición de medidas correctoras de incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado. La especialidad del procedimiento consiste en que, si

³⁴ Cfr. CARRERO DOMÍNGUEZ, C., *El régimen jurídico sancionador en prevención de riesgos laborales*, La Ley (Madrid, 2001), págs. 44 y ss.

La determinación de responsabilidades en prevención de riesgos laborales por parte de la ITSS no se circunscribe exclusivamente al ámbito administrativo, sino que puede extenderse al ámbito penal³⁷. Prueba de ello es la intervención inspectora en colaboración con la Fiscalía Especializada de Siniestralidad Laboral, que supone que, en aquellos supuestos en los que la ITSS constatae infracciones en materia de prevención de riesgos laborales que entrañen un riesgo grave para la seguridad y salud de los trabajadores, la Jefatura de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social remitirá al Fiscal Jefe las actas de infracción extendidas y los correspondientes expedientes administrativos³⁸.

bien hay actividad de control por parte de la ITSS, tal actividad no se traduce en una acción sancionadora *stricto sensu*, sino que la Administración sólo será requerida, para que, conforme a un procedimiento y por resolución de la Autoridad competente, subsane las deficiencias observadas. En consecuencia, en el ámbito de las relaciones del personal civil al servicio de las Administraciones Públicas, las infracciones no «serán objeto de sanción» en el orden administrativo, sino que la responsabilidad se traduce en su caso, en la «realización de las medidas correctoras, de los correspondientes incumplimientos». Estamos, sin duda, ante un régimen especialmente privilegiado por parte de las Administraciones Públicas, que equivale a una auténtica inmunidad al escapar al rigor sancionador administrativo en materia de prevención de riesgos laborales. Además, la propia norma procedimental sancionadora se autolimita desde el punto de vista aplicativo, poniendo en entredicho su vocación de eficacia general.

³⁷ Al respecto, *vid.* TERRADILLOS BASOCO, J.M., «La responsabilidad penal en materia de seguridad y salud en el trabajo», *Tribuna Laboral*, núm. 50 (1999), pág. 174. Monográficamente, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Seguridad en el trabajo y derecho penal*, Bosch (Barcelona, 2001).

³⁸ Por lo que se refiere a la actuación inspectora en esta materia, debemos partir de la base de dos elementos básicos: de una parte, la previsión del artículo 3.2 TRUISOS, en su referencia a la concurrencia de las infracciones administrativas con el orden jurisdiccional penal, a cuyo tenor «en los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones»; y, de otra a la regulación específica dada por la Instrucción 104/2001 sobre relaciones de la ITSS con la Fiscalía General del Estado en materia de ilícitos penales contra la Seguridad y Salud Laboral

LAS ACTUACIONES DE NATURALEZA MIXTA DE LA ITSS EN LA PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS LABORALES

Ya se ha dicho que la categorización de la actuación inspectora entre reactiva y preventiva bien puede situarse en la regulación internacional de los Sistemas de Inspección. Concretamente, el artículo 2 del Convenio núm. 81 de la OIT, sobre la Inspección de Trabajo en la industria, establece como una de las funciones clave del inspector la de garantizar las condiciones de trabajo y la protección de la salud y la seguridad en sentido amplio. También el artículo 1 de la Recomendación 81 OIT sobre inspección de trabajo, que completa asimismo el Convenio núm. 81 OIT enumeraba alguna de las funciones tradicionalmente consideradas como preventivas, advirtiendo acerca de la necesidad de notificar la apertura de un establecimiento industrial o comercial, la sucesión en la titularidad o el inicio de las actividades, así como el deber de controlar los planos, instalaciones o procedimientos de nuevos establecimientos, al efecto siempre de supervisar el cumplimiento de la legislación sobre higiene y seguridad³⁹.

Hasta el momento, los criterios que hemos venido utilizado a la hora de distinguir la naturaleza de la actividad inspectora en prevención de riesgos laborales, se fundamentan principalmente en el origen de las actuaciones –rogadas, planificadas o de iniciativa propia–; en su finalidad –la de enjuiciar la responsabilidad ante un incumplimiento o desviación respecto de la normativa sustantiva aplicable o promover buenas prácticas entre los sujetos destinatarios de la normativa–; y, en última instancia, en las consecuencias jurídicas con-

³⁹ Recuérdese que ya el artículo 20 de las Conclusiones de la Discusión General sobre Administración e Inspección del Trabajo de la OIT, habla claramente de «que se debería alcanzar un equilibrio adecuado entre las medidas de prevención, como la evaluación de riesgos, la promoción de una cultura de liderazgo y de aplicación de las mejores prácticas, la aplicación de medidas relativas a la seguridad y salud en el trabajo; y la organización de campañas de información, de orientación y de sensibilización, combinadas con sanciones».

cretas que se derivan para el sujeto inspeccionado y eventual incumplidor (perjuicio concreto de carácter patrimonial, a través de la multa u otras sanciones en materia preventiva, o medidas disuasorias). Ocurre, sin embargo, que de la actuación inspectora ordinaria resultan medidas que revisten ciertas características, las cuales pueden ser perfectamente encuadradas en una u otra categoría; esto es, en la de medida de naturaleza preventiva o en la de medida de naturaleza reactiva. Y ello, porque comparten notas comunes de una y otra modalidad de actuación.

Esto se traduce en que de la actuación inspectora ordinaria, se derivan ciertas medidas, cuyas características hacen posible que puedan ser encuadradas en una u otra categoría de actuación, preventiva o reactiva. Llegados a este punto, interesa acuñar una categoría intermedia –la tercera–, en la que poder encuadrar y sistematizar aquellas medidas de naturaleza dual; como lo son, sin duda, las recomendaciones, advertencias, requerimientos y paralización de trabajos. Nos estamos refiriendo a medidas derivadas de la actuación inspectora que, partiendo del deber general de soportar las actuaciones de inspección, acrean obligaciones de hacer o de modificar elementos o condiciones materiales de la empresa tras la actuación inspectora desarrollada.

Nos estamos refiriendo a los principales instrumentos de los que dispone la ITSS para prevenir futuras transgresiones normativas por parte de los administrados o para evitar que el daño ocasionado con una trasgresión normativa previa se vea agravado. Se trata de las recomendaciones, de las advertencias y de los requerimientos de la ITSS, cuyo denominador común estriba en que todas ellas se derivan de una actividad inspectora previa y que –excepto en el caso de las advertencias– se adoptan tras haberse constatado un incumplimiento normativo por parte del sujeto inspeccionado, siendo precisamente este último dato –el hecho de que se haya producido la constatación del incumplimiento– el que impide que puedan ser consideradas como medidas estrictamente preventivas. Es decir que,

siendo manifestación directa de la vigilancia del cumplimiento de la normativa social, el instrumento motivador del cumplimiento futuro trae causa del desarrollo de una actividad inspectora previa en la que se ha comprobado la existencia de una desviación respecto de la norma aplicable.

Pero, a diferencia de lo que ocurre con el procedimiento administrativo sancionador, la consecuencia de dicha desviación no es de carácter represiva, sino preventiva. Y es que «la tarea fiscalizadora del ordenamiento jurídico-laboral y el control de la existencia de unas condiciones de trabajo seguras no siempre exigen el ejercicio por el Estado de su potestad punitiva⁴⁰. En consecuencia, se le está reconociendo a la Administración la posibilidad de no imponer una sanción aún concurriendo hechos constatados como punibles, tomando como criterio de valoración la razonabilidad, la conveniencia o la proporcionalidad de cada caso⁴¹. La finalidad perseguida es garantizar el cumplimiento de las normas cuya vigilancia tiene encomendada la ITSS, mediante la utilización de instrumentos alternativos a la sanción, que inviten al empresario a la adopción de las medidas adecuadas para el efectivo cumplimiento de dichas normas.

En cualquier caso, el elemento común a estas medidas es que todas ellas resultan de una actividad inspectora previa y que, salvo en el caso de las advertencias, presuponen la constatación de un incumplimiento normativo por parte del sujeto inspeccionado; hecho que impide que puedan ser consideradas como medidas estrictamente preventivas. En efecto, siendo manifestación directa de la vigilancia del cumplimiento de la normativa social, el instrumento motivador del cumplimiento futuro trae causa de la efectividad y del de-

⁴⁰ Vid. GAMEZ OREA, M., «Actas de advertencia-requerimientos y órdenes de la Inspección de Trabajo», *Actualidad Laboral*, núm. 43 (1993), pág. 787.

⁴¹ Vid. DE VAL ARNAL, J.J., *Comentario sistemático al texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes (artículo 49)*, Comares (Granada, 2005), pág. 666.

sarrollo de la actividad inspectora previa en la que se hubiera constatado una desviación respecto de la norma aplicable, pero que, a diferencia de lo que ocurre con el procedimiento administrativo sancionador, la consecuencia de dicha desviación reviste carácter represivo, no preventivo.

Elemento común a la actuación inspectora reactiva y mixta es igualmente la determinación e individualización de las responsabilidades administrativas derivadas de los incumplimientos de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Se trata, en definitiva, de un aspecto indisoluble del ejercicio de la función inspectora, en tanto en cuanto vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales. La casuística en la regulación legal de esta materia es muy amplia; y ello, por varios motivos, tales como la diversidad de posibles sujetos infractores o la importancia cada vez mayor de los supuestos de «responsabilidad compartida», como consecuencia del creciente fenómeno de la «descentralización productiva». La determinación de la naturaleza y alcance de la responsabilidad son razones que justifican sobradamente estos criterios para proceder a la identificación del responsable o responsables en los supuestos de infracción de las normas preventivas. De tal suerte que las normas preventivas imponen obligaciones; y no solamente al empleador en la relación laboral, sino también a otros empresarios, a los trabajadores por cuenta propia o ajena, a los servicios de prevención e incluso a terceros, ya sean promotores o propietarios de obra, fabricantes, importadores o suministradores de maquinaria y equipos. Ahora bien, no todos los obligados responden administrativamente por los incumplimientos, lo que equivale a decir que, en este ámbito, no existe plena coincidencia entre sujetos obligados y sujetos responsables. Así las cosas, a pesar de que la normativa sustantiva en prevención de riesgos laborales establece derechos y obligaciones, como se sabe, para que una obligación resulte administrativamente susceptible de sanción,

es necesario que su incumplimiento haya sido antes tipificado legalmente como infracción, y su comitente como sujeto responsable a tales efectos (principio de tipicidad). De lo que se sigue que no todo incumplidor en la materia será necesariamente responsable de la comisión de una infracción en el ámbito administrativo.

A MODO DE CONCLUSIÓN

La doctrina ha venido distinguiendo entre estas dos manifestaciones de la actuación inspectora –preventiva y reactiva– utilizando criterios de sistematización eminentemente punitivos, desde la perspectiva del sujeto infractor. De tal forma que se hablará de una actuación reactiva cuando, como consecuencia de la actuación inspectora practicada, se deriven medidas de carácter represivo que supongan un perjuicio (fundamentalmente económico) para el sujeto inspeccionado. Por el contrario, estaremos ante una actuación de carácter preventivo cuando, de la misma se concluya una recomendación, una advertencia o, a lo sumo, un requerimiento; cualquiera de los cuales no suponga merma para el patrimonio del sujeto infractor, concediendo una especie de «segunda oportunidad» para subsanar el incumplimiento constatado.

La sistematización que aquí se ha expuesto es esencialmente distinta. Partiendo de la base de que los criterios delimitadores entre las actuaciones preventivas y reactivas de la ITSS no deben diseñarse tanto en atención a las consecuencias como en atención a la razón de ser de la propia actuación inspectora y a su finalidad. De tal forma que las actuaciones preventivas de la ITSS serán aquellas que se originen fundamentalmente en la actividad planificada del propio sistema de ITSS, cuya finalidad responda a la evitación de eventuales incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales; y, por extensión, en indeseables perjuicios para los trabajadores, derivados de la vulneración de su derecho a la seguridad y la salud, *ex* artículo 40.2 CE y

artículo 14 LPRL. Este particular enfoque –y aquí radica la novedad propuesta– nos llevará a establecer una nueva categoría de medidas derivadas de la actuación inspectora; una suerte de *tertium genus*, que, como no puede ser de otra manera, comparte elementos configuradores de las actuaciones preventivas y reactivas.

La función preventiva de los Sistemas de Inspección del Trabajo –y en particular la función preventiva en prevención de riesgos laborales– reviste cada vez más importancia en los países del Espacio Económico Europeo. En unos casos, porque el objetivo clásico de inspección y de control de la aplicación de la norma, en la actualidad, se centra más en la asistencia técnica y la información; y en otros, porque contribuye sistemáticamente al desarrollo de políticas y estrategias de seguridad, salud y prevención. Y es que, la tarea fiscalizadora del ordenamiento jurídico-laboral y el

control de la existencia de unas condiciones de trabajo seguras no siempre van a exigir el ejercicio del *ius puniendi* por el Estado. En efecto, se otorga a la Administración la posibilidad de decidir no imponer una sanción, aún concurriendo hechos constatados como punibles, al tomar como criterios de valoración la razonabilidad, la conveniencia o la proporcionalidad de la sanción en cada caso concreto. La finalidad que se persigue con esta técnica es la de garantizar el cumplimiento de aquellas normas cuya vigilancia tiene encomendada la ITSS, mediante la utilización de instrumentos alternativos a la sanción, que motiven al empresario a la adopción de las medidas adecuadas para el efectivo cumplimiento de dichas normas y por extensión; la mejora de las condiciones de trabajo de los trabajadores en la relación laboral como *ultima ratio*, no lo olvidemos, del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

RESUMEN

Tradicionalmente se suele distinguir entre dos tipos de actuación o, dicho con más rigor, dos manifestaciones de la actuación inspectora en materia de prevención de riesgos laborales: una de carácter reactivo y otra de carácter preventivo. La reactiva, que es también la más conocida por el administrado, es aquella que busca la determinación e individualización de responsabilidades (esencialmente administrativas) ante los eventuales incumplimientos (ya acaecidos) de la normativa sustantiva que resulta aplicable. La preventiva, por el contrario, se dirige a la evitación de las consecuencias negativas que se generan para el administrado, tras haberse conculcado la legalidad vigente sobre de prevención de riesgos. En este caso la sistematización propuesta busca *establecer una prioridad en la aplicación de las medidas preventivas, ya que supone evitar los daños derivados de incumplimientos normativos*.

Palabras clave: Inspección, prevención de riesgos laborales, asistencia técnica, actuación preventiva, actuación reactiva, actuaciones de naturaleza mixta.

ABSTRACT

Traditionally distinction is usually made between two types of inspection action or, more strictly, two manifestations of the audit conducted on the prevention of occupational hazards: a reactive one and a preventive one. Reactive is the one that seeks the determination and individualization of responsibilities (mainly administrative) to the eventual breaches (already occurred) of the substantive rules applicable. Preventive, on the contrary, it is aimed at avoiding the negative consequences that are generated when have infringed legislation on risk prevention. In this case the proposed systematization seeks to establish a priority in the implementation of preventive measures, since it means avoiding damage resulting from regulatory breaches.

Keywords: Inspection, prevention of labour risks, technical assistance, preventive actions, reactive actions, mixed actions.

Actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la lucha contra el fraude en la contratación temporal: virtudes y carencias

Performance of Labour and Social Security Inspection in the fight against fraud in temporary contracts: strengths and weaknesses

ARCADIO DELGADO CASTAÑEDA*

1. LOS DATOS DE LA ACTUACIÓN INSPECTORA EN EL CONTROL DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL FRAUDULENTA

La intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se desarrolla fundamentalmente, en base a actuaciones planificadas y rogadas. La planificada se lleva a cabo atendiendo a las necesidades derivadas tanto de las actuaciones que se planifican a raíz de los programas establecidos en las correspondientes Comisiones Territoriales, como de las recogidas en el Programa Integrado de Objetivos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

El Programa Integrado de Objetivos contempla las intervenciones a realizar no solo en el marco de las competencias materiales de la Administración General del Estado, sino también en relación a las competencias atribuidas a las distintas Comunidades Autónomas. Si bien respecto de estas, los objetivos fijados a

la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se encuentran adaptados a las prioridades señaladas por cada Comunidad Autónoma, en función de las características sociolaborales de cada territorio, se observan determinados aspectos comunes en las programaciones territoriales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, destacando la que tiene que ver con la persecución del uso fraudulento o abusivo de las modalidades de contratación temporal. Además, el control de la contratación temporal fraudulenta o encadenada forma parte de lo que puede denominarse «planes y programas de alcance general». De este modo, se fijan para cada Inspección provincial, objetivos cuantitativos de transformación en indefinidos, de contratos temporales en fraude de ley.

El Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del año 2015 refleja las actuaciones realizadas por la Inspección en relación con el control de la contratación temporal por diversas circunstancias (por transgresión de la normativa de contratos, subcontratación en obras de construcción y otras formas del contrato de trabajo) alcanzando un total de 32.215 actuaciones en la materia, mediante la revisión de 307.226 contra-

* Inspector de Trabajo y Seguridad Social.

tos de trabajo y la transformación de 54.949 contratos temporales en indefinidos durante el año 2015, como consecuencia de dicha actuación. De estas 32.215 actuaciones, 27.727 corresponden a la transgresión de la normativa de contratos de trabajo, con la formulación de 9.781 requerimientos, detectándose la comisión de 965 infracciones, y ascendiendo el importe total de las sanciones propuestas a 1.167.966 euros.

Analizando los indicadores de incumplimiento de la normativa de relaciones laborales, en el Informe Anual se refleja que «el número de contratos temporales transformados en indefinidos por la ITSS por cada 100 inspecciones realizadas es un indicador de una «situación de fraude», no es un mero incumplimiento de la normativa, sino una aplicación indebida de la normativa en fraude de ley. En este caso, consiste en aplicar un contrato como temporal, cuando por la realidad de la prestación laboral corresponde un contrato indefinido. La ITSS efectúa un permanente control sobre la adecuación de la normativa de la contratación temporal, manteniendo con carácter estable campañas relativas al fraude en la contratación. Además analizando el porcentaje de contratos transformados en relación con los revisados se observa un incremento en 2013, 2014 y 2015 sobre los años anteriores, lo que refleja una mayor efectividad de dichas campañas. El número de contratos temporales transformados en indefinidos por la ITSS ha pasado de 16,95 contratos por cada 100 inspecciones realizadas en 2011 a 21,70 contratos en 2015, lo que supone un incremento del 28,02% respecto de 2011 y del 46,72 por ciento respecto de 2014, aunque ya se había observado un aumento del 5,98 por ciento en 2013 respecto de 2012 y del 5,64 por ciento en 2014 respecto de 2013. La evolución del número de contratos temporales transformados en indefinidos por la ITSS resulta afectada por la fluctuación en el número de contratos temporales».

No obstante, y a pesar del progresivo incremento en los resultados en transformación de contratos producido en los últimos años,

todavía no se ha superado el número de transformaciones que se alcanzó en el año 2008, con 60.188 contratos siendo revisados un total de 398.146. A partir de ese año se observa una progresiva reducción de los resultados, que toca fondo en el año 2012, cuando se revisaron 269.362 contratos para la transformación de 35.570, volviendo a mejorar el resultado año a año, tal y como se ha indicado.

Debe resaltarse que en materia de contratación, la ratio de infracción detectada por la inspección es sensiblemente superior a otros campos de la actuación inspectora. Así, teniendo en cuenta el periodo 2011-2015, se constata una media de 6,33 incumplimientos por cada 100 inspecciones realizadas, y si bien, en la comparación con los años precedentes se refleja una continua disminución de estos incumplimientos en el periodo 2011 a 2013, revela, sin embargo, la inversión de la tendencia en 2014 que se traduce en un incremento de un 48,24 por ciento en 2015 sobre el año anterior.

En definitiva, se trata de una de las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social donde se consiguen más significativos resultados. Pero cabe preguntar si estos resultados inciden realmente en la reducción de la temporalidad. Sin una pretensión de exhaustividad nos fijamos en la estadística sobre temporalidad que nos ofrece el Instituto Nacional de Estadística a través de la Encuesta de Población Activa.

Según datos de la EPA correspondientes al segundo trimestre de 2016¹, los trabajadores asalariados en nuestro país ascienden a 15.187.800 de los que 11.281.300 cuentan con contrato indefinido, frente a los 3.906.400 vinculados mediante las diversas modalidades de contratación temporal, con una tasa de contratación temporal del 25,7 por ciento. Se mantiene así la tasa con la que finalizó el año 2015 (25,66 por ciento), en el que a su vez se había incrementado respecto del año ante-

¹ INE, Encuesta de Población Activa (EPA), Segundo trimestre de 2016.

rior (24,24 por ciento) cambiando la tendencia de reducción que se había producido desde el año 2011, en el que la temporalidad se situó en el 25,52 por ciento. Con todo, debe destacarse que la temporalidad se situó por encima del 30 por ciento desde principios de siglo, alcanzando su cota máxima en el año 2006 con un porcentaje de 34,39 por ciento. Es decir, a principios de siglo había un contrato temporal cada dos indefinidos y, actualmente, uno cada tres.

Seguramente haya que reconocer una modesta incidencia de la actuación inspectora en la reducción de la temporalidad. Por tanto, debe pensarse que quizás sea precisa la adopción de otras medidas, que abordando las causas de la temporalidad, puedan situarnos en una posición distinta a la que revelan los datos indicados. Más aún si tenemos en cuenta que, según nos muestran los datos de Eurostat, España se sitúa a la cabeza de la temporalidad en al ámbito de la Unión Europea, solo superada por Polonia (29 por ciento), y muy por encima de la media UE-28 (14,1) y UE-15 (13,9).

2. LAS SUCESIVAS REFORMAS DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN. LAS MEDIDAS CONTRA LA TEMPORALIDAD

El mercado de trabajo español, tal y como ponen de manifiesto los datos señalados y detallan los diversos estudios realizados en esta materia, presenta como mal endémico, una elevada tasa de temporalidad, que seguramente no responda a una única causa, sino a la confluencia de muy diversos factores entre los que se citan, con diversa incidencia, los de tipo económico, tales como el modelo productivo, el tamaño y características de las empresas o los costes de despido, los de tipo cultural, como la aversión al riesgo del empresariado español o la generalización de la idea de vincular la temporalidad a la productividad, pero también de tipo normativo, vinculados a la regulación de nuestro mercado de trabajo y las

relaciones laborales y el juego de la flexibilidad interna de las empresas.

Quizás por esta multiplicidad de causas, las sucesivas modificaciones normativas realizadas en el sistema español de relaciones laborales, dirigidas a reducir las posibilidades de contratación temporal y a favorecer el recurso al contrato indefinido, no han tenido un reflejo en las estadísticas que revelan, año a año, como la mayor parte de los nuevos contratos se visten con las distintas categorías de contratación a término.

Haciendo un poco de historia, conviene recordar que nuestra norma básica en la materia, el Estatuto de los Trabajadores, optó, en su texto original de 1980, por la consideración de la contratación indefinida como típica y regular, presumiendo el carácter indefinido del contrato (artículo 15.1), si bien admitiendo como excepcionales o atípicas, y en cualquier caso causales, diversas formas de contratación temporal.

Pero este esquema decidió revisarse inmediatamente en el año 1984 ante la elevación de las cifras de desempleo como consecuencia de la «crisis económica», bajo la idea de trabajar de manera más flexible pero trabajando más personas, con la «creación del mayor número de empleos posibles»², legitimándose el uso del contrato temporal como forma común de acceso al mercado de trabajo. La apertura a la «flexibilidad de entrada» se hizo sin tocar las simples condiciones de extinción de los contratos temporales en contraposición a la rigidez existente para la finalización del contrato diseñado como «típico». La consecuencia no podía ser otra: la mayor parte del empleo que se generaba lo era con carácter temporal, pasando de tasas de temporalidad en torno al 10 por ciento, antes de la reforma³, a un 32

² Exposición de Motivos de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 4/08/1984).

³ No existe estadística precisa, si bien en algún estudio se refleja esta cifra. Así FINA L., MEIXIDE A. y TOHARIA L., Re-

por ciento en el año 1991⁴. Se consolida así la segmentación del mercado de trabajo, con la dualidad entre trabajadores fuertemente protegidos frente al despido, y otros temporales con una sencilla y barata finalización, cuyas perversas consecuencias fueron ya advertidas por las organizaciones sindicales y la mayor parte de la doctrina iuslaboralista.

En este contexto se aborda, en el año 1994, una nueva reforma del Estatuto de los Trabajadores, bajo la premisa de la flexibilidad interna y de salida, con la supresión parcial de la contratación temporal no causal, y dando entrada a las empresas de trabajo temporal. Sin embargo, la supresión del contrato temporal de fomento empleo, que había absorbido el 21 por ciento de las contrataciones registradas por el INEM en los años 1990 y 1991, no dio lugar a una reducción de la temporalidad, que incluso llegó a su mayor tasa histórica en el año 1995 (35 por ciento)⁵. Las empresas habían percibido las «ventajas» del recurso al contrato temporal, y no dudaron en ampararse en los contratos causales por obra o servicio determinado y eventual por circunstancias de la producción, para compensar la desaparición del contrato temporal no causal.

Fruto de los acuerdos alcanzados en el marco del dialogo social, en el año 1997⁶ se aborda una nueva modificación de la norma laboral en materia de contratación, buscando,

regulating the labour market amidst an economic and political crisis: Spain, 1975-1986, Edit. Rosemberg S., en *The State and the Labour Market: Employment Policy, Collective Bargaining and Economic Crisis*, Edit. Plenum Publishing Co., Nueva York. 1989. Pág. 120.

⁴ INE, Encuesta de Población Activa (EPA), Cuarto trimestre de 1991.

⁵ INE, Encuesta de Población Activa (EPA), Segundo trimestre de 2016.

⁶ El «Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo», de 8 de abril de 1997 que propició los Reales Decretos Leyes 8/1997, de 16 de mayo, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida y 9/1997, de 16 de mayo, por el que se regulan incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo, que se convertirían, respectivamente, en las leyes Ley 63/1997, de 26 de diciembre y 64/1997, de 26 de diciembre.

entre otros objetivos «especificar y delimitar los supuestos de utilización de la contratación laboral, especialmente los contratos por obra o servicio o eventual por circunstancias de la producción» y «potenciar la contratación indefinida» para lo que se suprime la presunción del carácter indefinido del contrato, admitiendo que pueda celebrarse por tiempo indefinido o por duración determinada (artículo 15.1), se elimina el contrato de lanzamiento de nueva actividad, se limita la discrecionalidad en los contratos causales y se crea el nuevo contrato para el fomento de la contratación indefinida, inicialmente reservado para ciertos colectivos (desempleados de dieciocho a veintinueve años o de más de cuarenta y cinco, discapacitados y parados de larga duración), y cuya característica principal es incidir en la «flexibilidad de salida», reduciendo la indemnización en el caso de despido objetivo improcedente a treinta y tres días por año con un tope de veinticuatro mensualidades, como preludio de la generalización de la rebaja que se realizaría en el año 2012. Ciertamente la norma posibilitó un incremento de los contratos de duración indefinida, pero no lo suficiente como para rebajar la tasa de temporalidad de manera significativa, que a finales del año 2000 seguía en el 32,1 por ciento⁷, frente al 12,5 por ciento de la Unión Europea. Fruto del dialogo social es también la penalización del tipo de cotización aplicable a la empresa por desempleo (6,7 y 7,7 respectivamente, para jornada completa o parcial, frente al 6,2 del contrato indefinido, incluido el parcial, es decir, hasta un punto y medio menos)⁸, con la intención de desincentivar la contratación temporal.

En el año 2001 tiene lugar una nueva y ambiciosa reforma de la normativa de contratación, ya sin acuerdo, que se justifica en la necesidad de decidir acerca de la continuidad

⁷ INE, Encuesta de Población Activa (EPA), Cuarto trimestre de 2000.

⁸ Acuerdo de la «Mesa sobre estabilidad en el empleo» de 1/12/1998, incorporado a la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999 (BOE de 31/12/1998) (artículo 91, nueve 2.1.)

del contrato del fomento del empleo y corregir las disfunciones observadas⁹, pretendiendo incorporar al ordenamiento interno el contenido de diversas Directivas europeas, entre ellas, la 1999/70/CE, del Consejo, de 29 de junio, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Por primera vez, y al amparo de la norma comunitaria, el Estatuto de los Trabajadores reconoce la igualdad de derechos de los trabajadores con contratos temporales e indefinidos, «sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la Ley en relación con los contratos formativos y con el contrato de inserción» (artículo 15.6); se encomienda a la negociación colectiva la función de «establecer requisitos dirigidos a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal» (artículo 15.5); se impone al empresario el deber de «informar a los trabajadores de la empresa con contratos de duración determinada o temporales, incluidos los contratos formativos, sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que los demás trabajadores» (artículo 15.7); se faculta a la negociación colectiva para establecer la forma de conversión de los contratos temporales en indefinidos o fijos discontinuos (artículo 15.7 y 8). Pero además, se busca desincentivar el recurso a la contratación temporal fijando una indemnización, en principio de ocho días de salario por año de servicio, para la extinción de los contratos temporales, excepto los de interinidad, inserción y formación (artículo 49.1.c), y agravando la cotización empresarial de Seguridad Social por contingencias comunes en los contratos de duración inferior a siete días, excepto los de interinidad (disposición adicional sexta de la Ley 12/2001). Por otro lado, se refuerza el contrato para el fomento de la contratación indefinida,

⁹ Exposición de Motivos de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (BOE de 10/07/2011).

ampliando los colectivos con los que se puede concertar, y se incentiva la celebración de contratos indefinidos y la transformación de contratos temporales en indefinidos.

Con la misma intención de incentivar la contratación indefinida, pero flexibilizando la salida, y en el marco de la reforma de la prestación de desempleo¹⁰, en el año 2002, se posibilita al empresario dejar de pagar salarios de tramitación, reconociendo desde el primer momento la improcedencia del despido y poniendo a disposición del trabajador la indemnización legal. Por otro lado, se incorpora una nueva submodalidad procesal¹¹, habilitando a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo a interponer demandas frente a las empresas por reiteración abusiva o fraudulenta en la contratación temporal de trabajadores, cuyo alcance ha sido limitado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹² a los supuestos en que se irroge un perjuicio a la Entidad, por obtener unas «prestaciones de desempleo a las que no hubiera tenido derecho de haberse celebrado los contratos bajo las previsiones de la norma legal que se ha tratado de eludir», lejos de legitimar, por tanto, a la Entidad Gestora para «impugnar todos los contratos temporales supuestamente abusivos o concertados en fraude de ley, al margen de las consecuencias que puedan tener respecto de la prestación de desempleo», habiendo tenido un recorrido muy limitado¹³.

En un contexto de fuerte crecimiento económico, con una tasa de desempleo del 9,2 por ciento a finales de 2005 (bajándose del 10 por ciento por primera vez desde 1979) pero una

¹⁰ Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad (BOE de 13/12/2002).

¹¹ Artículo 145 bis del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (BOE de 11/04/1995).

¹² Entre otras, sentencias de 14/05/2008, 20/12/2007, 10/10/2007.

¹³ Así en el año 2008, en dieciocho Direcciones Provinciales del Servicio de Empleo Público Estatal no se presentó ninguna demanda ni se obtuvo ninguna sentencia.

tasa de temporalidad que se mantenía en el del 33,33 por ciento¹⁴, se enmarca la reforma de 2006, fruto de los acuerdos del diálogo social¹⁵, que incluye medidas de impulso de la contratación indefinida, con un nuevo Programa de Fomento del Empleo, el estímulo de la conversión de contratos temporales en indefinidos y la reducción de cotizaciones empresariales, pasando la cotización empresarial por desempleo en los contratos indefinidos, y alguno temporal, al 5,75 por ciento. Se introduce un nuevo apartado 5 en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, para limitar la sucesión de contratos temporales, a través de una cláusula objetiva y automática, y se elimina el contrato de inserción.

Hay que señalar que el «Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo», parte de cuyas medidas se plasmaron en la reforma de 2006, incluía el propósito de los firmantes de reforzar la Inspección de Trabajo, articulando la participación de los interlocutores sociales en la definición de sus objetivos y programas¹⁶, y precisando que las actuaciones de la Inspección de Trabajo se desarrollen prioritariamente a través de actuaciones y campañas planificadas y programadas centradas, entre otras materias, en la lucha contra el fraude en la contratación temporal.

En el año 2006 se incorpora al ordenamiento jurídico una disposición legal sectorial¹⁷, en el ámbito de la construcción, que por primera vez limita los contratos temporales que puede celebrar una empresa, fijando un porcentaje

de plantilla fija del 30 por ciento, fórmula que ha sido acogida de manera limitada en otros ámbitos, a través de la negociación colectiva¹⁸. Además, se tipifica el incumplimiento de la obligación legal sobre proporción mínima de trabajadores contratados conforme a la ley, como una infracción muy grave (artículo 8.16 de la ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social¹⁹).

En el año 2010, con una profunda crisis económica y una tasa de paro cercana al 20 por ciento, que duplicaba la existente dos años antes, se aborda una nueva reforma²⁰, que, entre otras cosas, anuncia que persigue, una vez más, reducir la dualidad del mercado de trabajo entre fijos y temporales e impulsar el empleo estable. En esta época cae significativamente la tasa de temporalidad (24,88 por ciento a finales de 2010)²¹, pero es a costa de la destrucción de empleo, fundamentalmente en la construcción, y, quizás también, por la sustitución de empleo indefinido destruido por empleo temporal²². Con la reforma se es-

¹⁸ Así, por ejemplo, el VI Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (BOE de 18/05/2012), en su artículo 15, establece porcentajes máximos de contratación temporal, del 20 por ciento, salvo el primer año de actividad en el caso de las empresas de nueva creación que será del 40 por ciento, exceptuando de este cómputo los contratos de interinidad, en prácticas y para la formación y el aprendizaje. Y a nivel regional, el Convenio colectivo del sector de la hostelería de las Illes Balears (BOIB de 31/07/2014), que en su artículo 7 permite, para plantillas a partir de 25 trabajadores, hasta un 25 por ciento de contratación temporal, quedando incluido en dicho porcentaje las contrataciones a través de empresas de trabajo temporal que no podrán superar el 10 por ciento de la plantilla, ampliando el límite de contratación temporal al 35 por ciento, para los centros de trabajo de 11 a 25 trabajadores.

¹⁹ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE 8/08/2000).

²⁰ Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE de 18/09/2010), que sustituye al Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE de 17/06/2010).

²¹ INE, Encuesta de Población Activa (EPA), Cuarto trimestre de 2010.

²² Téngase en cuenta que desde el primer trimestre de 2009 hasta el primer trimestre de 2012 se destruyeron 830.900

¹⁴ INE, Encuesta de Población Activa (EPA), Cuarto trimestre de 2005.

¹⁵ «Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo», suscrito por el Gobierno, CEOE, CEPYME, CCOO y UGT el 6/05/2006, parte de cuyas medidas se recogen el Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE de 14/06/2006).

¹⁶ Objetivo que se plasma en la Disposición final primera del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, bajo la rúbrica «Consulta y participación de los interlocutores sociales en la definición de los objetivos y programas del Sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social».

¹⁷ Ley 32/2006, de 18 de octubre, de Subcontratación en el Sector de la Construcción (BOE de 19/10/2006).

tablece una duración máxima de tres años en el contrato de obra (artículo 15.1.a), se refuerza el límite temporal en el encadenamiento de contratos (artículo 15.5); se incorpora la obligación del empresario de facilitar al trabajador, un documento justificativo sobre su nueva condición de trabajador fijo de la empresa, en los supuestos previstos en los apartados 1.a) y 5 del artículo 15 (apartado 9); se determina un aumento gradual de la indemnización en la extinción de contratos temporales (art.49.1.c ET y DT 13ª ET), para que en 2015 sea de 12 días de salario por año de servicio, buscando así un acercamiento en el coste de la contratación indefinida y temporal. También se reforman los contratos formativos y el contrato de fomento de la contratación indefinida.

Por otro lado, se incorpora en el texto de la ley el mandato para que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social incluya en su Plan Integrado de Actuación con carácter de objetivos de alcance general, planes específicos sobre control de los contratos temporales sin causa, impulsando su transformación en indefinidos, y sobre el control de la correcta utilización de los contratos formativos y de las prácticas no laborales en las empresas²³.

En el verano de 2011, con una tasa de desempleo del 20,89 por ciento, y una temporalidad del 25,52 por ciento²⁴, se buscan medidas de lucha contra el paro, especialmente el paro juvenil²⁵, optándose por una modificación del contrato para la formación y el aprendizaje. Asimismo, se suspende la regla sobre al enca-

denamiento de contratos temporales, del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, con la justificación de tratar de «evitar efectos indeseados de no renovación de contratos temporales y en favorecer el mantenimiento del empleo».

La nueva ley reguladora de la jurisdicción social, aprobada en octubre de 2011²⁶ elimina el procedimiento de oficio específico referido a las impugnaciones de las actas de infracción relativas, entre otros supuestos, a las infracciones en materia de contratación, que recogía la anterior legislación procesal²⁷, al asumir la jurisdicción social la competencia para conocer sobre la impugnación de las resoluciones de la autoridad laboral en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral.

La última gran reforma de 2012, se lleva a cabo en un contexto agravado de crisis económica, con una tasa de paro del 22,85 por ciento, manteniendo una tasa de temporalidad del 25 por ciento²⁸. Se aborda una «reforma de envergadura» al reconocer que «los problemas del mercado de trabajo lejos de ser coyunturales son estructurales». Con el objetivo de la flexiseguridad, se apuesta por el equilibrio «entre la flexibilidad interna y la externa; entre la regulación de la contratación indefinida y la temporal»²⁹. Se modifican, para hacerlos más atractivos para las empresas, los contratos para la formación y el aprendizaje y a tiempo parcial, que vuelven a modificarse en 2013³⁰; se establece una nueva modalidad de contrato por tiempo indefinido «de apoyo a los emprendedores», con un periodo de prueba de

empleos fijos y 600.900 temporales, según datos del INE. Encuesta de Población Activa. Asalariados por sexo y tipo de contrato o relación laboral. Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada sexo.

²³ Disposición adicional decimosexta de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE de 18/09/2010).

²⁴ INE, Encuesta de Población Activa (EPA), Segundo trimestre de 2011.

²⁵ Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo (BOE de 30/08/2011).

²⁶ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE de 11/10/2011).

²⁷ Artículo 149.2 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (BOE de 11/04/1995).

²⁸ INE, Encuesta de Población Activa (EPA), Cuarto trimestre de 2011.

²⁹ Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 7/07/2012).

³⁰ Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores (BOE de 21/12/2013).

un año, con incentivos fiscales y bonificaciones en Seguridad Social; se reduce el periodo de suspensión de la aplicación del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, reanudando su vigencia. Asimismo, se introducen medidas de flexibilidad de salida, entre otras, se generaliza para todos los despidos improcedentes, la indemnización de treinta y tres días con el tope de veinticuatro mensualidades.

Finalmente, hay que citar las medidas implementadas en el año 2013, dentro de una reforma más amplia³¹, estableciéndose incentivos a la contratación a tiempo parcial con vinculación formativa, a la contratación indefinida de un joven por microempresas y empresarios autónomos y a la contratación en prácticas. Además, y con la misma finalidad de incentivar la contratación juvenil, se regula el contrato eventual primer empleo, destinado a la contratación de jóvenes menores de 30 años, sin experiencia laboral o inferior a tres meses, para que adquieran una primera experiencia profesional.

Con este somero repaso por la historia reciente de las modificaciones del marco regulatorio de la contratación temporal, y a modo de conclusión, puede afirmarse que el mercado de trabajo español presenta, además de un reconocido problema de nivel de empleo reducido, que afecta especialmente a los jóvenes, una alta tasa de temporalidad, que ha producido una segmentación del mercado de trabajo, que «contribuye a la pobreza de los ocupados y constituye un obstáculo para el crecimiento de la productividad»³². Las sucesivas reformas

³¹ Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE de 27/07/2013).

³² Como recuerda la Comisión Europea (Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión, Informe sobre España 2016, con un examen exhaustivo relativo a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos. Bruselas, 26.2.2016) «en 2014, el 23 por ciento de los trabajadores con contrato temporal se encontraban en riesgo de pobreza en España (frente a un 15,6 por ciento en la UE), en comparación con el 5,9 por ciento de los trabajadores con contrato indefinido». Si bien asocia el mayor riesgo de pobreza a los que denomina contratos de trabajo «a tiempo parcial involuntario».

desde 1994 han pretendido casar, con múltiples y variadas fórmulas, el incremento de la tasa global de empleo con la reducción de la temporalidad. A pesar de ello, no se han producido, desde entonces, avances sustanciales en la reducción del recurso excesivo a los contratos temporales. Simplificando el análisis, ello podría obedecer, como afirman los representantes de los trabajadores, al uso abusivo que los empresarios hacen de las modalidades de contratación por tiempo determinado, o, como señalan los propios empresarios, a que los contratos indefinidos incorporan mayores costes relativos, sobre todo los de rescisión, que los temporales³³.

Frente a la causa señalada en primer lugar, esto es, el uso abusivo de la contratación temporal, uno de los instrumentos que viene aplicándose, como ya hemos advertido, es la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a la que le dedicaremos una especial atención, si bien antes parece conveniente una referencia al motivo alegado por los empresarios para inclinarse en la contratación por la opción del contrato temporal.

No está de más precisar, que en el modelo de contratación laboral vigente, se reconoce que el contrato pueda «concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada». Ahora bien, la temporalidad necesita de una causa legal que la justifique, señalando la Sala de lo Social del Tribunal Supremo³⁴ que «el válido acogimiento al sistema ordinario de contratación temporal, requiere en términos inexcusables que concurra la causa objetiva específicamente prevista para cada una de ellas como justificativa de la temporalidad que le es propia; no basta, por tanto que la concorde voluntad de las partes, aun explícita en el contrato, pretenda someter la relación laboral

³³ CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO; «El principio de estabilidad en el empleo: crisis y claves para su recuperación», Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, nº 58, 2015.

³⁴ Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 20/01/2003 (Rec. 323/2002), acogiendo la doctrina de la Sentencia de la misma Sala de 21/09/1993 (Rec. 129/1993).

que constituyen, a una de estas modalidades, pues éstas por su carácter causal, sólo se hacen viables cuando median en la realidad dichas circunstancias justificativas».

Y la contratación temporal no se limita a los consabidos tres supuestos de contratos de duración determinada del artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores, sino que incluye también los contratos formativos del artículo 11, las formas vigentes de contratación temporal como medida de fomento de empleo, esto es, contrato de relevo y de jubilación parcial, contrato de fomento de empleo de personas con discapacidad y contrato eventual de primer empleo joven, así como las especialidades previstas para las diversas relaciones laborales de carácter especial. Ahora bien, los contratos del artículo 15.1 suponen más del 95 por ciento de los contratos temporales celebrados³⁵.

3. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN. LA DIRECTIVA 1999/70/CE Y LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Como ya se ha apuntado, la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de la calidad, así como su precedente Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo, al trasponer la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 29 de junio, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, pretendió reforzar el principio de estabilidad en el empleo, introduciendo limitaciones y garantías adicionales en los contratos temporales y de

duración determinada, mediante la incorporación de cuatro nuevos apartados en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores. En particular, con la incorporación del nuevo apartado 6 se pretendía trasponer la cláusula cuarta del Acuerdo marco, que bajo la rúbrica «principio de no discriminación» prohíbe el trato desfavorable de los trabajadores con contrato de duración determinada, respecto a las «condiciones de trabajo», admitiendo, no obstante, la diferencia de trato justificada «por razones objetivas».

Hay que recordar que «la pretensión última del acuerdo es la normalización de la contratación temporal, de manera que los Estados miembros regulen los contratos de duración determinada para que los trabajadores contratados bajo esta modalidad tengan una protección equiparable a los contratados indefinidamente. Pero el acuerdo no lleva a cabo una regulación armónica de la contratación temporal. Sus dos grandes objetivos son, por un lado, la mejora de la calidad del trabajo de duración determinada, buscando la paridad entre los trabajadores indefinidos y los temporales y evitando la discriminación de estos últimos, y, por otro, prevenir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada»³⁶. Pues bien, el legislador español traspone la cláusula cuarta del Acuerdo reconociendo la igualdad de derechos de los trabajadores con contratos temporales respecto de los indefinidos, si bien establece excepciones que admiten diferencias. Así permite «particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato» y las recogidas en la ley respecto a los contratos formativos. Fija el principio de proporcionalidad en función del tiempo trabajado, en el reconocimiento de derechos que así correspondan, «en atención a su naturaleza» y

³⁵ Si tenemos en cuenta los «Datos de los Registros del Servicio Público de Empleo Estatal. Demandantes de empleo, Paro, Contratos y Prestaciones por desempleo» correspondientes al mes de septiembre de 2016, durante dicho mes se celebraron 1.735.988 contratos temporales, de los que 789.409 (45,45 por ciento del total) fueron de obra o servicio determinado, 766.602 (44,15 por ciento) eventuales, y 145.903 (8,40 por ciento) de interinidad. En suma, el 98,03 por ciento.

³⁶ DELGADO CASTAÑEDA, ARCADIO; «Los contratos laborales de duración determinada en el sector público y la Directiva 1999/70/CE. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 4 de julio de 2006, Adeneler. Revista General de Derecho Europeo, nº 12, 2007.

precisa que en el reconocimiento de derechos que tengan en cuenta la antigüedad del trabajador, «esta deberá computarse según los mismos criterios para todos los trabajadores, cualquiera que sea su modalidad de contratación».

Nos encontramos así con que la norma nacional que traspone la directiva comunitaria ha considerado que no está afectada por el principio de no discriminación la regulación de la extinción de los contratos de trabajo temporales, admitiendo diferencias, que se recogen en el artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores, que en su apartado c) prevé, a la extinción de los contratos de obra o servicio determinado y eventual, el abono de una indemnización al trabajador de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación, indemnización que se excluye para los contratos de interinidad y formativos.

Y nuestro Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la cuestión relativa a las diferencias de tratamiento entre trabajadores fijos y trabajadores temporales³⁷, señalando que «si bien la duración del contrato no es un factor desdeñable a la hora de establecer ciertas diferencias en aquellas situaciones, las diferencias han de tener su origen en datos objetivos relacionados con la prestación de trabajo o el régimen jurídico del contrato (en particular en lo relativo a sus causas de extinción) que las expliquen razonablemente», admitiendo implícitamente que las diferencias en la cuantía de la indemnización es una razón objetiva, por lo que no se conculcaría el principio de igualdad.

Como hemos dicho, el coste de la extinción del contrato indefinido y su diferencia con el establecido para los contratos temporales,

está detrás de las reticencias empresariales a formalizar contratos de carácter indefinido mediante al uso abusivo o en fraude de ley de contratos temporales. Y ante dicha realidad, las sucesivas reformas legales han puesto su acento en la reducción de las diferencias normativas en lo relativo a la extinción de los contratos, en unas ocasiones, reduciendo el coste de extinción de los contratos indefinidos, como medida de fomento del empleo indefinido, y en otras, estableciendo y ampliando el coste de la extinción de los contratos temporales, como medida de disuasión de la contratación de carácter temporal. De este modo, la norma vigente contempla diferencias, cada vez menos, pero diferencias en el procedimiento y en el coste.

En este contexto nos encontramos con diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de septiembre de 2016, que precisando la jurisprudencia anterior, vienen a poner en entredicho la trasposición de la Directiva 1999/70/CE, en particular, respecto de la cláusula cuarta del Acuerdo. Nos vamos a centrar en el análisis de la reciente sentencia de la Sala Décima del Tribunal de Justicia, de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-586/2014). Al tribunal comunitario llega un recurso prejudicial planteado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que tiene que resolver un recurso interpuesto por una trabajadora que había prestado servicios para el Ministerio de Defensa en virtud de sucesivos contratos de interinidad y cuya pretensión de que se declararan los contratos en fraude de ley y se pagara la correspondiente indemnización fue desestimada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid.

El Tribunal Superior de Justicia entiende que la contratación de la trabajadora no ha sido en fraude de ley y que la extinción del contrato está basada en una razón objetiva, pero se pregunta si la trabajadora tiene derecho a reclamar el pago de una indemnización por la finalización de su contrato, planteando al órgano judicial europeo las siguientes cuestiones prejudiciales: 1) si ha de entenderse

³⁷ Sentencias del TC 104/2004, de 28 de junio, 136/1987, de 22 de julio, 177/1993, de 31 de mayo, entre otras.

comprendida la indemnización por finalización de contrato temporal en las condiciones de trabajo; 2) si los trabajadores con contrato temporal «han de percibir a la finalización del contrato la misma indemnización que correspondería a un trabajador con contrato de duración indefinida comparable cuando el contrato de éste se extingue por causas objetivas; 3) si el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores es discriminatorio y contrario a la Directiva 1999/70/CE; 4) si es discriminatoria la distinción que el Estatuto de los Trabajadores establece entre las condiciones de trabajo de los trabajadores interinos, no solo frente a las condiciones de los trabajadores indefinidos sino también respecto de los demás trabajadores.

A la primera cuestión el Tribunal de Justicia responde con rotundidad señalando que el concepto de «condiciones de trabajo» incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada.

El resto de cuestiones planteadas se abordan de manera conjunta. El Tribunal parte de la consideración de que el principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, salvo justificación objetiva. Entiende el Tribunal que existe una diferencia de trato entre los trabajadores con contrato de duración determinada y los trabajadores fijos, y en particular con los trabajadores con contrato de interinidad que no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato, siendo la situación de la trabajadora con contrato de duración determinada comparable a la de un trabajador fijo, ya que cumplía los mismos requisitos de formación para el acceso al puesto de trabajo, efectuaba el mismo trabajo y se le aplicaban las mismas condiciones de trabajo. Y entiende, que no existen «razones objetivas» que justifiquen las diferencias, concluyendo que la normativa nacional que deniega cualquier indemnización por finaliza-

ción de contrato a la trabajadora con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de la indemnización a trabajadores fijos comparables, se opone al principio de no discriminación de la cláusula cuarta del Acuerdo. El Tribunal asume así la vulneración del derecho fundamental de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución Española, y que también es un principio general de la Unión Europea, sometido igualmente a una protección especial, conforme al artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Pues bien, a la vista de lo anterior, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ha dictado sentencia en fecha 5 de octubre de 2016, entendiendo que, conforme a la cláusula cuarta del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, «no se puede discriminar a la actora en cuanto a la indemnización por la extinción de la relación laboral, como consecuencia del tipo de contrato suscrito y, por consiguiente, tiene derecho a igual indemnización que la que correspondería a un trabajador fijo comparable de extinguirse su contrato por otra causa objetiva», aplicando la indemnización de veinte días por año de trabajo prevista en el artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, al entender la extinción, tal y como razona, como procedente.

Ciertamente al tribunal remitente le quedaban pocas opciones. Y con ello la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no admitiendo los argumentos de la defensa del Gobierno español, ha terminado con la diferencia fundamental entre los contratos indefinidos y temporales (en principio el contrato de interinidad pero no parece que existan argumentos para no aplicarse al doctrina al resto de contratos temporales del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores), la relativa al coste de extinción. Siendo esto así, y con la regulación actual, difícilmente podrá negarse al trabajador que vea extinguido su contrato temporal, por finalización de la obra o servicio, por terminación de la eventualidad, o por fi-

nalización de la interinidad, el abono de la indemnización prevista para el despido objetivo de los contratos indefinidos³⁸. Y con ello habrá desaparecido el principal atractivo que tenía para los empresarios forzar la legislación laboral para formalizar un contrato temporal en defecto de acudir al contrato indefinido.

Corresponde ahora al legislador, ante la situación creada, abordar la reforma de la normativa sobre contratación laboral, partiendo de los criterios sentados en la jurisprudencia comunitaria.

4. LA LUCHA CONTRA FRAUDE DE LEY EN LA CONTRATACIÓN COMO OBJETIVO DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO. UN ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN

A la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como servicio público, le corresponde la vigilancia del cumplimiento de las normas del orden social, entre las que se encuentran las laborales, y por tanto, las relativas al contrato de trabajo. Dicha función se ha encomendado tradicionalmente y en exclusiva a los funcionarios del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, si bien la nueva ley reguladora de 2015³⁹ extiende a los funcionarios del Cuerpo de Subinspectores Laborales, pertenecientes a la Escala de Empleo y Seguridad Social, que la norma crea, la competencia de «comprobación del cumplimiento de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales».

³⁸ Así lo ha hecho, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 18/10/2016, Rec. 1690/2016, para un contrato por obra o servicio determinado, en el seno de una Administración Pública, llegando a la conclusión de que «no existe una justificación objetiva y razonable para que la actora no perciba la misma indemnización que la establecida para una trabajadora fija que fue despedida por causas objetivas-productivas, ya que la situación extintiva es idéntica».

³⁹ Artículo 14.2.c) de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE de 22/07/2015).

Los incumplimientos de la norma pueden revestir, en este campo, muy diversas formas, asignando la ley distintos efectos en función del tipo de contravención. A nivel teórico, la trasgresión de la norma puede llevarse a cabo mediante irregularidad en la contratación, mediante fraude de ley o mediante abuso. En la irregularidad, se contraviene directamente cualquiera de las normas reguladoras de la contratación. El fraude de ley requiere la celebración de un contrato temporal, al amparo de la norma, sin cumplir los requisitos para ello. Mientras, el abuso, supone la celebración de contratos temporales, inicialmente válidos, pero excediéndose de los límites fijados por la norma.

Vamos a agrupar, en estas categorías, los distintos supuestos de incumplimiento que regula la normativa laboral, y analizar su problemática, desde el punto de vista de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Conviene indicar que la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social disciplina la actuación inspectora en materia de lucha contra el fraude en la contratación en la Instrucción 3/2014 sobre contratación temporal y en el Criterio Técnico 9/2015 en materia de contratación temporal. Dichos instrumentos recogen actuaciones a realizar, desde el punto de vista laboral, pero solo apuntan las relativas a Seguridad Social⁴⁰. Al efecto, se indica que el objeto de la actuación inspectora en este campo es «corregir las disfuncionalidades derivadas de la elección de una modalidad contractual temporal que no se corresponde con el trabajo efectivamente realizado» estableciendo dos campañas específicas, una sobre «fraude en la contratación» y la otra sobre «en-cadenamiento de contratos».

⁴⁰ A diferencia de lo que ocurre para el contrato para la formación y el aprendizaje, donde la Dirección General de la Inspección ha elaborado una Guía de Actuación que incluye actuaciones desde el punto de vista laboral y de la Seguridad Social.

4.1. Las irregularidades en la contratación

En primer lugar, el incumplimiento puede referirse a aspectos formales de la contratación, como la no formalización del contrato por escrito, conducta que la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social tipifica como infracción grave en el artículo 7.1, o la falta de comunicación de la contratación al Servicio Público de Empleo (infracción leve del artículo 14.1), o la ausencia de entrega de copia del contrato al trabajador (infracción grave del artículo 7.2), o la no entrega de la copia básica del contrato a los representantes legales de los trabajadores (infracción grave del artículo 15.4), o la ausencia de información a los trabajadores con contrato de duración determinada sobre las vacantes existentes en la empresa (infracción leve del artículo 6.5).

En estos casos, la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se desarrollará de conformidad con lo dispuesto en la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, adoptando las medidas previstas en el su artículo 22, en particular, advertir y requerir al sujeto responsable, en vez de iniciar un procedimiento sancionador, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen, y siempre que no se deriven perjuicios directos a los trabajadores o a sus representantes, y/o iniciar un procedimiento sancionador mediante la extensión de la correspondiente acta de infracción.

Alguno de los incumplimientos señalados se refiere a normas sustantivas del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, pero para dichos incumplimientos no se prevé ni la sanción ni la presunción de conversión del contrato en indefinido.

Podemos incluir aquí otros supuestos de trasgresión de la norma, en los que no concurre ni el fraude ni el abuso, si bien el Estatuto de los Trabajadores prevé una presunción iuris tantum de conversión del contrato en indefinido. En estos casos, podrá o no haber infracción administrativa, pero no pesará so-

bre el trabajador la carga de acreditar fraude para que se derive la naturaleza indefinida de la contratación.

Así el artículo 15.2 del Estatuto de los Trabajadores establece que adquirirán la condición de trabajadores fijos, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, los contratados sin dar de alta en la Seguridad Social, «una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el periodo de prueba, salvo que de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos».

En estos casos, la Inspección de Trabajo extenderá acta de infracción, por la existencia de un trabajador sin dar de alta (infracción administrativa del artículo 23.1.a) o del 22.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, según que el trabajador sea o no beneficiario o solicitante de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social incompatibles con el trabajo), en su caso acta de liquidación de cuotas, por el periodo de descubierto y comunicará de oficio a la Tesorería General de la Seguridad Social el alta del trabajador, con el código correspondiente a un contrato indefinido (código 100), si bien podrá valorar el carácter temporal derivado de la naturaleza de las actividades o de los servicios contratados.

Finalmente, la irregularidad podrá consistir en la de falta de formalización del contrato por escrito (artículo 8.2 del Estatuto de los Trabajadores), o en la identificación insuficiente en el contrato de la causa justificante de la temporalidad (obligación recogida, para cada modalidad contractual, en la norma reglamentaria)⁴¹.

⁴¹ Así para los contratos de duración determinada, el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada (BOE de 8/01/1999) prevé, en los artículos 2.2.a), 3.2.a) y 4.2.a), respectivamente para los contratos para obra o servicios determinado, eventual por cir-

Pero además, los artículos 8.2 del Estatuto de los Trabajadores y 9.1 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, establecen que, salvo prueba en contrario, los contratos con estos defectos de forma, se presumirán celebrados por tiempo indefinido, correspondiendo a la empresa acreditar la naturaleza temporal de los servicios prestados y, por tanto, la causa de temporalidad aceptada por las partes en el momento de la contratación y la realidad de la misma.

La actuación inspectora podrá consistir en un requerimiento de la subsanación de la deficiencia (forma escrita o especificación de la causa), extendiéndose, en caso de incumplimiento, acta por infracción grave tipificada en el artículo 7.1 o leve del artículo 6.6 de la Ley de Infracciones, respectivamente.

Además, si el empresario no procede a dar cumplimiento al requerimiento efectuado, y siendo la comprobación del funcionario actuante concluyente en cuanto al carácter indefinido de la contratación, entiendo que no existirá obstáculo para concluir la actuación inspectora, con la comunicación de oficio a la Tesorería General de la Seguridad Social para la variación de datos en cuanto al código del contrato. Sobre esta cuestión haremos unas precisiones al final.

4.2. El fraude en la contratación

Conforme al artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores, los contratos temporales celebrados en fraude de ley «se presumirán por tiempo indefinido», sanción iuris et de iure prevista con independencia de la infracción administrativa tipificada como grave en el artículo 7.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social por trasgredir la «normativa sobre modalidades contractuales, contratos de

duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley».

Debemos precisar que se entiende por fraude en la contratación. El Diccionario de la Real Academia Española, en su entrada segunda, define el fraude como el «acto tendente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o de terceros». La jurisprudencia social, partiendo de la noción del artículo 6.4 del Código Civil⁴², acoge un concepto amplio de fraude en la contratación que incluye los diversos supuestos en los que al amparo de la norma se concierta un contrato temporal sin la concurrencia de los requisitos necesarios, como la causa de temporalidad, perjudicando los derechos del trabajador en relación con la estabilidad en el empleo respecto al contrato indefinido que hubiera correspondido celebrar. Y no es necesario que exista intención de engaño por parte del empresario, bastando con la existencia de datos objetivos que pongan de manifiesto el incumplimiento de la norma. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Social, de 20 de octubre de 2010. El incumplimiento puede que sea conocido, e incluso consentido por el trabajador en cuyo perjuicio se concluye. En no pocas ocasiones los trabajadores firman contratos temporales conedores de la falta de causa de temporalidad, aceptando, al menos en el momento de la celebración, la renuncia de derechos ante la alternativa del desempleo, renuncia ilícita por oponerse a normas de derecho necesario. En otras ocasiones, existe un interés compartido en celebrar un contrato revistiendo la forma de temporal facilitando el acceso a las prestaciones por desempleo.

El fraude de ley como determinante de la presunción del carácter indefinido del contrato, no se presume, correspondiendo su acreditación a quien lo alegue. En el caso de ac-

constancias de la producción y de interinidad, la obligación de especificar, de manera clara y precisa, la causa de temporalidad.

⁴² El artículo 6.4 del Código Civil (Real Decreto de 24 de julio de 1889), establece que «Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».

tuación inspectora, a través de requerimiento de la transformación del contrato o de acta de infracción, deberá recogerse la prueba de los hechos y la argumentación jurídica que sostenga la existencia de fraude.

Con lo dicho se advierte la dificultad de delimitar con precisión todas las conductas fraudulentas que darían lugar a la aplicación de la presunción de indefinido del contrato. Si podrá realizarse un estudio de la trasgresión normativa de los elementos configuradores de cada contrato temporal, es decir, si existe respeto o no de la causa contractual, pues la norma facilita parámetros suficientes para efectuar esta inferencia⁴³. Y en su caso, podrán clasificarse las conductas en categorías que agrupen diversos supuestos de fraude observados en la abundante jurisprudencia existente en la materia. En este sentido, el Criterio Técnico 9/2015 clasifica las situaciones que pueden constituir fraude de ley en dos grupos, según estén o no referidas a la causa contractual.

Dentro de las referidas a la causa se incluye, en primer lugar, los supuestos en los que no existe causa de temporalidad; la relación laboral se formaliza como un contrato temporal sin que exista relación entre la causa señalada en el contrato y la naturaleza del contrato realmente realizado. Es el supuesto más habitual de fraude legal, sobre la que se han pronunciado ampliamente los tribunales, aunque menos desde la entrada en juego de la cláusula objetiva del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores. Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Social, de 22 de febrero de 2007, que considera celebrado en fraude de ley un contrato por obra y servicio determinado concertado con un profesor de un conservatorio profesional de música dependiente de un ayuntamiento porque las funciones desarrolladas no tienen autonomía

y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa.

Pero también existirá fraude de ley cuando no se especifica en el contrato la causa o las circunstancias justificativas de la temporalidad, o como indica el Tribunal Supremo⁴⁴; «el válido acogimiento al sistema ordinario de contratación temporal, requiere en términos inexcusables que concurra la causa objetiva específicamente prevista para cada una de ellas como justificativa de la temporalidad que le es propia». Lo que ocurre también cuando en el contrato de interinidad por vacante, en el seno de las Administraciones Públicas, no se especifica la concreta vacante que se trata de cubrir (sentencia del Tribunal Supremo, Sala Social, de 18 de junio de 1994).

Y en tercer lugar podrá considerarse fraudulento el contrato concertado en una modalidad inadecuada, lo que ocurre, en el ámbito de la Administraciones Públicas, cuando se concierta un contrato eventual para cubrir «una plaza concreta y específica que está sin titular, hasta que tal titular sea nombrado conforme a la ley», en cuyo caso procede concertar un el contrato de interinidad por vacante, por lo que la relación laboral lo será por tiempo indefinido y el cese del actor constituirá un despido (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 20 de enero de 2003). Por el contrario, el Alto Tribunal entiende que no constituye fraude de ley sino simple irregularidad formal que no desvirtúa su verdadera naturaleza de interinidad, la utilización errónea de un contrato para obra y servicio determinado, procediendo un contrato de interinidad por vacante, extinguiéndose la relación cuando se incorpora el designado titular⁴⁵.

Respecto de las situaciones de fraude de ley no referidas a la causa contractual, el Criterio Técnico incluye, en primer lugar, los

⁴³ NICOLAS BERNAD, JOSÉ ALBERTO; «El fraude de ley en la contratación temporal y su incidencia en el contrato de trabajo para obra o servicio determinado», Cuadernos de *Aranzadi Social*, nº 32, 2008.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Social, de 20/01/2003, Rec. 323/2002.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Social, de 7 de noviembre de 1995, Rec. 473/1995.

incumplimientos de los requisitos referidos al trabajador en las modalidades con ámbito subjetivo limitado, lo que ocurrirá particularmente en los contratos formativos⁴⁶, por ejemplo si se concierta un contrato para la formación con un licenciado en ciencias económicas, con el objeto de que el trabajador adquiera formación para el desempeño de tareas administrativas y de atención al público correspondientes a la categoría profesional de personal administrativo en un banco (sentencia del Tribunal Supremo, Sala Social de 18 de diciembre de 2000), o cuando se superan los periodos máximos de duración fijados de modo imperativo para la modalidad contractual utilizada, como ocurre en el caso del contrato eventual por circunstancias de la producción (sentencia del Tribunal Supremo, Sala Social, Sentencia de 21 de abril de 2004), o, finalmente por la falta de correspondencia entre el trabajo contratado y el efectivamente realizado (sentencia del Tribunal Supremo, Sala Social, de 11 de noviembre de 2011).

Pues bien, la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en la campaña sobre «fraude en la contratación» parte del objetivo de reducir la temporalidad mediante la comprobación de los elementos esenciales de cada una de las modalidades contractuales objeto de revisión, respecto de las empresas previamente seleccionadas por la Jefatura Provincial en función de su volumen de contratación «de acuerdo con las características sociolaborales de la provincia». Corresponde al funcionario actuante realizar una comprobación del cumplimiento de los elementos con-

figuradores de cada contrato, optando la Instrucción 3/2014 porque, en el caso de que no se cumplan las previsiones legales, se promueva el cumplimiento voluntario por la empresa a través de la formulación de un requerimiento, bien para convertir en indefinido el contrato temporal irregular, o bien, en su caso, para novar la modalidad contractual elegida en la que resulte procedente.

Si no se atiende el requerimiento, el acta de infracción que se extienda tendrá en cuenta dicha circunstancia como agravante (artículo 39.2 de la ley de infracciones). Además, considero que la actuación debería completarse con la comunicación de oficio a la Tesorería General de la Seguridad Social de la variación de datos en cuanto al código del contrato, como apunta el Criterio Técnico 95/2015.

Se opta así por promover el cumplimiento de la norma reduciendo la temporalidad, frente a la actuación propiamente sancionadora. Ahora bien, nada impide la extensión inicial de acta de infracción si se aprecian incumplimientos de la normativa de contratación distintos del fraude, en los términos antes señalados. Y nada impide la extensión del acta valoradas las circunstancias concurrentes (incumplimientos masivos, reincidencia en la actuación empresarial, entre otros).

4.3. El abuso en la contratación

Si la contravención consiste en la sucesión de contratos temporales durante más de veinticuatro meses en un periodo de treinta meses, en los supuestos que precisa el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, o si se supera el plazo máximo de duración de los contratos para obra o servicio determinado (artículo 15.1.a), la consecuencia es la transformación automática del contrato en indefinido, debiendo el empresario facilitar por escrito al trabajador, en los diez días siguientes al cumplimiento de los plazos indicados, un documento justificativo sobre su nueva condición de trabajador fijo de la empresa (artí-

⁴⁶ El Estatuto de los Trabajadores no contempla la presunción de indefinido de los contratos formativos celebrados en fraude de ley, lo que sí hace la normativa reglamentaria de desarrollo, esto es, el artículo 22 del Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativos (BOE de 9/04/1998), respecto al contrato en prácticas, y el artículo 14.3 del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual (BOE de 9/11/2011), respecto del contrato para la formación y el aprendizaje.

culo 15.9), suponiendo su incumplimiento una infracción tipificada como leve en el artículo 6.4.bis de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

En estos casos, la ley sanciona con la conversión automática del contrato en indefinido. La superación de los plazos que con claridad fija el artículo 15 (tres años para el contrato para obra o servicio determinado, en el apartado 1.a) y veinticuatro meses en un periodo de treinta meses, cuando se trate de dos o más contratos temporales, en el apartado 5) supone la transformación, por imperativo legal, del contrato temporal en indefinido. Por tanto, en estos casos, la única sanción posible por parte de la Inspección será la del incumplimiento por el empresario de la obligación de facilitar al trabajador el documento justificativo sobre su carácter de fijo.

En el mismo sentido que se ha apuntado más arriba, se podrá instar del empresario la regularización de la situación en el Sistema de Seguridad Social, pero entiendo que nada impedirá que se realice directamente la comunicación de variación de datos en cuanto al código del contrato, por el funcionario actuante.

Efecto distinto se contempla para los casos en los que se supere la duración del contrato temporal, sin que medie denuncia de las partes, continuando la prestación de servicios (artículo 49.1.c), sancionándose, con presunción *iuris tantum*, el carácter indefinido del contrato.

La actuación de la Inspección de Trabajo no resulta tan clara. En primer lugar, podría entenderse que estamos ante una infracción grave tipificada en el artículo 7.2, por transgresión de la normativa sobre contratos de duración determinada respecto a límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, o mediante convenio colectivo. Ahora bien, no parece procedente la sanción cuando se mantiene la prestación, al término del contrato, lo que en principio será en interés de ambas partes, empresario y trabajador, que no denunciaron su término. Mayor problema se

planteará en caso de controversia sobre el término del contrato, sobre todo porque el trabajador entienda que el contrato ha llegado a su fin (finalización de la obra o servicio) contra el criterio del empresario, que niegue la extinción. De mantener ambos su posición la extinción a instancias del trabajador constituirá una baja voluntaria, con el correspondiente perjuicio a efectos de las prestaciones de desempleo.

Y como el contrato se presume indefinido, dicho carácter se adquirirá desde que se llegó al término del contrato y continuaron prestándose servicios, por lo que, de estar clara dicha conclusión de la investigación realizada, habrá que regularizar la situación en el sistema de la Seguridad Social, mediante la modificación de la clave del contrato. Modificación que podrá instarse al empresario, si bien entiendo que nada impedirá que sea directamente comunicada por el funcionario actuante la variación de datos en cuanto al código del contrato, a la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para finalizar, conviene hacer alguna precisión en relación con algunos problemas que han venido planteándose en la práctica.

En primer lugar, en relación con la comunicación de oficio a la Tesorería General de la Seguridad Social de la variación de datos en cuanto al código del contrato. El artículo 5.3 del Reglamento de afiliación⁴⁷ obliga al empresario a comunicar, entre otras circunstancias, los datos de los trabajadores de la empresa que presenten especialidades en materia de cotización y las variaciones que se produzcan en los datos facilitados con anterioridad, previendo el artículo 20 que la Tesorería General realizará las actuaciones correspondientes para la toma de razón de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con las circunstancias a que se refiere

⁴⁷ Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (BOE de 27/02/1996).

el citado artículo 5.3, dando cuenta al empresario de su actuación a los efectos procedentes. Si bien la variación del código del contrato podría entenderse que encaja en aquellos que deben ser objeto de comunicación, conforme al citado artículo 5.3, sin embargo, no se recoge en los supuestos en los que expresamente se obliga al empresario a efectuar la comunicación, en el artículo 17.1 del citado Reglamento.

En segundo lugar, la posible objeción a efectuar de oficio la comunicación de variación de datos, entendiendo que la calificación jurídica del contrato se sustrae de la actuación inspectora, no se comparte. Así, en los supuestos de las cláusulas de conversión obligatoria de los artículos 15.1.a) (superación de tres años en el contrato por obra o servicio determinado) y 15.5 (encadenamiento de contratos), no se realiza ninguna calificación jurídica, sino una simple constatación de hechos (computo del tiempo contratado). Misma conclusión que, con carácter general, puede predicarse en el supuesto de la continuación de la prestación al término del contrato.

Pero además, cuando la Inspección tiene que hacer una valoración jurídica, como ocurre en el caso de existencia de fraude, dicha valoración deberá hacerla el funcionario para encajar la conducta empresarial en el tipo infractor del artículo 7.2 de la ley de infracciones, y comprobado el fraude a efectos de procedimiento sancionador, la Inspección está obligada, por el juego del artículo 20, en relación con el 5.3 del Reglamento de afiliación, a poner en conocimiento de la Tesorería General de la Seguridad Social, el efecto que para la actuación fraudulenta de la empresa recoge la legislación laboral, esto es, la conversión del contrato en indefinido. Esa misma valoración jurídica se realiza por el funcionario de la Inspección cuando ante una situación de falta de alta, y a la luz de los hechos comprobados, comunica de oficio el alta del trabajador a la Tesorería General de la Seguridad Social con un contrato indefinido y a jornada completa (código 100), «salvo que de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados

se deduzca claramente la duración temporal de los mismos», aplicando la presunción *iuris tantum* del artículo 15.2 del Estatuto de los Trabajadores.

5. CONCLUSIONES

El tortuoso devenir normativo en la pretendida lucha contra la elevada tasa de temporalidad, emprendida por los sucesivos Gobiernos desde el año 1994, quizás encuentre su fin, gracias a los pronunciamientos judiciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que vienen a considerar discriminatorias, y por tanto no ajustadas al ordenamiento comunitario, las diferencias en las condiciones laborales de extinción de los contratos temporales, en relación con los fijos.

Si esto es así, y dado que no hay muchas salidas normativas de futuro, en relación con los contratos temporales del artículo 15 de Estatuto de los Trabajadores, que agrupan más del 95 por ciento de la contratación temporal, es previsible que desaparezcan las diferencias fundamentales en el coste de la extinción, desapareciendo, con ellas, el principal atractivo que ha justificado el interés empresarial por las diversas modalidades de contratación temporal, forzando en fraude ley o con abuso, en no pocas ocasiones, la regulación legal.

Puede ocurrir, por tanto, que la lucha contra el fraude en la contratación deje de ser uno de los principales objetivos de la actuación inspectora, al perder su razón de ser, esto es, forzar la aplicación de la norma para obtener los beneficios de la misma, lo que previsiblemente reducirá la tasa de temporalidad, situándola en tasas más próximas a la media europea.

De cumplirse las premisas anteriores, entiendo que habrá que intensificar los esfuerzos de la Inspección de Trabajo en materia de control de la contratación, en los campos que día a día presentan la existencia de un más elevado nivel de incumplimiento, esto es, la contratación a tiempo parcial, especialmente por los perjuicios causados por la falta de co-

correspondencia entre la jornada contratada y la efectivamente realizada, y el contrato para la formación y el aprendizaje, así como los supuestos de cesión ilegal.

La argumentación anterior quizás no pueda mantenerse respecto del sector público, que aglutina un alto porcentaje de la contratación temporal, y en el que la razón del recurso al contrato temporal presenta otras peculiaridades, no solo económicas, y en el que influyen los principios de acceso al empleo público de igualdad, mérito y capacidad, dependiendo la

reducción de la temporalidad de otro tipo de decisiones.

Mientras tanto, la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en relación con los incumplimientos en materia de contratación, debería explorar las posibilidades que, respecto a la normativa de seguridad social, se pueden abordar en la lucha no sólo contra el abuso y el fraude en la contratación, sino también, en relación a las prácticas fraudulentas o abusivas respecto de la protección por desempleo.

RESUMEN

En el debate político sobre el mercado de trabajo es tema central y recurrente la referencia a las modalidades de contratación, en el que a pesar de las diferencias entre las distintas fuerzas políticas, se presenta la excepción de la coincidencia en la preferencia por la contratación indefinida, como instrumento portador de ventajas para empresas, trabajadores y sistema de Seguridad Social.

Preferencia recogida en la actual regulación legal de la contratación laboral que se inclina por el contrato indefinido frente al uso de la contratación temporal, reservada causalmente para los supuestos que la ley expresamente contempla, configurando, en la práctica, una presunción por la contratación con carácter indefinido.

No obstante, la realidad de los datos de nuestro mercado de trabajo pone de manifiesto, mes a mes, el recurso preferente por la contratación temporal en detrimento del principio de estabilidad en el empleo. Frente a esta realidad característica de nuestro mercado de trabajo y prolongada excesivamente en el tiempo, los sucesivos gobiernos han tratado de implementar reformas normativas para mejorar la utilización de la contratación temporal y medidas diversas para impulsar la contratación indefinida.

Y en este debate, se ha colado con intención de jugar un papel principal, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, reconociendo el derecho a indemnización de una trabajadora por la extinción de su contrato de interinidad, sentencia que ya ha empezado a tener sus consecuencias en el ámbito judicial, y que introduce nuevos elementos en la elaboración de la reforma de los contratos de trabajo que a buen seguro se abordará en la nueva legislatura.

A la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se ha confiado, tradicionalmente, la vigilancia y control del cumplimiento de la normativa sobre modalidades de contratación y lucha contra el fraude en la contratación, incorporándose actuaciones en los distintos planes y programas, lo que se institucionaliza con la ley de reforma del mercado de trabajo de 2010 y se refuerza con la ampliación de la competencia en la materia a los funcionarios del Cuerpo de Subinspectores Laborales, Escala de Empleo y Seguridad Social, tras la nueva ley de 2015.

Sin duda, la lucha de la Inspección de Trabajo y Seguridad frente al fraude en la contratación ha cosechado notables éxitos que se recogen en los sucesivos informes anuales, destacando en este campo de actuación la corrección de la deficiencia, mediante la transformación de contratos inicialmente temporales en indefinidos, frente a la tradicional función sancionadora del sistema de inspección.

En el presente artículo, partiendo de la regulación legal de la contratación temporal y de los instrumentos normativos a favor de la contratación indefinida, ampliamente reformados en el tiempo, y precisados por la interpretación de los órganos judiciales, se analiza, por un lado, la incidencia del principio de no discriminación de la Directiva 1999/70/CE, conforme a la reciente interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y, por otro, los procedimientos de actuación de la Inspección de Trabajo en la lucha contra el fraude en la contratación temporal, distinguiendo los diversos supuestos de incumplimiento de la normativa de contratación, y señalando los aspectos en los que está actuación cosecha resultados positivos y las carencias del sistema que dificultan una actuación más eficaz.

Palabras clave: Contratación temporal, Fraude, Inspección de Trabajo, Temporalidad, Abuso y No discriminación.

ABSTRACT References to recruitment models are a key and recurring issue in the political debate on the labour/ market. Despite differences among different political forces, preference for open-ended contracts is presented as an exceptional agreement leading to benefits for companies, workers and the Social Security system.

This preference is included In the current legal regulation of labour recruitment which is in favour of open-ended contracts instead of temporary contracts, which are causally reserved for cases expressly provided by the law, presuming, in practice, the permanent character of the contract.

However, real data of our labour market show a steady preference for temporary contracts at the expense of the principle of labour stability. Faced with this reality, which is characteristic of our labour market and which has been extended for too long, consecutive governments have tried to implement regulatory reforms to improve the use of temporary contracts and several measures to promote open-ended contracts.

The Judgment of the Court of Justice of the European Union of 14 September 2016 has sneaked in so as to play a major role in this debate by recognizing the right to compensation of a worker for the termination of her temporary contract Such judgment has already begun to have its impact on Judicial grounds, and introduces new elements in the development of the reform of employment contracts that will certainly be addressed in the new legislature.

Traditionally, Labour and Social Security Inspection has been responsible for the surveillance and control of regulations concerning contract modalities and for fighting against fraud In hiring, by means of different plans and programs, which was institutionalized with the 2010 labour market reform law and reinforced by the extension of the competence In this matter to civil servants of the body of Deputy Labour Inspectors, Employment and Social Security, following the 2015 law.

No doubt, the struggle of Labour and Social Security Inspection against fraud in hiring has been remarkably successful, as included in consecutive annual reports, highlighting the correction of the deficiency, by transforming former temporary contracts into open-ended ones, compared to the traditional sanctioning function of the inspection system.

This article takes its starting point from the legal regulation of temporary contracts and regulatory instruments in favour of open-ended contracts, which have widely been amended all this time and specified by the interpretation of the courts. On the one hand, it also analyses the effect of the principle of non-discrimination included In Directive 1999/70 / EC, in accordance with the recent interpretation of the Court of Justice of the European Union, and on the other hand, the procedures of the Labour inspectorate in the fight against fraud of temporary contracts, making a distinction between several infringements of the regulation about contracts and underlining those areas where these procedures are being successful as well as system deficiencies that do not permit more effective actions.

Keywords: Temporary contracts, fraud, labour Inspection, temporary Jobs, abuse and non-discrimination.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las políticas de igualdad

Labour and Social Security Inspection and its involvement in equality policies

JUAN DE DIOS FERNÁNDEZ LUPIÁÑEZ*

1. MARCO NORMATIVO Y CONCEPTOS GENERALES

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS en adelante) se configura por la legislación como el órgano encargado de velar por el cumplimiento de la normativa socio laboral, en un muy amplio sentido, y así se recoge en la Ley 23/2015, de 21 de Julio, Ordenadora del Sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE del 22).

Con motivo de la promulgación de la Ley 23/2015 se edita esta publicación, en la que se abordan distintos aspectos en los que incide la actuación inspectora, siendo relevante el relativo a su implicación en la defensa de la igualdad y la lucha contra las situaciones de discriminación.

El principio de igualdad ante la Ley, y la prohibición de situaciones y conductas discriminatorias está recogida en numerosas normas y tratados internacionales, tanto en el

marco de la ONU, como de la Unión Europea, Organización Internacional del Trabajo, con traslación al Derecho Interno. Y más específicamente se han celebrado distintas Conferencias Mundiales de la Mujer.

En este contexto, en Derecho Interno se hace referencia siempre como norma cardinal al artículo 14 de la Constitución Española de 27 de Diciembre de 1978.

De forma sobresaliente, desde los últimos 10 años aproximadamente, la relevancia y atención a las políticas de igualdad, en el marco de las relaciones laborales, ha adquirido un protagonismo, cada vez mayor. No se trata de una materia novedosa, pues la prohibición de desigualdades y discriminaciones, está consagrada en el artículo 14 de la Constitución Española y en distintos Instrumentos Internacionales, pero sí es obligado reconocer que se incide más desde hace unos años recientes.

Es muy frecuente que los aspectos de igualdad se limiten a los relacionados por razón de sexo o género, desigualdades entre hombres y mujeres, desfavorables para el sexo femenino, y, particularmente, en el aspecto retributivo. Y es lo que se suele recoger en los medios de

* Inspector de Trabajo y Seguridad Social.

comunicación. Y muy especialmente, con ocasión de fechas señaladas, como el 8 de Marzo de cada año (Día Internacional de la Mujer).

Se olvida con ello que la igualdad ha de abordarse en otros muchos aspectos, y no limitarse al sexo. En la ITSS se aborda también respecto de las materias de Extranjería y Discapacidad.

La legislación básica específica en la materia es la siguiente:

- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de Marzo, de Igualdad Efectiva entre Hombres y Mujeres.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de Noviembre, que aprueba el Texto refundido de la Ley General de derechos de personas con discapacidad y su inclusión social.

Pero lo que se ha venido en denominar «*políticas de igualdad*» es un concepto que puede tener un diverso significado según el prisma desde el que se considere, lo que ocurre también en otras materias en las que incide la ITSS (ejemplo, qué debe entenderse por «*economía sumergida*»).

Es preciso, pues, determinar en primer lugar qué debemos entender, desde el punto de vista de la ITSS por *políticas de igualdad*.

El ámbito de actuación se refiere, en este aspecto concreto, a 3 colectivos, a cuyo desarrollo nos centraremos:

- Mujeres.
- Discapacitados.
- Extranjeros.

Así pues, las desigualdades en el mundo de las relaciones laborales por razón de sexo

(o género como otros le llaman también), de discapacidad o de nacionalidad son aquéllas en las que se interviene.

Resulta obligado advertir desde el primer momento, que aunque son temas en los que vemos comentarios en los medios de comunicación, quejas y reclamaciones sindicales y de colectivos propios, la estadística de denuncias en la ITSS es mayor en otras áreas. Pareciera como si se sacara a la voz pública el descontento por estas situaciones de desigualdad, pero de forma genérica, y desconociendo realmente situaciones de hecho, pues, en otro caso, no se entiende esta casi absoluta ausencia de reclamaciones ante la ITSS.

Y el origen de las actuaciones de la ITSS, sabido es, no es exclusivamente la denuncia, sino también la actuación programada, y las iniciativas. Por tanto, puede afirmarse que se interviene más de oficio, y no a instancia de parte, sean trabajadores y trabajadoras, organismos oficiales (como los Institutos de la Mujer o de Igualdad del Estado y de las CCAA, Ayuntamientos), sindicatos, organizaciones no gubernamentales, de extranjería, colectivos feministas, o asociaciones en general.

Reseñar desde un primer momento, que aunque la ITSS suele ser considerada y valorada casi exclusivamente por su aspecto represivo o sancionador, en esta materia, la faceta de impulsar y requerir a la superación de situaciones injustas y discriminatorias, con resultados positivos sin necesidad de recurrir a la imposición de multas, arroja resultados muy favorables.

Específicamente, ya el artículo 1.5 de la Ley 23/2015, al enumerar la normativa objeto de vigilancia por la ITSS establece como tal: *Las normas del orden social a que hace referencia el párrafo anterior comprenden las relativas a materias laborales, de prevención de riesgos laborales, de seguridad social y protección social, colocación, empleo, formación profesional para el empleo y protección por desempleo, economía social, emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranje-*

ros, **igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el empleo**, así como cuantas otras atribuyan la vigilancia de su cumplimiento a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

En cuanto a las medidas derivadas de la actuación inspectora, con independencia de la formulación de los requerimientos y actas de infracción que se consideren procedentes, se ha de tener en cuenta lo previsto en el artículo 148 c) de la Ley de la Jurisdicción Social, que regula los procedimientos de oficio, y dispone que:

«El proceso podrá iniciarse de oficio como consecuencia:

*c) De las actas de infracción o comunicaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social acerca de la constatación de una **discriminación por razón de sexo** y en las que se recojan las bases de los perjuicios estimados para el trabajador, a los efectos de la determinación de la indemnización correspondiente.*

*Igualmente se iniciará el procedimiento como consecuencia de las correspondientes comunicaciones y a los mismos efectos en los supuestos de discriminación por **razón de origen racial o étnico, religión y convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual u otros legalmente previstos.**»*

Pasamos ya a explicar la intervención de la ITSS en los aspectos mencionados.

2. DISCRIMINACIONES POR RAZÓN DE SEXO

Tras la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva entre Hombres y Mujeres, por la Dirección General de la ITSS se aprobó el denominado *«Plan de actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2008/2010, para la vigilancia en las empresas de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres»*, y una vez fina-

lizado el mismo, se han proseguido todos los años siguientes las actuaciones inspectoras, si bien estableciendo nuevos criterios, partiendo de las enseñanzas obtenidas de la ejecución de los planes y campañas desarrolladas, organizando cursos de formación para Inspectores e Inspectoras, pues la especialización es importante en esta materia, como en otras que se podrían citar (prevención de riesgos laborales, contratación, Seguridad Social, empleo irregular, etc).

Se trata de una materia laboral, cuya competencia en materia de inspección corresponde a la ITSS, pero que en el marco de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, corresponde a éstas. Pero las Autoridades Laborales de las CCAA programan inspecciones, actuaciones que se cuantifican por materias, y que son coordinadas posteriormente con la Autoridad Central de la ITSS.

Y tanto el Estado como las CCAA tienen en sus respectivas estructuras administrativas algún Órgano encargado de estas materias (normalmente reciben la denominación de «Instituto de la Mujer» o «Instituto de Igualdad»), puede reseñarse que se tienen suscritos convenios de colaboración y se hace seguimiento conjunto. Evidentemente, las situaciones de violencia física merecen la atención prioritaria y preferente, pero los aspectos laborales no deben olvidarse.

En la actualidad, la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ya ha señalado que, lejos de configurarse como un asunto que pueda estar sujeto a programaciones discontinuas, las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de Igualdad y no discriminación por razón de sexo constituyen un área de actuación permanente de la materia de Relaciones Laborales, dentro de la programación anual de las Inspecciones de Trabajo de todas las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de que eventualmente y dentro de esta actuación permanente puedan planificarse campañas temporales sobre áreas o materias concretas o

aspectos concretos de la legislación en materia de igualdad.

Junto a la actividad rogada (denuncias, petición de informes de otras Administraciones o de los Juzgados) se mantiene de manera permanente una actividad programada, estableciendo criterios de selección de las empresas a seleccionar.

La actividad inspectora en general se centra en los programas siguientes:

- Por razón de género (sexo):
 - a. Acceso al empleo
 - b. Condiciones de trabajo:
 - i. Salarios
 - ii. Conciliación vida familiar y laboral
 - iii. Promoción profesional
 - c. Acoso sexual y por razón de sexo
 - d. Negociación colectiva
 - e. Prevención de riesgos laborales
 - f. Planes de Igualdad

Y a estos efectos de actividad permanente y programada, se fijan cada año, para cada Inspección Provincial, un número determinado de actuaciones en cada uno de los aspectos citados, y ello con independencia de la actividad rogada.

Entrando ya en cada uno de los puntos referidos, expondremos los aspectos en los que se incide:

2.1. Discriminación en el acceso al empleo

Las actuaciones inspectoras tienen por objeto el control de la existencia de ofertas de empleo discriminatorias. Se centran en cualquier empresa con independencia de su tamaño y sector productivo.

Y están dirigidas a:

- a) Ofertas individuales de empresas en prensa, medios de comunicación en general e internet.
- b) Ofertas de empresas de trabajo temporal: Las actuaciones se refieren a dichas ETTs y a las empresas de las que trasladan las ofertas.
- c) Comunicaciones de los gestores de intermediación laboral.

Resulta necesario también establecer criterios acerca de cuándo se considera que se da una oferta discriminatoria. En ese sentido, resulta aconsejable la utilización del término «neutro» en la calificación de los criterios de acceso al empleo, para, al menos garantizar la posibilidad de presentarse candidatos de uno y otro sexo a cualquier oferta de empleo, teniendo en cuenta el concepto de oferta discriminatoria previsto expresamente en el artículo 35 de la Ley de Empleo (Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de Octubre), que establece expresamente:

1. Los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación en la gestión de la intermediación laboral deberán velar específicamente para evitar la discriminación tanto directa como indirecta en el acceso al empleo.

Los gestores de la intermediación laboral cuando, en las ofertas de colocación, apreciasen carácter discriminatorio, lo comunicarán a quienes hubiesen formulado la oferta.

2. En particular, se considerarán discriminatorias las ofertas referidas a uno de los sexos, salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar.

En todo caso se considerará discriminatoria la oferta referida a uno solo de los sexos basada en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico.

La primera problemática a tener en cuenta a la hora de seleccionar las ofertas de empleo posiblemente discriminatorias es que en la

Lengua Española, en la mayoría de las ocasiones, el término neutro coincide con el género masculino (la mayoría de las categorías profesionales cuando se utilizan en masculino, pueden referirse a los dos sexos, no así cuando se utilizan en femenino).

Por ello es frecuente (aunque no es exigible) que las empresas en sus ofertas hagan referencia a los dos géneros (camarero/a, limpiador/a). Ello es importante resaltarlo, pues en la actualidad la mayoría de las categorías consignadas en masculino no excluyen a las mujeres pues es criterio reiterado de la Real Academia Española que el término masculino coincide con el neutro, por lo que podría suponer una extralimitación en las actuaciones inspectoras.

Teniendo en cuenta tal limitación del lenguaje, se pueden seleccionar aquellas empresas que realizan sus ofertas aludiendo al puesto de trabajo ofertado «en femenino» (limpiadora, dependienta... pues en estos casos sí se excluye al sexo masculino); y estudiar aquellas ofertas que se menciona el puesto de trabajo en masculino (y que, como ya se ha referido, en principio abarcaría ambos géneros) pero se corresponde con sectores o categorías profesionales actualmente «masculinizadas» (ejemplo: mecánico, soldador, fontanero,...). En estos últimos casos se ha de ir más allá y analizar si en las condiciones de la oferta se exige además la pertenencia de los candidatos al sexo masculino.

Más difícil resulta, como ya se ha comentado, encontrar ofertas en las que se excluyen a las mujeres, pues en castellano, generalmente, el masculino también es neutro, salvo que en los requisitos o descripción de la oferta se haga expresamente referencia a los hombres. Algunos buscadores de Internet permiten indicar una palabra clave, que introduciendo por ejemplo la palabra «varón» u «hombre» seleccionan las ofertas en las que se exige como requisito a los candidatos pertenecer al sexo masculino.

Con independencia de lo expresado, al analizar estadísticas de contrataciones, puede advertirse que éstas se centran en hombres y no en mujeres, por lo que la justificación a tal proceder ha de ser objetiva. Sin que quepa desconocer que algunos sectores y oficios están masculinizados o feminizados, siendo difícil que trabajadores de otro sexo accedan o quieran acceder a los mismos. Costumbre, afortunadamente, en superación.

En cada programación anual se incluye el número mínimo de inspecciones a practicar, sectores de actividad, tamaño de plantilla.

2.2. Discriminación en las condiciones de trabajo

2.2.1. Salarios

Se trata de dar cumplimiento al mandato de la Disposición Adicional 16ª de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, de incluir en el Plan Integrado de Actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, con carácter de objetivos de alcance general, un plan específico en materia de discriminación salarial entre mujeres y hombres. En relación al principio general establecido en el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores, de igual salario por trabajos de igual valor.

Como antes se apuntó, es el asunto que más se destaca, con diferencia. Y las estadísticas demuestran que es una realidad, y ya los autores, economistas, sindicatos, dan porcentajes de infra retribución.

Y aunque por tanto es un hecho admitido de forma general, surge la complicación de seleccionar las empresas en las que se opera la desigualdad, a cuyo efecto la ITSS dispone de mecanismos que permiten filtrar los datos de los salarios declarados de los trabajadores en función de su sexo y relacionarlo con el grupo profesional para poder planificar las actuaciones en la materia, que permite listados de

empresas con distinción de los importes de las bases de cotización entre hombres y mujeres. Como las cotizaciones lo son en función del salario, ello se puede utilizar para filtrar posibles empresas incumplidoras.

En todo caso, se requiere la comprobación e inspección, pues no es infrecuente en algunos sectores productivos, que la contratación a tiempo parcial se concentre en mujeres, con menores salarios; o bien que determinados puestos mejor retribuidos sean ocupados por hombres, tal y como se da en la industria o la construcción, en tanto que las mujeres ocupan más trabajos en el sector servicios, con inferiores salarios.

Otras veces la existencia de discriminaciones de tipo salarial por razón de sexo deviene de abonarse a trabajadores hombres complementos salariales de carácter voluntario o dietas o compensaciones de gastos, que no son abonados a las mujeres de manera injustificada.

En cada programación anual se incluye el número mínimo de inspecciones a practicar, sectores de actividad, tamaño de plantilla.

2.2.2. Conciliación vida familiar y laboral

Se trata de comprobar el respeto de los derechos contemplados en el Estatuto de los Trabajadores: permisos y licencias, reducciones de jornada, horarios, excedencias.

En esta materia hay dificultad para planificar la actividad inspectora, por lo que las empresas a inspeccionar lo son por las denuncias que se reciben. Y de forma genérica controlando supuestos que se hayan dado en el año, con consulta a los departamentos de RRHH y representantes legales de los trabajadores.

2.2.3. Promoción profesional

No es infrecuente al estudiar la estructura organizativa de una empresa, apreciar que los puestos directivos y mandos intermedios se ocupan por hombres y no por mujeres.

Ello ha querido justificarse por la más tardía incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo. Pero esta explicación, en la actualidad, no tiene valor.

Ha habido actuaciones inspectoras en las que se ha demostrado que habiendo sido contratados simultáneamente determinado número de trabajadores y trabajadoras, pasado un tiempo, a resultas de ascensos, en la parte superior de la pirámide directiva, los puestos se ocupan mayoritariamente por hombres. No es justificación admisible que ello viene determinado por posibles incompatibilidades horarias y motivos familiares.

En estos casos, como en la mayoría de los supuestos de discriminación, para su comprobación ha de acudir a la prueba estadística (porcentajes en relación a totales), como medio para detectar la discriminación, normalmente indirecta más que directa.

2.3. Acoso sexual y acoso discriminatorio por razón de sexo

Las actuaciones inspectoras se centran en acosos sexuales con independencia de que el sujeto que lo realice sea el empresario u otro trabajador de la empresa (e incluso terceros, como pueda ser un cliente de la empresa), estando establecido por la DG ITSS la inmediatez y urgencia en la visita de inspección, y la atención personalizada a la víctima de tal conducta.

No son frecuentes las actuaciones, pues son muy escasas las reclamaciones y denuncias, ante el temor de la trabajadora objeto de tales prácticas y la ausencia de testigos.

Ha de distinguirse el «*acoso sexual*» de aquellas conductas que cabe denominar como «*acoso por razón de sexo*», comportamientos realizados en función del sexo de la persona (normalmente mujeres), y que atentan contra su dignidad. Las estadísticas demuestran que son mucho más numerosos los casos de acoso moral en el trabajo sufridos por trabajadoras, y ello precisamente por razón de ser mujeres.

Además de las investigaciones de las denuncias que pudieran formularse, la selección de empresas se lleva a cabo siguiendo como criterios:

a) Empresas con actuaciones inspectoras anteriores, cualquiera que fuera el resultado, si se trató de comprobaciones en materia de acoso sexual.

b) Empresas incluidas en el campo de aplicación de convenios colectivos que establezcan cláusulas en las que se obligue a establecer medidas para prevenir el acoso sexual o por razón de sexo.

c) En el caso del acoso por razón de sexo se seleccionan las empresas en función de:

- Información del INSS sobre bajas por maternidad para revisar si se mantienen las condiciones de trabajo tras su reincorporación.

- Información de organismos autonómicos de conciliación, sobre demandas con alegaciones de despidos, sanciones o modificación de condiciones de trabajo, u otras medidas empresariales vinculadas a conductas discriminatorias.

- Información de Juzgados de lo Social sobre sentencias declarando la nulidad de despidos a trabajadoras por discriminatorios.

2.4. Negociación colectiva

En relación con los convenios colectivos, la revisión constante de los publicados en los boletines oficiales correspondientes permitirá alcanzar un doble objetivo:

- Por un lado conocer de aquéllos que establezcan obligaciones para las empresas en materia de planes de igualdad o para prevenir el acoso sexual, lo que conduce a seleccionar empresas para la actividad planificada en esas materias.

- Control de la existencia de cláusulas discriminatorias. A tal fin, se han establecido fórmulas de colaboración con las Autoridades Laborales de las Comunidades Autónomas a fin de que, si lo consideran oportuno, con carácter previo a su publicación se remita a la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social un determinado número de convenios colectivos, a efectos de que se realice por ésta un informe urgente acerca de la presencia o no de dichas cláusulas discriminatorias.

2.5. Prevención de riesgos laborales

Las inspecciones permiten comprobaciones en relación con los siguientes aspectos:

- Si el Plan de Prevención contiene referencias a la protección de la maternidad de acuerdo con el art. 26 LPRL.

- Si en la evaluación de riesgos se contempla lo relativo a los riesgos para la reproducción, embarazo y lactancia.

- Si se lleva a cabo la vigilancia de la salud durante la gestación y la lactancia.

- Control de exposiciones a factores químicos, físicos o biológicos, en trabajos prohibidos o con limitaciones

- Adaptaciones de puesto de trabajo en función del estado de gestación.

- Si en la empresa ha habido solicitudes de declaración de riesgo durante el embarazo y por la empresa se han cumplido sus obligaciones reglamentarias en los procedimientos de reconocimiento de las prestaciones por riesgo durante el embarazo.

- Cómo afectan las enfermedades profesionales a las mujeres en la empresa.

- Análisis de las enfermedades relacionadas con el trabajo, aunque no tengan la calificación de profesionales, y como afectan a las mujeres (estrés, depresiones, etc.), teniendo en cuenta aspectos como el número de bajas, duración de las mismas, incidencia estadística,

puestos de trabajos afectados en las empresas, u otros similares.

2.6. Planes de Igualdad

– Una parte de las inspecciones están dirigidas a realizar comprobaciones de que las empresas hayan elaborado los planes de igualdad o, si se trata de empresas de menos de 250 trabajadores hayan adoptado medidas de igualdad.

– Otra parte a realizar seguimiento de aquellas empresas a las que se haya realizado con anterioridad un requerimiento para la elaboración de planes o de medidas de igualdad.

– Una tercera parte restante tiene por objeto el seguimiento de su implantación y ejecución (empresas sin representación, con peor diagnóstico previo, etc.), y la adopción de las medidas correctoras previstas.

Para la elaboración del Plan de igualdad ha de partirse del diagnóstico, herramienta clave para la detección de posibles desigualdades en los aspectos antes enunciados (acceso al empleo, contrataciones, discriminación salarial, promoción profesional).

Debe tenerse en cuenta que la adopción por las empresas de determinadas medidas se considera una obligación de carácter indivisible, con independencia de que tenga centros de trabajo en más de una Comunidad Autónoma.

2.7. Colaboración con la ITSS

- De los Servicios de Conciliación y Arbitraje, remitiendo demandas de conciliación presentadas alegándose discriminación por razón de sexo por los trabajadores demandantes, tanto si hubo conciliación como si no.

- De los Servicios de Conciliación y Arbitraje, demandas con alegaciones de despidos, sanciones o modificación de condiciones de

trabajo u otras medidas empresariales vinculadas a conductas presumiblemente discriminatorias.

- Selección por la Autoridad Laboral de los convenios colectivos a remitir a la Inspección con carácter previo a su publicación en el Boletín Oficial correspondiente, a fin de controlar la posible existencia de cláusulas discriminatorias.

- Servicios públicos de empleo y gestores de intermediación laboral, ofertas de empleo que se consideren discriminatorias.

- Coordinación con los jueces decanos de los Juzgados de lo Social, a fin de recabar de los mismos que se dé traslado a las Inspecciones aquellas sentencias condenatorias relacionadas con medidas discriminatorias de las empresas por razón de sexo, acoso sexual o por razón de sexo o cualquier otra materia.

2.8. Participación de los representantes de los trabajadores

En relación con todas las materias en las que se desarrolla la actividad inspectora, adquiere una especial importancia como fuente de información acerca de las posibles situaciones discriminatorias, la que pueden proporcionar los representantes de los trabajadores en las empresas, por lo que es buena práctica inspectora solicitarles dicha información, con ocasión de la visita de inspección, en relación con las distintas materias: acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo, prevención del acoso sexual y por razón de sexo.

2.9. Protocolos, guías y modelos

Con objeto de obtener la mayor uniformidad posible en las actuaciones inspectoras en las distintas materias, en relación

sobre todo con los criterios interpretativos respecto de las obligaciones impuestas a las empresas por la LO 3/2007, en particular en relación con los planes de igualdad, su contenido, y las comprobaciones sobre contenido discriminatorio de los convenios colectivos, se elaboraron por la DG ITSS una serie de documentos:

- Manual para el diagnóstico y tratamiento de las situaciones de discriminación en las empresas.
- Contenido mínimo de los Planes de Igualdad y metodología para su implantación, evaluación y seguimiento.
- Guía para la revisión de los convenios colectivos desde la perspectiva de género.
- Orientaciones para la actuación inspectora en el control de ofertas de empleo discriminatorias realizadas por empresas de trabajo temporal.

2.10. Actuaciones preferentes

Los jefes de las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social han de dar carácter prioritario, en la programación de servicios para la acción inspectora, a las actuaciones en cualquiera de las materias que formen parte de la actividad rogada, lo que incluye a las denuncias, órdenes superiores, petición razonada de otros órganos administrativos o petición de informe por Juzgados y Tribunales de Justicia.

Las comprobaciones correspondientes a las denuncias que se presenten sobre supuestos incumplimientos de la normativa de igualdad, se deben iniciar en el plazo máximo de 7 días desde que tuvo entrada en el registro de la correspondiente Inspección la denuncia o la petición de que se trate. Las actuaciones referidas a denuncias sobre acoso sexual o denuncias que hagan referencia a posibles riesgos para la maternidad se iniciarán en el plazo de 24 horas.

Se tramitan las denuncias relacionadas con las materias citadas, con independencia de que coincidan con asuntos de los que esté conociendo el Orden Jurisdiccional Social cuando las medidas adoptadas por la empresa (despidos, extinciones de contratos, traslados, movilidad no justificada, mermas retributivas u otros similares) se fundamenten en otras causas, aunque pudiera sospecharse que se encubren razones vinculadas con el sexo o con la situación de embarazo o lactancia.

3. DISCRIMINACIONES POR RAZÓN DE EXTRANJERÍA

Es una materia a la que se ha dedicado menor incidencia que las referidas a las desigualdades por razón de género, pero el importante porcentaje de trabajadores extranjeros, particularmente no comunitarios en el caso de por cuenta ajena, hacían necesaria una implicación y dedicación por la ITSS, aunque lo fuera de oficio.

Es evidente que en caso de trabajadores extranjeros, el recurso a la denuncia es infrecuente, que se acrecienta en caso de trabajadores en situación irregular.

Y es necesario comprobar conductas discriminatorias, ante el comentario generalizado de que a los trabajadores extranjeros se les paga menos, o que se accidentan más, o que realizan jornadas de trabajo muy superiores a las de los trabajadores nacionales españoles.

Por ello, cada año, el Plan Integrado de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social incluye en la materia «Empleo y Relaciones Laborales» actuaciones en materia de **«condiciones discriminatorias de inmigrantes»**.

Dicho Programa tiene su origen en el 2º Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2011-2014, aprobado por el Gobierno a instancia de la Secretaría de Estado de Inmigración en el que, entre otras acciones o medidas,

se dispuso que *«se solicitará a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social llevar a cabo actuaciones para controlar y perseguir todas aquellas situaciones en las empresas que puedan ser constitutivas de discriminaciones de carácter racial o xenóforo»*.

Desde un punto de vista normativo, España está obligada a garantizar unos parámetros de igualdad, que están consagrados tanto en normativa de carácter internacional, normativa emanada de la Unión Europea y normativa nacional española.

Un primer nivel estaría integrado por la normativa internacional emanada de una forma multilateral dentro del ámbito de organizaciones internacionales de cooperación como pueden ser desde un punto de vista universal: la ONU, la OIT (Convenios como el 19, 97, 100 y 157), o desde un punto de vista regional (el Consejo de Europa, del que habría que destacar la Carta Social Europea).

En cuanto a la normativa de la Unión Europea, es necesario resaltar los artículos 136 y 137 del Tratado de la Unión Europea; la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, aprobada en el Consejo Europeo de Estrasburgo de 1.989; los Reglamentos sobre libre circulación de trabajadores dentro de la UE, y sobre Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena y sus familias desplazadas dentro de la Comunidad. Y las Directivas 2.000/78/CE, de 27 de Noviembre de 2.000 del Consejo, sobre establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; y la Directiva 2.000/43/CE, de 29 de Junio de 2.000 sobre aplicación de principio de Igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

Por último estaría la propia normativa nacional española en sentido estricto. En este sentido es de aplicación, la CE 1978, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social; la Ley 12/2.009, de 30 de Octubre, reguladora del derecho de asilo

y de la protección subsidiaria; el art.4.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Las Inspecciones de Trabajo y Seguridad Social desarrollan las actuaciones inspectoras pertinentes para comprobar la posible existencia de situaciones discriminatorias directas o indirectas, o el acoso por razón de origen racial o étnico, con infracción de lo previsto en los artículos 4.2 c) y e) del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.

No se trata, pues, de unas inspecciones en materia de empleo irregular, sino que están dirigidas a trabajadores extranjeros, sean procedentes de la Unión Europea o de otros países, pero cuya situación en España está regularizada por contar con autorización administrativa para trabajar.

Las actuaciones de comprobación a realizar por cada Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social en este ámbito, son muy inferiores a las programadas en materia de género o discapacidad.

Se fijan unos parámetros para la selección de empresas, en función de sus plantillas, número de contratos temporales o a tiempo parcial (concentrados en los trabajadores extranjeros existiendo además en las mismas empresas trabajadores de nacionalidad española con contratos indefinidos a tiempo completo).

Pero los indicios de las situaciones discriminatorias se pueden presentar en la gran mayoría de los ámbitos de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Por ello, la actuación inspectora debe tener un carácter integral, sin centrarse en ningún ámbito específico, tratando de detectar la posible presencia de condiciones discriminatorias dentro de las relaciones laborales de los trabajadores inmigrantes.

Las situaciones discriminatorias se producen principalmente en las siguientes materias:

En el ámbito de la normativa de relaciones laborales: infracciones en materia de tiempo de trabajo; transgresión de la normativa de contratos; salarios y recibos de salarios.

En el ámbito de la normativa de seguridad social: infracciones por diferencias de cotización; afiliación y alta de trabajadores por cuenta ajena.

En el ámbito de la normativa de prevención de riesgos laborales: infracciones en materia de formación e información de trabajadores; vigilancia de la salud; evaluación de riesgos.

Mucho menor en número es el ámbito de actuación en relación a la normativa de «*arraigo laboral*» de ciudadanos extranjeros, pues las previsiones normativas recogen esta figura, pero es mucho más frecuente que los ciudadanos que se encuentran en situación irregular acudan a la vía del arraigo social, y legalización de su situación administrativa en España por acreditar simplemente os períodos de residencia que se prevén.

Y afortunadamente en nuestro país, salvo casos aislados que han sido sancionados, en actuaciones conjuntas con las Fuerzas de Seguridad, son testimoniales las inspecciones en materia de «*trata de seres humanos*» que tenían como víctimas a trabajadores extranjeros.

4. DISCRIMINACIONES POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD

Se trata de una materia habitualmente también presente en los medios de comunicación. Y que, ante la ausencia de actividad rogada, exigía la intervención de la ITSS, pues no debe olvidarse que se trata de un colectivo especialmente castigado en el acceso al empleo, lo que motiva acciones de discriminación positiva contenidas en legislación, entre las que debemos destacar los contratos de fomento de empleo, medidas fiscales, adaptaciones de puestos de trabajo, unidades de trabajo con apoyo.

La normativa laboral y de Seguridad Social en materia de trabajadores o pensionistas

discapacitados es muy amplia y diversa, y la más recientes precisamente el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de Noviembre, que aprueba el Texto refundido de la Ley General de derechos de personas con discapacidad y su inclusión social, que vino a sustituir a la ya vetusta Ley 13/1982, de 7 de Abril, de Integración social de Discapacitados.

La Ley se perfila tiene vocación de abordar la discapacidad con transversalidad, pero en los aspectos sociolaborales no ofrece grandes novedades en relación a la norma anterior citada.

Y, entre las medidas de mayor relevancia en materia de discapacidad, introducida en 1982, y con un carácter muy específico, destaca la obligación de reserva del 2% de puestos de trabajo para discapacitados en las empresas que tengan 50 ó más trabajadores.

En este contexto, y también desde hace unos 10 años, aunque la normativa era muy anterior, se incluyeron en los programas de actuación de la ITSS la fijación numérica de actuaciones por Inspecciones provinciales. Sin embargo, y dado que nos encontramos ante una obligación de cumplimiento anual, la verificación de su observancia exige la planificación de inspecciones de forma que permitan un control con dicha periodicidad anual, pues en otro caso, en función del número de empresas en cada territorio provincial, y del número de funcionarios actuantes, cabe la posibilidad de que la empresa puede escapar al examen.

La dificultad en esta materia se acrecienta porque la legislación adolece de precisión y concreción en cuanto a los requisitos, y particularmente es criticable la ausencia del principio de proporcionalidad entre la inobservancia y la sanción aplicable, pues la LISOS tipifica la infracción como grave, de donde resulta que, violando dicho principio general del derecho administrativa sancionador, pueda resultar preferible a las empresas la sanción administrativa que el cumplimiento de la norma, bien mediante la contratación efectiva de trabajadores discapacitados, bien mediante el

recurso a las medidas alternativas (contratos civiles o mercantiles con centros especiales de empleo, donaciones, enclaves laborales), que la legislación habilita.

Las inspecciones que se vienen practicando han permitido que la inserción laboral de discapacitados se haya incrementado notoriamente, y la práctica demuestra que la mayor incidencia de la ITSS en este asunto ha determinado un porcentaje notorio de cumplimiento.

Y, como consecuencia, han proliferado los centros especiales de empleo, lo que es loable, pues permiten la colocación de discapacitados. Pero que, al tener importantes ayudas y subvenciones, exigen un seguimiento para evaluar el destino de las medidas alternativas, y que éstas respondan a la finalidad de la norma. Y sin olvidar que no deben limitarse a la colocación, sino que han de cumplir obligaciones en materia de reinserción y formación profesionales. Y contar con los preceptivos recursos personales para las medidas de ajuste personal y profesional de los trabajadores. En este punto tampoco debe olvidarse que el empleo ordinario en empresas ordinarias es el que el legislador considera como preferente, habiéndose detectado un cierto desvío hacia el empleo protegido que protagonizan los centros especiales de empleo.

No debe olvidarse respecto de este colectivo, con ocasión de las actuaciones inspectoras, la fiscalización de la normativa de prevención de riesgos laborales, aspecto que no ha sido tratado prácticamente en los numerosísimos estudios doctrinales que han seguido a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, pero por cuyo cumplimiento vela la ITSS.

Demostración de esta atención de la Inspección de Trabajo y SS al colectivo de discapacitados es la publicación por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y SS del Criterio Técnico número 98/2016, de 24 de junio, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, y la Instrucción 5/2016

sobre Planificación y desarrollo de actuaciones en esta área.

5. ESTADÍSTICAS

Respecto a la protección de los derechos fundamentales laborales, la Inspección ha desarrollado durante 2015 distintas campañas que han estado dirigidas a verificar el cumplimiento del principio de igualdad efectiva de mujeres y hombres, y a verificar las condiciones de trabajo de los trabajadores inmigrantes.

En materia de igualdad se han realizado 6.347 actuaciones de comprobación en aspectos tales como la discriminación por razón de sexo, el acoso sexual y el acoso discriminatorio por razón de sexo, el control de las obligaciones empresariales sobre Planes de Igualdad y derechos sobre conciliación de la vida familiar y laboral.

También se realizaron 602 actuaciones inspectoras para verificar posibles situaciones discriminatorias sobre trabajadores extranjeros que se encuentran residiendo y trabajando de forma legal en España.

Finalmente, debe destacarse que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social realizó el pasado año 3.245 actuaciones de comprobación en materia de integración laboral de trabajadores con discapacidad, habiendo detectado 177 infracciones. Además, y como consecuencia de los 797 requerimientos efectuados por los Inspectores y Subinspectores, las empresas contrataron a 2.092 trabajadores con discapacidad y destinaron a medidas alternativas 8.680.608 euros.

En definitiva, destacar que aunque la ITSS suele ser estudiada desde sus actuaciones en otras materias tales como la economía irregular, la prevención de riesgos laborales, o por su actualidad en los despidos colectivos o el fraude en la contratación, la morosidad en la Seguridad Social, hay que dejar patente su intervención en el campo de la discriminación laboral, siendo un mecanismo decisivo para la corrección de desigualdades por razón de sexo, de extranjería o de discapacidad.

RESUMEN

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social se configura por la legislación como el órgano encargado de velar por el cumplimiento de la normativa socio laboral, en un muy amplio sentido, y así se recoge en la Ley 23/2015, de 21 de Julio, Ordenadora del Sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

De forma sobresaliente, en los últimos 10 años, la relevancia y atención a las políticas de igualdad, en el marco de las relaciones laborales, ha adquirido un protagonismo cada vez mayor.

Las desigualdades en el mundo de las relaciones laborales cuyo origen se encuentra en circunstancias prohibidas por la Ley (sexo, discapacidad, origen racial o étnico, etc.) son objeto de atención y dedicación de la Inspección de Trabajo y Seguridad social.

El presente trabajo analiza la práctica de la actuación inspectora en esta materia, que se ha intensificado, y se describen los distintos aspectos objeto de comprobación.

Palabras clave: Discriminación, desigualdad, extranjeros, discapacitados, mujer, salarios.

ABSTRACT

The Inspectorate of Labour and Social Security is set by law as the responsible body to ensure compliance with social and labour regulations in a very broad sense, and it is so stated in Law 23/2015, of July 21, ordering the Labour and Social Security Inspection.

In an outstanding way, the relevance and attention to equality policies has acquired an increasingly greater role within the frame of labour relations for the last 10 years.

Inequalities in the world of labour relations derived from conditions forbidden by law (sex, disability, racial or ethnic origin, etc.) are the subject of attention and dedication of the Inspectorate of Labour and Social Security.

This paper analyses the practice of inspection activities in this area, which has intensified, and describes the different aspects under check.

Keywords: Discrimination, inequality, foreigners, disabled people, woman, wages.

La descentralización productiva y la cesión ilegal de trabajadores. El papel desempeñado por la ITSS en el deslinde de ambos fenómenos

Decentralized production and illegal posting of workers. Role played by ITSS to separate both phenomena

EUSEBIO ORTIZ FONT*

1. ENFOQUE NORMATIVO

El tratamiento otorgado por el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores (ET) a la cesión de trabajadores ha experimentado, desde su redacción inicial, un notable ensanchamiento pasando desde la prohibición casi absoluta, a la permisividad de la cesión cuando esta se lleva a cabo por una Empresa de Trabajo Temporal (ETT), y sin que sea preciso que se contrate inicialmente con la finalidad de ser cedido (STS 4 marzo de 2008).

Tampoco puede concluirse que la intervención de una ETT en un supuesto de cesión, elimine la existencia de la misma, pues sobre la calificación jurídica que merece tal conducta por parte de una empresa de trabajo temporal ya se ha pronunciado la doctrina jurisprudencial de manera inequívoca¹:

* Inspector de Trabajo y Seguridad Social. Director Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la Comunidad Valenciana.

¹ Así se desprende de la lectura de la reciente sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, Sentencia nº 668/2016 de 12 mayo 2016, Rec. 1123/2015, que a su vez

- *Lo que nos parece ya meridianamente claro es que la expresión legal examinada [«los términos que legalmente se establezcan»] no comprendería –como integrante de cesión ilegal– determinaciones reglamentarias y elementos accesorios que no alcanzasen la sustancial regulación efectuada por la Ley; esto es, que el art. 43 ET únicamente alcanza a los CPD realizados en supuestos no previstos en la formulación positiva del art. 6 LETT y a los contemplados en la formulación negativa de las exclusiones previstas por el art. 8 LETT, no pareciendo fuera de lugar la afirmación de que en todo caso resultará integrante de cesión ilegal la que lo sea con carácter permanente o para cubrir necesidades permanentes de mano de obra, supuestos en los que el CPD se manifiesta claramente fraudulento e incurso en la previsión del art. 6.4 CC. Fundamento jurídico 6º, apartado 4.*

cita las siguientes del Tribunal Supremo: TS 3 de noviembre de 2008, rec. 1697/2007 (La Ley 176292/2008), con cita de las anteriores del mismo Tribunal de 4 de julio, 28 de septiembre y 17 de octubre de 2006, rec. 1077/05, 2691/05 y 2426/05). Siendo lo reflejado transcripción de la de 4 de julio de 2006.

➤ *En concreto, si en el supuesto que es objeto de debate la trabajadora ha prestado servicios ininterrumpidos para «XXXX, SL» desde el 18/06/01 y hasta el 15/12/02, realizando siempre las mismas funciones y utilizándose al efecto sucesivos CPD, en coherencia con nuestras precedentes argumentaciones hemos de concluir que contratación es fraudulenta [declaración en la que coincide la propia sentencia recurrida, en el fundamento segundo in fine], por ir dirigida a atender necesidades permanentes de la empresa, y que la responsabilidad derivada de la calificación del cese como despido improcedente [calificación a la que se han aquietado las partes recurrentes en suplicación] ha de atribuirse solidariamente a las ETT y a la empresa usuaria, en recta interpretación del art. 16.3 LETT y con aplicación del art. 43.2 ET, por imponerlo así el mandato del art. 6.4 CC [«los actos realizados... en fraude... no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir»]. Fundamento jurídico 8º, apartado 3.*

El apartado segundo del referido art. 43 ha incorporado los supuestos que la interpretación judicial había consolidado, «para delimitar la contrata de obras o servicios frente a las pseudocontratas que pretender servir de cobertura a una cesión ilegal»², de tal modo que se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores en las siguientes circunstancias³:

✓ *Cuando el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente o la empresa cesionaria.*

✓ *Cuando la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable.*

✓ *Cuando no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.*

En cuanto a la responsabilidad por las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, cedente y cesionario responden solidariamente, sin perjuicio de otras responsabilidades, incluso penales (art. 43/3 ET y 168/2 LGSS⁴). El último apartado del art. 43, establece el derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria, lo que obliga a diferenciar si la cedente tiene una verdadera dimensión, o si se trata de una mera ficción virtual, extremo que veremos más adelante. *Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.*

En cuanto al régimen sancionador, incurren en infracción administrativa muy grave, quienes participan en la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente (art. 8/2 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social). En alguna ocasión las ETT's impugnan dicha calificación, pretendiendo ser sancionadas por el más benévolo 18/2. c) ET⁵. La respuesta penal queda para los supuestos más graves en los que cedentes y cesionarios pueden cometer delito por *traficar* de manera ilegal con mano de obra⁶.

⁴ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, vigente a partir del 2/1/2016.

⁵ Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, Sentencia 668/2016 de 12 mayo 2016, Rec. 1123/2015.

⁶ Artículo 312.1. *Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.*

² Manual de Derecho del Trabajo. Editorial Tirant Lo Blanch 2012. Coordinadores LUIS MIGUEL CAMPS y JUAN MANUEL RAMIREZ.

³ Sobre ellas volveremos en el enfoque jurisdiccional.

2. ACTUACIONES INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

*La Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en cuanto servicio público encargado de la vigilancia y control de la normativa social, contribuye decisivamente a la preservación de los derechos de los trabajadores, que la legislación laboral consagra, y al sostenimiento del sistema de protección social*⁷.

2.1. Denuncia versus planificación

En los últimos tiempos, al menos desde la Ley 42/97, Ordenadora de la Inspección de Trabajo⁸, la actividad de dicho organismo fiscalizador del cumplimiento de la normativa en el Orden Social, ha experimentado una acusada transición en sus formas de actuación desde la denuncia a la primacía de la planificación.

Como señaló en su día Javier Minondo (Director General que fue de la ITSS), «*la organización y la eficacia de la actuación inspectora ya no podían continuar confiadas principalmente a la autonomía personal de cada inspector, ni tampoco a una visión individualizada de su trabajo, sino que parecía conveniente adecuar esas iniciativas a la racionalidad de una programación institucional, en atención a los objetivos...*»⁹ que estableciesen las autoridades competentes.

En la actualidad y tras la promulgación de la Ley 23/2015, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social se insiste en que se «*debe planificar adecuadamente su actividad de vigilancia y control, especialmente en aquellos ámbitos en los que existe una alta demanda de los ciudadanos*»¹⁰,

señalando entre los principios ordenadores del Sistema de ITSS (art.2):

- b) Concepción única e integral del Sistema, garantizándose su funcionamiento cohesionado mediante la coordinación, cooperación y participación de las diferentes Administraciones Públicas.*
- f) Organización y desarrollo de la actividad conforme a los principios de trabajo programado y en equipo.*

Queda pues firmemente establecida la prioridad de la actividad planificada, por lo que tal vez habría que precisar sobre los agentes intervinientes en dicha planificación. Como es sabido, la actividad inspectora en la actualidad se planifica en dos grandes áreas, coincidentes con la titularidad de las materias sobre las que se despliega la actividad fiscalizadora o de control. De tal modo que, por una parte y siendo competencia de las Comunidades Autónomas nos encontraríamos con la materia de Prevención de Riesgos Laborales y las Relaciones Laborales; y por otra, nos referiríamos a materias no transferidas y por tanto dependientes de la A.G.E., como son la Seguridad Social, la Extranjería y el Empleo Irregular.

Dicha división, útil a efectos didácticos, no es del todo pragmática, dado que la realidad se encarga de poner de manifiesto la necesidad de cooperación entre ambas Administraciones, habida cuenta de que, son muchas las actuaciones inspectoras que contienen resultados o derivadas en ambas vertientes, y que no alcanzarían un grado completo de ejecución si no abordasen tanto desde el ámbito de las Relaciones Laborales como desde planteamientos de Seguridad Social. Sin lugar a dudas, la cesión ilegal de trabajadores es una de ellas, como podemos ver más adelante.

Para terminar este apartado, no puede dejar de mencionarse que, entre los principios ordenadores del Sistema de ITSS, enumerados en su artículo segundo se recoge la «*participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas respecto del conjunto de las funciones atribuidas al Sistema*» (apartado i), participación

⁷ Preámbulo de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE 22 julio).

⁸ Ley 42/97, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE 15 noviembre).

⁹ Publicación Conmemorativa Primer Centenario de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (1906/2006), JAVIER MINONDO SAIZ, pag. 283.

¹⁰ Preámbulo de la Ley 23/2015.

que también se refleja, en su ámbito autonómico en el art. 35 de la Ley 23/2015.

2.3. Percepción interna de la situación

Para resaltar la percepción que los propios inspectores tenemos de la figura de la cesión ilegal de mano de obra, nada me parece más acertado que recurrir a los resultados del PROGRAMA INFORMA 2014¹¹.

Lo primero remarcable es que dicha figura no aparecía en el programa informa 2012 (carácter bienal), debutando en el 2014, bajo el epígrafe «*Utilización de empresas de servicios para eludir el pago de mayores salarios*»

Comunidad Autónoma	Posición	Posición Estatal	Valoración	Valoración Estatal
Aragón	5	16	7,76	6,81
Baleares	9	16	7,44	6,81
Comunidad Valenciana	10	16	7,45	6,81
Ns	10	16	6,44	6,81

Si acotamos los incumplimientos a la materia de Relaciones Laborales, en el que han participado 597 inspectores de Trabajo y Seguridad Social, aproximadamente dos tercios de tales funcionarios en inspección activa, aparece en el sexto lugar por su trascendencia social.

En cuanto a las **principales causas** de tales situaciones, en opinión de los inspectores de Trabajo y Seguridad Social, se señalan:

- ✓ El ahorro y la reducción de costes laborales.
- ✓ La elusión, mediante la descentralización, de las obligaciones y responsabilidades que se derivan de la contratación directa de los trabajadores.

y otros derechos y obligaciones correspondientes a la actividad de la empresa».

En el conjunto de las actividades inspectoras, aparece en el puesto decimosexto, con una valoración estatal, por su trascendencia social¹² de 6, 81 sobre diez.

Si desagregamos los resultados por Comunidades Autónomas, podemos observar una notable horquilla entre la posición vigesimocinco que se le otorga en Extremadura, con una valoración media de 5,44, o la vigesimoprimera en el País Vasco con 5, 29; mientras que ocupan alguna de las diez primeras posiciones por su trascendencia social en cuatro Comunidades Autónomas:

Por último, en cuanto a las **propuestas específicas** formuladas por el colectivo inspector en aras de reducir los incumplimientos, estas van desde la equiparación total de condiciones laborales con los trabajadores de la empresa principal, hasta un mayor control y extensión de las responsabilidades entre empresas principal y contratistas/subcontratistas, pasando por una mayor regulación de la subcontratación.

2.3. Instrucciones y criterios operativos

Una vez modificado el art 43 E.T., permitiendo la cesión de trabajadores a través de

¹¹ El PROGRAMA INFORMA, actividad inspectora en el estado, es una consulta «on line», y anónima a inspectores y subinspectores en puestos de inspección activa, que recoge información cualitativa sobre su actividad.

¹² En el referido estudio, se define la *trascendencia social*, indicando que *un incumplimiento es socialmente trascendente cuando es, a la vez, grave y frecuente durante octubre de 2014 y los doce meses precedentes.*

ETT's en los términos legalmente establecidos, e incorporada la doctrina judicial¹³, resultaba conveniente homogeneizar las actuaciones inspectoras que afectaban dichos escenarios, y ese es precisamente el objetivo pretendido tanto por la Instrucción n° 6/2015, como por el Criterio Operativo 96/2015 sobre cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en el ámbito de empresas de servicios.

Ambos documentos, emanados de la Dirección General de la ITSS en su condición de Autoridad Central, arrancan reconociendo el principio de economía libre de mercado, y por tanto la lícita descentralización productiva, en virtud de la cual una empresa puede encomendar a una contrata una parte de su actividad suficientemente diferenciada, *sin necesidad de que revista la cualidad de auxiliar, complementaria o contingente, puesto que también las actividades inherentes al ciclo productivo, que constituyen la base de las denominadas contratas o subcontratas correspondientes a la propia actividad, pueden ser objeto de contratación externa.*

Partiendo de dicha afirmación, se viene a constatar:

1°.- Que inmersos en procesos de descentralización productiva, se producen supuestos patológicos de intervención por parte de empresas de servicios, *«incluso de aquellas que no se dedican a una actividad concreta y específica, sino a varias (empresas «multiservicio»), que en ocasiones, a través de falsas contratas, se dedican en realidad al prestamismo ilícito de mano de obra, ya que su función se limita única y exclusivamente al suministro de trabajadores».*

2°.- La degradación de las condiciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores afectados.

Tales disfuncionalidades, hacen necesario establecer una serie de instrucciones que clari-

fiquen las posibles pautas inspectoras a seguir por los actuantes en este campo.

El criterio considera que *la clave estaría en distinguir las verdaderas contratas de obras o servicios de las meras contratas de mano de obra, que constituyen en realidad cesiones ilegales de trabajadores.*

A continuación se indica que *será necesario determinar el alcance de las medidas a adoptar por la Inspección, para lo cual también será relevante determinar el convenio colectivo que pueda resultar de aplicación en el ámbito de las relaciones de trabajo sobre las que se realiza la actuación inspectora.*

Si lo detectado es la existencia de cesión ilegal de trabajadores se recuerda que *es irrelevante el dato de la falta de realidad de la empresa cedente, pues aunque en la práctica de la cesión ilegal sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de realidad empresarial, esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión.*

2.3.1. *Supuestos en que la empresa cedente es ficticia*

Incluso en los casos de cesión a través de un «testaferro» o empresario aparente, debe tenerse presente que:

a) No se trata de una verdadera cesión en los términos del art. 43 ET, al faltar en la persona interpuesta ficticiamente como empleador la condición de empresario o empleador real;

b) No se trata, al menos en el propósito de quienes han creado artificialmente el mecanismo interpositorio, de una cesión «temporal», sino de una cesión con intención de permanencia.

El criterio operativo introduce una pauta de homogeneización de actuaciones inspectoras a seguir en las cesiones entre una empresa real y otra ficticia, estableciendo la adopción de los siguientes pasos a seguir:

¹³ Modificación que se produjo en virtud de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo («BOE» 30 diciembre). Artículo 12 apartado 10.

- *Acta por infracción muy grave del art. 8 apartado 2º del TRLISOS tanto a la empresa cedente como a la empresa cesionaria, con estimación de perjuicios económicos de acuerdo con el art. 148 de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social*¹⁴.
- *Efectos en materia de Seguridad Social: Regularización del fichero general de afiliación: Dado que se trata de una empresa ficticia y que por ello no resulta posible para el trabajador optar por adquirir la condición de fijo en la empresa cedente, se seguirá el mismo criterio que el utilizado en la Instrucción nº 1/2011 para el supuesto de las llamadas empresas ficticias.*

*Se procederá a emitir la **alerta de empresa ficticia**, así como a corregir los movimientos (alta y baja), anulándolos en la ficticia y comunicándolos respecto a la cesionaria, con fecha de efectos desde el inicio de la cesión ilegal.*

Se practicará acta de liquidación de cuotas a la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta de los trabajadores afectados por falta de alta en la empresa real, es decir, en la cesionaria desde el comienzo de la prestación de servicios, sin acta de infracción adicional.

- *Retroacción de los efectos salariales v en materia de Seguridad Social. Si estamos ante un empresario ficticio, mal se puede optar por adquirir la condición de fijo en una empresa inexistente, por lo que los efectos salariales a la hora de determinar los perjuicios económicos se producen ex tunc, desde el inicio de la prestación de servicios para*

la empresa cesionaria¹⁵. En definitiva, todas las actuaciones tienen como objetivo, eliminar los pasos dados por la empresa cedente, dado que es meramente virtual.

2.3.2. *Supuestos de cesión ilegal entre dos empresa reales*

Al llegar a este punto se establecen unos criterios básicos tal y como aparecen sistematizados en el 43/2 del ET y que veremos en el apartado denominado «*enfoque jurisdiccional*».

En cuanto a las actuaciones inspectoras que deben abordarse serían las siguientes:

- De manera idéntica al apartado anterior, acta por infracción muy grave del art. 8 apartado 2º del TRLISOS (La Ley 2611/2000) tanto a la empresa cedente como a la empresa cesionaria, con estimación, en su caso, de perjuicios económicos.
- *Efectos en materia de Seguridad Social:* Como hemos visto en el apartado anterior, se establece nítidamente una responsabilidad solidaria de las empresa cedente y cesionaria en materia de deudas a la Seguridad Social. Se extenderá acta de liquidación por diferencias de cotización, con responsabilidad solidaria de cedente y cesionaria, por el periodo que hubiera durado la cesión ilegal sobre las bases de cotización que hubieran correspondido de haber aplicado el convenio colectivo de la empresa cesionaria. Debe dejarse constancia en la fundamentación jurídica del acta del motivo por el cual debe aplicarse dicho convenio colectivo.

En estos casos, no se extenderá acta de infracción en materia de Seguridad So-

¹⁴ Los perjuicios económicos han de calcularse según la remuneración a la que el trabajador tendría derecho de haber sido contratado directamente por la empresa cesionaria porque es un trabajador de la empresa cesionaria. Por tanto, se tendrá en cuenta el convenio aplicable a la empresa cesionaria, sea convenio de empresa, sea convenio sectorial.

¹⁵ Se recuerda que el periodo del acta de liquidación será el mismo, siempre que no hayan transcurrido los 4 años de prescripción.

cial coordinada con el acta de liquidación, entendiéndose que los hechos que dan lugar a la infracción se encuentran subsumidos por la infracción laboral a que se hace referencia anteriormente. En otro caso estaría sancionándose dos veces por el mismo hecho (*non bis in idem*).

- El criterio operativo establece que en estos supuestos, *no debe darse de baja al trabajador en la empresa cedente puesto que de acuerdo con el 43.4 del ET: Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria, y esta opción sólo puede producirse en el contexto de un procedimiento judicial que declare la existencia de la cesión ilegal*¹⁶.
- *Certificación negativa por descubierto.* En el supuesto de cesión ilegal de trabajadores, a diferencia de los casos de contrataciones o subcontratas del art. 42 del E.T. y de la sucesión de empresas del art. 44 del E.T., no cabe ninguna posibilidad de eludir las responsabilidades solidarias a través de certificación negativa de descubiertos de la Tesorería General de la Seguridad Social, ya que ni se prevé en el art. 43 y la regulada en el párrafo 2º del art. 168.2 del TRLGSS se refiere únicamente a los supuestos de sucesión de empresas.

2.3.3. *Existencia de una contrata válida de obra o servicio*

En el supuesto de que se verifique la existencia de una válida contrata de obra y

servicio entre una empresa comitente y una empresa de servicios, el objeto de la actuación inspectora ha de centrarse en determinar el marco jurídico rector de las relaciones laborales de los trabajadores de la empresa de servicios que se adscriben a la contrata, con la finalidad de confirmar que es el correcto y, en caso de no ser así, adoptar las medidas oportunas, dentro de las competencias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Los supuestos que pueden darse son los siguientes:

- *Inexistencia de convenio colectivo propio en la empresa de servicios*

Si la empresa de servicios no ha suscrito un convenio colectivo de empresa en los términos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores, el convenio que regirá las relaciones de trabajo será el convenio sectorial que resulte aplicable en función a los principios de unidad de empresa o de especialidad.

- *Principio de especialidad*

Si la empresa de servicios no tiene una actividad preponderante que permita su inclusión en el ámbito funcional de un convenio sectorial concreto (sería el caso de las empresas multiservicios), los autores, doctrina administrativa y Tribunales, optan en su mayoría por la aplicación del principio de especialidad para fijar el convenio aplicable en dichas empresas de servicios. La propia estructura de estas hace muy difícil poder establecer una actividad principal y sobre esta base, aplicar el principio de unidad de empresa. Serían de aplicación, por consiguiente, tantos convenios como actividades lleva a cabo la empresa multiservicios.

También esta es la solución adoptada por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos

- *Principio de unidad de empresa*

Cuando sea posible identificar una actividad principal o preponderante en la empresa de servicios, el criterio para la determinación

¹⁶ Esta es la forma en que se debe proceder, aunque previamente a la emisión del Criterio operativo, y que por tanto zanja la cuestión, algunos abogados por una solución distinta que no reconociese efectos a una cesión que se reputa como ilegal.

del convenio colectivo sectorial aplicable a todos sus trabajadores, vendrá dado por el principio de unidad de empresa.

El principio de unidad de empresas no resultará aplicable cuando se trate de una empresa tipo multiservicios.

En definitiva, sólo cuando una de las actividades llevadas a cabo puede identificarse como principal o preponderante y ello permite que entre en juego el principio de unidad de empresa se aplica un único convenio a todos los trabajadores que prestan servicios en la contrata. Fuera de estos casos, se entiende que se ha de aplicar el principio de especialidad aplicando tantos convenios colectivos como actividades se llevan a cabo por los trabajadores de la empresa de servicios.

2.3.4. Actuaciones inspectoras

Por el no reconocimiento de los derechos contenidos en convenios colectivos sectoriales aplicables a los trabajadores de las empresas de servicios en el ámbito de contratas:

- *Acta de Infracción en materia laboral* según artículo 7.10 de la LISOS, que tipifica como infracción grave el «establecer condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente o por convenio colectivo». Si las condiciones de trabajo no establecidas se refieren a condiciones salariales se harán constar en el acta los perjuicios económicos a los trabajadores de acuerdo con los requisitos establecidos para ello. Este acta únicamente se puede dirigir contra la empresa de servicios, no contra la empresa comitente, pues no está establecida la responsabilidad solidaria de esta en el ámbito de las sanciones administrativas, aún cuando lo esté en el ámbito laboral (art. 42.2 LET).
- *Acta de liquidación por diferencias de cotización a la Seguridad Social* en el caso de comprobar que el cálculo de las bases de cotización de los trabajadores

de la contrata es inferior a lo debido percibir por la no aplicación del convenio sectorial correspondiente. En estas actas de liquidación deberá apreciarse la responsabilidad solidaria de la empresa comitente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 LET. Esta responsabilidad solidaria no afecta, como se ve, en el ámbito sancionador, sino que se refiere a la deuda de Seguridad Social derivada de la infracotización, por lo que es exigible plenamente.

También aquí deben evitarse duplicidad de sanciones por el mismo hecho y no acompañar acta de infracción a la liquidación.

En los supuestos en los que la empresa de servicios (o multiservicios) haya negociado un convenio colectivo de empresa, estatutario, esto es, negociado de acuerdo con las reglas establecidas en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social debe seguir las siguientes pautas de actuación:

- *No se pueden adoptar expedientes sancionadores ni de liquidación de cuotas a la Seguridad Social motivados por supuestas deficiencias del convenio de empresa que pueda considerar el funcionario actuante. El control previo de legalidad y de lesividad de los convenios colectivos es una función que corresponde ejercer a la Autoridad laboral, estatal o autonómica (art. 90.2 ET).*
- *Cuando se detecte, no obstante, que el convenio de empresa contiene cláusulas que conculcan la legalidad vigente o lesionan gravemente el interés de terceros, el inspector de Trabajo actuante lo pondrá en conocimiento del jefe de la Inspección o del jefe de la Unidad especializada correspondiente. Dichos jefes, cuando consideren suficientemente motivada la cuestión, la remitirán al Director Territorial, para su valoración y eventual puesta de manifiesto a la autoridad laboral competente a efectos de iniciar la acción a que se refiere el artículo 163 de la Ley 36/2011, de 10 de*

octubre, reguladora de la jurisdicción social.

- *En el supuesto de que el convenio de empresa fuera anulado por la jurisdicción social, sea por impugnación de la autoridad laboral o por impugnación de otros sujetos legitimados, se podrán realizar en su caso las actuaciones correspondientes en materia de liquidación de cuotas a la Seguridad Social derivadas de la aplicabilidad de convenios de sector, por el periodo no prescrito. En todo caso, tan pronto como se tenga noticia de la interposición de la demanda de impugnación de convenio se realizará la actuación a que se refiere el artículo 20.6 de la Ley 23/2015, de 21 de julio.*

Existencia de pacto de no aplicación del convenio sectorial alcanzado en la empresa de servicios. En estos casos, se aplicará, *mutatis mutandis*, el criterio anterior, el inspector deberá verificar en este sentido que el pacto de inaplicación se ha negociado efectivamente por las partes legitimadas para ello y que se

ha concluido válidamente. O bien, que existe la decisión del órgano correspondiente por la que, resolviendo la discrepancia, se inaplica el convenio. Se recuerda que el último párrafo del artículo 82.3 del ET señala que *el resultado de los procedimientos a que se refieren los párrafos anteriores que haya finalizado con la inaplicación de condiciones de trabajo deberá ser comunicado a la autoridad laboral a los solos efectos de depósito.*

Al señalar «a los solos efectos de depósito» parece indicarse que la Ley no exige esta comunicación como requisito de validez del acuerdo de inaplicación. No obstante, conviene advertir sobre la importancia de esta comunicación en cuanto prueba la propia existencia del pacto de inaplicación y la fecha desde la que existe.

2.4. Actuaciones y resultados 2015

El cuadro que acompaña este apartado merece no solo una explicación de los datos que contiene, sino además alguna reflexión¹⁷.

Materia	Resultados (B)			
Cesión de trabajadores	Actuaciones (A)	Infracciones en acta	Requerimientos	% B Sobre A
2013	2.144	200	50	11,85
2014	2.056	259	68	15,90
2015	1.819	344	63	22,37

Como vemos en los últimos tres años las actuaciones inspectoras cuyo objeto es la cesión de trabajadores, se reduce paulatinamente pasando desde las 2.144 a las 1.819, lo que supone un descenso del 15,16% en un trienio.

Sin embargo y pese a dicha caída en el número de actuaciones, las infracciones aumentan a lo largo del referido periodo, ascendiendo desde las doscientas, hasta las trescientas cuarenta y cuatro, lo que representa un incremento del 72%. En consecuencia, cabe

concluir que los supuestos de externalización o subcontratación que exceden los límites del artículo 42, pasando a configurar cesiones ilegales de trabajadores se han incrementado considerablemente, pues un número menor de actuaciones, arroja un notable incremento

¹⁷ Datos extraídos de los Informes Anuales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, correspondientes a los ejercicios 2013-2015, en el cuadro nº 4.2 Distribución por tipo de actuación de los resultados en materia de Relaciones Laborales.

de infracciones, casi duplicando el ratio entre unas y otras, desde el 11,85 hasta el 22,37%.

3. ENFOQUE JUDICIAL

La actividad inspectora tiene dos referentes jurídicos, el imperio de la Ley y la interpretación judicial de aquella. En consecuencia, debemos prestar mucha atención a los pronunciamientos judiciales pues estos nos indican la adecuación de nuestras actuaciones o la improcedencia de nuestros pasos. En tal sentido, ya hemos expresado que la labor jurisdiccional acaba encontrando reflejo en la propia norma, tal y como ha ocurrido en el art. 43/2 ET.

También, aunque con la categoría de excepción, cabe mencionar pronunciamientos judiciales que, acatados, como no puede ser de otra forma, no acaban de ser entendidos cerrando el paso a otras interpretaciones¹⁸.

En este apartado resulta de especial utilidad no solo el Adenda/ Resumen de sentencias que lo acompaña sino todas las citadas en el Criterio Operativo 96/2015, a las que añadiremos otras relativas a la problemática tratada en este documento.

Superada la etapa en la que tan solo se consideraba la cesión cuando concurría una empresa aparente¹⁹, fueron los pronunciamientos judiciales los que admitieron la cesión entre empresas reales, pues aunque en la práctica de la cesión ilegal sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de realidad empresarial, esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión pues, como fenómeno

¹⁸ Así ocurre con la sentencia TS, Unif de doctrina, de 17 de diciembre de 2001, y que atendiendo principalmente a la finalidad de autoempleo de las cooperativas de trabajo asociado, las excluyó de la cesión ilegal de mano de obra, y que ha propiciado la situación actual de la industria cárnica.

¹⁹ TS 14/03/06 [RJ 2006, 5230] -rcud 66/05-; y 17/04/07 [RJ 2007, 3173] -rcud 504/06-.

interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas²⁰.

El enfoque judicial se ha centrado, en ocasiones en analizar si la cesión, lo era con intención de permanencia²¹.

De igual modo, el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propias no impide la concurrencia de cesión ilícita de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se han puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo de tal servicio²². También se ha declarado en sede judicial que resulta irrelevante la conformidad de los trabajadores ante la cesión (Tribunal Supremo, Sentencia de 20 de julio de 2007 (RJ/2007/6961).

Los efectos de la cesión, fueron establecidos en sentencia del TS de 5-12-2006: *En este sentido la opción cuando se ejercita por la relación laboral real no tiene propiamente un efecto constitutivo, porque con ella y con la sentencia que la acoge no se crea una relación nueva, sino que se declara la que en verdad existía, deshaciendo así la mera apariencia creada por la interposición. El efecto constitutivo sólo podría predicarse de la opción ejercitada por el mantenimiento de la relación formal con la empresa cedente y, aun en este caso, tal efecto supondría una reconstrucción de esa relación que tendría que materializarse en la prestación efectiva de trabajo para el empresario inicialmente cedente, poniendo en todo caso fin a la cesión...»²³.*

El siguiente paso en la ordenación de los procesos de externalización al que la judicatura

²⁰ SSTS 16/06/03 [RJ 2003, 7092] -rcud 3054/01-; y 14/03/06 [RJ 2006, 5230] -rcud 66/05-.

²¹ ST del TS de 19 de Junio de 2002 y de 4 de marzo de 2008).

²² SSTS 12/12/97 [RJ 1997, 9315]-rec. 3153/1996-; y 24/04/07 [RJ 2007, 6372]-rcud 36/06-.

²³ Dicho cambio jurisprudencial aparece confirmado en pronunciamientos posteriores del Tribunal Supremo, entre otras, Sentencias de 17 de abril de 2007, 9 de diciembre de 2009, 25 de mayo de 2010, 24 de noviembre de 2010, 11 de febrero de 2014 y 17 de marzo de 2015 (RJ/2015/1470).

hubo de dar respuesta fue la determinación del convenio aplicable a la empresas multiservicios, lo que llevo a cabo desde dos planteamientos:

3.1. Principio de especialidad

Es el criterio utilizado mayoritariamente, y por esta vía se inclina la doctrina, cuando a falta de convenio colectivo propio de empresa, afirma aplicables tantos convenios colectivos sectoriales como actividades diversas se desarrollan. También esta es la solución adoptada por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 21 de junio de 2012, recurso 3025/2010, fija la siguiente posición:

En suma, entendemos que el juego del principio de especialidad también rige en las empresas de multiservicios, en la medida en que no existe norma legal especial alguna que regule la aplicación de los convenios colectivos a las empresas de multiservicios, como en cualquier otra empresa, son los criterios funcional y territorial de la norma paccionada los que deben determinar su aplicabilidad. De suerte que, salvo que exista un convenio colectivo de empresa –que en el caso de autos, lo hay– que desplaza a cualquier otro, o que se negocie un convenio sectorial específico para este tipo de empresas, una cabal comprensión de esta forma de actuar exige aplicar los mismos cánones que en cualquier otra empresa que realiza varias actividades principales, no siendo dable entender que la norma sectorial reguladora deba ser, incluso a los solos efectos salariales, la de la empresa principal.»

Incluso en el supuesto de tratarse de un mismo centro de trabajo, se rechaza la aplicación del principio de unidad de empresa y se inclina por el correspondiente a la actividad desarrollada²⁴.

También se inclinan por el principio de especialidad en lo concerniente a empresas

²⁴ Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de octubre de 2008, recurso 2399/2008.

multiservicios carentes de convenio colectivo propio, las sentencias TSJ Andalucía de 21-06-2012, rec. 3025/2010 y STSJ Madrid 20-10-2008, recurso 2399/2008²⁵.

3.2. Principio de unidad de empresa

Siendo mucho menor su número también podemos encontrar sentencias que se inclinan, ponderando las circunstancias del caso, por la aplicación del Convenio que corresponda en atención al principio de unidad de empresa²⁶.

Como puede comprenderse, la labor de los tribunales es capital a hora de ir cincelando las realidades que se le presentan, siendo continua la presentación de nuevos escenarios, el último de ellos consiste en la tramitación y publicación de convenios de empresa de ámbito nacional y que son anulados en aplicación del «principio de correspondencia»²⁷. Se trata de una fórmula que, intentando aprovechar la prioridad aplicativa del Convenio de Empresa, estira hasta lo inadmisibles la legitimidad y representatividad de quienes lo suscriben, pretendiendo alcanzar un ámbito territorial estatal. Sobre ello volveremos más adelante (camareras de piso).

4. ESCENARIOS ESPECÍFICOS 2016

A continuación, dedicaremos unas líneas a dos sectores económicos en los que el fenómeno de la contratación/subcontratación, insiste pe-

²⁵ Recapitulando, la norma negociada aplicable en la empresa de multiservicios será, en primer lugar, el convenio colectivo propio de la empresa si lo hubiera y, en su defecto, tantos convenios colectivos sectoriales como actividades diversas desarrolla, uno para cada actividad objeto de la contrata en la que están empleados sus trabajadores.

²⁶ Tribunal Supremo, Sentencia de 17 de marzo de 2015 de la Sala Cuarta, recurso 1464/2014; Sentencia del TSJ de Cantabria de 22 de septiembre de 2008, recurso 601/2008.

²⁷ UGT, a través de su Gabinete Técnico elaboró un documento, fechado el 22 de octubre 2015, en el que hace un seguimiento a 18 Convenios de empresa anulados por la Audiencia Nacional. El diario digital El Confidencial, de 20 de noviembre de 2016, sin precisar datos, eleva la cifra a 44 Convenios de empresa anulados.

riódicamente en «descoser» los límites de la misma y deslizarse, a veces sibilantemente y otras de forma grosera, en la cesión de mano de obra y en la degradación de condiciones laborales establecidas en los convenios colectivos de aplicación.

4.1. Recogida de cítricos

Se trata de un subsector agrario que, teniendo un origen muy focalizado en la Comunidad Valenciana, se ha expandido en las últimas décadas, en lo que se refiere a las estructuras de personal utilizadas, a las Comunidades de Murcia y Andalucía, por lo que, en la actualidad presenta una problemática común y supracomunitaria.

4.1.1. Actuaciones inspectoras

Como si se tratase de un principio físico (acción/reacción) cada vez que se introduce alguna variación en las fórmulas de recogida de cítricos, esta es analizada por la ITSS adoptando las actuaciones que se estiman oportunas. Es por ello, que puede atribuirse a dicho organismo un papel protagonista a la hora de dar la voz de alarma sobre prácticas empresariales indebidas.

Así ocurre en un caso recientemente enjuiciado por el TSJ de la Comunidad Valenciana y en el que se analiza una sanción a una empresa, dedicada a la recolección de cítricos, que retribuía a sus trabajadores en función del número de cajas recogidas y el tipo de producto, resultando un importe muy inferior al establecido en el Convenio colectivo aplicable: conducta tipificada como infracción muy grave en el art. 8.1 de la LISOS²⁸.

• Fundamentos de derecho

Con este sistema lo cierto es que se está desnaturalizando el sistema de pago que teórica-

mente es «a jornada» pues en realidad se está retribuyendo un verdadero trabajo «a destajo» pero de modo muy inferior al establecido en el Convenio colectivo para la recolección de cítricos de la Comunidad Valenciana 2010-2014 (BOE 22.2.2012), el cual en su art. 6 establece la posibilidad tanto del salario a jornal como del salario a destajo, con la previsión del art. 7 de que el salario a jornal esté sometido a unos rendimientos mínimos, si bien con respeto del SMI por hora y derecho al abono proporcional del destajo, lo que en modo alguno se ha respetado por la empresa sancionada.

*En cuanto a la subsunción de la conducta imputada, entendemos que la misma está correctamente incardinada en el art. 8.1 de la LISOS, según el cual son infracciones muy graves: «1. El impago y los retrasos reiterados en el pago del salario debido.», ya que **con el sistema de remunerar de la empresa, se está impagando o no abonando una parte importante del salario a los trabajadores.** El art. 7.10 de la misma ley dispone que son infracciones graves: «10. Establecer condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente o por convenio colectivo, así como los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, salvo que proceda su calificación como muy graves, de acuerdo con el artículo siguiente.» **Y en el caso de autos no estamos ante un establecimiento de una condición inferior sin más, sino ante un patente y manifiesto impago de salario por incumplimiento de las normas mínimas salariales en la materia,** lo que hace que la infracción sea grave. Por otra parte, el que otros supuestos se hayan canalizado por la vía del art. 7 de la LISOS, no empaña la conclusión aquí alcanzada, pues se trata de una materia muy casuística, con diversidad de matices y circunstancias. Y en nuestro caso además existe reiteración (factor a tener en cuenta), pues la empresa actuaba así (y en lo que atañe al periodo examinado) día tras días a lo largo de la campaña de cítricos, no puntualmente.*

²⁸ C. Valenciana, (Sala de lo Social, Secc 1ª), Sentencia n.º 564/2016 de 8 marzo. JUR\2016\172931.

La campaña 2015/2016 de recogida de cítricos ha supuesto un análisis más detallado de las fórmulas de contratación y pago de salarios, con un incremento del número de las sanciones impuestas por cesión, y por unas elevadas actas de liquidación, confirmadas en fase administrativa y pendientes de su valoración judicial.

Al tiempo de escribir estas líneas se está iniciando la campaña de recolección 2016/2017, y la prensa local, con todas las cautelas que deba tratarse dicha información, ya se hace eco de las circunstancias en esta nueva campaña de recogida de cítricos²⁹.

Las sentencias dictadas tras la impugnación de actuaciones inspectoras y las consiguientes resoluciones de la autoridad laboral, no acaban de pronunciarse en un sentido uniforme que nos permita avanzar una valoración concluyente³⁰.

4.1.2. *Tratamiento de la cuestión en la negociación colectiva*

En la actividad agraria, como en el resto de sectores económicos nos encontramos con la aplicación de diversos Convenios Colectivos según su ámbito territorial de aplicación, a lo que hay que añadir la diferenciación de ámbitos funcionales, De modo que mientras en la Región de Murcia se manejan con un solo Convenio de actividades agrarias que engloba a todas las actividades, y entre ellas la recogida de cítricos, en la Comunidad Valenciana rige un Convenio específico de «collidors» (recolectores) para dicho subsector de actividad.

La consecuencia, según ponen de manifiesto desde la patronal del sector es la introducción de distorsiones salariales en actividades idénticas en ámbito territoriales próximos, que cifran en hasta un 30%.

A ello cabe añadir, un apoyo limitado y no verdaderamente sólido al Convenio Colectivo pues los dos últimos firmados y publicados, en el ámbito de la Comunidad Valenciana, no han contado con el apoyo de los dos sindicatos mayoritarios.

Quiero referirme, siquiera brevemente, al tratamiento que la negociación colectiva³¹ ha dado al contrato de obra o servicio, en los siguientes términos:

Artículo 9. Contratación de duración determinada

Contrato por obra o servicio:

A los efectos de lo previsto en los artículos 15.1.a y 49.1.c del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, además de los contenidos generales, se identifica como trabajo o tarea con sustantividad propia, dentro de la actividad normal de las empresas del Sector, que puede cubrirse con contratos para la realización de obras o servicios, las siguientes:

- *Apertura de nuevos mercados, o recolección para mercados emergentes, o mercados liberados de bloqueos y/o aislamientos.*
- *La recolección en comarcas, o zonas concretas y determinadas diferentes de aquellas en las que la empresa desarrolla habitualmente la recolección.*
- *La recolección para promociones concretas para clientes determinados con*

²⁹ «LA CAMPAÑA CITRÍCOLA ARRANCA CON MENOS CONTRATOS A TRAVÉS DE ETT. Los sindicatos lo atribuyen al incremento de las inspecciones en campo de la temporada pasada». El periódico Mediterraneo (Castellón), 27 de octubre de 2016.

³⁰ Prueba de ello son la siguientes sentencias: TSJ Murcia, 5 septiembre 2016, rec. 197/2016 y TSJ Comunidad Valenciana, 3 noviembre 2016, pdto. en única instancia 15/2016, confirmando acta la primera, y revocando la segunda.

³¹ Resolución de 8 de mayo de 2015, de la Subdirección General de Relaciones Laborales de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone el registro y publicación del texto del Convenio Colectivo de Recolección de Cítricos de la Comunidad Valenciana, para los años 2014 a 2018.

especificidades propias en cuanto a la calidad, el calibre, envase, etc.

- *La recolección para iniciativas solidarias, y/o campañas de organismos públicos y privados para la vida saludable.*
- *La recolección de nuevas variedades de fruta, que no constituyan la que habitualmente viene recogiendo la empresa.*

A todos los trabajadores y trabajadoras que suscriban este tipo de contrato les será de aplicación lo dispuesto en todo el texto del convenio referente al personal eventual y, especialmente, lo dispuesto en el artículo 18 relativo al pase de eventuales a fijos discontinuos.

Lo cierto es que el transcrito tenor literal generó muchas dudas e incluso recordó alguna sentencia que no permitió la reintroducción del contrato de lanzamiento de nueva actividad entre las modalidades contractuales temporales.

El sindicato no firmante, impugnó la validez de dicho artículo, entre otros, y el TSJ de la Comunidad Valenciana dictó sentencia, que desestima la demanda y que por tanto confirma la validez de la regulación convencional³². Sin embargo, no resulta concluyente la argumentación utilizada en el Fundamento de Derecho Cuarto, en el que tan solo se indica que:

«La impugnación del artículo 9 del Convenio (hecho probado cuarto, apartado B-), también debe decaer no solo por haberse introducido en la redacción definitiva de dicho artículo «como trabajo o tarea con sustantividad propia...» Y a continuación realiza desde ese punto una transcripción del artículo

No se trata de contrastar la argumentación del «Fundamento de Derecho» cuarto, dado que no existe, lo que produce perplejidad es la apariencia o sensación de que falta algo en la misma, que finalmente no consta³³.

³² Sentencia TSJ Comunidad Valenciana, 204/2016, 26 de enero de 2016, no consta su firmeza.

³³ Así se deduce cuando se utiliza la expresión «no solo», que debería proseguir siguiendo una lógica argumental, con otra del estilo, sino también por... que sería la verdadera y esperada motivación.

El asunto, no es en modo alguno baladí, pues la remodelación de las causas del contrato de obra o servicio, vía convencional, puede suponer un ensanchamiento multiplicador de las fórmulas de entrada de las Empresas de Empleo Temporal en el referido subsector agrario y, por ende, del incremento de la litigiosidad.

4.2. Camareras de piso

4.2.1. Actuaciones inspectoras

En el ejercicio 2014, en el curso de actuaciones de prevención de riesgos laborales concernientes a la respuesta frente al riesgo dorso-lumbar, en el sector de la hostelería, subsector hoteles, fueron detectadas en la Comunidad Valenciana³⁴, prácticas de externalización que bien pudieran exceder los límites del art. 42 del ET y que requerían de actuaciones que analizasen dicha situación de forma más rigurosa.

Durante el ejercicio 2015 y parte del 2016 se han llevado a cabo tales actuaciones, fundamentalmente en las provincias de Valencia y Alicante, dando lugar a la extensión de diversas actas de infracción por cesión ilegal de trabajadores, así como actas de liquidación por las diferencias existentes con el Convenio colectivo que se entendía aplicable (hostelería).

Cabe señalar que, en alguno de los casos el supuesto era tan reprochable como tratarse de las mismas trabajadoras, dado que es un sector muy feminizado, dejaban de prestar servicios en una sociedad mercantil que se regía por el Convenio de hostelería, pasando a prestar servicios para otra sociedad, sin que cambiase en modo alguno sus funciones y lugar de trabajo.

³⁴ Como Director Territorial de la ITSS en la Comunidad Valenciana, tan solo puedo exponer aquello de lo que tengo conocimiento fehaciente, sin que ello suponga que no se haya actuado en otros ámbitos territoriales.

Las sanciones propuestas han sido respaldadas por las autoridades correspondientes, aunque no han adquirido el grado de firmeza, estando impugnadas judicialmente.

4.2.2. *Sentencias concernientes a medidas de flexibilidad en hoteles*

Si tratamos las resoluciones judiciales recientes que afectan al subsector de los hoteles, forzosamente hay que mencionar dos sentencias del tribunal Supremo concernientes a la externalización de servicios en empresas afectadas por procedimientos de despido colectivo. Ambas suscitaban bastante interés periodístico económico y la lectura que de ellas se hizo, se tradujo en que los hoteles podían subcontratar las tareas que realizaba su propio personal con contratistas externas³⁵.

La primera de ellas, dictada por el Pleno en fecha 23 de septiembre de 2014, desestima el recurso de casación y confirma la sentencia de la Audiencia Nacional, concerniente a diversos establecimientos de un grupo hotelero.

La segunda, de fecha 20 de noviembre de 2015, tiene por objeto la impugnación de un despido colectivo en dos hoteles de otro grupo hotelero, solicitando su nulidad por diversos motivos, todos ellos de mucha entidad como: discriminación indirecta por razón de sexo, vulneración de la libertad sindical, precarización extrema contraria a la dignidad de la persona y, subsidiariamente se solicitaba la improcedencia por falta de causa y DUMPING SOCIAL. La sentencia cuenta con un voto particular al que se adhirieron 3 magistrados.

De la extensa sentencia, quisiera destacar tan solo una frase que se encuentra al final del Fundamento de Derecho 2º, y en el que me parece vislumbrar un reproche a lo elevado de los motivos de impugnación, olvidando tal vez

cuestiones más pegadas al terreno, si se me permite la licencia.

*«Además el objeto del presente procedimiento es si el despido colectivo que nos ocupa era ajustado o no a derecho y no si ha existido, o no una sucesión empresarial articulada para perjudicar los derechos económicos del personal afectado, cual insinúa el recurso sin que conste si el personal cuyo contrato cuyo contrato se extinguió presta ahora los mismos servicios en otra empresa que le paga menos. **Se insinúa una sucesión encubierta en la actividad o una cesión ilegal de mano de obra, pero no se ha articulado una pretensión formal al respecto, ni demandado a la sucesora, ni probado hechos que corroboren esta cuestión.**»*

Por todo ello, y sin restar trascendencia alguna a las sentencias, debe considerarse que se trata de resoluciones sobre procedimientos de extinción colectiva de contratos, y sus causas, sin que, a mi juicio puedan interpretarse como permisivos de cualquier fenómeno de externalización productiva, pues la subcontratación y su alcance, incluyendo si se incurre o no en cesión, no han sido enjuiciados en tales procedimientos.

Para terminar este apartado, y como pronunciamiento novedoso, el Juzgado de lo Contencioso nº 1 de Alicante, en procedimiento ordinario 72/2016, ha dictado sentencia en fecha 29 de julio de 2016, apreciando la imposición a las trabajadoras (camareras de piso) en fraude de ley de unas condiciones de trabajo inferiores a las que corresponden y que son la fijadas en el Convenio de Hostelería.

4.2.3. *Tratamiento de la cuestión en la negociación colectiva*

Si analizamos el tratamiento dado a una cuestión que tanta atención ha suscitado como es el de las camareras de piso, por la negociación colectiva, lo primero que debemos expresar es la absoluta divergencia y falta de uniformidad existente sobre dicho extremo.

³⁵ Diario Expansión, 16 noviembre de 2014, «Las empresas pueden hacer un ERE y luego subcontratar el servicio».

En un extremo nos encontramos con la situación en la provincia de Castellón, que ni tan siquiera tiene Convenio provincial de Hostelería desde el año 2011, lo cual debería considerarse como algo anómalo y que pone en tela de juicio el nivel de interlocución social en la provincia y la capacidad para establecer normas de origen convencional.

En el otro extremo de la balanza, cabe referir la situación convencional establecida en el territorio insular tinerfeño, cuyo convenio de aplicación, establece lo siguiente³⁶:

Artículo 18. Contratación y Subcontratación

Las empresas incluidas en el presente convenio no contratarán o subcontratarán con otras empresas personal para los servicios de restaurantes, bares, cocinas, recepción y pisos. Por el contrario, podrán ser objeto de contratación o subcontratación actividades profesionales, de carácter accesorio en el sector, tales como seguridad, jardinería, animación, tareas específicas de mantenimiento técnico, servicios de socorrismo y especializadas de limpieza. Igualmente podrán serlo aquellos servicios especiales tales como bodas, conmemoraciones, banquetes o atenciones a congresos y reuniones.

Las funciones de limpieza que se permiten subcontratar por el presente artículo se refieren a tareas especializadas a realizar por personal especializado y no incluye la limpieza normal y habitual de las zonas comunes de trabajo y de las zonas de clientes que puedan realizarse por el propio personal del departamento de pisos y/o limpieza del establecimiento.

En cuanto a la subcontratación del servicio de seguridad esta se debe realizar con personal de seguridad, ya con guardas ya con vigilantes de seguridad.

³⁶ Convenio colectivo provincial de hostelería de Santa Cruz de Tenerife, 2015 – 2019, aprobado por Resolución de 28 de octubre de 2015 de la Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda, de aprobación del y publicado mediante BOPTF 28 octubre 2015.

Las empresas, sin embargo, podrán temporalmente contratar con empresas de trabajo temporal la cesión de personal conforme a la legalidad aplicable.

Las empresas también podrán contratar o subcontratar las mercancías y bienes, elaborados o no, que estimen por conveniente para el desarrollo de su actividad.»

Queda pues, en dicho ámbito proscrita la contratación o subcontratación de las tareas efectuadas por camareras de piso, a las que añade otras actividades cuestionadas como la de recepción, e incluso otras que no parecerían puestas en entredicho, como podría ser el servicio de restaurante. A continuación hace una enumeración extensa de las tareas objeto de subcontratación, entre las que menciona a «especializadas de limpieza», lo que llevaría implícito la inclusión de las de limpieza no especializada.

En la misma línea aunque con diferente formulación, se expresa el vigente Convenio colectivo del sector de la hostelería de Illes Balears, ambas demarcaciones punteras en el subsector de la hotelería³⁷.

Al calor de estas y otras consideraciones, muy especialmente la prioridad aplicativa de los convenios de empresa, surgieron empresas de servicios en el sector de las camareras de piso, que cifraban su ámbito territorial coincidente con el Estado y que ajustaban considerablemente los salarios, muy por debajo del fijado en los Convenios de Hostelería.

Resulta curioso que la primera reacción frente a dicha práctica, proviniera del mundo

³⁷ Art. 14º. *Contratación o subcontratación de servicios.*

1) Subcontrata de servicios de camarero de pisos y camarera de pisos. Las empresas que contraten o subcontraten con otros la realización de servicios correspondientes a la actividad propia del puesto de trabajo de camarero de pisos y camarera de pisos, deberán garantizar a los trabajadores afectados que serán retribuidas en las condiciones que vienen recogidas en el presente convenio colectivo en el correspondiente nivel salarial.

de las Empresas de Trabajo Temporal, denunciando el Convenio de una empresa de servicios hoteleros. La sentencia de la Audiencia Nacional, de 30 de mayo de 2014, desestimó la demanda, señalando que:

«Es cierto que, dependiendo de cómo se lleven a cabo, podrán ser constitutivos de dicha situación si el trabajador pasa a quedar bajo el control y dirección de la empresa cliente, en cuyo caso la situación será ilícita, con todas las consecuencias de ello derivadas. Pero esto habrá de valorarse en cada caso concreto y no deriva automáticamente del convenio colectivo impugnado, por lo cual la mera posibilidad, más o menos probable, de que la empresa demandada realice actos de puesta a disposición de trabajadores no puede elevarse en causa de ilicitud de su convenio de empresa. Ello ocurriría si el objeto y actividad de la empresa estuviera definido por sus estatutos de manera que consistiera en poner a disposición trabajadores, en cuyo caso sería ilícito que tal objeto social obtuviese la cobertura de un convenio colectivo que amparase condiciones distintas a las previstas en la Ley; o si el propio convenio colectivo contuviese una regulación de condiciones aplicables a supuestos definidos en el mismo y que claramente constituyesen puestas a disposición de trabajadores». Fdto 6°.

Posteriormente pero con argumentos similares, todos ellos comprendidos bajo el denominado principio de correspondencia han sido anulados un buen número de Convenios de empresa, tanto por el Tribunal Supremo, como por la Audiencia Nacional^{38, 39}.

Tal y como se indica en el Criterio al analizar este tipo de situaciones en el curso de las actuaciones de inspección pueden darse dos tipos de situaciones que conviene distinguir:

³⁸ TS: 7-marzo-2012 (rco. 37/2011); 21-diciembre-2015 (rco. 6/2015); 23-febrero-2016 (rco. 39/2015); 10-junio-2016 (rco. 209/2015).

³⁹ AN: 12 de mayo 2016, 20 de mayo de 2016, 16-junio-2016.

a) *Convenios colectivos que han finalizado todos los trámites formales previstos en el artículo 90 ET, esto es, han sido presentados para su registro y depósito ante la Autoridad Laboral y se han publicado en el BOE o en el boletín oficial correspondiente. En estos casos, el convenio colectivo tiene a su favor la presunción de legalidad o validez que ha de respetarse, como no puede ser de otra manera, por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.*

b) *Convenios colectivos, que han sido suscritos por las partes legitimadas para ello pero que aún no han completado los trámites de registro depósito y publicación. En estos casos, esta Dirección General, siguiendo el criterio de la Dirección General de Empleo (16), considera que «el convenio será aplicable a partir del momento de su publicación oficial, conforme a lo acordado por las partes –esto es, desde las fechas que con carácter general o para determinadas materias se haya acordado por los firmantes-». En particular, señala la Dirección General de Empleo, «En este sentido cabe decir que un convenio colectivo, concluido por la comisión negociadora, recogido por escrito y remitido a la autoridad laboral para su registro, depósito y publicación oficial, es plenamente válido, pero no estará dotado de su eficacia jurídica en tanto no se hayan cumplidos los citados pasos previstos en el artículo 90 ET, el último de los cuales es precisamente la publicación oficial».*

En consecuencia, en los supuestos de falta de publicación oficial de un convenio de empresa presentado para su registro ante la autoridad laboral competente, lo que procede es verificar la realidad de dicha presentación así como el estado de tramitación de dicho procedimiento administrativo, suspendiendo las actuaciones inspectoras hasta tanto se resuelve lo procedente por dicha autoridad laboral.

Recuérdese, en este sentido, que la preferencia aplicativa absoluta del convenio de empresa que indica el artículo 84.2 ET rige sólo para los convenios estatutarios, no así para aquellos que no hayan sido negociados conforme a las

reglas previstas en el Título III del Estatuto de los Trabajadores. Respecto a estos convenios extraestatutarios y demás acuerdos de empresa, debe señalarse que no se aplica la preferencia aplicativa indicada, por lo que dichos convenios no desplazan a los convenios de sector que sean aplicables en el ámbito funcional a que se extiende la actividad de la empresa en el marco de la contrata y que ya hemos analizado anteriormente.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Forzosamente hay que concluir como comenzamos, reconociendo la capacidad de las empresas en la organización de sus recursos materiales y humanos, así como para decidir la subcontratación de obras y servicios, sin que ello pueda llegar a significar un poder omnímodo sobre tales procesos, ni permitir la degradación de las condiciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores.

Es este un ámbito en el que la realidad se modifica de manera vertiginosa, y contando con un precepto del Estatuto de los Trabajadores modificado en 2006, precisamos para su aplicación de la interpretación auténtica de la norma efectuada por los Tribunales del Orden Social, que tal como hemos podido comprobar a la largo de este escrito han sido muy elocuentes, tanto en cuestiones de flexibilidad externa (despidos colectivos), como interna (contratas y cesiones), y por último conteniendo un crecimiento anómalo de los convenios de empresa que si bien, pueden contribuir a modalizar la negociación colectiva e impedir su petrificación, no están concebidos para alterar suelos salariales.

Debe también reconocerse la participación técnica y rigurosa, de la Autoridad Laboral y su esfuerzo homogeneizador de las actuaciones inspectoras.

En la determinación de dichas fronteras, juega un papel protagonista la ITSS, dado que los inspectores conocen el funcionamiento de

los centros de trabajo sin necesidad de que se produzcan conflictos formalizados. Dicho rol parte de la detección y análisis de los supuestos de subcontratación, así como la posible existencia de cesión ilegal de mano de obra; y cuando ante tal escenario se encuentre, debe valorarse en su caso, la participación de ETT y el cumplimiento de su régimen jurídico, así como la participación de empresas de servicios o multiservicios, y si ello propicia la degradación de las condiciones de partida, laborales y de Seguridad Social (salarios y cotizaciones), así como la aplicación de recientes Convenios de empresa.

En este último y novedoso aspecto, y ante la reiterada anulación de convenios colectivos de empresa por parte de la Audiencia Nacional, y en menor medida por el Tribunal Supremo, pero en ambos casos atendiendo a la doctrina consolidada de la ausencia de proporcionalidad entre los negociadores del convenio colectivo y su ámbito de aplicación, cabe formularse una pregunta: ¿Debe esperar la ITSS la denuncia que ponga de manifiesto la existencia de resolución judicial firme que anule dichos convenios, o debe actuar de oficio, reponiendo las cotizaciones adecuadas a los convenios cuya elusión se pretendía?.

En este punto, debemos volver al Criterio Operativo 96/2015, pues en el mismo se contienen algunos ítems que aquí cabe recordar:

- a) El control previo de legalidad y de levisidad de los convenios colectivos es una función que corresponde ejercer a la Autoridad laboral, estatal o autonómica (art. 90.2 ET), en consecuencia no cabe actuación sancionadora o de liquidación de cuotas, concerniente a convenios colectivos de empresa en vigor.
- b) Cuando se detecte, no obstante, que el convenio de empresa contiene cláusulas que conculcan la legalidad vigente o lesionan gravemente el interés de terceros, por el cauce jerárquico correspondiente se pondrá en conocimiento de la Autoridad Laboral competente a

efectos de iniciar la acción a que se refiere el artículo 163 de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social.

- c) En el supuesto de que el convenio de empresa fuera anulado por la jurisdicción social, sea por impugnación de la autoridad laboral o por impugnación de otros sujetos legitimados, se podrán realizar en su caso las actuaciones correspondientes en materia de liquidación de cuotas a la Seguridad Social derivadas de la aplicabilidad de convenios de sector, por el periodo no prescrito. En todo caso, tan pronto como se tenga noticia de la interposición de la demanda de impugnación de convenio, deberían adoptarse las cautelas oportunas para interrumpir la posible prescripción.

En consecuencia con lo expuesto, no parece necesario esperar a la denuncia expresa sobre la cuestión, pudiendo la ITSS actuar de oficio, si bien y al objeto de lograr actuaciones eficientes, debería articularse un sistema que

impida la extensión de liquidaciones fraccionadas e incompletas, pareciendo una materia cuya ejecución, o cuando menos su coordinación, podría encomendarse a la Dirección Especial.

Resulta esperanzador conocer los recientes pronunciamientos públicos, que han merecido amplio eco informativo, realizados por personas relevantes tanto de las organizaciones empresariales⁴⁰, como de importantes compañías de uno de los sectores a los que nos hemos referido⁴¹, que se desmarcan con claridad y sin ambages de aquellos excesos de los que hemos tratado en este escrito

No resulta en definitiva incomprensible la actuación firme y continuada de la Inspección de Trabajo, haciendo respetar las obligaciones contenidas en la normativa, a la luz de la interpretación judicial, que puede ponerse coto a aquellas malas prácticas que utilizan instrumentos creados para generar riqueza, en un sentido contrario, degradando condiciones laborales e introduciendo inadmisibles alteraciones en la competitividad empresarial.

⁴⁰ Vicente LAFUENTE, presidente de la Federación Valenciana de Empresarios del Metal, ha alertado de la proliferación de empresas de nueva creación que, aprovechando la prevalencia de los convenios de empresa, *sobre todo de servicios de mantenimiento e instalaciones, para pagar sueldos muy bajos y abaratar sus costes de revisión, lo que les permite ser más competitivos y ganar cuota de mercado.*

⁴¹ Antonio CATALÁN, presidente de una importante cadena hotelera se ha expresado contrario a la externalización de la actividad de las camareras de piso.

RESUMEN

Con el presente escrito se pretende ofrecer una visión actual de la cesión de mano de obra, como supuesto patológico o, si se quiere, como reverso de la lícita contrata de servicios. También se intentará poner el acento en aquellas fórmulas en virtud de las cuales se ponen de manifiesto dichas situaciones, así como en algunos sujetos intervinientes en dichos procedimientos y que ponen de relieve el paso de una figura a otra.

Especial atención se presta al papel desempeñado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante ITSS) en dicha labor de vigilancia, así como las posibles vías de actuación inspectora y sus resultados.

Por último dedicaremos un breve espacio a algunos de los sectores de actividad en los que con mayor habitualidad se producen tales fenómenos.

Palabras clave: Subcontratación, descentralización productiva, externalización o *outsourcing*, cesión de trabajadores, camareras de piso, preferencia aplicativa convenio de empresa, principio de correspondencia.

ABSTRACT

This paper aims to offer a current view of posting labour force, assuming it is considered as pathological or, in other words, as the reverse side of legal hiring of services. It will also try to stress those formulas under which such situations emerge, as well as some subjects involved in such proceedings and that highlight the passage from one figure to another.

Special attention is paid to the role played by the Inspectorate of Labour and Social Security (hereinafter ITSS) in such surveillance task, as well as possible ways for inspection activities and their results.

Finally, a brief space is devoted to some of the activity sectors in which such phenomena happen more frequently.

Keywords: Subcontracting, decentralized production, outsourcing, posting of workers, chambermaids, preference to apply the company agreement, principle of correspondence.

El trabajo falsamente autónomo como especie del trabajo no declarado. Tendencias actuales

False self-employment as undeclared work. Current trends

JUAN JOSÉ CAMINO FRÍAS*

1. INTRODUCCIÓN

Para todos los que nos dedicamos a la rama social del Derecho, la existencia de los denominados «falsos autónomos» no es ni mucho menos un fenómeno novedoso. Desde hace mucho tiempo no pocos empresarios se han visto tentados de verse libres de las obligaciones que en relación con sus trabajadores les impone el tuitivo Derecho del trabajo, así como de las cargas de Seguridad Social correspondientes, mediante el aparentemente sencillo mecanismo de hacer pasar todas o algunas de las relaciones laborales de las que son titulares por trabajos que sus empleados pretendidamente realizan por cuenta propia. De esta forma, se recubre a lo que en la realidad son auténticos contratos de trabajo de la apariencia de trabajos no dependientes, generalmente con la suscripción de contratos mercantiles (de agencia u otros), elaborando facturas por parte del pretendido autónomo, al que se hace cursar el alta en el correspondiente Régimen Especial de la Seguridad Social, y en

general dotando a estas relaciones de todas las apariencias formales propias de una actividad independiente, en los aspectos mercantiles, laborales, fiscales y de Seguridad Social.

A los que, además, nos dedicamos a la cada vez más compleja labor de exigir el cumplimiento de la legalidad en garantía de los derechos de los trabajadores y de los medios económicos que deben sostener el sistema de protección social público, nos resulta especialmente inquietante que mediante el recurso a estos, aparentemente simples, mecanismos de simulación se eluda, en su totalidad, el cumplimiento de la normativa laboral y de Seguridad Social. En efecto, a un trabajador cuya auténtica naturaleza como tal está siendo desvirtuada mediante la ficción de que es un profesional independiente, se le está por esta vía privando por completo de la protección que le confiere la legislación social, de los derechos que han costado siglos de luchas y de elaboración teórica: no habrá para él convenios colectivos (con o sin preferencia aplicativa de unos o de otros), ni régimen de descansos, ni salarios garantizados, ni un régimen ordenado de extinción de sus relaciones, ni tam-

* Inspector de Trabajo y Seguridad Social. Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Valencia.

poco el derecho a una protección efectiva de su seguridad y salud laborales. Por supuesto, tampoco gozará de las prestaciones que a los trabajadores dispensa el Régimen General de la Seguridad Social, habiendo de conformarse, en su caso y totalmente a su costa, con la del Régimen Especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos (RETA), entre las cuales no se encuentra, entre otras, la de desempleo.

Nos hallamos, pues, ante una cuestión capital en el ámbito de la política social, ante un primer estadio de la defensa de los derechos trabajadores: cualquier acción que realicemos en ese sentido resultará inútil si quienes reúnen las condiciones exigidas para ser titulares de la condición de trabajadores por cuenta ajena a la luz de nuestra legislación laboral, no han obtenido el reconocimiento de tal condición por sus empleadores, formalizándolo en última instancia a través de su incorporación al Régimen de la Seguridad Social correspondiente. Los empresarios que, con incumplimiento de las normas, recurren a estas prácticas no están desde luego afectados por los vaivenes de la legislación laboral; podemos afirmar que les resultan indiferentes las limitaciones de la jornada de trabajo, el alza del salario mínimo interprofesional, la cuantía de la indemnización por despido o las modalidades de contrato de trabajo

En este artículo nos proponemos reflexionar sobre las tendencias actuales que presenta este fenómeno, el cual, no obstante, como apuntábamos, dista mucho de ser una novedad en el marco de nuestras relaciones laborales. Desde hace décadas es conocida la existencia de profesionales que desarrollan su actividad en condiciones propias de una relación laboral, pero que formalmente figuraban como «autónomos». Ello era propio muy especialmente de determinadas profesiones vinculadas con la construcción o con las instalaciones en edificios (albañiles, fontaneros, carpinteros...), aunque de todos es sabido que también ha sido campo abonado para ello el de algunas profesiones denominadas «liberales», como la abogacía o algunas del ámbito sanitario.

No vamos, por tanto, a analizar desde un punto de vista conceptual o teórico las diferencias entre el trabajo asalariado y el trabajo autónomo —estudiadas por nuestra doctrina laboralista hasta la saciedad— con la profundización sobre las notas definitorias de la relación laboral (dependencia y ajenidad), ni sobre el tratamiento que de las mismas hacen nuestros tribunales. Nos proponemos observar por dónde transita en los últimos años esta perniciosa modalidad de fraude laboral, así como la incidencia que sobre el fenómeno del trabajo falsamente autónomo tienen las nuevas modalidades de prestación de servicios personales, muy especialmente las que se incardinan dentro de la llamada economía colaborativa. Veremos cómo se ha pasado de una utilización artesanal, de *menudeo*, de la figura de los falsos autónomos, a un empleo masivo, *quasi* industrial de la misma, obedeciendo a estrategias concebidas y diseñadas para optimizar resultados empresariales en detrimento de los derechos sociales; igualmente, podremos observar la incidencia que la crisis económica de los últimos años ha tenido sobre estas prácticas, muy especialmente motivadas por la situación de necesidad en la que la situación del mercado de trabajo ha dejado a un gran número de personas. También nos ocuparemos de cómo se está produciendo el uso de los falsos autónomos por parte de sujetos que deberían ser especialmente escrupulosos en cuanto a la defensa de la legalidad, cuales son algunas Administraciones Públicas.

Estudiaremos también cuáles son los modos con los que las Administraciones encargadas de velar por los derechos de los trabajadores y de la Seguridad Social (que de forma inexorable resultan coincidentes) abordan en los últimos años la lucha contra las prácticas ilegales en esta materia.

2. LAS ACTUALES MANIFESTACIONES DEL TRABAJO FALSAMENTE AUTÓNOMO

Tal como señalábamos, la existencia de los falsos autónomos en el panorama de nuestras relaciones laborales ha tenido tradicional-

mente un carácter individualizado o artesanal: ante una determinada necesidad de una empresa, y con la finalidad fundamental de reducir costes, se optaba, en estos supuestos, por camuflar una relación de carácter laboral como una prestación de servicios por cuenta propia. En ocasiones, el propio trabajador podía tener cierta responsabilidad en su situación o haber favorecido la misma, dado que obtenía ventajas, fundamentalmente derivadas de una tributación más benévola de los rendimientos del trabajo por cuenta propia en relación con el desarrollado por cuenta ajena, especialmente en las actividades vinculadas a la construcción, y en algunos oficios, que en otro contexto económico general, resultaban particularmente rentables.

No obstante, en los últimos años se ha observado como determinadas empresas han establecido, dentro de su estrategia de recursos humanos, el objetivo de *sustituir a trabajadores por autónomos* de forma intensiva.

2.1. Del falso autónomo individual a su utilización masiva

Esta práctica se observa muy especialmente en las actividades vinculadas con la comercialización e instalación de suministros tales como gas, electricidad, telefonía o internet. Sin duda sorprenderá al lector no familiarizado con estas realidades el saber que, casi con toda seguridad, las personas que han intentado –y tal vez conseguido– captarle en su vida personal como cliente de empresas más que conocidas (algunas auténticas multinacionales o que cotizan en el IBEX 35), que han formalizado los contratos en nombre de aquellas, y que en la misma condición se han encargado de efectuar las instalaciones necesarias para el suministro del servicio, en realidad no eran trabajadores de esas compañías (o de alguna otra que hubieran subcontratado), sino que eran autónomos, auténticos emprendedores que hacían suyos los frutos de ese trabajo y soportaban sobre sus magras economías los riesgos y venturas a que estaban expuestos. Sorpresas nos da la vida.

Resulta difícil encontrar un mejor observatorio de estas realidades que el situado en el servicio público encargado de velar por el cumplimiento de la legislación laboral y de Seguridad Social en todas sus facetas: la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS). Por ello, y con el fin de ofrecer información precisa sobre la cuestión, describiremos algunas de las prácticas detectadas de forma reiterada por los funcionarios que la integran. Ello ofrece la ventaja de que recurriremos a hechos contrastados por funcionarios especializados y que, para el desarrollo de sus investigaciones han tenido acceso a los testimonios de todos los afectados, así como a la totalidad de la documentación laboral, fiscal, mercantil y contable que resulta necesaria para la calificación de los hechos comprobados.

Desde principios de esta década, la ITSS viene investigando supuestos como los que estamos tratando en este apartado. Ello se está realizando de forma programada y sistemática partiendo de la información que la Agencia Tributaria (AEAT) –en el marco de la necesaria y cada vez más eficaz colaboración institucional – proporcionaba en relación con los perceptores de cantidades periódicas provenientes de estas empresas (o de otras interpuestas) que eran objeto de retenciones tributarias, y que, sin embargo, no figuraban de alta en el Régimen General de la Seguridad Social. A partir de dicha información se ponen en marcha los mecanismos de investigación de la ITSS, referidos a los perceptores, con el fin de determinar las condiciones en las que se produce la prestación de servicios de los mismos. Junto a esta fuente de información, en los últimos tiempos han proliferado las denuncias de los propios afectados por estas situaciones, los cuales han pretendido de la Inspección la regularización de sus situaciones laborales. A ello ha contribuido, sin duda alguna, la situación de necesidad en la que se hallan muchas personas y sus familias como consecuencia de la crisis económica, y que les motiva a aceptar planteamientos tan desoladores como «si quieres trabajar, te doy trabajo, pero vas a estar de autónomo; esto es lo que hay, y si no quieres, tengo a otros cien esperando en la puerta».

Estas denuncias suelen presentarse una vez que se ha cesado en la actividad desarrollada para las distintas compañías (normalmente de forma no pacífica) y ante la cruel constatación por parte de los afectados de que no sólo no son acreedores de derecho económico alguno derivado de la finalización de sus contratos, sino que, además, carecen de la protección que la prestación por desempleo dispensa a los trabajadores que (cumpliendo con los requisitos legalmente establecidos) han visto finalizar sus relaciones laborales de manera involuntaria. El hecho de que la relación haya terminado dificulta las labores de comprobación, mas en modo alguno las imposibilita. La práctica inspectora hace que la investigación no se limite a determinar la situación del trabajador denunciante, sino que se extienda a la totalidad de los que pudieren estar afectados por idénticas o similares condiciones.

Evidentemente, el recurso a la ITSS no es el único con el que cuentan los trabajadores afectados por estas prácticas para que se restablezcan sus derechos, dado que pueden acudir a los Juzgados de lo Social para el reconocimiento de sus relaciones laborales. Ha de recordarse, no obstante, que ambas vías no son compatibles, ya que, con el fin de evitar que las actuaciones inspectoras se utilicen para preconstituir pruebas en procedimientos judiciales, la Ley 23/2015, de 21 de julio, ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, dispone en su artículo 20.5: *Tampoco se dará curso a aquellas cuyo objeto coincida con asuntos de los que esté conociendo un órgano jurisdiccional cuyo pronunciamiento pueda condicionar el resultado de la actuación inspectora, ni las que manifiestamente carezcan de fundamento.* Añadiendo en el siguiente apartado: **6.** *No obstante lo establecido en el apartado anterior; en el supuesto de asuntos coincidentes con cuestiones que con carácter previo o incidental esté conociendo un órgano jurisdiccional y que pudieran dar lugar a la exigencia de pago de cuotas de la Seguridad Social, se iniciará actuación inspectora, en todos los supuestos a que se refiere el*

apartado 3. El inicio de actuaciones, con conocimiento formal del empresario, interrumpirá el plazo de prescripción previsto en el artículo 21 de la Ley General de la Seguridad Social. De esta manera, quien opte por la vía judicial podrá –si ha obtenido sentencia que reconozca el carácter laboral– acudir a la ITSS para que regularice su situación en el ámbito de la Seguridad Social, instando las correspondientes altas de oficio y practicando las actas de liquidación de cuotas pertinentes, esto es, restaurando en el ámbito de la protección social los derechos de que había sido privado por el falseamiento de las condiciones en las que se desarrollaba su prestación de servicios.

No obstante, y a esos efectos de protección social, el recurso directo a la ITSS acostumbra a ser más rápido y eficaz que el acudir directamente a la Jurisdicción Social, la cual será la encargada, en cualquier caso y en última instancia de pronunciarse sobre la naturaleza de la relación, ya que las impugnaciones de los actos administrativos (actas de infracción y de liquidación) que declaren el carácter laboral de los servicios, de ser impugnados sobre la base contraria por las empresas, serán objeto de resolución por parte de los órganos que integran el referido orden jurisdiccional, a cuyo criterio se someterán a través del procedimiento de oficio previsto en el artículo 148 de la Ley que lo regula.

Una vez que sabemos cómo están llegando estos asuntos a la ITSS, veamos qué es lo que se está comprobando en relación con numerosas de estas situaciones, partiendo de algunas actuaciones inspectoras que nos ofrecen una información altamente valiosa, especialmente porque puede observar en qué manera la práctica obedece en la gran mayoría de los casos a patrones comunes por lo que se refiere al *modus operandi* de las empresas que incurren en las mismas, habiendo de hacer notar que no nos encontramos ante supuestos de laboratorio, sino ante los hechos realmente comprobados por los funcionarios que integran la ITSS en el ejercicio de sus funciones de control en relación con este tipo de situaciones.

En la cúspide de la pirámide nos encontramos con grandes empresas proveedoras de suministros tales como gas, electricidad o comunicaciones (telefonía o internet) que recurren a otras compañías para las tareas de comercialización e instalación. En la apariencia formal, estas sociedades emplean a «autónomos», mediante la suscripción de los respectivos contratos de agencia, para la realización de estos servicios.

Realizamos a continuación una síntesis de hechos que se están comprobando en este tipo de actuaciones inspectoras, y que suponen un patrón común del *modus operandi* al que nos referíamos en el párrafo anterior, y que resulta predicable de la actuación de la generalidad de las empresas en las que se ha detectado este tipo de prácticas:

Los trabajadores se hallan incardinados dentro de la organización y dirección de la empresa: ésta les exige un itinerario y visitas a domicilios determinados determinando la zona de trabajo, consistente ésta en un código postal, número de calles concretas o población, dentro de la cual deben trabajar sin poder salirse de la misma. Los trabajadores quedan bajo el control de un supervisor o jefe de equipo, formando grupos de trabajo, que es quien les instruye en su tarea y les da el apoyo diario en la misma. En ocasiones, el propio supervisor les recoge en la oficina tras recibir la formación que les es impartida y acuden juntos a la zona de trabajo asignada y vuelven juntos a la oficina tras la jornada laboral. Los supervisores, a su vez, quedan bajo el control de los otros situados jerárquicamente por encima de ellos, que se encargan de su supervisión, así como, del responsable de la empresa, que les controla mediante reuniones periódicas en las que deben informar sobre el rendimiento de trabajo del equipo. Se configura así una estructura jerárquica y organizativa en la empresa que, asimismo, permite la promoción profesional del trabajador dentro de la misma, en función del nivel de ventas y siguiendo las instrucciones que se imparten durante los tiempos de formación en la empresa. Igualmente, se ha acreditado en estos

casos que se puede llegar a ser supervisor/jefe de equipo con un equipo de trabajadores a su cargo, y posteriormente responsable, con dos supervisores a su cargo como mínimo, que a su vez tienen equipo de trabajo bajo su dirección. Esta estructura organizativa se completa con formación diaria a cargo de la empresa a la que los trabajadores deben acudir puntualmente y en la que se desarrolla una parte práctica sobre cómo desarrollar el trabajo de comercial y una teórica de contenido motivacional.

La empresa ejerce un control sobre la cantidad de trabajo transmitiendo a los trabajadores comerciales, bien por parte del administrador o bien por los supervisores, que deben hacer un mínimo de visitas diarias (para ello se les hace entrega de una hoja de registro de visitas en la que caben tantos registros como visitas se exigen). Al finalizar la jornada de trabajo, ya de regreso a la oficina, los trabajadores deben dar cuenta de las visitas realizadas y del resultado de las mismas. La empresa les marca un horario de trabajo, aun cuando este durante el día puede ser flexible en el sentido de que depende del trabajo a realizar y del tiempo que lleve a los trabajadores hacer las visitas como mínimo que deben hacer, los trabajadores todos los días, de lunes a viernes, deben estar en la oficina a una hora determinada en función de producto o servicio que promocionan para recibir la formación. Se establece una hora para la comida. Al finalizar la jornada de trabajo, la cual depende del trabajo desarrollado por el equipo, generalmente, se debe acudir a la oficina a rendir cuentas sobre el trabajo desarrollado durante el día.

La empresa exige puntualidad a la asistencia todos los días, de lunes a viernes, a la oficina, controla las faltas al trabajo pidiendo que se le informe y justificación sobre las mismas. La empresa exige a los trabajadores vestir traje y corbata a los hombres y vestido formal a las mujeres.

¿Puede haber alguna duda sobre la existencia de dependencia como elemento configurador de la relación laboral, de acuerdo con

los criterios conocidos al respecto? Pues bien, vayamos ahora con las circunstancias concurrentes que determinan la apreciación de la nota de ajenidad.

La forma de retribución consiste en una comisión por contrato realizado con los clientes. El trabajador recibe el dinero mediante transferencia bancaria ordenada por la empresa interpuesta. El pago es mensual. Se trata pues, de un salario consistente en comisiones, con la cobertura formal de la emisión de una factura que ni siquiera confecciona el trabajador, sino la empresa, que también confecciona la documentación fiscal de alta censal en la actividad (modelo 037) y la preparación de impuestos (declaraciones trimestrales y anuales de IVA, respectivamente), ante la realidad de que los trabajadores carecen de la más mínima organización que podría presuponerse a quienes ejercen su actividad pretendidamente por cuenta propia.

2.1.1. *La reacción de la ITSS ante estas situaciones*

El hecho de que las estén padeciendo personas que en situación de necesidad se ven compelidas a la aceptación de estas condiciones para tratar de subsistir, hace que dicha reacción haya de ser contundente, como de hecho lo es en los supuestos en que la situación se ha detectado.

Se trata en primer lugar de restaurar el derecho afectado a los trabajadores mediante la regularización de su situación en materia de Seguridad Social; de esta manera, se cursan las altas de oficio en el Régimen General por los periodos comprobados de su prestación de servicios. Paralelamente a ello, se extienden las actas de liquidación de cuotas a la empresa como consecuencia de la referida falta de alta. No olvidemos que este es el único medio para reclamar las cuotas no ingresadas por el incumplimiento de la obligación empresarial de comunicación del alta, junto con el requerimiento de pago que puede realizar la propia ITSS, conforme al artículo 34.1 de la LGSS.

En este sentido, es necesario recordar que, para la plena eficacia de la actuación administrativa y del alta en el Régimen General desde la fecha de inicio de la prestación de servicios motivada por el alta de oficio, es preciso que se produzca el ingreso de la cuotas reclamadas por el acta o por el requerimiento, tal como exige el artículo 35.2 del Reglamento de inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero. Esta exigencia deriva de la necesidad de establecer unas cautelas en orden a evitar una «compra» fraudulenta de prestaciones mediante la formalización de altas extemporáneas sin el adecuado control administrativo, concretamente a través de la actuación de la Inspección.

En paralelo a las actuaciones anteriores, tendentes a la restitución de los derechos en materia de Seguridad Social, tanto de los trabajadores como del propio sistema público de protección social, la Inspección procede a iniciar los procedimientos sancionadores correspondientes, toda vez que en última instancia lo que las empresas han cometido constituyen infracciones administrativas consistentes en no haber incorporado a los trabajadores al Régimen General de la Seguridad Social a través de la preceptiva comunicación de las altas. La infracción está tipificada como grave en el artículo 22.2 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el Orden Social (LISOS), constituyendo un ilícito administrativo por cada uno de los trabajadores afectados. Esto último supone una agravación de la responsabilidad empresarial, ya que la consideración de una infracción por cada trabajador afectado es una excepción en la LISOS, y se da en casos especiales, siempre específicamente identificados, como el que nos ocupa, constituyendo una agravación de la responsabilidad empresarial en los supuestos en los que así se ha establecido: siempre es más gravoso que se aprecie un hecho infractor por cada uno de los afectados que uno por el conjunto de los mismos, teniendo en cuenta que la cuantía de la sanción no se altera por ello, sin perjuicio de las circunstancias agravantes que pudieren apreciarse.

Como consecuencia de la reforma introducida en la LISOS por la Ley 13/2012, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, se agrava la responsabilidad de aquellas empresas que incurren en más de una infracción de esta naturaleza, cosa que evidentemente ocurre en los casos que nos ocupan. De esta manera, pueden llegar a elevarse en hasta un 50% cuando afecte a cinco o más trabajadores –en todos nuestros casos de falsos autónomos a escala industrial– alcanzando un mínimo de 4.689 euros por cada trabajador en relación con los que se hubieren incumplido las obligaciones de alta en el Régimen General. Como vemos, los incumplimientos pueden en estos casos salir realmente caros: tal fue el propósito del legislador al agravar las sanciones ante hechos considerados socialmente como intolerables; no en vano la Ley 13/2012 es fruto normativo del Plan de lucha contra el fraude aprobado por el Consejo de Ministros el 27 de abril de 2012, que establece entre sus líneas de acción la de la persecución de los supuestos de trabajadores falsamente autónomos.

2.1.2. *¿Estamos ante ilícitos penales?*

En ese contexto, otra cuestión a considerar es la de si estos supuestos serían constitutivos del delito contra los derechos de los trabajadores tipificado en el artículo 311.2º del Código Penal, también «hijo» legislativo del referido Plan, y que se incorporó al Código a través de la Ley Orgánica 7/2012, que en su Exposición de Motivos, declara que *Quien, de forma masiva o colectiva, recurre a la utilización de trabajadores sin haber formalizado su incorporación al Sistema de Seguridad Social que les corresponda, o sin haber obtenido la preceptiva autorización para trabajar en el caso de los extranjeros que lo precisen, debe merecer el correspondiente reproche penal.*

Los perjuicios ocasionados por estas conductas son evidentes. Por un lado, la negación de los derechos que en materia de Seguridad Social puedan corresponder a los trabajadores

por el periodo en el que prestan sus servicios de forma irregular. Por otro, los perniciosos efectos que presenta para las relaciones económicas y empresariales el hecho de que haya quienes producen bienes y servicios a unos costes laborales muy inferiores a los que han de soportar aquellos otros que lo hacen cumpliendo con sus obligaciones legales en la materia, lo que distorsiona la competitividad y desincentiva la iniciativa empresarial. Si la conducta es grave en todo caso, y por ello ya se condena como tal en el ámbito administrativo, la sanción penal se hace depender de un determinado número de trabajadores ocupados y afectados, en consonancia con la limitación del reproche punitivo a los comportamientos más graves.

Las prácticas de las que nos estamos ocupando en este apartado podrían estar inscritas en el tipo previsto en el referido artículo 311.2º: *Los que empleen simultáneamente a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en el régimen de la seguridad social que corresponda o, en su caso, sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo, siempre que el número de trabajadores afectados sea al menos de:*

- a) *el veinticinco por ciento, en los centros de trabajo que ocupen a más de cien trabajadores, o*
- b) *el cincuenta por ciento, en los centros de trabajo que ocupen a más de diez trabajadores y no más de cien, o*
- c) *la totalidad de los mismos, en los centros de trabajo de más de cinco trabajadores.*

Desde una interpretación literal de este tipo sancionador, el recurso a los trabajadores falsamente autónomos en los términos no sólo plurales, sino masivos, que estamos abordando (hablamos de cientos de casos en cada supuesto) podría parecer perfectamente incardinado en el tipo transcrito. Es por ello que debamos plantearnos si ante estos supuestos la Inspección ha de poner los hechos en cono-

cimiento del Ministerio Fiscal, proponiendo la suspensión de los procedimientos sancionadores iniciados, tal como prevé el artículo 3 de la LISOS y las disposiciones concordantes.

Entendemos que a esta cuestión hemos de dar respuesta con las conclusiones que incorporaron como anexo la Dirección General de la Inspección y la Dirección del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad a la Instrucción conjunta que sobre estas cuestiones firmaron en marzo de 2013, en las que al respecto se afirma:

La cuestión de mayor complicación, se encuentra en la posible discusión sobre la existencia de relación laboral, fundamento de la falta de alta. En casos cambios de encuadramiento del RETA al RGSS. Para que los cambios de encuadramiento tuvieran trascendencia penal es necesario acreditar la concurrencia de dolo, es decir, que el alta en el RETA forme parte de una actuación fraudulenta empresarial para eludir el alta en el RGSS. No deben adquirir relevancia penal los supuestos en los que la existencia de relación laboral es dudosa (ha podido variar el criterio en la propia jurisprudencia social). Hay que tener en cuenta que en el ámbito penal no es posible recurrir, con carácter previo a su resolución, al procedimiento de oficio para determinar la laboralidad de la relación.

Por tanto, la propia simulación de las relaciones laborales y su enmascaramiento como actividades autónomas sirve en estos casos para eludir la acción penal. La razón ha de encontrarse en el origen y en la razón que llevó al legislador a considerar como delito estos supuestos de empleo irregular masivo, que era, por una parte, evitar la impunidad de aquellos casos en los que los empresarios incurrieran en los mismos y que, por la vía de la insolvencia societaria o personal, la acción represiva de la Administración quedaba impune; por otra parte se pretendía incrementar el castigo ante determinados casos especialmente graves de utilización clandestina de trabajadores en situación irregular. No se previó este tipo para otra tipología de fraude, en relación con

el cual, como se señala en el documento antes transcrito, se depende para su apreciación de criterios jurisprudenciales (que pueden ser cambiantes) y en los que la propia acción administrativa sancionadora se hace depender de la calificación o no como laboral que realice la jurisdicción social a través del procedimiento de oficio del que nos ocupábamos *ut supra*.

Otra cuestión es que los hechos cometidos pudieren estar incluidos dentro de otro tipo penal, cual es el del delito genérico contra los derechos de los trabajadores del artículo 311.1º o en el delito contra la Seguridad Social, cuando se hubieren defraudado cuotas por importes superiores a los 50.000 euros, en los términos establecidos en el artículo 307 del Código Penal.

2.1.3. *¿Cabe la extensión de la responsabilidad a las empresas principales?*

Cuestión esencial a plantearse es si la exigencia de responsabilidad administrativa por estos hechos se agota en las empresas que directamente ocupan a estos trabajadores o si, por el contrario, ha de extenderse a las que resultan las destinatarias últimas de los servicios de los empleados. Para ello hay que analizar los mecanismos de extensión de responsabilidad tanto por las cuotas de Seguridad Social reclamadas como por las sanciones impuestas, y su aplicabilidad a los supuestos que nos ocupan. Todo ello con el fin de conocer si las graves consecuencias administrativas a las que nos hemos referido quedarán únicamente para las sociedades que formalmente organizan los trabajos –generalmente de escasas entidad económica y solvencia patrimonial– o podrán recaer de alguna manera en sus beneficiarias principales, esto es, aquellas que consiguen la comercialización e instalación de sus productos, o expresado de otra forma, el fin último de su actividad, la cual resultaría inviable sin la intervención de estos trabajadores falsamente autónomos, a los que se hace pasar como emprendedores.

En este sentido, hay que analizar si la naturaleza de la relación que vincula a la empresa proveedora con la que directamente realiza los trabajos de comercialización e instalación de los servicios a través de los falsos autónomos. A nuestro juicio esa relación ha de ser considerada como la de una contrata, así como que la misma se refiere a servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal. Para ello, basta recordar la doctrina jurisprudencial imperante en relación con el concepto de propia actividad, ya que no corresponde a este trabajo abordar tan enjundiosa y ampliamente estudiada cuestión. A tal efecto, han de considerarse dentro de la «propia actividad» aquellas obras o servicios integradas dentro del ciclo productivo propio de la empresa, en el que habrá algunas principales y otras accesorias pero también necesarias; será en aquellos supuestos en los que no quepa apreciar dicha necesidad cuando podamos situarnos fuera de la esfera de la «propia actividad». De esta manera, resultaría la propia actividad la de fontanería con respecto a un empresario de construcción y no resultaría la de prestación de servicios de seguridad en las instalaciones de una Administración pública; igualmente, en un colegio mayor, el servicio de comedor sería propia actividad, aunque la docencia y la hostelería sean distintos ámbitos de actividad. En este sentido se manifestó el Tribunal Supremo, Sala cuarta, en su sentencia de 24.11.98, definiendo la propia actividad como aquellas actividades nucleares en el curso del proceso productivo, de forma que si no las efectuase el contratista, habría de realizarlas el propio empresario, so pena de perjudicar gravemente su actividad empresarial. Esta es, en esencia, la doctrina que vienen aplicando nuestros tribunales.

Este criterio resulta, a nuestro juicio, el que corresponde aplicar al caso que nos ocupa si atendemos al objeto social principal de la empresa comitente y al redactado de los encargos efectuados a la contratada, que tienen como ejes principales la fidelización de clientes antiguos, la captación de otros nuevos y la venta a unos y otros de la totalidad

de los productos que comercializa la principal, es decir, la base y el núcleo de la actividad productiva de la empresa comitente, sin la cual su actividad empresarial quedaría seriamente dañada. Conforme a la doctrina del Tribunal Supremo (STS 09.07.2002), si la contrata o subcontrata existen, la responsabilidad solidaria en materia salarial y de Seguridad Social lo será en cascada y afectará a todos los empresarios implicados en una eventual cadena de contratas y subcontratas, de modo que el empresario contratista responderá de las obligaciones contraídas por el subcontratista o subcontratistas y así sucesivamente.

Es por ello que las actuaciones inspectoras en la materia no se están limitando a la exigencia de responsabilidad por las cuotas de Seguridad Social dejadas de abonar en relación con los falsos autónomos a los empleados directos de los mismos, sino que la responsabilidad se está extendiendo a las empresas principales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 42.2 el Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 142.1 de la LGSS (Real Decreto Legislativo 8/2015), en la relación que él mismo establece con el artículo 168.1 del propio texto legal. De esta forma, tal como señalábamos con anterioridad, a efectos de restañar el daño ocasionado a la Seguridad Social y a los derechos de protección social de los afectados, responderá en última instancia, de forma solidaria, el destinatario final y real de los servicios de los trabajadores, tal como pretende la extensión de esos mecanismos de responsabilidad. Ello tiene, por otra parte, el efecto de evitar que la más que probable insolvencia de los empleadores directos –generalmente empresas con muy poca o nula solvencia patrimonial– haga en la práctica ineficaz la acción administrativa tendente a la restitución de los derechos afectados.

A propósito de esta cuestión, es preciso efectuar una referencia al modo en que ha abordado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo la existencia de responsabilidad solidaria en supuestos como los que estamos

analizando. Para ello, nos centraremos en dos sentencias recientes y que resuelven la cuestión en sentido contradictorio.

En primer lugar, la de 15.12.2015, que al enjuiciar la existencia de una posible responsabilidad solidaria por pago de cantidades entre una empresa telefónica y una comercializadora, cuya relación se establecía en términos similares a los que estamos analizando, resuelve que no cabe tal responsabilidad, dado que la relación que vincula a ambas empresas es la propia de un contrato de agencia, y no la de una contrata, ya que *En una empresa productora la contrata solo puede existir a largo del ciclo de producción, pues todo él es propia actividad. Por el contrario no lo es la mediación. En el caso de que una empresa, dedicada a la Agencia concertara con otra la asunción de una parte de su negocio, nos hallaríamos en presencia de una contrata al desempeñar «la propia actividad» y estar mediando no para transmitir un producto de la Agencia que la contrató sino un producto de la Principal ya que no negocia una mediación «de la mediación».* [siguiente] [Contextualizar] [anterior] *En el caso que nos ocupa la separación entre actividad productiva y mediación es nítida y no cabe confundir actividad con interés. Es interés de la principal colocar sus productos en el mercado pero no es su actividad existiendo empresas ya sea en exclusiva o sin ella, dedicadas a una actividad de mediación que les es propia y característica.*

De haber prosperado esta doctrina, no cabría aplicar nada de lo dicho sobre tal extensión de los efectos de las liquidaciones de cuotas. No obstante, y afortunadamente para las tesis sostenidas normalmente por la Inspección, contamos con un nuevo pronunciamiento de la misma Sala del Alto Tribunal, en esta ocasión de 21.7.2016. Ahora declara que *La actividad de comercialización es inherente a la realización de la actividad de telefonía, y es esta intensa conexión entre las actividades del principal y del contratista la que sustenta la solidaridad en el pago de los salarios reclamados. En el caso, los empleados de las*

contratistas actúan en nombre de la principal, fidelizan al público como clientes de la principal, entran en su sistema operativo, resuelven dudas planteadas en relación con los servicios ofertados por la principal, etc., lo que permite afirmar sin ningún género de duda que la comercialización es una actividad inherente al ciclo productivo de una empresa de telefonía que suministra servicios a clientes finales. Para el Supremo, la celebración de un contrato de agencia entre dos empresas no implica que la empresa principal quede fuera del esquema de colaboración interempresarial, a los efectos de eludir la responsabilidad solidaria que como garantía de los trabajadores contempla el artículo 42 ET. Si el contrato de agencia sirve para descentralizar la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad deben operar las garantías del ET, y viceversa.

En consecuencia, se revisa la doctrina de la sentencia de 15 de diciembre del año anterior. Es de destacar que la magistrada que fue ponente de aquella formuló, en coherencia con su postura allí expresada, el correspondiente voto particular.

Cuestión aparte es la extensión de la responsabilidad a las empresas principales en el ámbito punitivo. Para poder proceder de este modo, esto es, sancionando a una empresa por hechos formalmente cometidos por otra, saltando con ello por encima del principio de la personalidad de la pena propio del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador, es preciso que así lo declare de manera expresa una norma con rango de ley, como consecuencia de los principios que se contienen en el artículo 25 de la Constitución española. Por centrarnos en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social, que es el que principalmente aquí nos ocupa, esa extensión la realiza la LISOS en el artículo 23.2 en relación al establecer que *«Los empresarios que contraten o subcontraten la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad, responderán solidariamente de las infracciones a que se refiere el apartado 1.a)*

anterior, cometidas por el empresario contratista o subcontratista durante toda la vigencia de la contrata.» El apartado 1.a) contempla la infracción consistente en dar ocupación a perceptores o solicitantes de prestaciones incompatibles con el trabajo sin haber cursado con carácter previo su alta en la Seguridad Social. Pues bien, idéntica previsión no se contempla en relación con la infracción consistente en no comunicar las altas en el Régimen General sin que los trabajadores sean beneficiarios de prestaciones, tipificada en el artículo 22.2 de la LISOS, que es el caso que nos ocupa, por lo que resulta legalmente inviable la extensión de las sanciones a las empresas principales en estos casos.

Ello no significa que la Inspección de Trabajo no les esté exigiendo responsabilidad a través de la extensión de actas de infracción, más allá de la liquidación de cuotas. La LISOS, en su artículo 22.12 tipifica como grave la conducta consistente en *No comprobar por los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos o que se presten de forma continuada en sus centros de trabajo, con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad contratada o subcontratada, la afiliación o alta en la Seguridad Social de cada uno de los trabajadores que estos ocupen en los mismos durante el periodo de ejecución de la contrata o subcontrata, considerándose una infracción por cada uno de los trabajadores afectados.* Este tipo sancionador, introducido por el Real Decreto-ley 5/2011, posteriormente modificado por la Ley 13/2012, ambas normas promulgadas con la finalidad clara de intensificar la lucha contra el fraude, establece como posible la sanción por el incumplimiento del deber de vigilancia. El principio del que deriva esta obligación –actualmente contenida en el artículo 16.5 de la LGSS– descansa en pretender que quien finalmente recibe la prestación de servicios de los trabajadores tenga un papel activo en la prevención del fraude laboral, mediante la imposición de un deber de vigilancia en relación con las obligaciones de alta.

Si bien las sanciones que se pueden imponer por esta infracción no alcanzan las cuantías de la falta de alta –a las que habría llevado una responsabilidad solidaria– quedándose en las ordinarias de entre 626 y 6.250 euros, el hecho de que se aprecie una infracción por cada trabajador afectado supone un plus de responsabilidad digno de considerar y que puede tener el efecto de que, si la Inspección hace un uso adecuado de esta infracción, las empresas principales se sientan lo suficientemente disuadidas de amparar o favorecer estas prácticas.

2.2. Relaciones laborales camufladas dentro de la economía colaborativa

Al analizar las modernas manifestaciones de un fenómeno tradicional en nuestra realidad socio laboral, hemos de prestar una especial atención al modo en el que se utilizan las expresiones de la denominada economía colaborativa, muy especialmente en los últimos tiempos a través del empleo de las plataformas digitales, con el fin, entre otros, de ocultar la existencia de auténticas relaciones laborales, con los efectos perversos –antes descritos– de defraudación de los derechos de los trabajadores y de la Seguridad Social.

Para su estudio nos volvemos a aprovechar del observatorio privilegiado que supone la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como receptora de la información que proviene no sólo de las denuncias que ante ella interponen los posibles afectados, sino de los propios sistemas y herramientas de las que se ha dotado –especialmente en los últimos tiempos, y como consecuencia del Plan de lucha del año 2012– para detectar supuestos de fraude laboral. Veremos, tal como hicimos en el apartado anterior, algunos casos detectados, así como la reacción que la Inspección ha tenido ante los mismos.

Sin pretender un estudio completo del fenómeno de la economía colaborativa, por ser

materia propia de otros trabajos, sí que conviene hacer una breve descripción de su funcionamiento a efectos laborales. En esencia, se trata de organizaciones (con soporte físico o virtual, como veremos) que ponen en contacto a los clientes de determinados servicios de tipo personal, con los prestadores directos de los mismos. El servicio es encargado por la organización –o plataforma– a quien lo presta; una vez realizado, se retribuye directamente por aquél, que, a su vez, recibe el importe del cliente. El problema radica en que, en la totalidad de los casos detectados quienes, de acuerdo con la descripción de hechos realizada, habrían de ser calificados como de trabajadores, no son reconocidos como tales por las empresas. Ello, junto con los perjuicios que ya conocemos, ofrece, por el contrario, a estas empresas la indudable ventaja competitiva de ofrecer estos servicios de tipo personal (limpieza, transporte, reparto de comidas a domicilio, reparaciones del hogar...) a precios notablemente inferiores a los que se dan en el mercado «tradicional», viniendo a constituir tal diferencia el elemento esencial que posibilita la rentabilidad y la propia existencia de estas plataformas.

Este modelo, que recientemente ha sido denominado «Uber Economy» por el nombre de la plataforma digital de ese nombre dedicada a la prestación de servicios de transporte en vehículos de turismo directamente por sus titulares a los clientes de dicha plataforma (cuya realidad en España no puede ser aún abordada en profundidad, al haber estado judicialmente suspendida su actividad, por razones ajenas al ámbito de las relaciones laborales aunque recientemente se ha reanudado en algún lugar del territorio nacional), no es estrictamente una novedad en nuestro país, ni su existencia se debe directamente a la implantación de las nuevas tecnologías. En efecto, ya en el año 2010 se comenzaron a detectar por la Inspección organizaciones que se dedicaban a enviar a personas dedicadas a la limpieza de viviendas a los domicilios particulares de los titulares de las mismas, de tal modo que desarrollaban su actividad organizada por esas empresas, las cuales retribuían mensualmente los trabajos.

Los titulares de los hogares pagaban por el servicio, en consecuencia, no al trabajador, sino a la propia empresa. Al recibirse denuncias por estos hechos, procedentes de trabajadores afectados, en alguna Inspección provincial, se efectuaron las actuaciones correspondientes, que finalizaron con la tramitación de las altas de oficio en el Régimen General de la Seguridad Social, así como con la extensión de las actas de infracción y de liquidación necesarias para sancionar los incumplimientos producidos, por un lado, y para restaurar los derechos afectados, por el otro. Y todo ello debido, naturalmente, a que los hechos comprobados llevaban a la conclusión de que nos encontrábamos ante la prestación de servicios retribuidos dentro del ámbito de organización y dirección de las empresas por cuya cuenta se prestaban, dado que asignaban a los trabajadores a los domicilios, los sustituían si no eran del agrado del cliente, cobraban de este los servicios y abonaban al trabajador su salario. Estas circunstancias evitaban cualquier posibilidad de considerar al trabajador como empleado de los clientes, y que por tanto les correspondiera a ellos el alta en el Sistema especial de empleados de hogar, y, mucho menos, apreciar –como se llegó a pretender por las empresas– la existencia de un trabajo autónomo por parte de los empleados.

Ha de significarse que las tesis de la Inspección han sido acogidas favorablemente por los Jueces y Tribunales a la hora de enjuiciar situaciones como las que estamos describiendo, y que han sido protagonizadas por distintas empresas en diversos lugares de España, si bien actuando generalmente en régimen de franquicia de la misma marca. Analicemos algunas de las sentencias que sobre la materia han recaído en Tribunales Superiores de Justicia, lo cual nos servirá, igualmente, para expresar con mayor precisión las circunstancias concurrentes en estas actividades, utilizando los hechos probados de los que parten las resoluciones judiciales:

- **STS de Cataluña de 13.3.2012**

Se interpone recurso de suplicación contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 18 de

Barcelona de 4.5.2011. De su contenido extractamos los siguientes hechos:

Se trata de una franquicia de XXXXXX que facilita personal al cabeza de familia para la realización de tareas domésticas y de asistencia de personas mayores.

– La empresa realiza una selección de personal que consiste en el estudio y valoración del curriculum vitae, la realización de pruebas de personalidad y conocimiento y la comprobación de las referencias facilitadas por el candidato.

– Se documenta una relación laboral de carácter especial, entre el cabeza de familia y el empleado y tiene como principios inspiradores el cumplimiento de la normativa laboral vigente y, en especial, el RD 1424/1985.

– La empresa se compromete con el cliente a:

✓ Realizar las gestiones oportunas de selección a fin de sustituir a la empleada de hogar incorporada en caso de baja voluntaria o extinción de la relación especial de trabajo. Igualmente, se compromete a la sustitución de la empleada (*sic*) de hogar en caso de baja médica o disfrute de vacaciones.

✓ Realizar la gestión del pago del salario a la empleada (*sic*) de hogar, en nombre del cliente firmante los días 5 y 10 de cada mes, por lo que exige el cumplimiento puntual de la reposición de fondos por parte del cliente firmante.

– El cliente se compromete ante la empresa a:

✓ Comunicar la renuncia del presente contrato con un preaviso de al menos 15 días.

✓ Realizar entre los días 1 y 5 de cada mes, el pago de la factura emitida por la empresa, con el fin de poder abonar puntualmente el salario al empleado

doméstico contratado por el cliente. En los servicios puntuales, se gestionará el cobro en el plazo máximo de 24 horas.

✓ La facturación de los servicios se realizará mensualmente. Las facturas así emitidas serán pagadas el 1 y 5 del mes siguiente a la prestación de los servicios del empleado doméstico.

✓ Las trabajadoras disponen de: seguro de accidente y de responsabilidad civil.

– Es la empresa la que contactaba con las trabajadoras (se trataba de mujeres en todos los casos), las entrevistaba y seleccionaba, así como la que efectuaba las transferencias bancarias a las mismas en concepto de retribución por la prestación de los servicios.

– La empresa hace firmar a las trabajadoras un documento donde las mismas reconocen recibir directamente del cabeza de familia sus retribuciones, si bien es la citada mercantil quien les sigue abonando las mismas.

De los fundamentos jurídicos cabe resaltar que *no es apreciable ninguna diferencia jurídica sustantiva entre un contrato de arrendamiento de servicio prestado por una empresa de limpieza que aporte sus trabajadores y el supuesto analizado, con la única diferencia que la limpiadora es siempre la misma. Diferencia meramente formal, ya que nada impide que en el contrato de arrendamiento de servicios las partes acuerden que la limpieza, por la evidente intromisión en el hogar y en el ámbito de la intimidad, la realice siempre la misma persona.*

El hecho cierto, es que nos encontramos delante de una actividad lucrativa, que se dedicaba a aportar profesionales de limpieza a las familias, bajo la cobertura de una relación triangular que, en definitiva, enmascara un vínculo laboral ordinario bajo una pantalla jurídica triangular pero que no era tal.

• STSJ de Cataluña de 7.11.2012

Ante un supuesto de hecho sustancialmente idéntico al anterior, se manifiesta lo siguiente:

La existencia de una relación laboral, exige una nota de ajenidad y dependencia a las que se refiere el artículo 1.1. del Estatuto de los Trabajadores, es decir, que la prestación de servicios contratada se realiza dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa, por tanto, con sometimiento al círculo rector, disciplinario y organizativo de la misma (STS 16 de febrero de 1990), ya que no es suficiente para la configuración de la relación laboral, la existencia de un servicio o actividad determinada y su remuneración, ya que la característica esencial es la dependencia o subordinación del que presta el servicio a favor de la persona que lo retribuye, y en consecuencia es necesario para la existencia del contrato de trabajo que el trabajador esté comprendido en el círculo orgánico rector y disciplinario de la empresa. De otra manera el contrato será meramente civil de prestación de servicios (SSTS 7.11.1985, 9.2.1990). La empresa XXXXX es la que abona los salarios a los trabajadores, tal y como figura en las transferencias bancarias, así como los recibos emitidos por la propia empresa y firmado por XXXXX y por los trabajadores, es XXXXX quien efectúa la selección de personal, que pone a los trabajadores a disposición de los clientes, que fija el horario de trabajo y las retribuciones, etc. Por tanto, esta Sala ha de confirmar la valoración de la sentencia de instancia, ya que las notas básicas del contrato de trabajo quedan evidenciadas por la existencia de una ajenidad en los frutos del trabajo que si bien se presta en domicilio, quien se beneficia de las ganancias obtenidas es la compañía demandada. La existencia de dependencia, ya que se trabaja según la organización y las órdenes de la compañía, que determina salario, horario, etc, por tal cosa los trabajadores destinados a los domicilios se han de considerar dentro del círculo rector de la compañía. Existen, por tanto, las características básicas del contrato de trabajo, con las notas de ajenidad, retribución, dependencia o subordinación.

Como consecuencia de este tipo de actuaciones realizadas en ámbitos provinciales, y en el marco del Plan de Lucha contra el irregular y el fraude a la Seguridad Social, la Dirección

General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ordenó en 2012 una campaña de alcance nacional con el fin de regularizar la situación en materia de Seguridad Social de todos aquellos que estuvieran afectados por esas prácticas.

Pues bien, en los últimos tiempos –en el año 2015– hemos podido observar como estas prácticas se retomaban en algún caso, concretamente en la provincia de Valencia, mediante la utilización de las nuevas tecnologías y con el soporte de las plataformas digitales. De esta manera, las prácticas que hemos descrito con anterioridad para la prestación de servicios de limpieza, por parte de quienes hemos de considerar trabajadores por cuenta ajena en los domicilios de los clientes, en lugar de organizarse en oficinas «físicas», a las que acuden estos para poner en marcha el proceso, la selección de los trabajadores y la asignación de clientes se realiza a través de algoritmos y mediante mecanismos completamente informatizados, que ponen en relación las necesidades de los clientes con las características de los trabajadores requeridos.

Veamos algunos elementos fácticos concurrentes en esta prestación de servicios organizada a través de una página web, todos ellos comprobados de manera fehaciente por funcionarios del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social:

La empresa XXXX cuenta con una página web, mediante la cual los profesionales que prestan servicios de limpieza realizan los mismos, una vez solicitados por los clientes. Los referidos clientes previamente han tenido que inscribirse en la página web de XXXX que es la titular de la tecnología y del desarrollo del servicio de limpieza mediante un equipo especializado, humano. Anuncian en su página web «Servicio doméstico de confianza para la limpieza de tu hogar». Mediante la página web, y considerando diversos parámetros, entre ellos la cercanía del profesional con el lugar al que hay que acudir a realizar el servicio de limpieza, se selecciona por medio del programa informático que profesional debe acudir a prestar el

citado servicio. En este sentido, cabe destacar que cada profesional cuenta con un perfil en la página web de XXXX, en la que según las condiciones pactadas, horarios de disponibilidad o zonas en las que presta servicio, aparecen las ofertas a las que puede acceder.

Consta asimismo un registro de las tareas asignadas al limpiador por parte del sistema operativo, en base a los distintos parámetros que se usan, disponibilidad del DOER (así denominan a los trabajadores), cercanía, etc. En cuanto al lugar de trabajo, y teniendo en cuenta las características de la prestación de servicios —el centro de trabajo lo constituyen los lugares a los que van a prestar servicios de limpieza—, la empresa determina donde van a desarrollar la actividad, contando en el perfil del personal de limpieza las tareas que ha desarrollado de manera periódica.

Si bien es cierto que la empresa no impone a una jornada de forma directa, siendo libres de escoger las horas, días y tiempo de trabajo, también lo es que, de forma indirecta, se realiza este control de horas, puesto que es la empresa la que en último término designa al personal de limpieza que va a acudir a prestar los servicios que los particulares han solicitado a XXXX. Por otra parte no ha de ignorarse el hecho de que, si se rechaza un trabajo, quien así lo haga carecerá de remuneración alguna.

En definitiva, la jornada y horario de trabajo va a estar condicionada por las peticiones que reciba la empresa de sus clientes, que son los que van a abonar un servicio, según los precios fijados de antemano por la página web.

El personal de limpieza de XXXX carece de cualquier tipo de organización empresarial, quedando adscritos ab initio, a la estructura y organización de la misma. Es XXXXX quien les indica la documentación que han de facilitar y el modo y momento de hacerlo (es decir, el qué, el cuándo y el cómo se ha de aportar), quien ha creado y establecido el sistema de solución de problemas y comunicación con el personal de limpieza y de éstos con la mercantil, quien redacta el contrato «de servicio de

limpieza», quien establece cuándo y dónde ha de asistir cada trabajador, quien determina el sistema y periodicidad del pago y quien marca las tarifas e incentivos y sus cambios.

Especialmente significativa resulta la existencia de un régimen sancionador para los denominados DOERS, así como la expulsión de la plataforma si conciertan la prestación de servicios sin la participación de ésta.

Como elementos indiciarios de ajenidad, conviene destacar que la empresa abona al trabajador la cantidad de 6 euros por hora de trabajo, que es aquella la que procede al cobro de los servicios, bien mediante tarjeta bancaria, por medio de la plataforma web creada a estos efectos, o bien mediante la venta de cupones, en una plataforma de pago de internet. Por ello, la existencia de ajenidad tampoco ofrece dudas, puesto que los servicios los presta el trabajador a los usuarios de la empresa quien cobra directamente al cliente el servicio prestado mediante la aplicación, quien fija el importe de los servicios que se van a prestar y quien después retribuye al limpiador por cada servicio finalizado (STS de 16 de junio de 1987, y en el mismo sentido STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de abril de 2001 y STSJ de Cataluña de 13 de junio de 1996). Tal y como establecen las STS de 15 de abril de 1990 y STS de 29 de diciembre de 1999, es un elemento indiciario de ajenidad «la adopción por parte del empresario y no del trabajador, de las decisiones concernientes a las relaciones del mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios y tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender.»

También resulta significativo, a los efectos de calificar la actividad de este tipo de empresas, que los únicos ingresos de la plataforma no provienen de los accesos a la web, sino de lo que los clientes pagan por los servicios de quienes los prestan.

Como consecuencia de los hechos comprobados en estos supuestos reales, y en función de las consideraciones jurídicas efectuadas, la ITSS consideró que concurrían en todas las re-

laciones analizadas de quienes desarrollaban las tareas de limpieza y XXXX las notas características del contrato de trabajo. Toda vez que ninguna de estas personas había sido dada de alta en el Régimen General de la Seguridad Social se procedió como en el resto de los casos descritos con anterioridad, esto es, regularizando la situación en materia de Seguridad Social de los trabajadores y haciendo que la empresa abonase las cuotas dejadas de ingresar.

Curiosamente, la actividad que se ha descrito se ha presentado en algunos foros empresariales como ejemplo de innovación y como manifestación de las modernas «startups», encontrando su amparo en iniciativas para fomentar la innovación empresarial. Entendemos que el desarrollo de esas, por otra parte encomiables e imprescindibles iniciativas empresariales, no puede en modo alguno sustentarse sobre la defraudación de los derechos de quienes en definitiva las sostienen (los trabajadores), y en otro plano, del sistema público de Seguridad Social.

2.2.1. Perspectivas de futuro

Como apuntábamos en el enunciado de este apartado, observamos, como una de las nuevas tendencias del trabajo falsamente autónomo, la utilización de las nuevas tecnologías como un paraguas tecnológico que se utiliza en ocasiones para camuflar la realidad de algo tan genuino como es el trabajo por cuenta ajena, con las mismas finalidades y efectos de aquellos *falsos autónomos* tradicionales de los que nos ocupábamos al inicio del presente trabajo, y que conocemos de antaño quienes llevamos no pocos años inmersos en la realidad socio laboral española.

No obstante, no podemos desconocer el hecho de que la realidad de las prestaciones de servicios en el marco de esta economía colaborativa puede ser enormemente cambiante y avanzar a la velocidad que nos marque la evolución de la tecnología, cuyo paso puede dejarnos completamente obsoletos a los laboralis-

tas si continuamos aplicando nuestros añejos criterios delimitadores entre lo que es trabajo subordinado y lo que es trabajo autónomo.

Los casos que hemos visto –los conocidos hasta la fecha– referidos a servicios de escasa cualificación técnica ofrecen pocas dudas sobre el carácter laboral de las relaciones. Sin embargo, ante otro tipo de actividades, como pudieren ser las que organiza la plataforma Uber, y en los que intervengan otros factores, tales como la mayor autonomía de quienes prestan los servicios, o la aportación por los mismos de los vehículos, con los factores de organización y asunción personal de ciertos riesgos que ello implica, cabe preguntarse con Adrián Todolí Signes dos cuestiones, *la primera si el concepto tradicional de trabajador subordinado sigue amparando esta nueva forma de trabajar. La segunda es una cuestión de política del derecho y radica en considerar si existe necesidad de ampliar el ámbito de protección del Derecho del Trabajo, haciendo una desconexión entre el trabajo subordinado y la aplicación de la normativa. Incluso, habrá que plantearse la posibilidad de que la protección requerida por este nuevo tipo de prestadores de servicios sea diferente a la de los trabajadores subordinados teniendo que diversificar el tipo de tutelas ofrecidas por el ordenamiento laboral*¹.

Con el conocimiento que tenemos de estas realidades, y que nos ofrece el observatorio singular y de amplia visión de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, entendemos que, en el estado actual de la cuestión, no cabe efectuar desde el punto de vista de la actuación de los servicios administrativos –de afiliación y de inspección– distinción alguna entre relaciones laborales como las que hemos descrito y aquellas que se producen en un entorno que podemos calificar de tradicional. Y ello so pena de negar a estos trabajadores los derechos de protección social y de reconocimiento de su situa-

¹ Adrián TODOLÍ SIGNES. *El impacto de la «Uber Economy» en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo*. Ius Labor 3/2015.

ción de la que gozan el resto de los asalariados. Y máxime cuando, como hemos indicado, nos encontramos ante profesiones que requieren una escasa cualificación y que normalmente serán desempeñadas por personas que se hallan en situaciones de necesidad que les harán proclives a aceptar condiciones inferiores a las que legalmente les corresponderían, con el fin de la conseguir unos ingresos mínimos.

Por otra parte, tampoco hay que olvidar que la propia dispersión de estos trabajadores empleados en la economía colaborativa hace muy difícil, por no decir imposible, que los mismos puedan ejercer de forma eficaz sus derechos colectivos o representativos en relación con las empresas que les dan ocupación, lo que aumenta sobremanera su situación de debilidad en la ya de por sí desigual relación laboral.

Ahora bien, tampoco es posible desconocer que las peculiaridades que se dan en los trabajos prestados en el marco de la economía colaborativa presentan singularidades significativas en relación con las características tradicionales de la relación laboral, muy especialmente por lo que se refiere a la nota de dependencia o a cuestiones tales como la aplicación de limitaciones de jornada, en la medida en que las facultades de organización del empresario aparecen difuminadas, entre otras razones, por el modo de asignación de las tareas y por la capacidad que puedan tener los trabajadores de rechazar algunos encargos. Por otra parte, no es aventurado pensar que la evolución tecnológica hará que este tipo de prácticas se extienda a actividades o servicios más allá de los que están afectados en la actualidad.

No obstante, sentado como queda en los supuestos que conocemos y que hemos analizado, el carácter laboral y subordinado de las relaciones, la solución no puede ser el caer en una fuga del Derecho del Trabajo y de sus consecuencias de protección social, sino el proporcionar una regulación adecuada a este tipo de realidades. Para ello hemos de acudir a los instrumentos que nuestro Derecho ya prevé para ello, esto es la regulación de una relación

laboral de carácter especial, lo que requeriría una declaración expresa por una norma con rango de ley, a tenor de lo previsto en el artículo 2.1.i) del Estatuto de los Trabajadores. El contenido de los aspectos esenciales de esa relación laboral excede al ámbito de este trabajo, si bien consideramos interesante destacar las propuestas que en ese sentido ha realizado Adrián Todolí en el estudio al que nos hemos referido con anterioridad.

De abrirse camino alguna propuesta de esta naturaleza, consideramos –a los efectos que interesan en relación con el contenido de este artículo– que lo que no puede aceptarse en modo alguno (y ahí discrepamos del profesor Todolí) es que se adopte decisión alguna que lleve aparejada cualquier tipo de «amnistía» para las empresas que, como las que hemos tratado, hayan incumplido sus obligaciones en relación con el alta en la Seguridad Social de estos trabajadores. Y no nos referimos a los efectos sobre las sanciones que pudieren imponerse –cuya eventual exoneración no supondría perjuicio alguno a los afectados– sino a los efectos en cuanto a las altas y las cuotas de Seguridad Social: cualquier medida de gracia en ese sentido afectaría directamente a los derechos de protección social de los trabajadores, y eso resulta algo indisponible para los poderes públicos, teniendo en cuenta que el carácter laboral de las relaciones y la consiguiente obligatoriedad de inclusión en el Régimen General no nacería de la norma específica que eventualmente se aprobase, sino que viene dada de la propia naturaleza de los trabajos desarrollados. Alguna experiencia tenemos de medidas *de gracia* de ese tipo adoptadas en perjuicio de los trabajadores, como fue la perpetrada en relación con los abogados que prestan sus servicios en los despachos profesionales. Conviene por ello recordar como la Ley 22/2005, en una peculiar especialización normativa, creó en su DA 1ª la referida relación laboral, lo cual, en principio, carece de trascendencia en materia de Seguridad Social. Hasta aquí, todo correcto, si lo que se pretendía era dotar al colectivo de una normativa que recogiera las especificidades

laborales propias de la profesión. Lo que parece es que el efecto que se buscaba era el otro, el beneficioso para las empresas en materia de Seguridad Social, como se demostró con la disposición adicional 3ª de la propia Ley, que concedió un plazo de tres meses para cursar las altas en el Régimen General de la Seguridad Social de unos trabajadores cuya relación laboral especial aún no existía: un año de plazo al Gobierno para regularla y tres meses para cursar las altas. Se produjo en consecuencia una amnistía en toda regla por lo que se refiere a los expedientes sancionadores y liquidatorios en curso, mientras que las cotizaciones efectuadas se consideraron válidas a todos los efectos.

¿Dónde pretendía el legislador que estuvieran encuadrados los trabajadores antes de 2006? ¿En el limbo?

El ejemplo de lo que resultó esa práctica aberrante desde el punto de vista de la protección social de los trabajadores nos hace rechazar para los casos que estamos abordando cualquier solución de esa o similar naturaleza.

2.3. Los falsos autónomos en las administraciones locales

Como última de las tendencias actuales del fenómeno del trabajo falsamente autónomo, resulta preocupante destacar la utilización que se está dando del mismo por entidades que deberían tener como principio inspirador de sus actividades el respeto por las leyes, especialmente si afectan a los derechos de los trabajadores y de la Seguridad Social. Nos referimos a la proliferación que se aprecia —a través de actuaciones de la Inspección de Trabajo y de pronunciamientos de los Juzgados de lo Social— del empleo por parte de algunos Ayuntamientos de determinados trabajadores, normalmente técnicos (arquitectos, arquitectos técnicos, ingenieros) en condiciones propias del trabajo por cuenta ajena, formalmente de alta como trabajadores autónomos, y ello pese a desarrollar estos técnicos tareas propias de las referidas corporaciones locales.

Cierto es que no se trata de una práctica novedosa —en algunas provincias de España lleva realizándose desde hace treinta años— pero consideramos preciso efectuar una reflexión actual sobre la misma, a la luz de lo que constituye ya doctrina del Tribunal Supremo al respecto, y teniendo en cuenta el rebrote que se está produciendo como consecuencia de una indebida utilización de la disposición adicional primera del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que estableció unas limitaciones a la contratación laboral por parte de las Administraciones Públicas. Pues bien, en los supuestos que nos ocupan, esas limitaciones están siendo eludidas por la vía de «convertir» las contrataciones en prestaciones de servicios por cuenta propia. Todo ello pese a que la norma citada establece el carácter excepcional de las contrataciones (solo cuando falten medios personales propios para hacer frente a las tareas que van a ser objeto de contratación), así como la necesidad de justificación (a través de certificado expedido por el responsable de la unidad administrativa competente) de que no se trata de hacer frente a necesidades permanentes. Sin perjuicio de lo anterior, lo que en modo alguno puede admitirse es que se pretenda cumplir con las normas de estabilidad presupuestaria sobre la base de no respetar los derechos de los trabajadores y de la Seguridad Social, algo que cuando se hace por Administraciones Públicas ha de clasificarse directamente como intolerable.

Cierto es existen pronunciamientos de algunos Tribunales Superiores de Justicia que afirmaron el carácter no laboral de estos servicios, singularmente del de la Comunidad Valenciana, que arrancan de la sentencia de 17.2.2005, que y que niegan el carácter laboral de la relación que mantenía un profesional (arquitecto) con una corporación municipal por considerar que no había una dedicación completa, que no había exclusividad en la prestación y que los profesionales facturaban como una retribución mercantil. Todo ello para concluir que la prestación de servicios

analizada podía encuadrarse entre los contratos de consultoría y servicios descritos en el apartado 2.4º del artículo 196 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

No obstante, esa doctrina está superada por la sentada por el Tribunal Supremo. En la sentencia de 23 de noviembre 2009, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, se concluye que en las relaciones de esa naturaleza se dan las notas de dependencia y ajenidad, pues lo contratado por el Ayuntamiento con el profesional (arquitecto) consiste en la prestación de una actividad en sí misma independiente de su resultado final. En el mismo sentido se manifiesta también el Alto Tribunal en su sentencia de 12.6.2012.

Nos encontramos, en consecuencia, ante jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, que descarta la posibilidad de que los Ayuntamientos incurran en las prácticas que hemos descrito. Ello está motivando la práctica de actuaciones inspectoras en relación con determinadas entidades locales que de forma programada y organizada en su ámbito provincial están haciendo figurar como autónomos a los técnicos que desarrollan funciones que les son propias en condiciones plenamente laborales, sin la correspondiente incorporación de los profesionales al Régimen General de la Seguridad Social. Fruto de ello es la extensión de actas de liquidación y la comunicación de las altas de los trabajadores en el Régimen General.

Lo interesante de esta tendencia no son principalmente sus aspectos teóricos, comunes como se ve al resto de supuestos de falsos autónomos, sino su utilización masiva por parte de Administraciones locales, cuyas dificultades presupuestarias o de índole administrativa no pueden suponer en modo alguno una defraudación de los derechos sociales.

3. CONSIDERACIONES FINALES

Hemos visto a lo largo de estas páginas distintas manifestaciones actuales de una

de las expresiones del trabajo no declarado o empleo irregular, toda vez que comparte con la genuina utilización de trabajadores sin darlos de alta en la Seguridad Social, el hecho de que los mismos no son incorporados al Régimen que les corresponde, con los consiguientes perjuicios para ellos, en forma merma de recursos para el Sistema, de falta o deficiencia de protección social y de su propio reconocimiento como tales trabajadores. Lo que diferencia ambas expresiones es que en el caso del trabajo falsamente autónomo se utilizan como cobertura otras figuras contractuales, tratando con ello de enmascarar la auténtica naturaleza de las relaciones.

Como hemos visto, el mecanismo es antiguo, y su gravedad es conocida desde antaño por los órganos encargados de la vigilancia y el control del cumplimiento de las normas laborales y de Seguridad Social. No obstante, hemos reflexionado sobre determinadas tendencias que apreciamos modernamente en sus manifestaciones, y que consideramos particularmente preocupantes, como son:

- El uso «industrial» de la figura de los falsos autónomos por parte –en última instancia– de grandes compañías que, por otro lado, dedican grandes esfuerzos publicitarios a transmitir una imagen de responsabilidad y compromiso sociales.

- La utilización de los mecanismos que nos proporciona la economía colaborativa, fuertemente potenciada por el uso intensivo de la tecnología (es cuestionable si en estos tiempos podemos aún calificarla de «nueva»), para hacer ineficaces los derechos de los trabajadores y de la Seguridad Social.

- El alarmante recurso por parte de algunas Administraciones Públicas a la figura del trabajador falsamente autónomo, ya sea con fines meramente económicos o para sortear otro tipo de limitaciones administrativas.

El fenómeno del trabajo falsamente autónomo no es, evidentemente una «enfermedad»

exclusiva del sistema español de relaciones laborales. De ello, así como de la trascendencia de garantizar acciones eficaces contra este tipo de prácticas es buena muestra el hecho de que la Unión Europea haya adoptado una estrategia integrada a través de la Plataforma europea para combatir el trabajo no declarado, aprobada por el Parlamento europeo en febrero de 2016. Esta Plataforma, según la declaración del propio Parlamento, se constituye con el objetivo de *ampliar las capacidades de los Estados miembros para hacer frente a los numerosos problemas derivados del trabajo no declarado mediante el refuerzo de la cooperación dentro de la UE*. Por otra parte, se declara que *la plataforma se centrará en prevenir, desincentivar y combatir todas las formas de empleo no declarado, así como en impulsar su conversión en puestos de trabajo reconocidos. El empleo no declarado se refiere a cualquier actividad remunerada, en principio legal, que no se declara a las autoridades, como Hacienda y la Inspección de Trabajo. La plataforma busca incentivar medidas transfronterizas prácticas y efectivas y desarrollar un sistema fiable de intercambio de información entre los organismos nacionales.*

Sin entrar en la organización y funcionamiento de la Plataforma, a nuestros efectos, resulta particularmente de interés, la definición de su objetivo último: *mejorar las condiciones laborales, reducir el fraude a la Seguridad Social e integrar a los trabajadores de la economía sumergida en el mercado de trabajo. La Plataforma lidiará con todo tipo de empleo no declarado, desde los falsos autónomos a las empresas ficticias.*

Como puede verse, los objetivos y la fundamentación que utiliza el Parlamento europeo para impulsar las acciones de las instituciones comunitarias en materia de lucha contra el trabajo no declarado y el trabajo falsamente autónomo como expresión del mismo coinciden con los que se han expuesto a lo largo del presente artículo y que son los que inspiraron el Plan español de lucha contra el fraude de 2012 y que inspiran la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en defensa de los derechos de los trabajadores, de la sana competencia empresarial y del sistema público de protección social.

RESUMEN

El trabajo falsamente autónomo se manifiesta hoy más que nunca como una variante del trabajo no declarado, en la medida que supone la utilización por parte de algunos empresarios de los servicios de trabajadores sin reconocer su condición como tales, y sin proceder, en consecuencia, a su incorporación al Régimen General de la Seguridad Social. Ello implica la exclusión de estos trabajadores de la protección que les proporciona el Derecho del Trabajo, además de la plenitud de la acción protectora del sistema de protección social pública a la que tendrían derecho.

Este efecto se produce mediante la simulación intencionada de prestaciones de servicios no dependientes, utilizando para ello en fraude de ley distintas figuras contractuales.

Este fenómeno es tradicional en el ámbito de nuestras relaciones laborales. No obstante, en este artículo se reflexiona sobre las modernas formas que está adoptando en los últimos tiempos, al albur de la crisis económica y por la situación de necesidad en la que se hallan muchas personas y que les lleva a aceptar trabajos incluso en esas condiciones. También se tiene en cuenta la incidencia sobre el fenómeno de la utilización de las nuevas tecnologías.

Así, se estudian los siguientes casos:

- El uso de falsos autónomos de manera masiva por empresas comercializadoras e instaladoras de suministros como gas, luz, agua, telefonía o internet.
- La ocultación de relaciones laborales dentro de la llamada economía colaborativa.
- Los falsos autónomos en las Administraciones locales.

Se abordan estas situaciones describiendo la realidad de las mismas, analizándolas desde un punto de vista jurídico (incluyendo el tratamiento judicial que reciben) y reflejando las consecuencias de las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social al respecto. Igualmente, se formulan propuestas en relación con la regulación que entendemos necesaria para las prestaciones de servicios en el marco de la economía colaborativa.

El artículo concluye con unas consideraciones finales que enmarcan la lucha contra el fenómeno dentro de las acciones tanto de las autoridades españolas como de las de la Unión Europea.

Palabras clave: Falsos autónomos como trabajo no declarado, fraude laboral, tendencias actuales, utilización masiva, economía colaborativa, uso por Administraciones Públicas, actuaciones contra estas prácticas, propuesta de futuro.

ABSTRACT More than ever before, the false self-employment appears as a variant of undeclared work, as it involves the use of workers' services by some employers without recognizing their status as such workers and, consequently, without the affiliation in the General System of Social Security. This implies the exclusion of these workers from the protection provided by the Labour Law, in addition to the complete coverage of the state social protection to which they are entitled.

This effect is produced by deliberate simulation of providing non-dependent services, using different contractual figures by fraud.

This phenomenon is quite frequent in the area of our labour relations. Nevertheless, this article reflects on modern forms it is adopting recently, due to the economic crisis and the situation of need in which many people are and that leads them to accept jobs even in these conditions. It also takes into account the impact on the use of new technologies.

Thus, the following cases are studied:

- The massive use of false self-employed workers by commercial and installation companies such as gas, electricity, water, telephone or internet providers
- The concealment of labour relations within the so-called collaborative economy.
- False self-employed workers in local administrations.

These situations are addressed by describing their reality, analysing them from a legal point of view (including the judicial treatment they receive) and reflecting the consequences of the corresponding actions by the Inspectorate of Labour and Social Security in this matter. Similarly, proposals regarding the necessary regulation to understand the services provided within the framework of the collaborative economy are formulated.

As a conclusion, the article takes into account the frame of the fight against this phenomenon within the actions of both Spanish authorities and those of the European Union.

Keywords: False self-employed workers as undeclared work, labour fraud, current trends, massive use, collaborative economy, use by public administrations, actions against these practices, proposal for the future.

Las nuevas formas emergentes de trabajo. Especial referencia a la economía colaborativa

The new emerging ways of working. Special reference to collaborative economy

PABLO PÁRAMO MONTERO*

«Una economía colaborativa no significa una economía sin reglas y sin una regulación que proteja tanto a conductor como a pasajero»

Douglas O'Connor, demandante contra Uber Technologies INC¹

1. INTRODUCCIÓN

La web de la Oficina de Estadísticas Laborales del BLS de Estados Unidos (*Bureau of Labor Statistics/Departamento de Trabajo*) publica un artículo que cuenta la historia de Ryan Heenan, un ciudadano americano que trabaja «cuando sea» y «donde sea». «Es realmente un sueño hecho realidad» –dice Heenan– «tengo la libertad para organizar mi propio horario. Y puedo hacer lo que hago en cualquier sitio donde haya conexión a internet»². Sin embargo, Daniel Ca-

llaghan, un ejecutivo de la empresa británica MBA³, que trabaja con consultores a demanda (*on-demand*), realiza una afirmación inquietante al desvelar las ventajas de ese tipo de empresas o actividad en las que contratas a «quien quieras, cuando quieras y cómo quieras», «porque ellos no son empleados, no tienes líos con el empleo y las regulaciones»⁴.

Las citas están relacionadas con la llamada economía colaborativa, «*gig economy*» en su expresión en inglés. Cualquier estudio general o específico sobre legislación y jurisprudencia es un terreno tradicionalmente acotado en el espacio y en el tiempo. Sin embargo, en el estudio de nuevos fenómenos como la economía colaborativa y las formas emergentes de trabajo, propiciadas por la eclosión de las nuevas

* Inspector de Trabajo y Seguridad Social.

¹ *O'Connor v. Uber Technologies*; *Superior Court of California County of San Francisco*, June 16 2015, disponible en: <http://digitalcommons.law.scu.edu/historical/985/>

² *Elka Torpey and Andrew Hogan | mayo 2016*, Oficina de Estadísticas Laborales (*Bureau of Labor Statistics*), Departamento de Trabajo de los Estados Unidos. Disponible en <http://www.bls.gov/careeroutlook/2016/article/what-is-the-gig-economy.htm>

³ Véase <https://www.mbaco.com/>.

⁴ Sarah O'CONNOR, *The human cloud: A new world of work*, disponible en <http://www.ft.com/intl/cms/s/2/a4b6e13e-675e-11e5-97d0-1456a776a4f5.html#axzz3p1lINynP>

tecnologías, no existen límites visibles, y abrir la puerta de una innovación tecnológica conduce inevitablemente a otra aún más novedosa en un proceso aparentemente insondable. Y ciertamente las nuevas tecnologías están transformando no sólo la forma de trabajar, sino también la relación laboral clásica y el mercado laboral. El trabajo a distancia es algo mucho más cotidiano de lo que lo era hace una década. El impacto positivo que las opciones de trabajo a distancia pueden tener en los resultados de una empresa y en su cultura está siendo reconocido de forma creciente por «empleadores inteligentes», apunta Sara Sutton Fell, fundadora y CEO de FlexJobs⁵.

La llamada economía colaborativa evoluciona en paralelo con otros fenómenos como el «*smart working*», los «*entornos interactivos creativos*» o las «*smart cities*». Todo, prácticamente todo, se cubre y reviste de nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (en adelante TIC), de procesos ciberfísicos y robóticos cada vez más complejos, o de avances en el procesamiento de datos e interfaces hombre-máquina. Todo ello ha llegado irrumpiendo con fuerza en los esquemas tradicionales de la relación laboral y el empleo. No obstante, como el nacimiento de cualquier nueva realidad, no todo son parabienes, también surgen nuevos problemas que deben afrontarse con juicio y acierto.

2. EL PAPEL DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL NACIMIENTO DE NUEVAS FORMAS DE TRABAJO

En febrero de 2011 Ingrid Finboe Svendsen, entonces directora de la Autoridad Noruega de la Inspección de Trabajo, se preguntaba cómo es posible separar hoy en día ocio y tra-

bajo «*con teléfonos inteligentes, laptops, redes sociales, blogs, Facebook, Twitter, YouTube o LinkedIn*»⁶. Las TIC han condicionado todos los aspectos de nuestra vida diaria, incluyendo el mundo del trabajo. Se trata de un mundo numérico nuevo que avanza con más rapidez que nuestros legisladores y que no necesita un lugar de trabajo, como antes, sino que se erige sobre oficinas virtuales. Pero las TIC no han llegado solas, sino que han venido acompañadas de una nueva generación humana: los «*millennials*». «La generación *Millennial*, nacida entre 1981 y 1995, se hizo adulta con el cambio del milenio (en plena prosperidad económica anterior a la crisis)»⁷. Son estos «*millennials*» aficionados a los horarios flexibles, desean que sus jefes sean perfectos mentores y les guíen en su trayectoria profesional, les gustan las formas de trabajo colaborativo, la utilización de las redes sociales, y han nacido y crecido al calor de las nuevas tecnologías: «*son nativos digitales; se caracterizan por dominar la tecnología como una prolongación de su propio cuerpo; casi todas sus relaciones básicas cotidianas están intermediadas por una pantalla*»⁸. La nueva vida laboral de los «*millennials*» asume como algo normal el teletrabajo y suelen estar abiertos al nomadismo laboral, al *crowdsourcing* y al *coworking*, a la economía colaborativa y la *uberización*, en definitiva a todo lo que se pueda realizar a través de internet.

¿Pero a qué riesgos nos aboca el uso masivo de las nuevas tecnologías? El **Comité de las Regiones Europeo**, en su «*Dictamen sobre la dimensión local y regional de la economía colaborativa*», señala que el desarrollo de ésta puede estar reflejando una vuelta atrás hacia un modelo económico tradicional o anti-guio, en el que vuelve a regir la economía coo-

⁶ Ingrid FINBOE SVENDSEN: *Working hours: a hot topic for the Labour Inspection*, Authority Director, febrero 2011. Disponible en <http://www.nordiclabourjournal.org/artikler/portrett/portrait-2011/article.2011-02-09.8218070172>

⁷ Revista Forbes: <http://www.forbes.com.mx/6-rasgos-clave-de-los-millennials-los-nuevos-consumidores/#gs.vYIAfU>

⁸ Revista Forbes: <http://www.forbes.com.mx/6-rasgos-clave-de-los-millennials-los-nuevos-consumidores/#gs.vYIAfU>

⁵ Véase en «*Work from Home: The Top 100 Companies Offering Telecommuting Jobs In 2015*», Revista Forbes, 15 de enero 2015.

Disponible en: <http://www.forbes.com/sites/laurashin/2015/01/21/work-from-home-the-top-100-companies-offering-telecommuting-jobs-in-2015/#696885f476c0>

perativa y solidaria, la producción artesanal, la economía basada en bienes comunes y en el trueque⁹. Sin embargo, quienes son (y algunos lo somos) espectadores optimistas de este nuevo proceso evolutivo, prestamos mayor atención a lo que se dice en el «Programa de Investigación e Innovación de la Unión Europea 2014-2020-Horizonte 2020», que recuerda que el potencial de los modernos sistemas de TIC y sus progresos permitirán mayores oportunidades para desarrollar la próxima generación de plataformas abiertas sobre las cuales podrá implementarse una multiplicidad de dispositivos innovadores, sistemas y aplicaciones. Estas nuevas soluciones permitirán nuevos desarrollos empresariales, en particular de las pequeñas y medianas empresas, que contribuirán a impulsar la competitividad, la creación de puestos de trabajo y el apoyo al crecimiento¹⁰.

Por ello, si bien es demasiado atrevido hablar de una vuelta atrás, lo que sí es cierto es que estamos sumidos en una situación en la que los tradicionales marcos de empleo y relación laboral están sufriendo un *sorpasso* por las nuevas TIC, en un contexto de falta de orientación política y jurídica que establezca una dirección determinada, produciéndose en estos momentos un desarrollo y un progreso incontrolado. Por ello, pese al optimismo de la Comisión Europea, no podemos olvidar las advertencias que lanza el Comité de las Regiones. En efecto, las nuevas formas emergentes de trabajo que han traído las TIC constituyen sin duda un desafío para la inspección del Trabajo.

3. LA ECONOMÍA COLABORATIVA: UNA REALIDAD QUE IRRUMPE EN EL MERCADO LABORAL. DESCRIPCIÓN GENERAL Y CONCEPTOS

El **Comité de las Regiones** en su «Dictamen sobre la dimensión local y regional de la economía colaborativa»¹¹, ahonda en el término de economía colaborativa y refiere varios conceptos: a) la «economía de acceso» (*access economy*), plataformas que comercian con bienes y servicios; b) la «economía de los trabajos ocasionales» (*gig economy*), para trabajos puntuales y esporádicos utilizando una plataforma digital; c) la «economía inter pares» (*collaborative economy*), trabajo en comunidad; d) la «economía de puesta en común de los bienes de utilidad pública» (*commoning economy*) para iniciativas de propiedad o gestión colectiva.

Pero la economía colaborativa, a los efectos que nos interesan en el presente estudio, se ancla fundamentalmente, en cuanto a la problemática laboral, sobre la llamada *gig-economy* o economía de trabajos ocasionales, y conoce generalmente dos formas de trabajo: la nube humana o «*crowdwork*» y el «trabajo a demanda vía apps» («*work on-demand via apps*»). Dentro del primer caso podemos incluir el ejemplo de *AMAZON MECHANICAL TURK*, y dentro del segundo la empresa *UBER TECHNOLOGIES INC*, dos casos de cierta notoriedad.

Los trabajadores de estas dos categorías tienen como característica común realizar su actividad por cuenta propia o ajena y hacer uso siempre de una plataforma y/o una app para móvil. A menudo trabajan en su tiempo libre para maximizar el provecho y beneficio económico de una actividad, servicio o bien,

⁹ Dictamen del Comité de las Regiones Europeo – *La dimensión local y regional de la economía colaborativa* (2016/C 051/06), Benedetta BRIGHENTI (IT/PSE), teniente de alcalde de Castelnuovo Rangone, provincia de Módena.

Véase <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52015IR2698>

¹⁰ Programa de Investigación e Innovación de la Unión Europea 2014-2020-Horizonte 2020. Disponible en <http://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/en/h2020-section/information-and-communication-technologies>

¹¹ Dictamen del Comité de las Regiones Europeo – *La dimensión local y regional de la economía colaborativa* (2016/C 051/06).

Véase <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52015IR2698>

que pueden estar infrautilizados. La economía colaborativa está relacionada también con las plataformas de consumo colaborativo que tienen la finalidad de disponer y compartir ciertos servicios o bienes¹².

Adentrándonos en la descripción, en la economía colaborativa o «*gig economy*» «se pagan órdenes de compra en vez de salario»¹³ a un enorme colectivo de trabajadores «teóricamente independientes», que prestan sus servicios en forma de trabajos puntuales (*gigs*) y en un contexto de desarrollo imparables de la robótica y la tecnología «*smart*». Se denomina la «*economía de los pequeños encargos*», en la que el trabajador es contratado por un mediador (plataforma) que percibe un porcentaje por operación, y parte de los medios son puestos por la empresa mediadora y otra parte por el trabajador. Las nuevas tecnologías hacen posible esta relación de empleo, ya sea con una aplicación para teléfonos móviles o mediante una plataforma electrónica, en ambos casos poniendo en contacto y de acuerdo a trabajadores, empresa mediadora y clientes.

En algunas ocasiones se trata de trabajos para jóvenes estudiantes universitarios que necesitan unos ingresos adicionales, en otros se trata de un trabajo regular y fijo que es realizado por personas de perfil profesional o educativo más bajo que se ofrecen para realizar tareas sencillas y de muy baja retribución. En otras ocasiones la economía colaborativa constituye un medio de vida fundamental o el único trabajo que pueden realizar personas discapacitadas. También se utiliza por profesionales de nivel alto. La economía colaborativa puede presentar formas de empleo donde otras instancias más tradicionales no llegan.

¹² «La economía colaborativa desde la óptica de la competencia desleal. Análisis de los autos de medidas cautelares dictados en los casos de Uber, Blablacar y Cabify», TOURIÑO PEÑA, Alejandro, Actualidad Civil (La Ley). Revista nº 4, abril 2016, pág.1/4.

¹³ Diario Expansión 2 de abril 2016, Sección «Emprendedores & Empleo», pág. 3.

Estados Unidos es uno de los países donde se ha extendido con mayor rapidez e intensidad la economía colaborativa o «*economía 1099*», en especial tras el inicio de la Gran Recesión en 2008. Se estima que cerca de 53 millones de estadounidenses –más de 1 por cada 3– son trabajadores de la «*gig economy*» o «*freelancers*», según un informe independiente de la firma Edelman Berland en 2014. Otros estudios apuntan a unos 600.000 trabajadores en la *gig economy*, el 0.4 % de la fuerza de trabajo¹⁴ o los 17.9 millones de trabajadores de más de 15 horas /semana que para 2014 estimó MBO Asociados¹⁵. Para hacerse una idea del desarrollo impresionante de este tipo de actividad, botón de muestra es la empresa *UBER*, valorada, según Bloomberg, en 28 mil millones de dólares (hay estimaciones superiores), cifra superior al 80% de empresas del S&P 500¹⁶. *UBER* tuvo unos ingresos sólo en el segundo trimestre de 2016 de 1.100 millones \$, y aun con pérdidas significativas (1.200 millones \$ en segundo semestre de 2016) la empresa continúa cosechando capital de nuevos inversores. Su máximo rival en el mercado mundial es *Didi Chuxin*, empresa con similar actividad que opera en 400 ciudades de China.

También Europa ha comenzado a despertar ante este interesante nuevo fenómeno. No hace mucho, el pasado 17 de febrero

¹⁴ *Income security in the on-demand economy: findings and policy lessons from a survey of crowdworkers* | Janine BERG; International Labour Office, Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch.– Geneva: ILO, 2016 (Conditions of work and employment series; no. 74); págs. 1.

Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_479693.pdf

¹⁵ <http://www.wsj.com/articles/startups-scramble-to-defeat-uber-1438228860>

¹⁶ Bloomberg; <http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-08-17/an-expert-in-valuation-says-uber-may-have-already-peaked>; otras noticias elevan la cifra a 62 mil millones (<http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-06-02/uber-lyft-driver-settlements-signal-gig-economy-victories-ahead>)

de 2016, el Parlamento Europeo presentó una pregunta a la Comisión sobre la «*gig economy*» y en concreto sobre los bajos salarios, la escasa o inexistente prestación de sanidad, la falta de control de jornada y horas extras, y riesgo de despido inmediato por no aceptar el encargo según programa¹⁷ que se están detectando en este nuevo sector de la economía. Pero lo más importante es que recientemente la Comisión

ha adoptado una Agenda para la Economía Colaborativa, que estudiaremos más adelante.

Hay numerosas empresas cuyo nombre se vincula a este tipo de economía en distintos sectores como el doméstico, el de transportes o el de *crowdwork* o nube humana, aunque también hay experiencias en otras actividades (tormenta de ideas y proyectos, etc.). Abajo incluimos una tabla con algunas empresas:

Empresa	Sector	Número estimado de trabajadores	Ámbito
Uber	Transporte	160.000	Internacional
Lyft	Transporte	50.000	EEUU
Sidecar	Transporte	6.000	Grandes ciudades de EEUU
Handy	Servicios domésticos	5.000	EEUU
Taskrabbit	Servicios domésticos	30.000	Internacional
Care.com	Servicios domésticos	6.000,000	Internacional
Postmates	Reparto	10.000	EEUU
Amazon Mechanical Turk	Nube humana	500.000	Internacional
Crowdfunder	Nube humana	5.000,000	Internacional
Crowdsourcing	Nube humana	8.000,000	Internacional
Clickworker	Nube humana	700.000	Internacional
Jovoto	Nube humana	80.000	Internacional
OneSpace	Nube humana	94.000	Internacional

Fuente: Tabla elaborada en 2015 por SMITH & LEBERSTEIN¹⁸ y completada por el autor. Datos estimados, que pueden variar en función de trabajadores prestando servicios para varias plataformas al mismo tiempo

4. LA NUBE HUMANA O «CROWDWORK» Y LAS TAREAS DE INTELIGENCIA HUMANA

Una forma muy extendida de *gig economy* o economía de trabajos ocasionales es la llamada

¹⁷ Pregunta P-001334-16 a la Comisión, Regla 130, por Terry Reintke (Verts/ALE) y Philippe Lamberts (Verts/ALE).

Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+P-2016-001334+0+DOC+XML+VO//EN&language=en>

¹⁸ Rebecca SMITH & Sarah LEBERSTEIN: «Rights on Demand: Ensuring Workplace Standards and Worker Security. In the On-Demand Economy», septiembre 2015, NLP (National Employment Law Project). Consúltese en:

<http://www.nelp.org/content/uploads/Rights-On-Demand-Report.pdf>

nube humana o crowdwork. Hoy es posible trabajar desde una terminal en Islas Fiji para una empresa de Minesota, a miles de kilómetros de distancia, con tan sólo tener un ordenador y una conexión a internet. Las empresas organizan proyectos o tareas llamadas micro-tareas porque son tareas fraccionadas procedentes de un trabajo más amplio. Los empleados en la nube humana son trabajadores invisibles, dispersos por el planeta, que trabajan de forma casi anónima desde sus domicilios, que se insertan en un mercado en el que las ofertas y las demandas de empleo se suceden de forma ultra-rápida utilizando plataformas electrónicas o apps, en el que tanto empleados pero sobre todo clientes o empleadores aparecen diluidos en el espectro de la red. Estos empleados no tienen referencias de organización y representación, y en la mayoría de los casos tratan con meros intermediarios que se interponen entre ellos y los clientes o proveedores de servicios (*requesters*).

Según algunas fuentes, el sector ha facturado en el año 2014 hasta 3.700 millones de dólares sólo en pagos de retribuciones a los trabajadores de la nube humana¹⁹. Las fuerzas trabajadoras, los agentes virtuales de la nube humana, se extienden a lo largo del globo en el marco de un silencioso pero rápido proceso de descentralización productiva u *offshoring*. Los volúmenes de negocio de las empresas de *crowdwork* son crecientes y están transformando vertiginosamente el mercado laboral del mundo actual.

El esquema «*crowdwork*» se basa en la existencia de personas que acceden a trabajar en la red y utilizan programas de interfaz abiertos a cambio de una remuneración. De manera informal se les llama *turkers*, término que procede del «turco mecánico», una máquina de ajedrez automática del siglo XVIII, inventada por Wolfgang von Kempelen. La máquina en realidad no era ni inteligente ni automática, ya que quien manejaba las piezas era un virtuoso del ajedrez que se escondía

en la caja de madera que vestía la máquina, siendo todo un engaño. En aquel momento los *turkers* empleaban mucho tiempo dentro de la máquina y necesitaban muchas partidas de ajedrez para ganarse la vida²⁰.

Los trabajadores de la nube humana reciben encargos por internet de las plataformas o mediadores de los mercados de *crowdsourcing*, que actúan como *brokers* o mediadores comisionistas. Éstos coordinan el trabajo de los empleados usando la inteligencia humana: tareas que los ordenadores no pueden llevar a cabo. La empresa Amazon denomina a esta actividad *HITs* (*Human Intelligence Tasks*)²¹. Para recibir tareas, normalmente los trabajadores deben registrarse o abrir una cuenta de acceso, y de acuerdo con el perfil que tengan, buscar y/o esperar a recibir encargos.

Hay rasgos que caracterizan la relación entre estos trabajadores de la nube humana y la empresa compradora de sus servicios²². Así, una parte importante del colectivo es contratado en países en desarrollo, en donde los salarios suelen ser bajos; no siempre firman un contrato, trabajan en su domicilio y son frecuentes las jornadas excesivas; las tareas se remuneran con muy poco dinero (desde un céntimo hasta un dólar), necesitando hacer muchas tareas para obtener un salario digno; la empresa compradora puede negarse a comprar el resultado del trabajo si no queda satisfecha; se pueden fijar anticipos que además sirven para vincular al trabajador para próximas tareas; la empresa compradora pue-

²⁰ Lucía CABALLERO, *La trastienda de Mechanical Turk, al descubierto: ellos son los auténticos precarios de internet*, artículo publicado en www.eldiario.es

Disponible en http://www.eldiario.es/hojaderouter/internet/Mechanical_Turk-Amazon-Jeff_Bezos-Bassam_Tariq_0_386361617.html

Véase también https://en.wikipedia.org/wiki/Amazon_Mechanical_Turk

²¹ Hay más 500.000 usuarios registrados como *turkers* en la plataforma de Amazon. Más información disponible en <https://www.mturk.com/mturk/welcome>

Referencias en <http://www.newyorker.com/culture/culture-desk/video-turking-for-respect>

²² Lucía CABALLERO, «*La trastienda ...*».

¹⁹ *Staffing Industry Analysts*, citado en *Diario Expansión*, 17 de octubre de 2015.

de conceder premios por buenos resultados o estadísticas, a veces mediante asignación de estrellas, etc.

El trabajo que se encomienda a los trabajadores de la nube es el resultado de dividir el trabajo de un empleado formal en cientos de tareas, tareas que se encargan de forma dispersa a través de la red y se incluyen en proyectos específicos. Hay quien ha apuntado que no estamos ante un trabajo real, sino ante una serie de tareas ejecutadas a control remoto superándose la división del trabajo de Adam Smith²³. Las tareas son muy variadas, como por ejemplo, categorizar artículos o productos, búsquedas en la web, teclear datos en una hoja de cálculo, seleccionar fotos o imágenes conforme a unos criterios previamente impartidos, realizar etiquetados, traducciones o transcripciones, acciones de *brainstorming* y de generación de ideas para nuevos proyectos, escribir piezas de códigos, consultorías breves, hacer el texto de descripciones de productos, tareas de ventas y marketing electrónico, encuestas, servicios de localización, etc. etc. etc., e incluso en algunas ocasiones tareas que pueden estar expuestas a contenidos moralmente dudosos.

En la contratación y ejecución de los trabajos intervienen distintos roles, como la plataforma (*facilitador*), poniendo en relación al trabajador (*proveedor*) y al cliente (*comprador o requester*); el *árbitro*, un coordinador que actúa poniendo en contacto a numerosos trabajadores utilizando técnicas de concurso; el *acumulador*, que integra las miles de micro-tareas desarrolladas por los trabajadores («*taskified labour*»); el *regulador*, que gestiona los proyectos y certifica la calidad del trabajo realizado por los trabajadores²⁴.

Este tipo de economía colaborativa en forma de trabajo en la red tiene defensores y detractores. Algunos analistas ven en este fenómeno una innovadora forma de organizar el trabajo, con ventajas obvias como la posibilidad de trabajar a distancia y en tiempo real, la rapidez de compra y venta de servicios en la red, la flexibilidad, la separación del trabajo y las condiciones personales de los trabajadores, etc. El diario *Financial Times* ha analizado en diversas ocasiones las ventajas y desventajas de la nube humana, la eficacia del sistema, los posibles beneficios desde el punto de vista de historia psicológica²⁵, la integración entre personal y consultores altamente cualificados y con salarios altos, así como la innovación tan importante de un sistema en el que los trabajadores son recompensados por sus resultados independientemente de su ubicación, formación, género o raza. Y se añaden otras ventajas, como la movilidad social, una organización que se adapta muy bien a las *start-ups* o la compensación de la pericia laboral con independencia de las cualificaciones y la meritocracia.

Pero el *crowdwork* o nube humana no deja de tener ciertas repercusiones en el empleo. Algunos analistas señalan que con esta nueva forma de trabajo emergente se permite a las empresas conseguir personal con demasiada facilidad o flexibilidad, contratan trabajadores sin que les sea de aplicación una regulación o normativa determinada, se contrata a los mismos como trabajadores independientes para evitar las obligaciones propias del salario, la Seguridad Social, prestaciones por enfermedad, desempleo, pago de impuestos, etc²⁶.

La clasificación del trabajador como trabajador autónomo es algo expresamente recogido

²³ Tim HAFORD, *Should we trust the young Turks?* Disponible en <http://www.ft.com/cms/s/0/0632bdda-67b8-11e5-97d0-1456a776a4f5.html> Sarah O'Connor, *The human cloud: A new world of work*, disponible en <http://www.ft.com/intl/cms/s/2/a4b6e13e-675e-11e5-97d0-1456a776a4f5.html#axz-3p111INynP>

²⁴ «*Gestionar la nube humana*»; Evgeny KAGANER, Erran CARMEL, Rudy HIRSCHHEIM, Timothy OLSEN; número 223 de *Business Review*; disponible en

<http://www.harvard-deusto.com/articulo/Gestionar-la-nube-humana>

²⁵ Tim HAFORD, *Should we trust the young Turks?*; disponible en <http://www.ft.com/cms/s/0/0632bdda-67b8-11e5-97d0-1456a776a4f5.html>

²⁶ Más información disponible en: http://www.milenio.com/financiar_times/ftmercados-Set_Sar-adi_niagara-nube-negocios_0_611939070.html

do en algunas web de plataformas electrónicas. Por citar un ejemplo, en la página web de *CLICKWORKER* (sección de FAQ) ya se señala que todo trabajador de *CLICKWORKER* es responsable de la declaración de sus ingresos y que si el trabajador trabaja para *CLICKWORKER* con regularidad y con objeto de tener unos ingresos, las autoridades fiscales le tendrán como un trabajador independiente (*contractor*) sujeto al pago de impuestos y que puede solicitar una licencia de actividad. En la web *Amazon Mechanical Turk Participation Agreement* se señala que el «proveedor» (trabajador) está «realizando servicios para un cliente («requester») en su capacidad personal como trabajador independiente y no como un empleado del «requester»²⁷. En la mayoría de las webs de estas empresas se hace alusión a esta cualidad de trabajador autónomo de todos aquellos que trabajan para la plataforma.

En España este tipo de empresas-plataforma también está emergiendo con fuerza. Así, por ejemplo, las plataformas Freelancer (<https://www.freelancer.es/>), Upwork (<https://www.upwork.com/>), Nubelo (<http://www.nubelo.com/>), Twago (<https://www.twago.es/>) o Infojobs freelance (<https://freelance.infojobs.net/>). Y en el área de transportes destacan Cabify (<https://cabify.com/>) o Amovens (<https://amovens.com/>).

No cabe duda de que esta clasificación de los trabajadores como autónomos o por cuenta ajena deberá realizarse sobre la base de caso por caso, aunque es claro que las inspecciones de Trabajo tienen aquí un reto importante, tanto en clave de calificación, como en clave de medios de control.

5. LA «UBERIZACIÓN»

Regulación, flexibilidad a veces ilusoria, problemas de competencia, son cuestiones tornadizas cuando se realiza un análisis de

la llamada *uberización*. De entre las nuevas formas de economía colaborativa o «*gig economy*» ha tomado carta de naturaleza entre los estudiosos la expresión «*uberización*», que describe la tendencia hacia la economía colaborativa, en la que, según sus mayores detractores, reina la desregularización y la falta de protección social²⁸. Hace ya unos cuantos años comenzaron a operar en California las empresas *UBER* y *LYFT*. En abril de 2016 el diario *Los Angeles Times* publicaba que en tres años las llamadas de taxi tradicional descendieron en la ciudad un 42%, las nuevas licencias para taxis habían decaído un 14% y el número total de operaciones experimentó una reducción del 30%, siendo las zonas más afectadas los destinos turísticos de Los Angeles, la Zona oeste, Hollywood y el *downtown*. Los taxis oficiales se esforzaron por competir con precios más bajos, pero sólo en San Francisco el número de operaciones con taxis oficiales cayó en dos años en más de dos tercios.

Según *LA Checker Cab*, la compañía de taxis de Los Angeles, muchos conductores han visto sus servicios mermados en un 40%, y el declive se está acelerando, señala el diario. Los conductores de taxi en LA hoy ganan entre 400\$ y 500\$ por semana mientras que antes sacaban \$800. Algunos incluso se han ido a conducir con *UBER*, atraídos por la popularidad de la empresa y sus costes más bajos²⁹. Incluso en algunos sitios de Estados Unidos (Pinellas Park, Florida, o en Centennial, Colorado) las administraciones públicas han comenzado a subvencionar los servicios de *UBER* y *LYFT* en aquellos trayectos en los que se han suprimido autobuses municipales³⁰.

La eclosión de estas plataformas colaborativas de transporte ha desembocado en nume-

²⁸ Véase <http://www.europe1.fr/economie/leconomie-colaborative-cest-tout-sauf-luberisation-2664583>

²⁹ Laura NELSON, «*Uber and Lyft have devastated LA's taxi industry, city records show*».

Disponible en <http://www.latimes.com/local/lanow/la-me-ln-uber-lyft-taxis-la-20160413-story.html>

³⁰ Bloomberg, <http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-08-15/uber-and-lyft-want-to-replace-public-buses>

²⁷ Actualizado a 2 de diciembre de 2014; disponible en <https://www.mturk.com/mturk/conditionsof>

rosos conflictos de competencia desleal en los países desarrollados. Los sectores de transporte y turismo son los más afectados. Basta recordar los problemas surgidos, por ejemplo, en Barcelona a raíz de los alojamientos turísticos publicitados por *AIRBNB* y *HOMEWAY*³¹.

En España, empresas como *BLABACAR* y *UBER* tienen difícil encaje en la normativa vigente. Ya se ha comenzado a discutir hasta qué punto les es de aplicación la Ley 16/1987 de Ordenación de Transportes Terrestres. Y conforme a la ley pueden distinguirse a) los casos de particulares simplemente compartiendo gastos (*consumo colaborativo*), que sería un supuesto de transportes privados no remunerados y, en caso de siniestro, habría un planteamiento de responsabilidad civil extracontractual; b) el supuesto de conductores profesionales remunerados (habitualidad del trabajo y medio fundamental de vida), con responsabilidad contractual en caso de accidente o siniestro³², y en el que actualmente se discute si debe incluirse el caso de la plataforma de *UBER*. Y dentro de este caso también se discute el alcance que deben tener los requisitos de autorización administrativa de la plataforma, la exigencia de determinados requisitos a los vehículos o el seguro obligatorio, a cargo del intermediario, para los ocupantes del vehículo³³. Es decir, si sería aplicable a *UBER* la normativa de taxis o la normativa de alquiler de vehículos, respecto al cual la LOTT de 1987 establece requisitos menos rigurosos.

¿Y cómo se está resolviendo este dilema en **España**? El Juzgado de lo Mercantil nº2

³¹ «Los portales web de alquiler de pisos entre particulares Airbnb y Homeaway recurrirán la multa de 600.000 euros que el Ayuntamiento de Barcelona tiene prevista si comprueba que estas plataformas reinciden en la publicación de anuncios de pisos turísticos sin licencia.» Diario El País: 11-8-2016; ver en: http://ccaa.elpais.com/ccaa/2016/08/11/catalunya/1470926717_306592.html

³² Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO «El consumo colaborativo en el transporte de personas», Diario La Ley, nº 8601, Sección Documento on-line, 9 de Septiembre de 2015, Editorial La Ley, pág. 5/9.

³³ Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO «El consumo...», pág. 2/9.

de Madrid, en su Auto de 9 de diciembre de 2014 (Rec. 707/2014), estimó la demanda de adopción de medidas cautelares formulada por la Asociación del Taxi contra *UBER TECHNOLOGIES INC*. El Auto acuerda la medida cautelar (cesación y prohibición en España de la prestación y adjudicación del servicio del transporte de viajeros, así como la cesación y prohibición del contenido, acceso y prestación del indicado servicio de transporte en viajeros mediante la página web www.uber.com). Señala el Auto que «se trata de poner fin (provisoriamente) a un daño inmediato en el derecho cuya titularidad se afirma y que lo que se persigue es evitar el riesgo de que aumente ese daño».

¿Qué ha ocurrido desde entonces? Pasado un tiempo desde el cese de actividad cautelar, *UBER* parece haber elegido otra opción: el alquiler de vehículos con conductor. En efecto, el pasado 30-03-2016 el Diario Expansión publicaba la vuelta de *UBER* a las operaciones de transporte de viajeros. Señalaba el diario que en la nueva etapa, la empresa tendrá conductores con licencia VTC (arrendamiento vehículos con conductor). No se sabe si con esto terminará la batalla con la Federación Profesional del Taxi de Madrid, aunque según el citado diario, la Federación ya había declarado que volverían a demandar a *UBER* incluso si llegase a España con licencias VTC, al igual que seguiría su particular lucha contra otras empresas como Cabify y otras plataformas de transporte colaborativo³⁴.

¿Y en nuestro entorno europeo? La respuesta ha sido desigual. En **Alemania**, por ejemplo, tras una prohibición cautelar, se levantó la prohibición temporal a *UBER*. En **Francia** se han adoptado medidas funcionales y legislativas con la Ley Macrón. En **Reino Unido** se ha reconocido la legalidad de la actividad, aunque en general hay movi-

³⁴ <http://www.expansion.com/empresas/tecnologia/2016/03/30/56fb6b3d268e3e771e8b4665.html>

lizaciones y protestas³⁵ o trabas administrativas³⁶; la aplicación para móviles de *UBER* ha sido recientemente declarada legal por un tribunal superior en Londres, y el regulador Transportes de Londres (TfL), presionado por los taxis, denunció el uso de la aplicación como taxímetro, un equipo que sólo pueden utilizar los taxis; Lord Justice Ouseley declaró que el servicio de teléfono móvil de *UBER*, que recibe en el curso de un viaje señales de GPS y envía datos a un servidor situado fuera del vehículo, calculando un precio por distancia recorrida y tiempo, no puede considerarse un taxímetro³⁷. Por otra parte, la empresa *UBER* afronta su primer juicio sobre si sus conductores son empleados o trabajadores autónomos, en el caso llevado por la firma de abogados Leigh Day, apoyados por el sindicato GM (*British Trade Union* (originalmente *General Municipal Boilermakers*), ante el Tribunal Central de Empleo de Londres³⁸. El día 28 de octubre se publica en prensa (El País³⁹) que la demanda de dos conductores de *UBER* en Londres ha prosperado, declarando el tribunal una relación por cuenta ajena, reconociendo el derecho de los mismos a un salario mínimo y a disfrute de vacaciones y descansos. En **Finlandia** recientemente la policía ha iniciado acciones penales contra conductores de *UBER* que no tienen permiso de taxi⁴⁰. En **Portugal** se va

a aprobar una nueva normativa que tiende a poner en pie de igualdad a los taxistas y a los conductores de *UBER*. La ley argumenta se exige que los taxis paguen una licencia –unos 400 euros–, pero a cambio se les recuerda que tienen unos privilegios que no tienen los conductores de *UBER* (paradas de taxi, el carril exclusivo, reserva del servicio con antelación). La nueva normativa incluirá la obligación de los conductores de *UBER* de seguir cursos de formación similares a los de los taxistas, aunque de menor duración. Asimismo, se establecerá la posibilidad de evaluación y/o queja de los clientes a los taxistas, como se hace actualmente en la empresa *UBER*, a través de una aplicación de internet⁴¹. Fuera del entorno europeo y al otro lado del Atlántico, en México también se anuncia una nueva regulación⁴².

6. POSICIÓN ACTUAL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA

La modernización del servicio de inspección exige mejorar la eficacia en la lucha contra el fraude que pueda generarse con el uso indebido de las TIC, en especial si se utilizan por determinadas personas o ciudadanos sujetos a inspección para ocultar o disfrazar la relación laboral o burlar la ley. Las nuevas TIC pueden ser herramientas muy efectivas para que un empresario no declare a sus empleados o incumpla la normativa sobre jornada y descansos, o salarios, o cree *softwares* capaces de modificar maquinas o equipos de trabajo, o dispositivos digitales que calculan jornadas o miden ambiente de trabajo⁴³.

Por todo ello, los riesgos de uso indebido de las TIC pueden y deben ser combatidos por la inspección de Trabajo, y para ello necesita per-

³⁵ María Dolores SERRANO CASTRO: «Alojamientos privados convertidos en turísticos, redes sociales y aplicaciones que ponen en contacto a conductores... ¿Competencia desleal?», Diario La Ley, nº 8444, sección Tribuna, 18 de diciembre de 2014, año XXXV, ref. D-425, Editorial La Ley.

³⁶ Conocimiento del idioma inglés en un nivel testado (<https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-10-18/london-to-put-uber-drivers-through-english-proficiency-testing>)

³⁷ Diario «The Guardian»; Gwyn TOPHAM, David HELLIER and Aisha GANI; viernes 16 de octubre de 2015; <https://www.theguardian.com/technology/2015/oct/16/uber-wins-high-court-case-taxi-app-tfl>

³⁸ <http://www.thisismoney.co.uk/money/news/article-3693657/Uber-company-taxi-hailing-app-faces-legal-action-UK-drivers-workers-self-employed.html>

³⁹ http://economia.elpais.com/economia/2016/10/28/actualidad/1477672146_576857.html

⁴⁰ Bloomberg; <http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-08-16/uber-drivers-under-criminal-investigation-by-finland-s-police>

⁴¹ Noticia en El País; disponible en http://elpais.com/elpais/2016/08/27/opinion/1472312073_042143.html

⁴² <http://www.forbes.com.mx/uber-sera-regulada-en-la-ciudad-de-mexico-reuters/#gs.lbYl8jw>

⁴³ Información al respecto en: http://www.oecd.org/ctp/crime/Electronic_Sales_Suppression_Website_ESP.pdf

sonal cualificado, expertos, y equipos especiales integrados conjuntamente por inspectores y técnicos superiores de sistemas informáticos. Es así como empieza a plantearse en algunas inspecciones de Trabajo, en las que los inspectores realizan sus visitas acompañados de personal con experiencia en el área de información y tecnología (IT), como es el caso de los inspectores de Trabajo de Australia pertenecientes al FWO (*Fair Work Ombudsman*)⁴⁴.

En general y mientras no exista una nueva regulación específica, el desafío de la Inspección de Trabajo en España, al igual que en el resto de países, es lograr identificar a estos «*brokers del trabajo*» que pueden llegar a ser las plataformas colaborativas, luchar contra los posibles fraudes en un marco de fuerte competencia a nivel mundial, combatir horarios de trabajo internacionales muchas veces extenuantes o difíciles, identificar oficinas virtuales de las plataformas, verificar si hay situaciones de fácil reclutamiento y más fácil despido, de trabajo no declarado o mal declarado, de salarios irregulares, de prestación de servicios por cuenta ajena transnacionales, de trabajadores internacionales e interrogantes sobre autorizaciones de trabajo, de estrictas evaluaciones personales de tareas, etc.

En relación con el incipiente proceso de «uberización», la Inspección de Trabajo ya ha comenzado a topar con el problema en algunas inspecciones provinciales (en especial Madrid y Barcelona), y han surgido las primeras preguntas relativas a los **conductores y a quién asume determinadas tareas**:

- Selección, propiedad del vehículo, licencia o no, póliza de seguro del automóvil y cobertura de conductor y cliente, descarga de aplicación de la empresa, datos personales, registro del vehículo, *smartphone* y GPS, modo de petición del servicio, mensajes de teléfono.

Y en cuanto a los términos de relación laboral, se está verificando **quién gestiona o de quién es la titularidad de:**

1. Las herramientas de trabajo y la tecnología necesaria para realizar la actividad de los conductores y si éstos requieren autorización para acceder (apps, teléfonos móviles, diseño web, y plataforma).
2. La gestión de peticiones, elección de clientes, incidencias y consultas, requisitos del vehículo y autorización administrativa.
3. La formación, instrucciones generales y específicas a los conductores (forma de vestir, cómo recoger al cliente, estado del vehículo, música en el auto, etc.⁴⁵), manual de trabajo, tarifas e incentivos.
4. Las áreas geográficas y horarios, quién los determina, y quién el tiempo de conexión a la aplicación y conducción, y qué incentivos por determinados horarios o días de trabajo se ofrecen.
5. Si la empresa cuenta con coordinadores y si organizan los servicios, resuelven incidencias de tráfico, eventos o rutas, informan de los servicios o zonas que más se han contratado.
6. Si la empresa cuenta con un sistema de valoración del trabajo, tiene *bonus* o *malus*, y cómo se fija y abona la plataforma el salario (por km., fijo, por ruta, por días y horas específicos de trabajo, por disponibilidad, por cancelación, por captación de clientes, por propina, por trabajo en fin de semana).
7. Si el conductor puede subcontratar a otra persona o trabajar para otras plataformas

⁴⁴ A traducir como *Defensor del Trabajo Justo*; disponible en <https://www.fairwork.gov.au/about-us/policies-and-guides/fact-sheets/about-us/powers-of-fair-work-inspectors>

⁴⁵ Véase al respecto <https://www.shrm.org/resourcesandtools/legal-and-compliance/state-and-local-updates/pages/uber-settlement-rejected.aspx>

8. Si los frutos y/o beneficios, así como los riesgos de la actividad empresarial, son para la plataforma o para el conductor.

En suma, todos estos elementos deberán tenerse en cuenta para determinar si estamos ante una relación laboral. Pero lo cierto y verdad es que estamos ante una relación con nuevas cotas de flexibilidad del trabajador para trabajar y con elementos como la propiedad del medio principal de producción, el vehículo, y ante una nueva realidad que no puede soslayarse sin más para proteger instancias corporativas, pues como dice Velasco San Pedro, «difícilmente la cuestión puede resolverse con un simple «sí» o «no», pero el «no» a largo plazo es inviable, porque no se puede cerrar para siempre el camino a nuevos negocios que redundan en más competencia»⁴⁶.

En el inicio de la actuación de la inspección de Trabajo en España, surgen otras preguntas. ¿Cabe hablar de obligación de formalizar a los trabajadores mientras la actividad se considere ilegal o ilícita? Un antecedente de esta situación fue la actividad de venta ilegal de loterías. Pero esta situación no puede sino ser transitoria, pues hablamos de muchas personas, quizás miles y miles de nuevos trabajadores, que necesitan urgentemente un marco regulatorio, viejo o nuevo, y la Inspección de Trabajo debe anticiparse, estar en primera línea y ser oída cuando se decida cómo regular estas nuevas y emergentes formas de trabajo, para lo cual habrá también que tener en cuenta las iniciativas en Europa y las resoluciones de los Tribunales, tanto en el ámbito nacional como europeo.

7. PROS Y CONTRAS DE LAS NUEVAS FORMAS DE TRABAJO

La **Comisión Europea** en su *Comunicación «Mejorar el mercado único»*⁴⁷ se hace eco

⁴⁶ Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO «El consumo ...», pág. 2/9.

⁴⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre «Mejorar el mercado único: más oportuni-

dad de un estudio⁴⁸ que prevé que la economía colaborativa tiene potencial para incrementar los ingresos mundiales desde los aproximadamente 13.000 millones EUR actuales hasta 300.000 millones EUR de aquí a 2025. La **Comisión Europea** en la citada Comunicación concluye, empero, que la economía colaborativa es un complejo ecosistema de servicios a la carta que da lugar a una mayor variedad donde elegir productos y a precios más bajos para los consumidores, y brinda oportunidades de crecimiento a las empresas emergentes innovadoras. Señala que tiene un componente transfronterizo, permite la utilización eficiente de recursos con más productividad y sostenibilidad con horarios flexibles y micro-empleos no profesionales.

Por el contrario, destaca la Comunicación, como aspectos negativos, que la economía colaborativa crea tensiones con los proveedores de bienes y los prestadores de servicios tradicionales y produce inseguridad jurídica en relación con las normas en materia de protección de los consumidores, fiscalidad, concesión de licencias, salud y seguridad, seguridad social y protección del empleo. Además, añade que las respuestas de los poderes públicos son en forma de regulación apresurada o inadecuada, puede aumentar el riesgo de crear desigualdades y fragmentación del mercado y que se necesita un entorno regulador claro y equilibrado y de protección de consumidores, trabajadores y de intereses públicos.

Junto a estos problemas se han añadido otros:

- La gran dispersión en internet, que implica dificultades en la inspección o control de la economía colaborativa.

des para los ciudadanos y las empresas», Bruselas, 28.10.2015 COM(2015) 550 final

⁴⁸ Véase PwC: «The Sharing Economy», *Consumer Intelligence Series, 2015* <https://www.pwc.com/us/en/technology/publications/assets/pwc-consumer-intelligence-series-the-sharing-economy.pdf>

- La difícil agrupación de los trabajadores en sindicatos y de representación de los trabajadores de la economía colaborativa, así como el escepticismo y temor a la afiliación a un sindicato, pues puede ser relativamente fácil para un empleador descartar o no ofrecer nuevas tareas al trabajador en la nube⁴⁹. No obstante, en los últimos años están surgiendo numerosos ejemplos de iniciativas sindicales. Por ejemplo, la web Crowd Workers es una plataforma para unir a los trabajadores de Mechanical Turk y para hacer de esa plataforma un lugar digno de trabajo⁵⁰. La plataforma Fair Crowdwork⁵¹ del sindicato alemán IGM (*Industriegewerkschaft Metall*, Sindicato del Metal de Alemania⁵²), dominante en el sector del metal, informa sobre las condiciones de trabajo buenas o malas de las distintas plataformas de economía colaborativa que hay en cada momento en el mercado. También hay plataformas de información y foros de intercambio de información, educación u opinión como TurkerNation⁵³ o MTurkGrind⁵⁴. En este campo surge una nueva polémica ante la nueva modalidad de sindicato gremial, Sindicato Independiente de Conductores (cuasi-sindicato lo llama

la prensa, Bloomberg⁵⁵) que está organizándose en Nueva York por la propia empresa *UBER* en tanto en cuanto los conductores sean considerados oficialmente como trabajadores independientes. Aparentemente se trata de un intento de evitar la sindicalización tradicional de los conductores.

- En cuanto a los salarios o remuneraciones de los trabajadores de la red, suelen ser bajos. Por ejemplo, en la web de *On-demand Society*⁵⁶, una plataforma para *freelancers*, se menciona que en el 90 por ciento de las tareas de Amazon's Mechanical Turk se pagan a unos 10 céntimos, y que una tarea de 1 euro en un promedio de tiempo necesario para cumplirla de 12.5 minutos resulta en un salario hora de 4.80\$, un salario bajo teniendo en cuenta que el salario mínimo/hora federal es de 7,25\$⁵⁷ y la hora de trabajo media en Estados Unidos se paga a 25.73 \$⁵⁸.
- El trabajo infantil, pues los menores pueden sentirse atraídos por estos trabajos que no requieren abandonar el domicilio paterno, y ni siquiera requieren conocimiento y/o autorización de los padres o tutores. Aquí se ha de incluir otros colectivos vulnerables, como trabajadores con ciertas discapacidades, estudiantes o personas que en general que no tienen un fácil acceso al mercado laboral.
- La protección social constituye otro importante problema en la medida

⁴⁹ De Stefano, Valerio; «*The rise of the «just-in-time workforce»: on-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»*» International Labour Office, Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch. -Geneva: ILO, 2016 Conditions of work and employment series; No. 71), pág.10. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf

⁵⁰ Véase en <http://crowd-workers.com/landing>

⁵¹ Véase en: <http://www.faircrowdwork.org/de/debatte/wir-sind-dynamo-gemeinsame-aktionen-f%C3%BCr-crowd-worker>

⁵² Véase en <https://www.igmetall.de/> IG Metall (German: Industriegewerkschaft Metall, «Industrial Union of Metalworkers»).

⁵³ Véase en <http://turkernation.com/>

⁵⁴ Véase en <http://www.mturkgrind.com/>

⁵⁵ <http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-10-27/uber-found-an-unlikely-friend-in-organized-labor>

⁵⁶ Véase en <http://www.ondemandsociety.com/piecemeal-jobs-and-breadcrumb-salaries/>

⁵⁷ <http://inmigracion.about.com/od/recursosparainmigracion/fl/Cual-es-el-salario-minimo-en-Estados-Unidos.htm> (actualizado a agosto 2016)

⁵⁸ BLS, agosto 2016 (preliminar): [http://www.bls.gov/news.release/empsit.t19.htm#ces_table3.f.p.](http://www.bls.gov/news.release/empsit.t19.htm#ces_table3.f.p;); o 21,51 \$, según Trading Economics: <http://www.tradingeconomics.com/untied-states/wages>

en que muchos de estos trabajadores en la nube o en actividades de consumo colaborativo no tienen protección sanitaria o de Seguridad Social al encuadrarse su relación en la de trabajadores autónomos. Por ejemplo, en Estados Unidos los empleados del sector «crowdsourcing» son «empleados 1099»,⁵⁹ (tipo de formulario que las empresas facilitan a los autónomos para presentar sus declaraciones de ingresos al IRS –Servicio de Impuestos Internos⁶⁰). La falta de protección social y el trabajo no declarado son, por lo tanto, temas que plantean especial dificultad, ya que la mayoría de los proveedores de servicios tienden a no asegurar a los trabajadores de internet. En un intento de reducir el impacto de esta desprotección la empresa *UBER* está ensayando una cuenta de ahorro individual con beneficios fiscales para sus conductores en varias ciudades estadounidenses (Individual Retirement Account⁶¹).

- Aunque la mayoría de los trabajadores de la red tienen un nivel educativo medio-alto, cuando comienzan a trabajar en la *gig-economy* encuentran dificultades como que no siempre hay trabajo disponible (falta de ocupación efectiva), necesitan tiempo de trabajo preparatorio para adjudicarse tareas, la plataforma no responde a sus demandas, y hay una paupérrima comu-

nicación con los clientes (*requesters*) o plataformas⁶².

- Por último, conviene aludir al llamado «*gold-farming*», especie de trabajo virtual realizado en naves o talleres clandestinos, no en los domicilios de los trabajadores, siendo por trabajadores pagados por buscar «tesoros virtuales» para clientes del mundo desarrollado⁶³.

De todos los anteriores problemas en el orden social, es el de la desprotección y del trabajo no declarado quizás el más significativo, y en concreto el indebido encuadramiento de los empleados de la economía colaborativa o «*crowdwork*». No es casualidad que en estas plataformas se clasifique a los trabajadores como trabajadores autónomos, aunque en realidad la mayoría de ellos son o podrían ser trabajadores por cuenta ajena.

En suma, como ha recordado recientemente Hillary Clinton⁶⁴, a primera vista la economía «*gig*» está creando «*excitantes oportunidades y abierta innovación, pero también está suscitando preguntas difíciles sobre la protección del lugar de trabajo y sobre cómo será en el futuro un buen trabajo*».

8. EL IMPACTO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA Y OTRAS FORMAS EMERGENTES DE TRABAJO EN EL CONTRATO DE TRABAJO Y EN LAS RELACIONES LABORALES

Dice Bruno Mettling en un informe elaborado para la Administración francesa que el objetivo es «medir el efecto de la transición nu-

⁵⁹ En IRS, Internal Revenue Service, y SBA (Small Business Administration, US) se explican las diferencias entre trabajador por cuenta ajena y propia; consultar en: <https://www.irs.gov/businesses/small-businesses-self-employed/independent-contractor-self-employed-or-employee>

<https://www.sba.gov/starting-business/hire-retain-employees/hire-contractor-or-employee>

⁶⁰ SMITH y LEBERSTEIN, pág. 4.

⁶¹ <http://money.cnn.com/2016/08/24/investing/uber-save-for-retirement-betterment>

⁶² «*Income security...*», págs. 5 y ss. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_479693.pdf

⁶³ STEVEN HILL, *New Economy, new social contract, A plan for a safety net in a multiemployer world*, 2015 New America, agosto 2015, pág. 10; DE STEFANO, Valerio; «*The rise...*», pág. 10

⁶⁴ Disponible en <http://www.cnn.com/2015/07/13/in-economic-address-hillary-clinton-calls-out-gig-economy.html>

mérica sobre las características fundamentales del contrato de trabajo». En el «Informe Mettling» se señala, en efecto, que las empresas se encuentran en plena fase de digitalización, de proceso de construcción de espacios de comunidad en línea (*community building*) y de extensión del teletrabajo. Hoy las nuevas formas de trabajo no cumplen con los patrones tradicionales de un lugar y un tiempo de trabajo o una determinada forma de subordinación o dependencia de un patrono identificable⁶⁵.

En efecto, las nuevas formas de trabajo exigen un planteamiento específico sobre materias que resurgen con renovada importancia, como la necesidad de intensificar la formación sobre riesgos en ruta, riesgos psicosociales, horarios, conciliación vida laboral y privada. Las nuevas formas emergentes de trabajo arrojan dudas de cómo combatir el fraude fiscal, la competencia desleal, la privacidad y protección de datos personales, la desregularización o la carencia de regulación de los nuevos tipos de trabajo, la fragmentación normativa del mercado laboral. En las nuevas formas de trabajo se evalúan los menores costes para las empresas que utilizan mano de obra a distancia o a control remoto, mediante plataformas electrónicas

8.1. La cuestión de la relación laboral: el caso UBER

Una de las características propias de la relación entre la plataforma, quizás empleador, y el trabajador, en el caso de empresas de transportes colaborativas, es que a éste no se le requiere que acepte obligatoriamente el trabajo, y aquél tampoco está obligado a proveer el mismo. Es un caso que tiene algún parecido con los acuerdos de llamada en Italia o los contratos cero en Reino Unido⁶⁶.

⁶⁵ «Transformation numérique et vie au travail», Rapport établi par M. Bruno METTLING (A l'attention de Madame la ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social); pág. 12; consultar en <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/154000646/>

⁶⁶ DE STEFANO, «The rise...», pág.9.

La relación laboral entre los conductores y la empresa UBER es algo que actualmente se encuentra en fase de discusión, al menos en Estados Unidos, donde la empresa lleva más tiempo operando. Si bien se han producido ya ejemplos de pronunciamientos judiciales a favor de la consideración de los conductores de UBER como trabajadores independientes⁶⁷, la cuestión no deja de suscitar polémica y estando bajo litigio en la mayoría de los Estados.

En *Berwick v. Uber Technologies*⁶⁸ la Corte Suprema de San Francisco analiza el caso UBER a la luz del «test multi-factor Borello» (*S.G. Borello & Sons, Inc v. Department of Industrial Relations, 1989, 48 Cal. 3d 341*). En concreto este test examina las siguientes cuestiones:

- Si el trabajador realiza una actividad distinta de la de la empresa principal.
- Si el trabajo realizado es parte de la actividad de la empresa principal.
- Si la empresa principal o el trabajador proveen las herramientas o el equipo.
- Si el trabajador ha invertido en materiales o equipo o si tiene ayudantes.
- Si el servicio prestado requiere específica cualificación.
- Si el trabajo se realiza bajo supervisión o dirección de la principal.
- Si el trabajador puede obtener beneficios o pérdidas de conformidad con la gestión de su trabajo.

⁶⁷ Por ejemplo, en Florida, el caso *Rasier LLC v. State of Florida, Department of Economic Opportunities*, el pasado 30 de septiembre de 2015 anuló una decisión administrativa previa que había declarado la relación laboral de un conductor de UBER con derecho a las prestaciones de desempleo; ver DE STEFANO, Valerio: «The rise...», pág.6; http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf

⁶⁸ Superior Court of California County of San Francisco, June 16 2015, disponible en: <http://digitalcommons.law.scu.edu/historical/985/>

- La duración del servicio prestado y la permanencia o no de la relación de trabajo o servicio.
- La forma de pago de salario, y si es por tiempo o por trabajo realizado.

Todo ello sobre la base de la idea de que la calificación que las partes realicen sobre la relación es indiferente ya que la calificación se hace sobre la base de datos objetivos basados en la ley.

En la sentencia indicada se apuntan muchas ideas. Por ejemplo, se señala que el ejercicio de un control menor por *UBER* sobre el trabajador no significa que no estemos ante una relación laboral. Se indica que hay una presunción de empleo (*presumption of employment*), y la empresa *UBER* tiene que demostrar que un conductor es trabajador independiente, invirtiéndose así la carga de la prueba. Tampoco la propiedad del vehículo es suficiente para concluir que no hay una relación laboral (se trae a colación el ejemplo de una persona repartidora de pizzas que usa su propio vehículo y que no es un trabajador autónomo –*Toyota Motor Sales v. Superior Court*).

El negocio de *UBER* es proveer transportes a los clientes, mientras que el trabajo de los conductores es realizar ese transporte de forma efectiva. *UBER* no se limita a ser sólo una plataforma tecnológica, sino que se involucra en toda la operación, siendo por ello una compañía de transportes. *UBER* controla las herramientas que los conductores utilizan, los conductores deben registrar sus vehículos en la empresa *UBER*, y ninguno de los vehículos pueden ser de más de 10 años de antigüedad. Se alude al método que establece *UBER* para emitir un *rating* sobre el trabajo de los conductores que puede determinar el fin del acceso a la aplicación por parte del conductor si éste no logra aprobarlo (*v.gr.* menos de 4,5 estrellas). Se indica también que los conductores no pagan a *UBER* por utilizar su propiedad intelectual, y si un cliente cancela el servicio, el conductor no puede percibir del cliente un pago de cancelación, sino que es *UBER* quien

lo percibe o lo negocia con el cliente. Se añade que *UBER* desincentiva a los conductores el cobro de propinas, por razones de marketing y publicidad. Por último, se señala que los conductores no realizan ninguna acción gerencial que repercuta en una pérdida o ganancia de un negocio, ni tampoco realizan una inversión.

En *O'Connor v. Uber Technologies*⁶⁹ también se discuten otros elementos alegados por los demandantes y demandados. Por ejemplo, que los conductores tienen que facilitar a *UBER*, en la aplicación, la licencia de conducir, el registro del vehículo y su seguro; tienen que pasar un control general (*background check*) y pueden necesitar pasar una entrevista y un test de conocimiento de la ciudad en la que van a operar; los precios se determinan por kilómetros y duración del servicio; *UBER* recibe un porcentaje sobre los honorarios de los conductores, que fija la propia empresa; *UBER* aplica un Manual en el que expresamente se detalla que «Esperamos conductores en servicio que aceptan todas las peticiones (de carreras) (...)», y ese Manual permite que el seguimiento por *UBER* de varios avisos rechazados de un determinado conductor pueda derivar en una terminación del trabajo prestado a través de la plataforma.

8.2. La posición de *UBER*

Pero *UBER* se defiende y, por su parte, sostiene que la empresa no tiene control sobre los conductores, pues éstos pueden trabajar los días y a los horarios que desean, pueden rechazar un servicio, no da órdenes a los conductores, sino sólo sugerencias. *UBER* sólo realiza un seguimiento de los informes sobre clientes o sobre si éstos no han quedado satisfechos, y monitoriza el «rating» basado en estrellas. Señala la empresa que a los conductores se les permite subcontratar otros conductores o agentes siempre que cumplan con los mismos

⁶⁹ District Court for the Northern District of California, disponible en: <http://digitalcommons.law.scu.edu/historical/931/>

requisitos de calidad estándares de *UBER* que exige a los conductores.

En esta sentencia el Tribunal se hace especial eco del hecho alegado por *UBER* en el sentido de que no ejerce control sobre el horario de los conductores, lo que es un elemento de peso a la hora de valorar la posibilidad de considerar si los conductores son trabajadores independientes. Pero la libertad de horario – señala la sentencia– no precluye una relación laboral. Lo más relevante, añade el Tribunal, es el grado de control que ejerce sobre los conductores cuando éstos están desempeñando un servicio.

8.3. La posición del juez respecto al test *Borello*

El Tribunal finalmente concluye que un número determinado de elementos indiciarios primarios del test *Borello* están en disputa. El Tribunal llega a la conclusión, igualmente, de que la aplicación del test tradicional de relación laboral o de empleo *Borello* **ha evolucionado conforme a la nueva economía colaborativa y que esto constituye un desafío**. Señala que **hay factores del test que hoy parecen obsoletos, y que deben tenerse en cuenta nuevos factores de las nuevas realidades económicas**, como por ejemplo los ingresos generados con la actividad para ambas partes, su relativo poder de negociación y el rango de alternativas disponibles para las partes, cuestiones que no mide expresamente el test *Borello*.

Finalmente indica que debe el legislador o los tribunales de apelación revisar o redefinir ese test en el contexto de la nueva economía. Hasta que llegue ese momento, el Tribunal reconoce que, si bien en un preliminar análisis llega a la conclusión de que los conductores de *UBER* son trabajadores por cuenta ajena, el test multi-factor *Borello* no arroja un resultado inequívoco. Por ello, decide que el caso debe ser juzgado por un Jurado que analice los elementos secundarios

del test *Borello* y por tratarse de un asunto mixto de apreciación de hecho y aplicación de ley.

8.4. El Acuerdo

Tras el juicio del caso *O'Connor*, y ante la falta de resolución del litigio, *UBER* llegó a un acuerdo con los representantes de los conductores demandantes⁷⁰. El acuerdo propuesto permitía a los conductores pedir propinas a los clientes y dispensar remuneraciones basadas en número de millas realizadas con el vehículo. También preveía beneficios no monetarios, incluyendo protección frente a los ceses de conductores injustificados⁷¹.

Este acuerdo produjo escepticismos en docenas de conductores y abogados, que veían cómo *UBER* podría salir indemne de la demanda de relación laboral, a la par que los conductores tendrían que renunciar a una demanda con la que obtendrían el reconocimiento de trabajadores y la posibilidad de ganar cientos de millones de dólares en concepto de compensación por impago de propinas y gastos⁷².

Por ello, más tarde un grupo de conductores de *UBER* pidieron al juez federal de California que rechazara el acuerdo propuesto que incluía una compensación de 100 millones de dólares y sobreescribiera dos demandas por encuadramiento erróneo de la relación de los conductores con la empresa. La Asociación de Conductores del área Bahía de San Francisco señaló al juez que el acuerdo ponía en peligro la posibilidad de que los conductores se considerasen trabajadores o empleados por cuenta

⁷⁰ Información disponible en <http://arstechnica.com/tech-policy/2016/06/most-drivers-in-uber-labor-case-would-get-under-25-so-some-protest-settlement/>

⁷¹ «*Uber in Dare to Judge Says It's Ready to Ditch Driver Deal*»; Joel ROSENBLATT; August 1, 2016 – <http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-08-01/uber-in-dare-to-judge-says-it-s-ready-to-ditch-driver-settlement>

⁷² *Uber in Dare to Judge Says It's Ready to Ditch Driver Deal*; <http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-08-01/uber-in-dare-to-judge-says-it-s-ready-to-ditch-driver-settlement>

ajena, y de que trabajasen sin respetar los límites que se aplican a los taxistas oficiales⁷³.

En junio de 2016 el Juez Edward M. Chen cuestionó el acuerdo señalando que el mismo podría librar a la compañía *UBER* de responder de las violaciones de la legislación laboral, secuestrando las demandas de los conductores sobre salario mínimo, horas extras y compensación a trabajadores, y solicitó más información a las partes firmantes del acuerdo para poder aprobarlo. Así las cosas, la investigación posterior del juez había dispuesto la polémica y había conducido a *UBER* a amenazar con romper el acuerdo. Poco más tarde, la SHRM (*Society for Human Resource Management*), una de las más grandes empresas de recursos humanos de EEUU, publicaba que el juez federal M. Chen del Tribunal del Distrito Norte de California había finalmente emitido un orden el 18 de Agosto rechazando el acuerdo por ser injusto, inadecuado y no razonable. Ahora está pendiente el recurso que ha interpuesto *UBER* ante el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito, que declarará si el acuerdo alcanzado es legal y ejecutivo y/o qué requerimientos tendría que cumplir para que lo fuera⁷⁴.

8.5. Algunas conclusiones

Después de repasar la situación en EEUU, puede observarse cómo el test de control *Borello* ha fallado para clasificar la relación. Hay otro test de control más amplio, el de *Martinez/IWC's* (*Martinez v. Combs*⁷⁵), que establece tres criterios a tener en cuenta:

⁷³ *Drivers Slam Uber's \$100M Deal To End Misclassification Suits*; Matthew Guarnaccia Law360, New York (August 1, 2016, 7:30 PM ET) (<http://www.law360.com/articles/823416>).

⁷⁴ Society for Human Resource Management; <https://www.shrm.org/resourcesandtools/legal-and-compliance/state-and-local-updates/pages/uber-settlement-rejected.aspx>

⁷⁵ California Industrial Wage Commission's Wage Orders; sobre el test puede consultarse en:

Peter TRAN, Comment, The Misclassification of Employees and California's Latest Confusion Regarding Who is an Employee or an Independent Contractor, 56 Santa Clara L. Rev.

a) si el empleador ejerce control sobre los salarios, horas de trabajo y condiciones de trabajo; b) si sufre y permite el trabajo; c) si se involucra en la relación creando una relación laboral común.

No obstante, frente a la posibilidad de que ambos tests tradicionales de relación laboral puedan fallar para calificar una relación como laboral o que la nueva realidad no encaje en los tradicionales esquemas de la relación laboral, como se apunta en el caso *O'Connor v. UBER TECHNOLOGIES, INC.*, ha surgido la idea de abordar el problema de los trabajadores de la economía colaborativa mediante la construcción de una nueva categoría intermedia de trabajadores, como ha apuntado ya alguna sentencia en EEUU (*Patrick Cotter v. LYFT, INC., Tribunal Distrito Norte de California, Caso No. 13-cv-04065-VC, marzo 2015*)⁷⁶.

Pero tal solución exige un análisis más detallado, que excede del objeto del presente estudio, aunque de aceptarse la misma, hay que examinar qué dificultades podrían encontrarse (por ejemplo, falsos autónomos), de las cuales dan cuenta algunos autores (De Stefano⁷⁷). No obstante, existen soluciones intermedias que se han adoptado en algunos países europeos como, por ejemplo, en España el trabajador autónomo dependiente. Bien dice Cruz Villalón que no es posible «contemplar el trabajo autónomo como una realidad única ni homogénea, tanto desde la perspectiva sociológica como jurídica»⁷⁸.

677 (2016). Disponible en: <http://digitalcommons.law.scu.edu/lawreview/vol56/iss3/5>

⁷⁶ http://adapt.it/adapt-indice-a-z/wp-content/uploads/2015/06/Cotter_Lyft.pdf

⁷⁷ En relación con el poco éxito que en Italia tuvo el llamado trabajo «para-subordinate». DE STEFANO, «The Rise...», pág. 19.

⁷⁸ «El Trabajo autónomo económicamente dependiente en España. Breve valoración de su impacto tras algunos años de aplicación»; Jesús Cruz VILLALÓN, Presidente de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla, pág.3

9. LAS INICIATIVAS EN LA UNIÓN EUROPEA: LA AGENDA EUROPEA PARA LA ECONOMÍA COLABORATIVA.

9.1. Los principios y definiciones de la Agenda

La *Estrategia para el Mercado Único Digital para Europa*» (COM (2015) 192) asumió que era necesario lanzar una evaluación de las plataformas, incluidas las de economía colaborativa, cubriendo temas como la transparencia, el uso de la información, la relación entre proveedores y las plataformas y el contenido ilegal en internet⁷⁹.

Y aparte de la Comunicación sobre «Mejorar el mercado único»⁸⁰, la **Comisión Europea** ha adoptado recientemente una importante *Agenda Europea para la Economía Colaborativa*⁸¹. La **Agenda** define la economía colaborativa como el conjunto de empresas en el que las actividades son facilitadas por plataformas colaborativas que crean un espacio comercial abierto para el uso o disfrute de mercancías o servicios a menudo provistos por particulares.

Las transacciones de la economía colaborativa generalmente no envuelven un cambio de propiedad y puede ser llevado a cabo para obtener un beneficio o de forma altruista. Las plataformas colaborativas pueden ser multifacéticas involucrando relaciones y transacciones entre empresas, entre empresas y consumidores, entre consumidores

y consumidores. La Agenda estima que los ingresos procedentes de la economía colaborativa podrían añadir hasta los 572 mil millones de euros a la economía europea en próximos años.

En el documento se distinguen varias categorías de economía colaborativa: proveedores de servicios que comparten bienes o servicios entre particulares («peers-to-peers»), los usuarios de estos servicios y los intermediarios que conectan en línea a proveedores y usuarios y que facilitan las transacciones entre ellos (plataformas colaborativas y sociedades de la información).

9.2. El servicio entre particulares v. el servicio entre profesional y particular

Para distinguir si la relación de prestación de servicio es o no entre particulares o entre un prestador de servicios genuino y un particular, siguiendo la Agenda, pueden utilizarse los siguientes criterios guía:

- Frecuencia del servicio, si es ofrecido con carácter ocasional o marginal o si es prestado de forma regular (y como medio de vida).
- Si el motivo de la prestación es para buscar un beneficio, además de cubrir unos costes.
- Volumen de ingresos o facturación, si es alta (o puede valorarse como un medio de vida).

Como dice la Agenda europea, la legislación no define en qué punto un particular se convierte en un prestador de servicios profesional, y establece una serie de sistemas para diferenciar servicios profesionales o servicios de consumo colaborativo:

- Remuneración.
- Límites de ingresos.

⁷⁹ Comunicación de la Comisión, «Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa», Bruselas, 6.5.2015; COM(2015) 192 final.

⁸⁰ Comunicación sobre «Mejorar el mercado único: más oportunidades para los ciudadanos y las empresas», COM(2015) 550, p. 3.

⁸¹ Bruselas, 2.6.2016 COM(2016) 356 final Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. «Una agenda Europea para la economía colaborativa»

<http://ec.europa.eu/DocRoom/documents/16881/attachments/2/translations>

- Límites de días de alojamiento (en las plataformas de consumo colaborativo).

9.3. Sociedades de la información v. prestador de servicio

En relación con las plataformas, la Agenda distingue entre las *sociedades de la información* simples y aquellas *sociedades de la información proveedoras también del servicio subyacente*.

Sociedad de la información: si el servicio se presta normalmente por una remuneración, a distancia, a través de la plataforma, por medios electrónicos y a demanda de un particular, estaríamos ante un servicio provisto por una sociedad de la información, y por lo tanto es dable establecer requisitos de autorización previa o requisitos de acceso al mercado similares, de acuerdo con el art. 4 de la Directiva de e-Comercio, pero los Estados Miembros pueden solo imponer requisitos a plataformas colaborativas (que proveen servicios de forma transfronteriza desde otros Estados Miembros) bajo circunstancias limitadas y sometiendo tales requisitos a un procedimiento específico. En efecto, de acuerdo con los arts. 2 y 3 de la Directiva e-Comercio, el principio del país de origen para la libre prestación de servicios transfronteriza solo puede ser derogado cuando existe una amenaza o riesgo grave de minar varios objetivos: orden público, protección de la salud pública, seguridad pública y seguridad nacional y defensa y protección de consumidores. En estos casos los requisitos que se establezcan deben ser proporcionados y sometidos a determinados condiciones procedimentales.

Sociedades de la información proveedoras también del servicio subyacente: sin embargo, puede haber casos de plataformas de economía colaborativa que no se limitan a poner en contacto al proveedor de servicio o producto y al consumidor, sino que la plataforma es al mismo tiempo sociedad de la información y proveedora material del servicio en un mar-

co sectorial determinado, como por ejemplo ocurre en algunas plataformas que proveen servicios de transporte o de alquiler por cortos periodos. En tales casos, las plataformas colaborativas pueden estar sujetas a específicas regulaciones, incluyendo licencias o autorizaciones previas.

La decisión sobre si una plataforma colaborativa, además de intermediaria, es proveedora del servicio, es una cuestión que debe resolverse sobre la base de caso por caso –señala la Agenda.

En cualquier caso, la Agenda europea establece una serie de criterios guía:

- Si la plataforma establece el precio final del servicio pagado por el usuario, no solo haciendo recomendaciones de precio, o si el precio final lo pone el proveedor de servicio (trabajador).
- Si la plataforma determina y establece o no las condiciones del contrato de prestación de servicio y obligaciones de cómo prestar el servicio.
- Quién es el titular de los elementos clave usados para prestar el servicio.

Otros elementos:

- Si asume el coste y los riesgos derivados de la prestación de servicio.
- Si hay relación laboral entre los proveedores de servicio y la plataforma.
- Cómo influye en la selección de los proveedores de servicios.
- Si verifica directamente la calidad del servicio prestado.
- No es indicativo si la plataforma solo asiste y da facilidades para el pago del servicio, realiza una cobertura de seguros, o tiene un servicio postventa. Éstos por si solos no son suficientes elementos.

En definitiva, la cuestión es si la plataforma ejerce el control y la disposición sobre el servicio de modo que puede equipararse a un proveedor de servicios profesional.

9.4. Existencia o no de relación laboral

El otro gran punto de la **Agenda** es la existencia o no de relación laboral. El Tribunal Europeo de Justicia ha definido al trabajador a través de la conceptualización de la relación laboral, cuya característica esencial *«es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución»* (Danosa, C-232/09).

Si existe una relación laboral, dice la Comunicación de la **Comisión**, deberá establecerse caso por caso, siguiendo los siguientes criterios:

- la existencia de un vínculo de subordinación a la plataforma colaborativa, en especial cuando ésta determina la actividad o el servicio, la remuneración, y las condiciones de trabajo; la existencia de subordinación es independiente de una actividad puramente de gestión o supervisión
- la naturaleza del trabajo realizado, actividad genuina de valor económico, exceptuando los trabajos a pequeña escala, marginales o puramente accesorios, para lo cual se pueden utilizar criterios de límites (horas o salario), aunque éstos no son elementos que por sí solos puedan decidir la relación
- la presencia de remuneración, y si la plataforma se limita a procesar un pago por un servicio prestado, esto no significa que esté determinando una remuneración, o si el prestador del servicio recibe una remuneración o sólo una compensación del coste del servicio.

10. MARCOS REGULATORIOS NACIONALES: PERSPECTIVAS

Quizás lo más importante y urgente en torno a la economía colaborativa y las nuevas formas de trabajo es determinar si es necesaria una regulación y cuál debe ser el alcance de ésta. Esta regulación debe abarcar la protección no sólo de los consumidores, sino también de los trabajadores, así como resolver los planteamientos de autoridad o jurisdicción competentes, ya que una de las características de este tipo de economía es que las plataformas colaborativas tienen o pueden tener dimensión transnacional, y no es fácil identificar los centros de dirección y control, para lo cual serán útiles los criterios de la Directiva e-Comercio 2000/31/CE.

El caso de Francia, por cercano y reciente, puede ir marcando la pauta de cómo comenzar a abordar el problema desde el punto de vista de marco regulatorio. La Ley Macrón, recientemente adoptada, tiene como objetivo reforzar la información de los consumidores sobre el contrato que éstos celebran con la plataforma y la información sobre las obligaciones del proveedor de servicios, tanto profesionales como no profesionales. Los proveedores de servicios y propietarios de las plataformas están obligados a suministrar una información clara y transparente (art. 134). La Ley se basa en la confianza que debe ofrecer la economía numérica (colaborativa), y extiende su ámbito de aplicación a todas aquellas actividades consistentes en poner en relación, por vía electrónica, a varias personas para la venta, intercambio o provisión de un bien o servicio. La Ley exige que se informe sobre las condiciones de utilización del servicio de intermediación, las modalidades de las ofertas puestas en línea, sobre los derechos y obligaciones de las partes en materia civil y fiscal, y si mediante la plataforma se pone en relación a profesionales, comerciantes o prestadores de servicios con consumidores particulares. También requiere que el propietario de la plataforma ponga a disposición un espacio que permita

comunicar a los consumidores las informaciones establecidas por ley⁸² y cuyo contenido será detallado por vía reglamentaria. La ley regula sanciones si se incumplen estas obligaciones. Tras la Ley Macron han surgido interrogantes en torno al alcance de las obligaciones fiscales dada la heterogeneidad de los usuarios de las plataformas electrónicas y en relación al papel de la plataforma en el control, vigilancia y verificación de las informaciones que ofrecen los profesionales que hacen uso de la misma⁸³.

En nuestro país, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha elaborado un informe en el que se afirma que la economía colaborativa es un «fenómeno que está transformando la sociedad» y «una enorme oportunidad para fomentar una mayor competencia en los mercados», aunque entiende que este proceso se tiene que afrontar con cautela, de forma transparente y teniendo en cuenta todas las opiniones. De los resultados de una consulta pública se concluye que la economía colaborativa tiene numerosas ventajas, como la mayor oferta y diferenciación de la oferta, precios más eficientes, calidad, fomento de la innovación, y «detecta la existencia de una serie de restricciones innecesarias o desproporcionadas en la normativa horizontal y sectorial y, en particular, en los sectores de transporte y alojamiento, que impiden a los usuarios beneficiarse de forma plena de los potenciales beneficios que se derivan del desarrollo de estas nuevas estructuras productivas». Elabora finalmente la CNMC una serie de recomendaciones preliminares para la regulación, una de las cuales

⁸² L121-17 del Código de Consumo, sobre obligaciones de información que deben cumplir los profesionales proveedores de servicios a los consumidores, previas a la firma del contrato, relativas a las características esenciales del bien o servicio, su precio, las condiciones de retracción, la identidad y coordenadas del profesional.

⁸³ *Economie de partage et loi Macron: nouvelles obligations pour les plateformes collaboratives*; Mélanie DEFOORT, consultar en: <http://www.village-justice.com/articles/Economie-partage-loi-Macron,20242.html#biqdtirDKbGtZp6.99>

es la de mayor libertad de acceso al mercado de taxi⁸⁴.

No obstante, sigue siendo el área laboral la que está planteando dificultades más significativas, como hemos visto en las sucesivas contiendas judiciales de UBER y LYFT. Pero no todos los casos son iguales. La clasificación de los trabajadores como por cuenta ajena en empresas tecnológicas de determinados servicios, fundamentalmente alimentación, reparto, cuidado y limpieza, se ha debido a la exposición mucho más clara de dichos trabajadores a las características propias de la relación laboral. El ejemplo del repartidor de pizzas es paradigmático. Empresas estadounidenses como *Instacar* (reparto de verduras)⁸⁵, *Shyp* (correo)⁸⁶, *Grubhud* (reparto)⁸⁷ o *Homejoy* (limpieza)⁸⁸ han ido completando un proceso de reclasificación de sus trabajadores hacia el sector cuenta ajena. Si bien oficialmente señalan que es mucho mejor para la equidad de sus trabajadores, la formación y el mejor servicio, en privado se sospecha que la causa real es que los tribunales les pisan los talones o pueden hacerlo, como ha sugerido en alguna ocasión el diario *Wall Street Journal*⁸⁹, ello aparte de que algunas de ellas han sufrido demandas judiciales de diversos trabajadores⁹⁰.

Pero una cosa son estas empresas de servicios, digamos modelo «repartidor-de-pizza», y otra la mayor complejidad de la *gig economy*

⁸⁴ <https://www.cnmc.es/CNMC/Prensa/TabId/254/ArtMID/6629/ArticleID/1684/La-CNMC-somete-a-consulta-p250blica-las-Conclusiones-preliminares-del-estudio-sobre-los-nuevos-modelos-de-prestaci243n-de-servicios-y-la-econom237a-colaborativa.aspx>

⁸⁵ <http://time.com/3748438/instacart-lawsuit/>

⁸⁶ <http://www.mercurynews.com/2015/07/01/shyp-reclassifies-contract-couriers-as-employees/>

⁸⁷ <http://www.chicagotribune.com/bluesky/originals/ct-grubhub-lawsuit-worker-misclassification-bsi-20160629-story.html>

⁸⁸ <http://www.forbes.com/sites/ellenhuet/2015/07/17/cleaning-startup-homejoy-shuts-down-citing-worker-misclassification-lawsuits/#af37177780b>

⁸⁹ <http://www.wsj.com/articles/startups-scramble-to-define-employee-1438228860>

⁹⁰ Información en las webs anteriores.

en la red o nube humana y la *uberización*. ¿Cómo pueden regularse éstas? Un estudio reciente de Janine Berg para OIT⁹¹, además de presentar una interesantísima encuesta a trabajadores de la nube, en sus conclusiones es proclive a una reorganización del trabajo «*on-demand*» que pueda asegurar trabajos decentes que respeten las condiciones de trabajo propias de la relación laboral. Pero otras iniciativas proponen considerar un estadio intermedio entre el trabajo autónomo y la relación laboral. En esta línea, el Comité Europeo Económico y Social ha celebrado recientemente –el pasado 31 de marzo de 2016⁹²– una audiencia en la que se ha focalizado el problema de un salario justo y equiparable a los trabajos estándares y el problema de los derechos fundamentales y condiciones de trabajo, y en la que se han realizado propuestas, desde los derechos de portabilidad de beneficios o contribuciones de Seguridad Social hasta la concepción de un trabajador intermedio entre el trabajador autónomo y el trabajador dependiente, pasando por la renegociación de las condiciones básicas de trabajo. Esta posible solución del trabajador intermedio no resulta extraña en algunos países. En España, por ejemplo, contamos con al menos dos experiencias: la opción regulatoria de trabajadores autónomos dependientes ha permitido que unas 260.000 personas (en torno a un nada desdeñable 13% de unos dos millones de autónomos en todo el país) puedan acogerse a esta fórmula. Y a partir de abril de 2013 se ha permitido que los trabajadores domésticos que trabajen menos de 60 horas mensuales por empleador puedan formular directamente su afiliación, altas, bajas y variaciones de datos cuando así lo acuerden con tales empleadores, caso en el que los empleados deben igualmente formalizar

la cotización a la Seguridad Social⁹³. Por tanto, no estamos hablando de un laboratorio de nuevas experiencias, sino de experiencias ya probadas, si quiera parcialmente.

Y en línea con ésta última hay otras propuestas como la de Steven Hill (*New America Foundation*) sobre la creación de una cuenta individual de ahorro-seguro de los empleados⁹⁴, en la que la plataforma se va a limitar a abonar los honorarios del trabajador más un porcentaje de red de protección, cotizando la cuenta de forma directa a la Seguridad Social a efectos de las prestaciones correspondientes (jubilación, enfermedad, desempleo, etc.). Esta cuenta es portable, ya que va con el trabajador allá donde trabaje. Es una medida con alguna similitud con el Seguro de Cesantía Individual y el Fondo de Cesantía Solidario de Chile⁹⁵ o la mochila austriaca.

Por lo tanto, no sabemos hasta qué punto se trata sólo de encastrar drásticamente la relación de los trabajadores de la nube o *uberizados* en una relación laboral clásica o cabe estudiar otras fórmulas. Al mismo tiempo uno ha de preguntarse cómo ha de procederse para que las plataformas *start-up* asuman de golpe a todo este personal (mayor pregunta si se trata de trabajadores no habituales para un mismo cliente o plataforma) en un contexto de creciente externalización en el mundo económico actual. Una de las conclusiones de la encuesta de Janine Berg es, por ejemplo, que el 40 % de los trabajadores encuestados realizaban su trabajo «*on-demand*» en y durante su jornada laboral en un trabajo convencional. Ésta es una peculiaridad curiosa, muy particular, y como otras peculiaridades, exige reflexionar sobre si ha de establecerse una regulación más específica de estos trabajos. Estas características especiales, junto a una enorme flexibilidad en cuanto al horario, el trabajo a distancia o la disponibilidad del tra-

⁹¹ Janine BERG: «*Income security...*», págs. 4 y ss.

⁹² *The changing nature of employment relationships and its impact on maintaining a living wage-*; Public Hearing – European Economic and Social Committee (EESC), VMA building, room VMA 3, 2 rue van Maerlant, 1040 Brussels, Belgium; ver en <http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.en.events-and-activities-changing-nature-employment-relationship>

⁹³ <http://www.empleo.gob.es/es/portada/serviciohogar/masinformacion/hogarfamiliar2016.pdf>

⁹⁴ S. HILL, «*New economy...*», pág. 9 y ss.

⁹⁵ <https://www.afc.cl/publico/queeselseguro.html>

bajador, hacen ilusorio que los gobiernos puedan regular sin dificultades, en estas nuevas formas de empleo, temas como horas extras o descansos, por poner dos ejemplos, y mucho menos inspeccionarlos. A similar conclusión se llega respecto a las dificultades para regular un salario mínimo legal en el sector y cómo debiera determinarse el mismo, si como salario por pieza (complejidad de determinar un salario-pieza para cada micro-tarea) o por tiempo (que cuenta con regulación legal en todos los países y asumiendo que las empresas, por su propia estrategia productiva, no van a solicitar a los trabajadores realizar tareas en tiempos irreales o imposibles) o quizás mejor por equivalencia tarea-tiempo (salvo actividades como transportes, en las que se paga a trabajo hecho).

Pero esta no es la discusión central. La discusión es si los esquemas tradicionales de la relación laboral y de Seguridad Social son válidos para las nuevas formas de trabajo o se han quedado obsoletos. Debe analizarse en profundidad qué grado de dependencia y subordinación tienen estos trabajadores, en qué medida se insertan en el ámbito organizativo, directivo y disciplinario de las plataformas o clientes, si asumen riesgos, si los frutos de su trabajo son para el trabajador, para la plataforma o para el cliente o, por último, cómo repercute en la ajenidad que buena parte los instrumentos de trabajo –computadora, vehículo, gasto energético, etc.– pertenezcan al trabajador. La **Agenda Europea** es un hito importante en esta dirección y en algunos países se están dando pasos para regular la situación de los trabajadores de la economía colaborativa. Un ejemplo reciente en esta dirección es la presentación por el Partido Laborista británico de una enmienda de la Ley de Economía Digital que consagre los derechos de los trabajadores que, como los de *UBER*, deben tener una protección de su dignidad como trabajadores. La enmienda (Nueva cláusula 24) establece que «en una empresa proveedora de un servicio digital en el que la misma actúa de intermediario entre el prestador de servicio (trabajo) y el consumidor, y en el

que también mantiene un control significativo sobre los prestadores del servicio (trabajo), éstos serán definidos como empleados de esa empresa, como determina la sección 230 de la Ley de Derechos del Empleo de 1996». En esta línea, pero en tono muy prudente, un portavoz del Departamento de Empresas, Energía y Estrategia Industrial británico ha anunciado hace escasos días el compromiso del Gobierno de asegurar que las *normas de empleo se actualicen para reflejar las nuevas formas de trabajar* y de lanzar un estudio independiente sobre las nuevas formas de trabajo⁹⁶.

Puede ser que en poco tiempo leamos en la prensa que *UBER* claudica y reclasifica a sus trabajadores. La presión que recibe es fuerte en muchos países en los que se ha establecido y el cerco se estrecha. Recientemente un tribunal laboral de Londres acaba de dictaminar que la relación de dos conductores de *UBER* que habían demandado a la empresa son trabajadores por cuenta ajena⁹⁷. Se hace, por tanto, necesario pensar en un planteamiento o regulación satisfactorios para todos. Los profesionales del ramo saben qué amplia es la proyección de la relación laboral. Durante muchos años la fuerza expansiva del contrato de trabajo desplazó a las viejas figuras de los arrendamientos de oficios y artesanales, pero ¿acaso las nuevas tecnologías traen consigo una nueva forma de entender la relación laboral? ¿Se trata de la punta del iceberg de una nueva mega tendencia o es sólo un ajuste transitorio de regulación? ¿Debemos trascender los esquemas tradicionales y reflexionar sobre una suerte de nueva regulación más global e integral? El debate está abierto y constituye todo un reto para políticos y juristas audaces.

⁹⁶ <http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/uber-judgment-workers-rights-minimum-wage-holiday-pay-london-uk-a7385591.html>

⁹⁷ http://elpais.com/economia/2016/10/28/actualidad/1477672146_576857.html

RESUMEN

La «economía colaborativa» y el «crowdwork» son nuevos fenómenos que se han desarrollado al calor de las redes sociales y que están transformando la estructura organizativa clásica de las empresas, así como las relaciones laborales. Dentro de esta nueva forma de actividad económica colaborativa hay colaboración exclusivamente realizada entre particulares, pero también existen otros tipos de actividad en los que los proveedores del servicio se están profesionalizando. Es aquí donde debe examinarse el impacto en el contrato de trabajo y cómo encuadrar las nuevas formas de trabajo.

Palabras clave: Plataforma colaborativa, nube humana, micro-tareas, uberización, innovación, desregularización

ABSTRACT

The «gig economy» and «crowdwork» are new phenomena expanding in the wake of social networks and changing the traditional organizational structure of companies, as well as labour relations. This new way of collaborative economic activity may exclusively gather individuals, but there are other types of activity where service providers are becoming more professional. It is at this point where the impact on labour contract and how to classify the new ways of work should be examined.

Key words: Collaborative platform, crowdwork, micro-tasks, uberisation, innovation, deregulation.

Becarios y prácticas no laborales en empresas

Intern personnel and internship in companies

JOSÉ LUIS HERNÁNDEZ DE LUZ*

1. BECARIOS

La palabra beca (y su derivado becario) se viene utilizando en diversos ámbitos, incluido el jurídico-laboral, para designar distintas realidades: se habla de beca de estudios, de beca de investigación, de beca de transporte, de beca de movilidad y, en algunos casos, se utiliza la palabra como sinónimo de salario para designar la contraprestación por los servicios prestados por el becario; pero también se habla de becarios para designar a los alumnos que están realizando prácticas en empresas, o a personas que participan en proyectos de investigación. Y en algunos casos se utiliza la palabra becario para ocultar una auténtica relación laboral.

Por tanto, lo primero que debemos hacer es fijar el concepto de beca. Simplificando, dos son las acepciones generalmente admitidas y que coinciden con la definición de beca que nos da el diccionario de la Real Academia: «subvención para realizar estudios o investigaciones». Por un lado están, pues, las becas para cursar estudios y por otro, las concedidas para investigar.

1.1. Becas para subvencionar la realización de estudios

Su finalidad es sufragar los gastos que ocasionan los estudios del becario. No existe contraprestación por parte del beneficiario. Están, como es evidente, fuera del ámbito laboral y de la seguridad social.

Una problemática especial, dentro de las becas y ayudas al estudio, plantean las denominadas «becas de colaboración», convocadas

* Inspector de Trabajo y Seguridad Social. Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Salamanca.

cada curso al amparo del artículo 45 de la Ley Orgánica 6/2001, de 2 de diciembre, de Universidades y la Orden ECI/1815/2005, de 6 de junio, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de becas y ayudas al estudio por el Ministerio de Educación y Ciencia.

Estas becas venían imponiendo al alumno la colaboración, durante una horas diarias, en tareas académicas de la universidad en la que estuviera matriculado, en los términos recogidos en el proyecto de colaboración; y aunque en las convocatorias se establecía que en ningún caso el disfrute de la beca de colaboración tendría efectos jurídico-laborales el hecho de que el alumno realizara en beneficio de la universidad determinadas tareas no directamente relacionadas con el concreto proyecto de investigación estaba generando problemas de calificación de la relación jurídica.

Las últimas convocatorias resuelven el problema y limitan la colaboración del alumno a los términos recogidos en el proyecto de colaboración. Así, la Resolución de 23 de junio de 2016, de la Secretaría de Estado de Educación, Formación Profesional y Universidades (BOE del 9 de julio) convoca becas de colaboración de estudiantes en departamentos universitarios para el curso 2016-2017 y en su artículo 1.1 establece que su objeto es promover la iniciación en tareas de investigación de los estudiantes universitarios que vayan a finalizar los estudios de grado o de segundo ciclo o que estén cursando primer curso de másteres universitarios oficiales, mediante la asignación de una beca que les permita iniciarse en tareas de investigación vinculadas con los estudios que están cursando y facilitar su futura orientación profesional o investigadora.

Los beneficiarios tienen obligación de prestar su colaboración a razón de tres horas diarias durante ocho meses a contar desde la fecha de incorporación al destino correspondiente, en los términos recogidos en el proyecto de colaboración que deberá presentar el beneficiario y que de acuerdo con el artículo 5, d) de la convocatoria se deberá ceñir a al-

guna de las líneas de investigación en curso del departamento y que versará, en todo caso, sobre alguna de las materias troncales u obligatorias para la obtención de la titulación que esté cursando.

1.2. Becas de investigación

Son ayudas que se dirigen a la realización de un proyecto de investigación. Es en este sector de la investigación donde ha sido tradicional la utilización de la beca.

Y en este campo debemos distinguir las becas para la realización de la tesis doctoral de las becas concedidas para la realización de un proyecto de investigación distinto de la tesis. Un rasgo común a ambos tipos de beca es que históricamente han estado fuera del ámbito laboral y de la protección en materia de seguridad social. Es por ello que se utilizó la figura de la beca/becario para encubrir auténticas relaciones laborales obligando a los tribunales a distinguir la beca del contrato. Existe una consolidada doctrina jurisprudencial sobre la materia; valga por todas la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2007 (Rec. 5517/2005), que recoge la doctrina unificada contenida en las sentencias de 22 de noviembre de 2005 (Rec. 4752/2004) y de 4 de abril de 2006 (Rec. 856/2005):

«... ya había precisado con anterioridad en la importante sentencia de 13 de junio de 1988 que «tanto en la beca como en el contrato de trabajo se da una actividad que es objeto de una remuneración, de ahí la zona fronteriza entre ambas instituciones». Las becas —añadía la sentencia citada— son en general asignaciones dinerarias o en especie «orientadas a posibilitar el estudio y formación del becario» y si bien «es cierto que este estudio y formación puede en no pocas ocasiones fructificar en la realización de una obra», por lo que «no son escasas las becas que se otorgan para la producción de determinados estudios o para el avance en concretos campos de la investigación cien-

tífica», hay que tener en cuenta que «estas producciones nunca se incorporan a la ordenación productiva de la institución que otorga la beca». De ahí que si bien el percceptor de una beca realiza una actividad que puede ser entendida como trabajo y percibe una asignación económica en atención a la misma, por el contrario, aquel que concede la beca y la hace efectiva no puede confundirse nunca con la condición propia del empresario ya que no incorpora el trabajo del becario a su patrimonio, circunstancia esencial a la figura del empresario, cuya actividad si bien puede carecer de ánimo de lucro, lo que siempre es subjetivo, no carece nunca de lo que en este aspecto puede denominarse sentido de lucro en la actividad que ejerce. Por su parte, la sentencia de 7 de julio de 1998 precisa que el becario, que ha de cumplir ciertas tareas, no las realiza en línea de contraprestación, sino de aportación de un mérito para hacerse acreedor de la beca y disminuir así la carga de onerosidad que la beca representa, por lo que con esta se materializa un compromiso que adquiere el becario y que no desvirtúa la naturaleza extralaboral de la relación existente. De ahí que la clave para distinguir entre beca y contrato de trabajo sea que la finalidad perseguida en la concesión de becas no estriba en beneficiarse de la actividad del becario, sino en la ayuda que se presta en su formación. El rasgo diferencial de la beca como percepción es su finalidad primaria de facilitar el estudio y la formación del becario y no la de apropiarse de los resultados o frutos de su esfuerzo o estudio, obteniendo de ellos una utilidad en beneficio propio. La sentencia de 22 de noviembre de 2005 insiste en que la esencia de la beca de formación es conceder una ayuda económica de cualquier tipo al becario para hacer posible una formación adecuada al título que pretende o que ya ostenta, bien en centro de trabajo de la entidad que concede la beca, bien en centro de estudios ajeno al concedente, mientras que la relación laboral común no contempla ese aspecto formativo y retribuye los servicios prestados por cuenta y a las

órdenes del empleador, con independencia de que la realización de los trabajos encomendados puedan tener un efecto de formación por la experiencia, que es inherente a cualquier actividad profesional».

Actualmente, la situación ha cambiado y a ambos colectivos se les aplica la legislación laboral y la protección en materia de seguridad social, como veremos a continuación.

1.2.1. *Becas para la realización de la tesis doctoral*

Se regularon inicialmente por el Real Decreto 1326/2003, de 24 de octubre, sustituido por el vigente Real Decreto 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador en formación y aplicable, de acuerdo con el artículo 1, a las universidades públicas y privadas. Según esta norma, tienen la condición de personal investigador en formación aquellos graduados universitarios que sean beneficiarios de programas de ayuda dirigidos al desarrollo de actividades de formación y especialización científica y técnica a través, como mínimo, de los correspondientes estudios oficiales de doctorado, siendo de aplicación a cualquier programa con independencia de la naturaleza pública o privada de la entidad convocante.

La Ley 14/2011, de 1 de junio, de la ciencia, la tecnología y la innovación regula en el artículo 21, para el personal investigador que preste servicios en las Universidades Públicas y Organismos Públicos de Investigación, el contrato predoctoral que tendrá por objeto la realización de tareas de investigación, en el ámbito de un proyecto específico y novedoso, por quienes hayan sido admitidos a un programa de doctorado. Su régimen jurídico es el siguiente:

- El contrato será de duración determinada y con dedicación a tiempo completo.
- La duración será de un año, prorrogable por períodos anuales previo informe favo-

nable de la comisión académica del programa de doctorado con un máximo de cuatro años, salvo cuando se concierte con una persona con discapacidad que puede llegar hasta los seis años.

Las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad, suspenderá el cómputo de duración del contrato.

– La retribución no podrá ser inferior al 56 por 100 del salario fijado para las categorías equivalentes en los convenios colectivos de su ámbito de aplicación durante los dos primeros años, el 60 por 100 durante el tercer año, y el 75 por 100 durante el cuarto año, no pudiendo ser inferior en ningún caso al salario mínimo interprofesional.

La disposición adicional 2ª establece que en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta ley (2-12-2011) el Gobierno elaborará un estatuto del personal investigador en formación, que sustituirá al actual estatuto del personal investigador en formación, e incluirá las prescripciones recogidas en el artículo 21 para el contrato predoctoral, regulación que hasta la fecha no se producido.

No obstante, como el contrato predoctoral, aplicable como dijimos a las universidades y organismos públicos, entró en vigor el día 2 de junio de 2012, el personal investigador en formación adscrito a dichos centros deberá ser contratado bajo la modalidad de contrato predoctoral (aunque, de acuerdo con la disposición transitoria 4ª, los programas en ejecución se seguirán rigiendo por la normativa anterior).

Sin embargo al personal investigador en formación adscrito a centros privados se le seguirá aplicando el Real Decreto 63/2006 hasta que sea sustituido por el nuevo. Su artículo 4º contempla dos situaciones, sucesivas, en las que el personal investigador puede encontrarse:

– De beca: comprenderá los dos primeros años desde la concesión de la ayuda. El becario queda asimilado a trabajador por cuenta

ajena y la entidad que otorgue la beca asumirá las obligaciones establecidas para los empresarios en el régimen general de la seguridad social, aplicando para su cotización, de acuerdo con el artículo 115. Doce de la Ley 48/2015, de 29 de octubre de PGE para 2016, las reglas aplicables a los contratos para la formación y el aprendizaje, en lo que se refiere a la cotización por contingencias comunes y profesionales.

– De contrato: pasados dos años, y una vez obtenido el DEA (Diploma de Estudios Avanzado), el centro de adscripción deberá formalizar un contrato de trabajo en prácticas, que cubra los años 3º y 4º.

Evidentemente, en el momento actual es necesario adecuar su contenido a la nueva regulación de los estudios de doctorado correspondientes al tercer ciclo de las enseñanzas universitarias oficiales conducentes a la obtención del título de doctor establecida en el Real Decreto 99/2011, de 28 de enero.

1.2.2. *Becas de investigación para la realización de un proyecto de investigación distinto de la tesis*

La Ley 14/2011, de ciencia, tecnología e innovación, establece la obligación de contratación laboral del personal investigador, distinguiendo entre sector público y privado:

– Respecto del sector público, el artículo 20.5 establece que los programas de ayudas de las Administraciones Públicas que tengan por objeto la realización de tareas de investigación en régimen de prestación de servicios por personal investigador que no sea laboral fijo o funcionario de carrera deberán requerir la contratación laboral del personal por parte de las entidades beneficiarias de las ayudas para las que vaya a prestar servicios.

En el mismo artículo 20 se regulan las modalidades de contrato del personal investigador:

- Contrato predoctoral, visto anteriormente.

- Contrato de acceso al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, regulado en el artículo 22, que sólo podrá celebrarse con quienes estén en posesión del título de doctor o equivalente. En lo no previsto en este artículo se aplica la regulación del contrato en prácticas contenida en el artículo 11.1 del Estatuto de los Trabajadores.

- Contrato de investigador distinguido, regulado en el art. 23, que se podrá celebrar con investigadores españoles o extranjeros de reconocido prestigio en el ámbito científico y técnico, que se encuentren en posesión del título de doctor o equivalente.

- Respecto del sector privado, la disposición adicional 28ª establece que los programas de ayudas a la investigación que impliquen la realización de tareas de investigación en régimen de prestación de servicios por personal de investigación deberán establecer la contratación laboral de sus beneficiarios por parte de las entidades a las que se adscriban, mediante la formalización de un contrato laboral de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores y en el convenio colectivo vigente en la entidad de adscripción.

2. PRACTICAS NO LABORALES EN EMPRESAS

Debemos realizar, previamente, el mismo comentario que hicimos respecto de los becarios. Ocurre que en algunas ocasiones se disfraza bajo la apariencia de prácticas laborales una auténtica relación laboral, en especial cuando en la actuación inspectora se comprueba que el alumno cubre un puesto de trabajo de la empresa, en muchas ocasiones dejado vacante por su titular en caso de vacaciones, permisos, enfermedad, etc. Esta situación debemos tenerla siempre presente cuando analicemos la prestación de servicios de las personas que realizan las prácticas.

Descartada la existencia de relación laboral, vamos a analizar las distintas situaciones que nos podemos encontrar:

2.1. Prácticas en empresas realizadas por estudiantes

A su vez debemos distinguir distintos colectivos en función de los estudios que estén cursando:

2.1.1. Alumnos universitarios

En nuestro ordenamiento, la primera regulación de las prácticas de los estudiantes universitarios se abordó por el Real Decreto 1497/1981, de 19 de junio, sobre Programas de Cooperación Educativa, modificado por Real Decreto 1845/1994, de 9 de septiembre para adecuar el período de realización de prácticas en empresas al sistema de créditos.

El Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, prevé la realización de prácticas externas, señalando su exposición de motivos: «la posibilidad de introducir prácticas externas viene a reforzar el compromiso con la empleabilidad de los futuros graduados, enriqueciendo la formación de los estudiantes de las enseñanzas [...] en un entorno que les proporcionará [...] un conocimiento más profundo acerca de las competencias que necesitarán en el futuro»

A su vez el Estatuto del Estudiante Universitario (Real Decreto 1791/2010, de 30 de diciembre) recoge como derecho específico (artículo 8) la posibilidad e realizar prácticas, curriculares o extracurriculares, que podrán realizarse en entidades externas y en los centros, estructuras o servicios de la Universidad.

Para adecuar este tipo de prácticas a la legislación vigente, la anterior normativa se sustituyó por el Real Decreto 1707/2011,

de 18 de noviembre, que reguló las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios. Este real decreto fue declarado nulo de pleno derecho por omisión por parte del Gobierno de solicitar el preceptivo informe del Consejo de Estado por Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2013 (Rec. 171/2012).

En la actualidad, es el Real Decreto 592/2014, de 11 de julio, el que regula las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios. Su regulación básica es la siguiente:

- Las prácticas académicas externas constituyen una actividad de naturaleza formativa realizada por los estudiantes universitarios y supervisada por las universidades, cuyo objetivo es permitir a los mismos aplicar y complementar los conocimientos adquiridos en su formación académica, favoreciendo la adquisición de competencias que les preparen para el ejercicio de actividades profesionales, faciliten su empleabilidad y fomenten su capacidad de emprendimiento.

- Podrán realizarse en la propia universidad o en entidades colaboradoras, tales como, empresas, instituciones y entidades públicas y privadas en el ámbito nacional e internacional.

- Las prácticas académicas externas podrán ser curriculares y extracurriculares:

- Las prácticas curriculares se configurarán como actividades académicas integrantes del Plan de Estudios de que se trate.
- Las prácticas extracurriculares son aquellas que los estudiantes podrán realizar con carácter voluntario durante su periodo de formación y que, aun teniendo los mismos fines que las prácticas curriculares, no forman parte del correspondiente Plan de Estudios.

- Para la realización de las prácticas externas, las universidades o, en su caso, las entidades gestoras de prácticas a ellas vinculadas, suscribirán Convenios de Cooperación Educativa con las entidades colaboradoras. Los convenios establecerán el marco regulador de las relaciones entre el estudiante, la entidad colaboradora, la universidad y, en su caso, la entidad gestora de prácticas vinculada a esta última. Entre sus estipulaciones, se hará constar la existencia, en su caso, de una bolsa o ayuda de estudios para el estudiante y su forma de satisfacción.

- Para la realización de las prácticas externas los estudiantes contarán con un tutor de la entidad colaboradora y un tutor académico de la universidad.

- Dado el carácter formativo de las prácticas académicas externas, de su realización no se derivarán, en ningún caso, obligaciones propias de una relación laboral, ni su contenido podrá dar lugar a la sustitución de la prestación laboral propia de puestos de trabajo.

La disposición adicional 1ª del Real Decreto 1707/2011, con el título de «exclusión del ámbito de aplicación de la seguridad social», excluía, como es natural, estas prácticas del ámbito de aplicación del Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el régimen general de la seguridad social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional 3ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto.

La actual regulación nada dice sobre protección en materia de seguridad social de los alumnos que realicen las prácticas en las empresas, sencillamente porque no es necesario; estos alumnos, como todos, ya están protegidos por el seguro escolar.

El seguro escolar obligatorio fue instaurado por Ley de 17 de julio de 1953, habiendo sido aprobados los Estatutos de la Mutuali-

dad del Seguro Escolar por Orden Ministerial de 11 de agosto de 1953. El artículo 7.2,d) de la LGSS incluye dentro de su campo de aplicación a los estudiantes y el artículo 10 considera como régimen especial el de estudiantes.

Desde el principio se cuestionó la protección de los alumnos que realizaban prácticas. Así:

– En base al artículo 11 de los estatutos de la Mutualidad del Seguro Escolar en el que se define el accidente como toda lesión corporal de que sea víctima el estudiante con ocasión de actividades directa o indirectamente relacionadas con su condición de tal, incluso las deportivas, asambleas, viajes de estudios, de prácticas de fin de carrera, y otras similares, siempre que estas actividades hayan sido organizadas o autorizadas por los centros de enseñanza, se consideraba protegido al alumno que realice prácticas en empresas. No obstante, la resolución de 17 de diciembre de 1997, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social determinó que solamente estaban protegidos los alumnos que realizaran prácticas en empresas que fueran necesarias para la obtención del correspondiente título oficial; quedaban fuera, así pues, las prácticas extracurriculares.

– Más tarde la Circular 5-018, de 7 de junio de 1999, del Instituto Nacional de la Seguridad Social modifica el criterio restrictivo anterior y reconoce la protección por accidente del seguro escolar específicamente para las prácticas en empresas realizadas por estudiantes universitarios que no tengan carácter obligatorio para la obtención del respectivo título académico.

Además, debemos tener en cuenta que el artículo 2 del Real Decreto 1633/1985, de 28 de agosto, declara incompatibles las prestaciones del seguro escolar con cualesquiera otras de idéntico contenido y derivadas de análogo riesgo de que puedan ser beneficiarios los afiliados.

2.1.2. *Alumnos de formación profesional*

El artículo 42,2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, establece que el currículo de las enseñanzas de formación profesional incluirá una fase de formación práctica en los centros de trabajo, de la que podrán quedar exentos quienes acrediten una experiencia laboral que se corresponda con los estudios profesionales cursados. Las Administraciones Educativas regularán esta fase y la mencionada exención.

El Real Decreto 1147/2011, de 29 de julio, por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo, establece en el artículo 25:

1. Todos los ciclos formativos incluirán un módulo de formación en centros de trabajo que no tendrá carácter laboral.

2. El módulo profesional de Formación en Centros de Trabajo tendrá las finalidades siguientes:

- a) Completar la adquisición de competencias profesionales propias de cada título alcanzadas en el centro educativo.
- b) Adquirir una identidad y madurez profesional motivadoras para el aprendizaje a lo largo de la vida y para las adaptaciones a los cambios que generen nuevas necesidades de cualificación profesional.
- c) Completar conocimientos relacionados con la producción, la comercialización, la gestión económica y el sistema de relaciones sociolaborales de las empresas, con el fin de facilitar su inserción laboral.
- d) Evaluar los aspectos más relevantes de la profesionalidad alcanzada por el alumno en el centro educativo y acreditar los aspectos requeridos en el em-

pleo que para verificarse requieren situaciones reales de trabajo.

Estos alumnos, igual que los universitarios, están protegidos por el seguro escolar.

Además, debemos tener presente el Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual.

De acuerdo con el artículo 2, se entenderá por formación profesional dual el conjunto de acciones e iniciativas formativas mixtas de empleo y formación que tiene por objeto la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral en una empresa con la actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo. Y distingue dos tipos de formación dual:

- la actividad formativa inherente a los contratos para la formación y el aprendizaje.
- los proyectos desarrollados en el ámbito del sistema educativo, con la participación de los centros educativos y de las empresas, cuando no medie un contrato para la formación y el aprendizaje. Para participar en estos proyectos es necesario que el centro docente autorizado para impartir formación profesional establezca un convenio de colaboración con las empresas, que asumirán como mínimo el 33% de las horas de formación. Los alumnos podrán estar becados por las empresas, instituciones, fundaciones, etc., y por las Administraciones.

2.1.3. *Alumnos de los distintos cursos de formación que configuran el subsistema de formación profesional para el empleo (Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo)*

De acuerdo con el artículo 40.1 de la Ley de Empleo (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre), el sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral está constituido

por el conjunto de iniciativas, programas e instrumentos que tienen como finalidad impulsar y extender entre las empresas y los trabajadores ocupados y desempleados una formación que contribuya al desarrollo personal y profesional de los trabajadores y a su promoción en el trabajo que responda a las necesidades del mercado laboral y esté orientada a la mejora de la empleabilidad de los trabajadores y la competitividad empresarial, conforme a los fines y principios establecidos en la Ley Orgánica 5/2002, de las Cualificaciones y la Formación Profesional y en la normativa reguladora del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral.

La disposición transitoria primera de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, la reguladora del Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral establece que hasta que no se desarrollen reglamentariamente las iniciativas de formación profesional para el empleo, señaladas en el artículo 8, se mantendrán vigentes las previstas en el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación para profesional para el empleo, y en su normativa de desarrollo (constituida por la Orden TAS/2307/2007, de 27 de julio, respecto de la formación de demanda y la Orden TAS/718/2008, de 7 de marzo, respecto de la formación de oferta), salvo en lo relativo a una serie de previsiones que enumera.

Dentro de estos cursos, el artículo 25 del Real Decreto 395/2007, referido a acciones formativas dirigidas prioritariamente a desempleados, establece que se potenciarán acuerdos con las empresas, públicas o privadas, al objeto de favorecer la realización de prácticas profesionales, con el siguiente régimen jurídico:

- tales prácticas no supondrán, en ningún caso, la existencia de relación laboral entre los alumnos y las empresas.
- en el acuerdo deberá describirse el contenido de las prácticas, su duración, lugar de realización y horario, y el sistema de tutorías para su seguimiento y evaluación.

- antes del comienzo de las prácticas se pondrá en conocimiento de los representantes legales de los trabajadores en la empresa el citado acuerdo, así como la relación de los alumnos que participan en las mismas.

- los trabajadores desempleados que participen podrán percibir ayudas en concepto de transporte, manutención y alojamiento, así como becas para las personas discapacitadas (reguladas por la Orden TAS/718/2008, de 7 de marzo).

2.1.4. Alumnos de entidades dedicadas a actividades formativas cuando el título habilitante de dichas prácticas carece de reconocimiento oficial

En principio, cuando se habla de prácticas profesionales se está haciendo referencia a su carácter no laboral, ya que una de las notas definitorias de las prácticas profesionales es la vinculación con un plan de estudios, actuando con carácter complementario a una formación teórica anteriormente adquirida, y otra, la posibilidad de percibir de la entidad promotora o de la empresa alguna cantidad destinada a sufragar los gastos de desplazamiento, manutención, etc.

Así como respecto de las prácticas profesionales en empresas vinculadas a la obtención de títulos oficiales, nadie discute su carácter no laboral, respecto de éstas, no vinculadas a estudios oficiales, sí que se suscita la duda de si se le debe dar el mismo tratamiento. La Dirección General de Trabajo en contestación de fecha 26 de febrero de 2003, a consulta de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se declaró claramente a favor del «carácter no laboral de dichas prácticas, con independencia de que el título habilitador sea oficial o no y de que se reciba algún emolumento o beca de la empresa». No obstante, siendo consciente del posible fraude de estas prácticas al no tener control oficial, recordaba que la actividad inspectora debe

constatar en cada caso que su efectiva realización no encubre una auténtica relación laboral por la concurrencia de las notas definitorias del contrato de trabajo del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Más tarde la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en consulta de 10 de noviembre de 2005, partiendo del contenido de la disposición adicional 1ª del Real Decreto 488/1998, de 17 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativos (que establece: «queden expresamente excluidas del ámbito de aplicación del presente real decreto las prácticas profesionales realizadas por estudiantes como parte integrante de su estudios académicos o de los cursos de formación profesional»), concluye que solo resulta posible la realización de prácticas profesionales sin que exista relación laboral en dos supuestos: cuando se estén cursando estudios académicos para la obtención de títulos oficiales, o cuando se esté realizando un curso de formación incluido en el programa de formación en inserción profesional.

No obstante, debemos tener en cuenta que no existe una prohibición de realización de prácticas en empresas cuando no estén vinculadas a estudios académicos o profesionales. Es más, actualmente el Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, como veremos más adelante, regula la realización de prácticas de quienes participen en programas de formación financiados por entidades u organismos públicos o privados que no tengan carácter exclusivamente lectivo y sin que esté prevista la intervención de ningún organismo público.

Desde el punto de vista práctico esa conducta como tal (hacer prácticas no vinculadas a estudios académicos o profesionales) no viene tipificada en la Ley sobre infracciones y sanciones y sanciones en el orden social (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/200, de 4 de agosto) por lo que la única posibilidad de actuación por parte de la

Inspección de Trabajo y SS sería considerar a tales personas como trabajadores por cuenta ajena, solución que no sería posible cuando en la prestación de servicios no se cumplen los requisitos del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (ajeneidad, dependencia, retribución).

2.2. Prácticas en empresas realizadas por titulados

Debemos iniciar este apartado señalando que las prácticas de las personas que tengan una titulación académica o profesional ya tienen una regulación específica en nuestro ordenamiento jurídico: el contrato en prácticas (artículo 11.1 del Estatuto de los Trabajadores). No se entiende cuál es la necesidad de crear nuevas figuras jurídicas que lo único que hacen es desvirtuar la institución y crear inseguridad jurídica. Si la regulación existente del contrato en prácticas no se acomoda a las exigencias actuales, tanto de empresa como de trabajadores, lo razonable sería introducir por ley las modificaciones pertinentes (son muchas las modificaciones de su régimen jurídico realizadas desde que esta modalidad contractual se creó por el artículo 8 de la Ley de Relaciones Laborales). Estas prácticas persiguen el mismo objetivo que el contrato en prácticas («obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación cursados»), siendo la única diferencia la contraprestación (cuando está prevista).

Tres son las disposiciones –todas ellas muy próximas en el tiempo– que alteran el esquema vigente, burlando la aplicación del artículo 11.1 del Estatuto de los Trabajadores: dos incluidas en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de seguridad social y una tercera dictada al amparo de la Ley de Empleo.

Empecemos por esta última:

- *El Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre*, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas.

Regula las prácticas no laborales en empresas que formalicen convenios con los Servicios Públicos de Empleo y a su vez suscriban acuerdos con personas con titulación (universitaria o profesional) de edades comprendidas entre 18 y 25 años con ninguna o escasa experiencia profesional (no superior a 3 meses en la misma actividad). Su régimen jurídico es el siguiente:

- tendrán una duración entre 3 y 9 meses;
- recibirán de la empresa una beca de apoyo como mínimo del 80% del IPREM;
- la empresa cotizará como si de contratos para la formación y aprendizaje se tratara, con exclusión de la protección por desempleo.

Se trata, en mi opinión, de una norma extraña y de dudosa legalidad ya que:

- Por un lado fue dictada sin el preceptivo informe del Consejo de Estado. Tratándose de un reglamento ejecutivo (según el propio artículo 2, esta regulación se ampara en la letra b), apartado 1 del artículo 25 de la ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo) la Comisión Consultiva del Consejo de Estado debe ser consultada, de acuerdo con el artículo 22 de su ley reguladora (Ley 3/1980, de 22 de abril). La consecuencia de la falta de informe preceptivo es la nulidad de la norma. Recordemos la STS de 21 de mayo de 3013 (Rec. 171/2012), que declaró la nulidad del Real Decreto 1707/2011, de 18 de noviembre, que reguló las prácticas externas de los estudiantes universitarios precisamente por ese motivo.

- Se dicta, según establece el artículo 2 dentro de las acciones y medidas de políticas activas de empleo a que se refiere la Ley de Empleo, según dijimos, y la propia Exposi-

ción de Motivos del real decreto vincula estas prácticas a las prácticas profesionales en las empresas contempladas en el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación para profesional para el empleo; pero lo cierto es que este tipo de prácticas no encaja con las en él reguladas ya que el subsistema de formación profesional para el empleo tiene por objeto impulsar y extender entre empresas y trabajadores una formación que responda a sus necesidades (artículo 2) y concretamente la formación de oferta dirigida a desempleados tiene por objeto ofrecer a los trabajadores una formación profesional ajustada a las necesidades del mercado de trabajo (artículo 20) y si bien es cierto que el artículo 25 prevé la realización de prácticas profesionales en las empresas, estas se conciben como un complemento de la formación teórica impartida. Las prácticas reguladas en el Real Decreto que analizamos no están vinculadas a ningún programa formativo porque no existe; el objeto del acuerdo no es la formación sino «ofrecerles un primer contacto con la realidad laboral a través del acercamiento a la misma» (artículo 2). Tampoco encaja la beca recibida con los mecanismos de compensación previstos en dichas normas para los participantes en los cursos de formación profesional.

Continuamos con Ley 27/2011:

- *La disposición adicional 3ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, bajo el título de seguridad social de las personas que participan en programas de formación, dispone que el Gobierno, en el plazo de tres meses a partir de la publicación de dicha ley, en base a las previsiones contenidas en el artículo 97.2.m) de la LGSS, determinará reglamentariamente los términos y condiciones de inclusión en la Seguridad Social.*

En cumplimiento de dicha disposición, se dicta el Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre que establece que quedan asimilados a trabajadores por cuenta ajena, a efectos de su inclusión en el régimen general de la seguridad social, quienes participen en programas

de formación financiados por entidades u organismos públicos o privados que, vinculados a estudios universitarios o de formación profesional, no tengan carácter exclusivamente lectivo sino que incluyan la realización de prácticas formativas (parece que el programa debe ser mixto: formación teórica y práctica) en empresas, instituciones o entidades y conlleven una contraprestación económica para los afectados, cualquiera que sea el concepto o la forma en que se perciba, siempre que la realización de dichos programas no dé lugar a una relación laboral que determine su alta en el respectivo Régimen de la Seguridad Social.

El Real Decreto regula fundamentalmente los aspectos relacionados con la seguridad social: actos de encuadramiento (tendrá la condición de empresario la entidad que financie el programa), acción protectora (la del régimen general sin desempleo), la cotización-recaudación (la correspondiente a los trabajadores contratados para la formación y el aprendizaje) y, en la disposición adicional 1ª, la posibilidad de suscripción de convenio especial por las personas que hubieran realizado este tipo de prácticas con anterioridad, para posibilitar el cómputo de dichos períodos como cotizados, hasta un máximo de dos años.

La primera duda que suscita esta disposición es la relativa a los destinatarios: ¿estudiantes o titulados? La redacción, evidentemente, induce a confusión al decir vinculados a estudios universitarios o de formación profesional. Entendemos que los destinatarios de la norma son los titulados por las razones que a continuación se exponen.

Las prácticas de las personas que estén cursando una titulación tienen una regulación específica, que es la estudiada en los apartados anteriores. En ella se contempla también la posibilidad de que el alumno en prácticas perciba una ayuda o bolsa de estudio que en ningún caso supone un cambio de régimen jurídico. Es por ello que, a nuestro juicio, cualquier práctica que realice el alum-

no, vinculada a los estudios que cursa, deberá realizarse de acuerdo con dichas normas. Y en materia de seguridad social están protegidos por su condición de estudiantes por el seguro escolar (como vimos). Aunque estén realizando prácticas en empresas, son estudiantes.

Además, la Ley 27/2011, de reforma de la LGSS, que, recordemos, modifica, entre otras muchas cuestiones, el acceso a la pensión de jubilación, recoge la preocupación general de la falta de carrera de cotización de los jóvenes (el párrafo 2º del punto II de la Exposición de motivos señala: «los años de formación y de estudio de los jóvenes se han prolongado y su acceso al mercado de trabajo se ha retrasado») ya que durante muchos años se permitió que en base a becas extrañas o proyectos de investigación prestaran servicios al margen de la legislación laboral y de la protección de la seguridad social realizando prácticas en las empresas y llegando a edades avanzadas (30-35 años) sin tener períodos de cotización lo que supone una dificultad importante de completar el período de cotización exigible para la jubilación (así, en el párrafo 26 del punto IV de la Exposición de Motivos se señala: «la nueva reformulación del Pacto de Toledo recomienda ampliar la cobertura social a colectivos, que en la actualidad, están excluidos de la misma, entre los que se encuentran las personas que efectúan determinados programas de investigación, bajo la figura de becarios» «y para cumplir esa finalidad, la disposición adicional 3ª se refiere...»).

La Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación resolvió satisfactoriamente el problema de los titulados investigadores, en los términos vistos; pero quedaba por resolver el problema de los titulados que encadenaban prácticas en empresas y llegaban a una edad avanzada sin haber cotizado, y a estos es a los que se refiere la disposición adicional 3ª que analizamos. Y, es más, en el párrafo 2º de dicha disposición adicional y en la disposición adicional 1ª del Real Decreto 1493/2011 da solución a los que en períodos anteriores

realizaron tales prestaciones de servicio sin protección y así, contempla la posibilidad de suscribir convenio especial por períodos de prácticas anteriores. Está pensando, repetimos, en jóvenes de esas edades y estos son los titulados; pero no en los estudiantes de edades de menos de 23 años, si son universitarios y de menos 18 si son de FP.

Es significativo, también, que la disposición adicional 1ª.2 del Real Decreto 1493/2011, cuando regula posibilidad de suscripción de convenio especial, incluye a las personas que hubieran participado en programas de investigación al amparo del Real Decreto 1326/2003, de 24 de octubre, que reguló el antiguo Estatuto del becario de investigación y estas personas, de acuerdo con el artículo 2,1 de dicho real decreto, tienen que ser titulados universitarios.

Si entendemos que el Real Decreto 1493/2011 se aplica también a los estudiantes, se plantean muchos interrogantes:

- ¿Qué criterio utilizaríamos para seleccionar la norma aplicable?.
- Hemos visto que las prácticas de los alumnos, en todo caso, exigen que la organización y tutela se realice desde el centro; sin embargo, en este caso se trata de programas formativos en los que no está prevista la intervención del centro. ¿Tiene sentido que se permitan unas prácticas de alumnos vinculadas a los estudios que están realizando y que no haya ninguna intervención del centro en el que cursan los estudios, aunque solo sea para compaginar el horario de estudios con el de su programa formativo externo?.
- Por otro lado, si se aplica a los estudiantes, ¿cuándo se puede realizar el programa formativo?, ¿desde el momento en que se matricula el alumno? o ¿tiene que tener en cuenta el programa formativo las asignaturas que está cursando o que ha aprobado el alumno para diseñar un programa vinculado a sus estudios?.

La interpretación correcta a nuestro juicio, repetimos, es que se debería aplicar a titulados y por eso vincula el programa formativo a estudios universitarios o de formación profesional. La RAE reserva la 11ª acepción de la palabra estudio para el plural, «estudios», y los define de la siguiente forma: «conjunto de materias que se estudian para obtener cierta titulación». Es decir, los estudios universitarios son el conjunto de materias que forman el plan de estudios de una titulación, lo que equivale a tener el título.

Además, ello supondría alterar el esquema tradicional de protección de los estudiantes mediante el seguro escolar.

En la práctica, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la TGSS no fueron ajenas a las dificultades interpretativas de la norma. Así, la ITSS entendió inicialmente que la disposición adicional 3ª de la Ley 27/2011 se aplicaba solamente a los estudiantes mientras que a los titulados les es de aplicación la disposición adicional 41ª de la misma disposición, que después analizaremos.

La TGSS, por el contrario, mantuvo el criterio de que la disposición adicional 3ª se aplicaba a los titulados. Sin embargo, cuando el TS, en sentencia de 21 de mayo de 2013, anula el Real Decreto 1707/2011, dicta la resolución de 19 de agosto de 2013 (BOE del 30) y cambia el criterio, a nuestro modo de ver sin fundamento. Es cierto que el Real Decreto anulado contenía una disposición adicional (la 3ª) que declaraba la exclusión de las prácticas realizadas por estudiantes universitarios de la aplicación de la disposición adicional 3ª de la Ley 27/2011; pero la exclusión debe ser entendida como un recordatorio o aclaración: las prácticas de los estudiantes tienen su régimen jurídico específico en materia de seguridad social (seguro escolar) y, además, como hemos visto, esta disposición adicional se aplica a los ya titulados y por ello declara, como no podía ser de otra forma, que no se les aplica. Es más, la normativa anterior reguladora de las prácticas de los alumnos universitarios (Real Decreto 1497/1981)

nada decía en materia de seguridad social y nada se dice en la regulación actual (Real Decreto 592/2004), sencillamente porque no es necesario. Tampoco dice nada al respecto la normativa reguladora de las prácticas de los alumnos de formación profesional.

Esta situación de hecho, es decir, entender que la referida disposición adicional se aplica a las prácticas realizadas por los estudiantes universitarios y de formación profesional, es asumida por la disposición adicional 25ª del Real Decreto Ley 8/2014, 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficacia (hoy sustituida por la disposición adicional 26ª de la Ley 18/2014, de 15 de octubre) al establecer «Las prácticas curriculares externas realizadas por los estudiantes universitarios y de formación profesional, que tienen el carácter exclusivamente de asimilados a trabajadores por cuenta ajena a efectos de su integración en el Régimen General de la Seguridad Social de conformidad con lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, desarrollada por el Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regula los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, tendrán una bonificación del cien por cien en la cotización a la Seguridad Social a partir del día 1 de agosto de 2014»

Pero nuevamente se plantean problemas interpretativos: ¿Esta norma se aplica a todas las prácticas curriculares o solamente a las retribuidas?

Como sabemos, el citado Real Decreto 1493/2011 solamente se aplica a las prácticas que conlleven una contraprestación económica para los afectados cualquiera que sea el concepto o la forma en que se perciba. Si se aplica solamente a las retribuidas, como parece lógico, deberá ser la empresa que financia la ayuda quien asuma las obligaciones de alta y

cotización por aplicación de las previsiones del Real Decreto 1493/2011

Y siendo así, nos encontramos ante una clara discriminación entre los alumnos: si hace las prácticas en una empresa «generosa» que le da una ayuda, además de ésta, durante el período de prácticas está protegido en materia de seguridad social; pero si las hace en una empresa menos «generosa», no tiene ni la ayuda ni la protección en materia de seguridad social cuando en realidad ambos alumnos están haciendo las mismas prácticas.

Con todo, aun siendo muy importante la determinación de los destinatarios de la norma (estudiantes o titulados), este es un tema menor. La regulación de las prácticas que comentamos plantea otras muchas dudas en su aplicación:

– *Características del programa formativo*: ¿es válido cualquier programe que elabore cualquier empresa? Recordemos que, a diferencia de las prácticas no laborales en empresas reguladas por el Real Decreto 1543/2011, estas carecen de intervención de cualquier organismo público, ni con carácter previo ni en su seguimiento. Tampoco se establece una duración mínima de la formación teórica del programa.

– *Duración de las prácticas*: el artículo 1,2º no lo dice claramente, pero del mismo se desprende que la duración se fija en el programa formativo por la entidad que lo financie. Lo normal sería que la duración de las prácticas fuera proporcional a la duración de la formación teórica; pero nada se dice, al igual que tampoco se establece una duración máxima. ¿Debemos admitir un programa de formación cualquiera que sea su duración? Pensemos en un programa formativo en el que se fija una duración de un año (o los que se quiera), de los que solamente son lectivos 15 días (o los que se quiera).

– *Cuantía de la contraprestación económica*: se dice simplemente que el programa conlleve una contraprestación económica para los

afectados, cualquiera que sea el concepto o la forma en que se perciba; pero tampoco se establece una cuantía mínima. Se puede establecer una contraprestación de 500 euros, o de 50 (o los que se quiera).

• Por último, la *disposición adicional 41ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto (incorporada como disposición adicional 6ª al nuevo Texto Refundido de la LGSS)*, bajo el título de estancias de formación, prácticas, colaboración o especialización establece:

«Las ayudas dirigidas a titulados académicos con objeto de subvencionar estancias de formación, prácticas, colaboración o especialización que impliquen la realización de tareas en régimen de prestación de servicios, deberán establecer en todo caso la cotización a la Seguridad Social como contratos formativos, supe-
ditándose a la normativa laboral si obliga a la contratación laboral de sus beneficiarios, o a los convenios o acuerdos colectivos vigentes en la entidad de adscripción si establecen mejoras sobre el supuesto de aplicación general.»

Es claro, como se indica en el inciso final, que no se aplica esta norma a las prestaciones de servicios que reúnan los requisitos del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, a las que se aplicará, lógicamente, la normativa laboral (normativa básica y acuerdos colectivos).

Al igual que la disposición adicional 3ª, vista anteriormente, esta disposición, plantea, también, muchas dificultades para su aplicación:

– La primera es la relativa a los destinatarios de la norma: «titulados académicos». Parece que debemos entender por tales tanto a los titulados universitarios como a los de formación profesional. Es más, al hablar de títulos académicos podrían entrar todos, incluida la enseñanza secundaria.

– ¿Qué se subvenciona? Parece que las estancias en entidades o empresas para formación, prácticas, colaboración o especialización. Todos sabemos lo que son las prácticas o incluso la especialización; pero ¿qué debemos

entender por colaboración? ¿Colaboración con quién y en qué?.

Entendemos que quedan fuera del ámbito de aplicación de esta disposición las llamadas becas de movilidad: las ayudas que concede cualquier entidad (son famosas las de alguna entidad bancaria) para facilitar la actividad formativa del alumno en otra localidad (o en otro país) pero que no se conceden, normalmente, sobre un proyecto formativo concreto; es más, en muchas ocasiones suelen ser compatibles con las ayudas o becas que disfruten en virtud de su concreto programa formativo y con las que solamente se compensan los gastos de desplazamiento y estancia, unas veces entregando una cantidad fija y otras, la mayoría, sufragando los gastos reales. Son cantidades que la seguridad social, respecto de los trabajadores considera excluidas de la base de cotización (artículo 147.2 LGSS y artículo 23.2 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la seguridad social) y que las normas fiscales tampoco las consideran como renta (artículo 17, 1- d) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas y artículo 9 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el reglamento del impuesto sobre la renta de las personas físicas).

– No se define suficientemente la actividad que debe realizar el beneficiario de la ayuda.

– No es necesaria la existencia de ningún programa formativo concreto; y, lo que es más grave, no hay intervención de ninguna Administración que avale la actividad a desarrollar. ¿Vale cualquiera? Parece que debe existir una entidad (que puede ser pública o privada, según se desprende del punto 3 de la disposición) que conceda la ayuda y una entidad de adscripción; pero no se dice, y siendo así, ¿es válida una ayuda que conceda el destinatario de los servicios? Es decir, una empresa concede una ayuda con esa finalidad para prestar servicios también en la misma empresa.

– Al igual que veíamos para el Real Decreto 1493/2011, no se fija un importe mínimo de la ayuda: ¿cualquier importe de la ayuda determina la inclusión en la seguridad social?.

– Tampoco se fija la duración máxima de las estancias, prácticas o colaboraciones.

– No se determina quién tiene la condición de empresario a efectos de cotización (el que concede la ayuda o la entidad en la que se realiza la prestación de servicios).

– Dice la norma que «deberán establecer en todo caso la cotización a la seguridad social como contratos formativos». Como sabemos, los contratos formativos de acuerdo con el Art. 11 del Estatuto de los Trabajadores son el contrato en prácticas y el contrato para la formación y el aprendizaje, cada uno con una forma de cotizar radicalmente distinta:

- Contrato en prácticas: la cotización se realiza aplicando las normas generales; es decir, cotizando por la retribución realmente percibida.
- El contrato para la formación y aprendizaje: se cotiza por una cantidad fija por cada contingencia, (para 2017, es la fijada en el artículo 115, once de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016 y el artículo 44 de la Orden ESS/70/2016, de 29 de enero).

Siendo así, ¿cómo se cotiza? Debemos resaltar, que a diferencia del Real Decreto 1493/2011, en este caso no se ha excluido de la acción protectora ninguna prestación.

3. ACTUACIONES DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL PARA EL CONTROL DEL FRAUDE VINCULADO A LAS BECAS Y LAS PRÁCTICAS NO LABORALES EN LAS EMPRESAS

Por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social siempre se han realizado actuaciones de comprobación de la situación real de los

llamados impropriamente becarios, en realidad personas que trabajaban para entidades y cuya relación laboral se encubría bajo el nombre de becario. La actuación en estos casos se iniciaba fundamentalmente por denuncia de los afectados o de los sindicatos.

Es después de la publicación del Real Decreto 63/2006, de 27 de enero por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador en formación, que generaliza la protección social iniciada por el Real Decreto 1326/2003, de 24 de octubre, cuando se programan por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social actuaciones de carácter nacional para comprobar si, tal como establece el Real Decreto 63/2006, las entidades que conceden la beca han cumplido con la obligación de alta y cotización en los términos establecidos en la norma.

Pero es a raíz del mandato contenido en el párrafo 2º de la disposición adicional 41ª de la Ley 27/2011 (hoy disposición adicional 6ª del nuevo Texto Refundido de la LGSS) que establece que: «las Administraciones Públicas competentes llevarán a cabo planes específicos para la erradicación del fraude laboral, fiscal y a la Seguridad Social asociado a las becas que encubren puestos de trabajo», cuando la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en esta materia se generaliza y, así, se programan campañas de actuación de nivel nacional, que persiguen los siguientes objetivos:

- Becarios de investigación: ya dijimos que después de la publicación de la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, la situación de los becarios no debe plantear problemas ya que todos los programas de ayudas a la investigación (artículo 20.5 para las Administraciones Públicas y disposición adicional 28ª para las concedidas por el sector privado) deberán contemplar la contratación laboral de sus beneficiarios por parte de las entidades de adscripción.

- Prácticas de estudiantes que cursan titulaciones oficiales y prácticas de titulados o estudiantes que no cursan titulaciones oficia-

les: la actuación inspectora en este caso persigue dos objetivos:

- Comprobar que el sujeto responsable ha cumplido con la obligación de alta y cotización prevista en las disposiciones adicionales 3ª y 41ª de la Ley 27/2011 cuando las personas que realizan las prácticas no laborales en las empresas cumplan los requisitos para ser dados de alta.
- Comprobar que la prestación de servicios realizada al amparo de tales disposiciones no encubre una auténtica relación laboral, especialmente cuando los alumnos en prácticas sustituyen a trabajadores de la empresa u ocupan un puesto de trabajo en la empresa.

Respecto de los estudiantes que cursan titulaciones oficiales la actuación inspectora es muy fácil de programar ya que al estar tuteladas por los centros educativos, para la programación de la actuación podemos solicitar la relación de alumnos que están realizando las prácticas y la relación de empresas. Igualmente son fáciles de programar y comprobar las prácticas realizadas al amparo del Real Decreto 1543/2011 ya que previamente se debe realizar un convenio con el Servicio Público de Empleo.

Distinto es el caso de las prácticas realizadas por titulados o por alumnos al amparo de la disposición adicional 3ª de la Ley 27/2011, la disposición adicional 6ª del nuevo Texto Refundido de la LGSS y las realizadas por centros de formación de los que no tenemos ninguna información, siendo muy difícil la programación.

Así, en estos últimos años se han realizado las siguientes actuaciones de control de la situación de las personas que realizan prácticas en las empresas: 1.963 en el año 2012; 3.683 en el año 2013; 2.121 en el año 2014 y 2.686 en el año 2015

4. CONCLUSIONES

De todo lo anterior, podemos extraer las siguientes conclusiones o, si se prefiere, pro-

puestas de reforma de la normativa sobre prácticas en empresas.

1) Entendemos que la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Investigación ha solucionado de forma satisfactoria el trabajo realizado por los titulados universitarios que participan en programas de investigación obligando a su contratación laboral y, evidentemente, a su alta en la seguridad social.

2) Respecto de los alumnos que cursan estudios oficiales (universitarios y de formación profesional) y realizan prácticas en empresas: son jóvenes que siempre han estado protegidos por el seguro escolar, en la pequeña protección que dispensa, por lo que las prácticas que realizan como alumnos deberían quedar fuera de la seguridad social. Todos ellos, además, tienen la protección de asistencia sanitaria como beneficiarios del sistema.

3) En relación a los alumnos matriculados en cursos de formación sin reconocimiento oficial, vimos que si la prestación de servicios no cumple los requisitos del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores no es posible considerarlos trabajadores por cuenta ajena y, por lo tanto, tampoco darlos de alta en la seguridad social; pero sí se podría establecer la obligación de que todas las prácticas realizadas por estos alumnos tengan que ser autorizadas previamente por los Servicios Públicos de Empleo (es necesario comprobar que el programa formativo es real, que las prácticas son necesarias y, sobre todo, es imprescindible llevar un registro para poder realizar un control de las mismas). Se debería prever, además, si la autorización la tiene que solicitar la empresa o la entidad formadora. Esta obligación supondría modificar la LISOS para incluir un tipo que podría ser «no solicitar autorización previa para realizar prácticas no laborales cuando sea obligatoria»

4) En cuanto a las prácticas de los titulados, la regulación actual, según vimos, plantea muchos problemas de aplicación práctica.

A nuestro juicio, las prácticas de los titulados se deberían realizar mediante la contratación como trabajadores en prácticas de acuerdo con el artículo 11.1 del Estatuto de los Trabajadores, que para eso ha estado siempre. No obstante, si se considera necesario establecer una regulación específica para determinados supuestos difíciles de encajar en la regulación del contrato en prácticas, se debería tener en cuenta lo siguiente:

- En todo caso el programa formativo y las estancias o prácticas en las empresa o entidades deberían ser autorizados por los Servicios Públicos de Empleo. Es necesario valorar el programa formativo y las prácticas vinculadas al mismo y, sobre todo, llevar un registro para su control posterior.

- Debe fijarse claramente un sistema de tutorías desde la entidad formadora y en la propia empresa o entidad de adscripción, similar a la prevista para el contrato para la formación y el aprendizaje en el Real Decreto 159/2012, de 8 de noviembre.

- Se debe fijar una duración mínima y máxima del período de prácticas que deberá estar en relación con la formación teórica recibida.

- Se debe determinar en el programa formativo sometido a autorización el horario de realización de las prácticas, de forma similar a la prevista para el contrato para la formación y el aprendizaje.

- Evidentemente se debe fijar la compensación mínima que debe recibir el alumno.

- Y su alta en la seguridad social como asimilado a trabajador por cuenta ajena aplicando las reglas de cotización correspondientes a los contratos para la formación y el aprendizaje (a valorar si deben quedar excluidos de alguna prestación).

- Para un adecuado control sería necesario modificar la LISOS con el fin de incluir las nuevas infracciones.

RESUMEN

Las palabras beca y becario se viene utilizando para designar distintas realidades, y en algunos casos, para nombrar las prácticas no laborales realizadas en las empresas. En el estudio pretendemos deslindar y sistematizar las distintas situaciones o realidades señalando la normativa aplicable en cada caso. Igualmente se analizan los problemas interpretativos y de aplicación de las disposiciones adicionales 3ª y 41ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto. También se da cuenta de la actividad de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de control del fraude vinculado a las becas y prácticas no laborales. Y terminamos con unas conclusiones a modo de propuestas de reforma normativas necesarias para corregir el fraude y evitar la precarización de las relaciones laborales en este ámbito.

Palabras clave: Estudiante, investigador, becario, tesis doctoral, prácticas no laborales, seguro escolar, control del fraude.

ABSTRACT

The description of scholarship and fellow scholarship has been used to define different realities, and in some cases, in order to define placements in companies that are not industrial work placements. In this study we aim to visualize the different situations or realities that applies in each case. We will try to analyses the interpretive problems and application of the additional provisions 3rd and 41st of de Law 27/2011, from 1 August. This also applies to the revision of the activity of the «Social Security» fraud linked to grants and labor practices. In conclusions we propose the following reforms in the regulations in order to correct and prevent fraud related in this field.

Keywords: Student, researcher, intern, doctoral thesis, internship, school insurance, fraud control.

Las obligaciones de auxilio y colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*

Obligations to help and collaborate with the Inspectorate of Labour and Social Security

LUIS F. GUTIÉRREZ TRASHORRAS**

1. ANTECEDENTES

La amplia experiencia, más que centenaria, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la lucha contra el fraude y como garante de los derechos sociales de los trabajadores, ha llevado a esta organización a establecer la necesidad de dar un salto cualitativo en su actividad. En los últimos años se han acometido importantes modificaciones en su organización y actividad, pasando del trabajo a demanda a adoptar una actitud proactiva frente al fraude y otorgando un importante peso específico a la actividad planificada y la colaboración con el resto de organismos del Ministerio de Empleo y de otras Administraciones para orientar su actividad.

Por otro lado, los cambios sociales y económicos de las últimas décadas han propiciado una nueva forma de relación de los ciudadanos con las Administraciones públicas. La mejora de los sistemas de recogida y tratamiento de datos por vía telemática, ponen de manifiesto la necesidad de incrementar la cooperación institucional, especialmente la prestada por la Administración de la Seguridad Social, la Tributaria y por las Comunidades Autónomas. Toda esta información, que está disponible en soporte informático, puede resultar trascendental no solo para la detección de posibles situaciones de fraude sino también durante la fase de investigación.

Otro aspecto que desde la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se presenta como un axioma en la organización de su actividad es el siguiente: la mera realización de un volumen elevado de actuaciones no mejora necesariamente los resultados en la lucha contra el empleo irregular y el fraude en materia de Seguridad Social, sino que se pueden obtener mejores resultados realizando menos actuaciones pero mejor orientadas. Para adaptarse a las necesidades derivadas de este principio,

* Modificaciones derivadas de la aprobación de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social y la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

** Inspector de Trabajo y Seguridad Social. Jefe de la Unidad de Inspección de Inspecciones. Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

cada vez resulta más necesario realizar un cambio en la organización y el desarrollo de las actuaciones inspectoras; la orientación de este cambio debe descansar en un pilar básico que es el incremento de la eficacia. Para ello resulta preciso intensificar la coordinación con otros organismos de modo que todas las actuaciones que se inicien procedan de un inicio de fraude previo.

1.1. Regulación vigente en 2012

Desde el punto de vista normativo, hasta diciembre del año 2012, la norma que regulaba de forma específica las cuestiones relativas a la colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social era el artículo 9 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Su tenor literal era el siguiente:

«Auxilio y colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

1. Las Administraciones públicas y cuantas personas ejerzan funciones públicas vienen obligadas a prestar colaboración a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social cuando les sea solicitada como necesaria para el ejercicio de la función inspectora y a facilitarle la información de que dispongan.

2. La Administración tributaria cederá sus datos y antecedentes a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los términos establecidos en el apartado c) del número 1 del artículo 113 de la Ley General Tributaria. Asimismo, las entidades gestoras y colaboradoras y los servicios comunes de la Seguridad Social prestarán su colaboración a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, facilitándole, cuando le sean solicitadas, las informaciones, antecedentes y datos con relevancia en el ejercicio de la función inspectora, incluso los de carácter personal objeto de tratamiento automatizado sin necesidad de consentimiento del afectado. Las Inspecciones Tributaria y de Trabajo y Seguridad Social establecerán pro-

gramas de mutua correspondencia y de coordinación para el cumplimiento de sus fines.

3. Las obligaciones de auxilio y colaboración establecidas en los números anteriores sólo tendrán las limitaciones legalmente establecidas referentes a la intimidad de la persona, al secreto de la correspondencia, del protocolo notarial, o de las informaciones suministradas a las Administraciones públicas con finalidad exclusivamente estadística.

4. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes estarán obligadas a prestar su auxilio y colaboración a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el desempeño de sus funciones, a través de los mandos designados a tal efecto por la autoridad correspondiente.

5. Los Juzgados y Tribunales facilitarán a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de oficio o a petición de la misma, los datos de trascendencia para la función inspectora que se desprendan de las actuaciones en que conozcan y que no resulten afectados por el secreto sumarial.»

Tal y como puede apreciarse con facilidad la redacción de esta norma, articulaba dos deberes de colaboración con la Inspección.

El primero sería un deber genérico que se atribuye a las *Administraciones públicas y cuantas personas ejerzan funciones públicas*, con carácter general.

El segundo sería un deber más específico de colaboración que afectaba a sujetos concretos como las entidades gestoras y colaboradoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, la Administración Tributaria, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o los Juzgados y Tribunales. En todos los casos, salvo en el de las Fuerzas de Seguridad, se establecía un deber de remisión de información. En el caso de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad el deber de colaboración se centra más bien en el auxilio a los funcionarios de la Inspección para el correcto desarrollo de sus tareas. Este auxilio se centraba en la mera protección de los fun-

cionarios actuantes durante el desarrollo de sus funciones.

También merece una mención especial la referencia a la coordinación entre las Inspecciones Tributaria y de Trabajo y Seguridad Social. En la Ley de 1997, se indica que «establecerán programas de mutua correspondencia y de coordinación para el cumplimiento de sus fines». Por tanto, este era el único supuesto legal en el que la obligación de colaboración parecía tener un recorrido superior al del mero intercambio de información, aunque también se estableciese de forma abstracta.

1.2. Desarrollo práctico de la función inspectora

Sin embargo, el desarrollo de la función inspectora se fue adaptando a las nuevas circunstancias y necesidades y, «de facto», superaba los límites de ese mero intercambio de información. A título de ejemplo podemos señalar los siguientes instrumentos de colaboración.

La Resolución conjunta, de 28 de julio de 2004, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y de la Subsecretaría de Trabajo y Asuntos Sociales, por la que se fija el marco de relaciones para intensificar y hacer más eficaz la colaboración recíproca entre la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social y la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, establece en su apartado Primero que su objeto se desarrollará, fundamentalmente, en la gestión de los asuntos comunes y colaboración en la tramitación de los asuntos o materias sobre los que se centra la actuación inspectora y cristaliza en la elaboración conjunta de Planes Anuales de Objetivos para la lucha contra el fraude en materia de Seguridad Social, que no se limita a un mero intercambio de información.

En la misma línea, la Resolución Conjunta suscrita el 15 de diciembre de 2005 entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

prevé también la elaboración y desarrollo de Planes Anuales de Objetivos conjuntos y el Convenio de Colaboración entre el Servicio Público de Empleo Estatal y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de fecha 29 de noviembre de 2005, dio lugar a Planes Anuales similares entre los dos organismos.

El elenco de acuerdos se cerró con la Resolución Conjunta suscrita el 16 de octubre de 2006 entre el Instituto Social de la Marina y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que también dio lugar a Planes Anuales conjuntos.

Esta «limitación» del marco normativo se manifestó de forma más evidente con la suscripción, el 14 de julio de 2009, del Convenio de Colaboración entre la Agencia Estatal de Administración Tributaria, La Tesorería General de la Seguridad Social y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para la Prevención y Corrección del Fraude Fiscal, Laboral y a la Seguridad Social (también conocido como Plan PIF). Este Plan establece, como una de sus medidas conjuntas, la puesta en común de las características principales que presentan las Áreas de control de las tres Administraciones implicadas (T.G.S.S., I.T.S.S. y A.E.A.T.), que permita el establecimiento básico de un procedimiento de actuación coordinado. Por tanto el objetivo de este Convenio era intentar articular procedimientos de actuación coordinada y/o conjunta que podrían desarrollarse de diferentes formas: coincidente, simultánea, sucesiva o consistir en un mero intercambio de información. En el mismo se esbozaban los distintos procedimientos a seguir para la realización de actuaciones conjuntas o coordinadas.

Las actuaciones podían desarrollarse por dos o más Administraciones de forma **simultánea** en el tiempo a lo largo de todo el proceso de comprobación de forma que concurren desde el mismo momento en el que se notifica el inicio de las actuaciones de comprobación hasta la fecha en la que se realizan las liquidaciones pertinentes.

Las actuaciones también pueden concurrir en un momento dado de la comprobación me-

dante la presencia ante el interesado de varias Administraciones. Estas actuaciones, que pueden calificarse de **coincidentes**, tendrán lugar en aquellos casos en los que no proceda la realización de actuaciones simultáneas pero que, por razones técnicas, de oportunidad o cualquier otra circunstancia, resulte interesante para las Administraciones realizarlas de esta forma. Este tipo de actuaciones, que pueden tener lugar en cualquier momento del proceso de comprobación, requiere del acuerdo de las Administraciones para su realización, ya sea a nivel central o territorial, y su concreción se efectuará de conformidad a los intereses comunes de lucha contra el fraude.

Por último, las actuaciones pueden llevarse a cabo de forma **sucesiva** en el tiempo, de forma que a la vista de la comprobación efectuada por una Administración se informe a la otra de las características observadas en la labor de investigación desarrollada por aquella que pudieran ser consideradas interesantes para la segunda Administración. La comunicación a la segunda Administración puede realizarse cuando la primera todavía está realizando la actuación de comprobación o bien cuando haya finalizado, en función de la relevancia de la información que vaya a suministrarse, la necesidad de apoyo en las actuaciones o el riesgo de prescripción.

A la vista de todos estos instrumentos de coordinación, resultó evidente que una regulación del deber de colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social centrado en la mera remisión de información resultaba insuficiente.

Como elemento adicional, es preciso indicar que la Ley Ordenadora vigente en 2012 se aprobó por las Cortes Generales en los años 90. En ese momento histórico, si bien ya se había iniciado el proceso de informatización, todavía no se había producido la revolución tecnológica derivada del uso generalizado de sistemas informáticos. En aquel momento ya

era habitual la utilización de equipos informáticos pero no se había producido la expansión y desarrollo de las redes de comunicación y, sobre todo, aún no se había producido la eclosión de las nuevas tecnologías en las relaciones de los administrados con las distintas administraciones públicas y de estas entre sí. Este nuevo elemento también generó la necesidad de modificar las relaciones entre las administraciones y abrió un mundo de posibilidades nuevas que permitía la comunicación y el acceso a datos en tiempo real.

2. NUEVO IMPULSO EN LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE

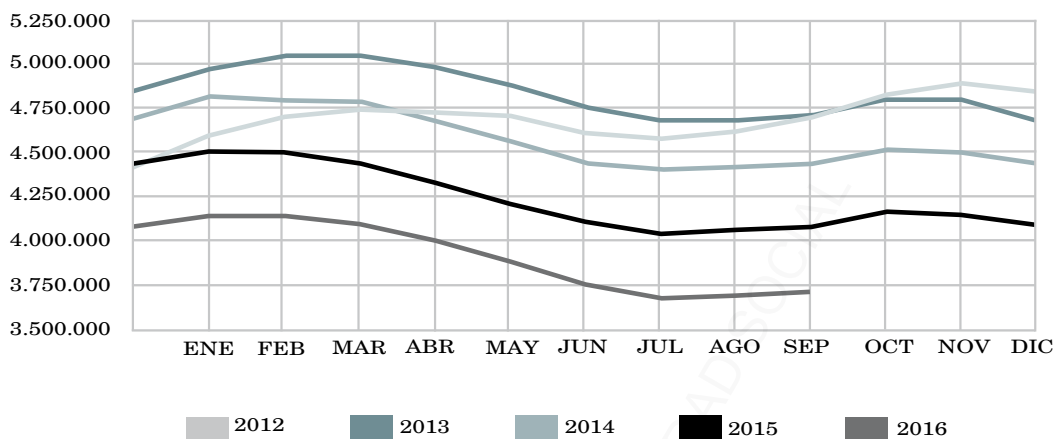
El Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social y medidas derivadas.

2.1. Entorno Socio-económico

La grave crisis económica mundial, que se produjo como consecuencia de la crisis financiera, tiene, como hito temporal, un acontecimiento que se considera el punto de inflexión en la economía mundial: Lehman Brothers, el cuarto banco de inversión en EEUU, se declara en quiebra el 5 de septiembre de 2008. A partir de ese momento se va agravando la situación de crisis en todo el mundo que azotó de forma especialmente grave a España con la explosión de la denominada «burbuja inmobiliaria».

Esta crisis financiera y económica afectó de forma virulenta al mercado laboral español. Si en 2008 la tasa de paro se situaba en el 11,33%, según datos ofrecidos por el INE en la encuesta de población activa, al finalizar 2013 esta tasa se situaba en el 26,03%. Recordemos que en los primeros meses de 2013 el número de desempleados registrados superó los cinco millones.

GRÁFICO 1. EVOLUCIÓN DEL PARO REGISTRADO 2012-2016

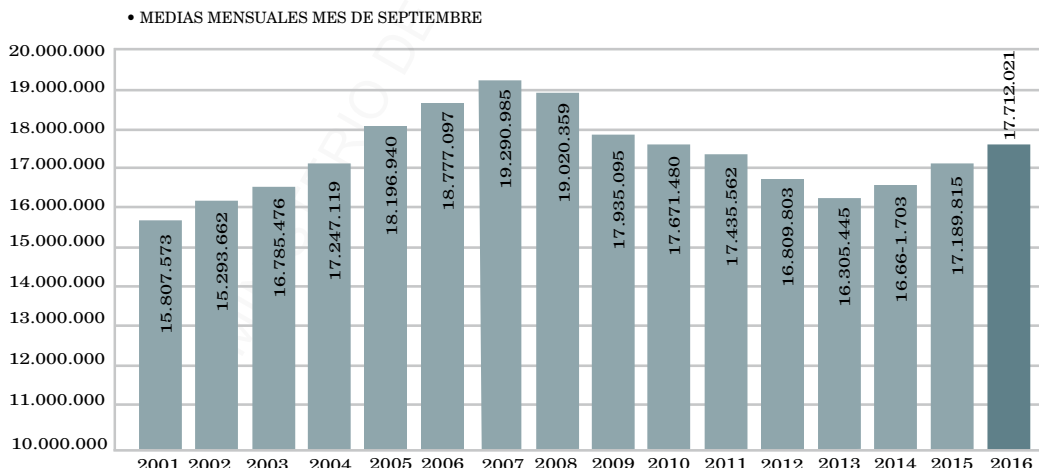


Fuente: Servicio Público de Empleo Estatal.

Este crecimiento del desempleo, de casi el 15 %, sacudió los cimientos del mercado laboral y del Sistema de Seguridad Social. En diciembre de 2007 había 19.372.777 afiliados a la Seguridad Social; en diciembre de 2013 había 16.357.640, por lo que el descenso fue de

más de tres millones de afiliados. Desde 2008, año en que la Seguridad Social tuvo unos ingresos por cotizaciones de 108.103,72 millones de euros, las cotizaciones sociales no habían hecho sino disminuir, suponiendo en 2012 un total de 101.059,19 millones de euros¹.

GRÁFICO 2. EVOLUCIÓN DE LA AFILIACIÓN



Fuente: Secretaría de Estado para la Seguridad Social.

¹ Fuente: Secretaría de Estado para la Seguridad Social.

2.2. El Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social

Ante esta situación era necesario adoptar medidas correctoras para intentar evitar la proliferación del fraude y la explotación laboral. En esta línea de acción, el Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social para el periodo 2012-2013, aprobado por el Consejo de Ministros de 27 de abril de 2012, contempló, por un lado, medidas organizativas desde el punto de vista administrativo, y, por otro, la adopción de medidas normativas, como la aprobación de la propia Ley 13/2012, de 26 de diciembre y la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre por la que se modifica el Código Penal, que introducen las reformas necesarias del marco legal vigente.

El primer objetivo perseguido por el precitado Plan era impulsar el afloramiento del empleo irregular, para producir un efecto regularizador de las condiciones de trabajo y de generación de recursos económicos al Sistema de la Seguridad Social por el pago de cotizaciones sociales. En este sentido, la Ley que surgiría del Plan, a diferencia de la mayoría de normas, fue creada con un objetivo específico: la lucha contra el fraude laboral y a la Seguridad Social. Esto supone una excepción en nuestro ordenamiento puesto que, el objetivo perseguido por las normas con carácter general, es el establecimiento de una regulación sustantiva que será objeto de cumplimiento voluntario.

Desde la experiencia profesional de cualquier operador jurídico en éste ámbito, y especialmente de un profesional de la actividad inspectora, resulta evidente que la única forma de garantizar el cumplimiento voluntario de las normas es el establecimiento de mecanismos de control. En este caso, y especialmente en lo que respecta a las obligaciones en materia de Seguridad Social, cobra especial importancia el control administrativo que debe ser desarrollado por las Entidades Gestora y Servicios Comunes y del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Para la consecución de los objetivos, el Plan despliega un ambicioso conjunto de actuaciones de diferente índole, de las cuales destaca el reforzamiento de las relaciones institucionales en la lucha contra el fraude. Uno de los principales pilares de esta cooperación institucional es la colaboración entre las distintas administraciones públicas para alcanzar un objetivo fundamental: el tratamiento integral en la lucha contra el fraude.

Este control no es posible si no se dota de medios adecuados al Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Además de los medios materiales y personales, los medios jurídicos adecuados son indispensables para favorecer el cumplimiento voluntario y sancionar los posibles incumplimientos.

2.3. La Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social

Una de las herramientas fundamentales para luchar contra el fraude fue la precitada Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social. Mediante este instrumento legal, se produjeron importantes modificaciones normativas entre las que destacaremos la modificación del artículo 9 de la Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Las modificaciones operadas fueron las siguientes:

1.- En primer lugar, es preciso hacer referencia a la modificación del apartado 1, que queda redactado de la siguiente forma:

«1. Las autoridades, cualquiera que sea su naturaleza, los titulares de los órganos de la Administración General del Estado, de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales; los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales; las cámaras y corporaciones, colegios y asociaciones profesionales; las demás entidades públicas, y quienes, en general, ejerzan

funciones públicas, estarán obligados a suministrar a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social cuantos datos, informes y antecedentes con trascendencia en el ámbito de sus competencias, así como a prestarle la colaboración que le sea solicitada para el ejercicio de la función inspectora.»

Por tanto la Ley pasa de hacer una referencia general a las Administraciones Públicas o a las personas que ejercen funciones públicas para detallar todos los sujetos implicados distinguiendo entre la Administración del Estado y sus organismos, las Administraciones autonómicas y Locales y haciendo una referencia específica a las administraciones corporativas y a las asociaciones profesionales. Por tanto esta redacción viene a esbozar el esquema de relaciones institucionales que pretende establecerse para el futuro y del que posteriormente nos ocuparemos.

2.– Además de reenumerar los apartados del artículo, se introduce un nuevo apartado 2 en el artículo 9 con la siguiente redacción.

«2. El Consejo General del Notariado suministrará a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de forma telemática, la información contenida en el índice único informatizado regulado en el artículo 17 de la Ley del Notariado que tenga trascendencia en el ejercicio de la función inspectora.»

El objetivo de la Ley era habilitar la posibilidad de facilitar acceso para la Inspección de Trabajo y Seguridad Social al contenido del Índice Único Notarial. El **Índice Único Informatizado Notarial** permite realizar al notario, de forma telemática, la comunicación periódica al Consejo General del Notariado de datos sobre los documentos autorizados en su notaría para que puedan ser procesados y enviados posteriormente a cada uno de los destinatarios según las obligaciones de información, tanto corporativas como con las Administraciones Públicas. La notaría remite con periodicidad quincenal los documentos autorizados. La comunicación del **Índice Único Informatizado Notarial** se efectúa median-

te la Firma Electrónica Reconocida Notarial. Este Índice tiene carácter de documento público.

La cristalización de este objetivo se produjo mediante el Convenio de colaboración entre el Consejo General del Notariado y el Ministerio de Empleo y Seguridad Social para luchar contra el fraude, de 22/04/2013.

3.– La Ley 13/2012, también añadió un nuevo apartado, actualmente el número 4 al artículo 9. Su tenor literal es el siguiente:

«4. Las mutualidades de previsión social deberán colaborar y suministrar a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social los datos e informes que resulten necesarios para el adecuado desarrollo de la actividad de la Inspección, en lo relativo a su condición de entidad alternativa al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.»

En el proyecto de Ley aprobado inicialmente este punto no existía y la referencia a estas entidades se realizaba en el apartado 1 del artículo. Durante la tramitación parlamentaria se elimina la referencia del punto primero, y se creó un apartado propio, por la importancia que tienen estas mutualidades como entidades alternativas al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos en colectivos correspondientes a profesionales liberales. La información que deben suministrar a la Inspección es en su condición de entidad sustitutoria de la Seguridad Social.

4.– Por último, la Ley de lucha contra el fraude introduce un nuevo apartado 8 en el artículo nueve. Es el siguiente:

«8. Las comunicaciones de datos de carácter personal a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a las que se refiere este artículo no precisarán el consentimiento del interesado ni requerirán la información prevista en el apartado 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Los datos transmitidos únicamente se emplearán para el ejer-

cicio de las competencias legalmente atribuidas a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.»

Con la introducción de este apartado, se establece la habilitación normativa necesaria para que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el ejercicio de sus competencias, pueda utilizar datos no suministrados por los interesados sin necesidad de informar a los mismos, en virtud del Art. 5.4 LOPD.

3. EL MARCO NORMATIVO VIGENTE

La Nueva Ley Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Tras casi veinte años de vigencia de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, resultaba necesario adaptar la norma básica reguladora del Sistema de Inspección de Trabajo a la nueva coyuntura social, económica y normativa. También es preciso indicar que esta adaptación era particularmente necesaria tras los trasposos de la función pública inspectora desde la Administración General del Estado a los Gobiernos Catalán y Vasco.

3.1. Nueva regulación

Esta adaptación se produjo mediante la Ley Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Ley 23/2015, de 21 julio, vigente desde el 23 de julio del mismo año. En la nueva Ley, la regulación de los deberes de auxilio y colaboración con la Inspección de Trabajo se incardina en su artículo 16. Este artículo se integra sistemáticamente en el capítulo I del título II que regula las funciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Su tenor literal es el siguiente.

«Artículo 16. Auxilio y colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

1. Las autoridades, cualquiera que sea su naturaleza, los titulares de los órganos de la Administración General del Estado, de las Administraciones de las Comunidades Autó-

nomas y de las Entidades Locales; los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales; las cámaras y corporaciones, colegios y asociaciones profesionales; las demás entidades públicas, y quienes, en general, ejerzan funciones públicas, estarán obligados a suministrar a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social cuantos datos, informes y antecedentes que tengan trascendencia en el ámbito de sus competencias, así como a prestarle la colaboración que le sea solicitada para el ejercicio de la función inspectora.

2. El Consejo General del Notariado suministrará a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de forma telemática, la información contenida en el índice único informatizado regulado en el artículo 17 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, que tenga trascendencia en el ejercicio de la función inspectora.

3. La Administración Tributaria cederá sus datos y antecedentes a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los términos establecidos en el artículo 95.1.c) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Asimismo, las entidades gestoras y colaboradoras y los servicios comunes de la Seguridad Social prestarán su colaboración a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, facilitándole, cuando le sean solicitadas, las informaciones, antecedentes y datos con relevancia en el ejercicio de la función inspectora, incluso los de carácter personal objeto de tratamiento automatizado, sin necesidad de consentimiento del afectado. La Administración Tributaria y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social establecerán programas de mutua correspondencia y de coordinación para el cumplimiento de sus fines.

4. Los órganos de la Administración General del Estado y los de las Comunidades Autónomas colaborarán con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y le prestarán el apoyo y el asesoramiento pericial y técnico necesario.

5. *Las mutualidades de previsión social deberán colaborar y suministrar a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social los datos e informes que resulten necesarios para el adecuado desarrollo de la actividad de la Inspección, en lo relativo a su condición de entidad alternativa al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.*

6. *Las obligaciones de auxilio y colaboración establecidas en los apartados anteriores sólo tendrán las limitaciones legalmente establecidas referentes a la intimidad de la persona, al secreto de la correspondencia, o de las informaciones suministradas a las Administraciones Públicas con finalidad exclusivamente estadística.*

7. *Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes estarán obligadas a prestar apoyo, auxilio y colaboración a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el desempeño de sus funciones, a través de los mandos designados a tal efecto por la autoridad correspondiente.*

8. *Mediante convenios u otros instrumentos se establecerán las formas de colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por parte de otros órganos de la Administración General del Estado o de otras Administraciones Públicas para los supuestos en que, como consecuencia de su actuación, tengan conocimiento de hechos presuntamente constitutivos de trabajo no declarado y empleo irregular.*

Los hechos comprobados directamente por los funcionarios que ostenten la condición de Autoridad o de agentes de ella, contenidos en comunicaciones que se formulen en ejecución de lo establecido en los convenios o instrumentos indicados en el párrafo anterior, tras su valoración y calificación por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, podrán ser aducidos como prueba en los procedimientos iniciados por esta y serán tenidos por ciertos, salvo prueba en contrario de los interesados.

9. *Los Juzgados y Tribunales facilitarán a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de oficio o a petición de la misma, los datos de trascendencia para la función inspectora que se*

desprendan de las actuaciones en que conozcan y que no resulten afectados por el secreto sumarial.

10. *La colaboración de las Autoridades de los Estados Miembros de la Unión Europea con competencias equivalentes a las de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se regirá por la normativa de la Unión Europea o por los instrumentos o acuerdos bilaterales o multilaterales de los que sea parte el Estado Español.*

Los hechos comprobados por dichas autoridades en el ámbito de la cooperación administrativa internacional que sean facilitados a las autoridades españolas podrán ser aducidos como prueba por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los procedimientos iniciados por esta y serán tenidos por ciertos, salvo prueba en contrario de los interesados.

11. *La obtención de datos de carácter personal no recabados del interesado por los funcionarios de la Inspección en el ejercicio de sus competencias, no requerirá la información expresa e inequívoca a los interesados prevista en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.»*

3.2. Presunción de certeza de autoridades ajenas a la Inspección

Como puede apreciarse con facilidad la redacción de este artículo es similar a la del artículo 9 de la Ley 42/97, tomando en consideración las variaciones de la Ley 13/2012, pero presenta importantes novedades.

La primera es la introducción del apartado 8 del artículo 16. En el mismo se establece la posibilidad de incorporar a las actuaciones de la Inspección de Trabajo los hechos comprobados directamente por los funcionarios que ostenten la condición de Autoridad o de agentes de aquella, pero ajenos al citado Sistema de Inspección de Trabajo, trasladando la presunción de certeza de la que estos gozan en sus procedimientos al procedimiento desarrollado por la Inspección.

Esta modificación trata de solventar un problema práctico que llevaba produciéndose desde hace mucho tiempo. Hasta ese momento, los hechos comprobados por otros órganos administrativos como la Inspección Tributaria o las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podían ser utilizados por la Inspección de Trabajo como medio de prueba pero no gozaban de presunción de certeza. Por tanto no trasladaban por sí mismos la carga de la prueba al presunto infractor. Con esta modificación se trata de generar sinergias entre los distintos órganos administrativos para luchar contra el fraude en el orden social.

En cuanto a la extensión y límites de la presunción de certeza, ésta está limitada, tal y como indica la propia norma, a los hechos y no a posibles valoraciones o calificaciones jurídicas. En segundo término indicar que se trata de una presunción «iuris tantum», esto es, siempre es posible destruir tal presunción aportando prueba en contrario. Por tanto, «*corresponde a la recurrente acreditar los hechos en los que funde la impugnación de los hechos allí constatados*»². En todo caso traslada la carga de la prueba al presunto infractor.

Sin embargo esta presunción no opera de forma automática. La propia Ley señala que su aplicación está condicionada a la suscripción de convenios u otros instrumentos de colaboración en los que se establezcan procedimientos específicos para la transmisión de esta información. Estos procedimientos deben fijar un contenido mínimo de las comunicaciones y un cauce de transmisión que garantice la seguridad en su traslado. No parece plantearse ningún problema en que esta transmisión se produzca de forma electrónica.

3.3. Autoridades de otros Estados Miembros de la Unión Europea

Otra importante novedad se encuentra en el vigente apartado 10 del artículo 16. En

el mismo se hace referencia, por primera vez en la historia, a Autoridades de otros Estados Miembros de la Unión Europea.

La introducción de esta previsión responde a otro cambio trascendental derivado del mercado único y de la libre circulación de trabajadores como es la prestación de servicios de carácter transnacional. En este supuesto, empresas establecidas en otro Estado miembro acuden a España para realizar una prestación de servicios desplazando a sus trabajadores o viceversa. Por tanto, de cara a comprobar el cumplimiento de los mínimos aplicables en materia laboral y de Seguridad Social, resulta precisa la colaboración de las Autoridades del país de origen.

En este supuesto, los hechos contenidos en las comunicaciones recibidas en base a esta cooperación administrativa internacional, podrán ser aducidos como prueba por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los procedimientos iniciados por ésta.

En cuanto al posible alcance del valor probatorio de estas comunicaciones, debemos señalar lo establecido en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; Caso Möllmann-Fleisch contra Möllmann-Fleisch³; en relación con el valor probatorio de un certificado de despacho de aduana, en el que el Juez nacional (Finanzgericht Hamburg, Sala Cuarta) planteó al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial. El Tribunal Europeo indicó que, a pesar de que el certificado de despacho de aduana constituye el medio de prueba más importante de los documentos enumerados en el apartado 4 del artículo 20 del Reglamento n° 2730/79, para acreditar que se ha realizado una importación, no constituye, sin embargo, una prueba irrefutable. Por consiguiente, el valor probatorio que se atribuye normalmente a un certificado de despacho de aduana puede destruirse si existen dudas fundadas en cuanto al acceso efectivo de las

² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 9 julio 2015.

³ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; Caso Möllmann-Fleisch contra Möllmann-Fleisch (Sala Cuarta); Caso Möllsmann-Fleisch-GmbH contra Jonas. Sentencia de 31 marzo 1993. TJCE\1993\42.

mercancías al mercado del territorio de destino para ser comercializadas en él no siendo preciso aportar pruebas plenas.

En la línea establecida por el Tribunal de Justicia, los hechos comprobados por autoridades de un Estado Miembro, serán un medio de prueba pero no irrefutables. Si el afectado aporta no ya pruebas sino indicios racionales que puedan generar dudas fundadas, ese medio de prueba podría perder su eficacia.

Sin embargo, la Ley 23/2015 atribuye una presunción de certeza a los hechos contenidos en estos documentos estableciendo un plus con respecto a la línea marcada por el Tribunal de Justicia. El artículo 16.10, en su párrafo segundo indica que los hechos contenidos en estas comunicaciones «*serán tenidos por ciertos, salvo prueba en contrario de los interesados.*» Por tanto la Ley Ordenadora atribuye una presunción legal de certeza a estos hechos, similar al caso ya referido de las Autoridades españolas que regula el apartado 8 del artículo 16.

En cuanto a la identificación de los órganos de otros Estados a los que se atribuye esta presunción, la Ley indica que deben ser «*Autoridades de los Estados Miembros de la Unión Europea con competencias equivalentes a las de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.*» Por tanto pueden ser las Inspecciones de Trabajo de otros Estado o los órganos de control de aquellas materias en las que la legislación española atribuye competencias a la Inspección de Trabajo, como, por ejemplo, en materia de Seguridad Social (éste sería el caso del INPS Italiano, Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, que aparte de gestionar las prestaciones sociales también tiene atribuidas funciones de control).

4. ESTADO ACTUAL DE LA COLABORACIÓN: NIVELES DE COOPERACIÓN CON LAS DISTINTAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Una vez analizado el marco normativo y su evolución debemos tratar de establecer cuál

es el esquema vigente de estas relaciones de cooperación. En orden a su análisis es preciso indicar dos elementos que se presentan de forma transversal.

El primero de estos elementos sería el paso del intercambio de información que se configuraba como eje de la colaboración en los años 90 y principios del siglo XXI, a un modelo basado en la colaboración. Esta colaboración supone impulsar la realización de actuaciones de carácter conjunto o coordinado con las distintas administraciones para luchar contra el fraude dando un paso más allá del mero intercambio de datos. En esta línea las actuaciones pueden ser simultáneas, coincidentes o sucesivas, tal y como ya hemos indicado. La posibilidad de incorporar las actuaciones de otros órganos dotándolas de presunción de certeza también se configura como una herramienta adecuada para favorecer la actuación conjunta o coordinada.

A su vez, esta cooperación se articula en círculos teniendo en cuenta las competencias de los distintos órganos. Estos niveles de colaboración serían los siguientes:

- Dentro del Ministerio de Empleo. (Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, Servicio Público de Empleo y Dirección General de Migraciones).

- Con otros Ministerios y órganos de la AGE: Ministerio del Interior, Ministerio de Justicia, Agencia Tributaria y Ministerio de Fomento.

- Con las Administraciones Corporativas (Colegios Profesionales Registradores y Notariado).

- Con las Comunidades Autónomas.

- Con las Autoridades de otros Estados Miembros de la Unión Europea.

El esquema de correspondiente a los órganos con mayor relevancia en esta cooperación sería el siguiente:



4.1. Cooperación dentro del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

En cuanto a la colaboración con los organismos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, además de las Instrucciones y acuerdos que cristalizan, cada año, en la elaboración de Planes de Objetivos conjuntos, es preciso reseñar otros hitos importantes:

1.- Instrucción conjunta de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) sobre detección, anulación y seguimiento de las inscripciones de empresas y altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la seguridad social indebidas por su carácter ficticio y fraudulento. (firmada en Madrid 5 de marzo de 2013).

Esta actuación tiene carácter estratégico, ante la gravedad y la trascendencia del fenómeno de las empresas ficticias, así como por la necesidad de abordar conjuntamente el mismo por los órganos de la TGSS y de la ITSS.

2.- Instrucción conjunta de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la Dirección del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social para

establecer un marco de coordinación en el ámbito de los ilícitos penales contra la seguridad social. (firmada en Madrid 4 de marzo de 2013).

Como consecuencia de esta Instrucción, se ha elaborado un documento de identificación de conductas que pudieran ser constitutivas de delito en este ámbito y que sirve como orientación de las acciones a desarrollar a la hora de proponer la remisión al Ministerio Fiscal de los casos detectados que pudieren ofrecer tal calificación.

3.- Instrucción conjunta de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, Secretaría de Estado de Empleo y la Subsecretaría de Empleo y Seguridad Social, sobre actuaciones ante posibles supuestos de fraude en el acceso a la jubilación anticipada, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional cuarta del Real Decreto-Ley 5/2013 de 15 de marzo. (firmada el 11 de septiembre de 2013).

4.2. Otros órganos de la Administración General del Estado

1.- Avances en la implantación y desarrollo del Convenio con la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de noviembre de

2011. Para ello se está realizando una mejora de los mecanismos de intercambio de información y de acceso «on line» a las bases de datos.

Como hitos importantes de esta colaboración es preciso referirnos a la suscripción, el 20 de julio de 2015, de la Adenda al Convenio de Colaboración entre la Agencia Estatal de Administración Tributaria y el Ministerio de Empleo y Seguridad Social en materia de intercambio recíproco de información para la prevención y corrección del fraude fiscal y a la Seguridad Social. En virtud de esta modificación del Convenio se intensifica la cooperación entre ambos organismos, facilitando la interconexión de los sistemas informáticos de ambas Inspecciones.

En el desarrollo de esta línea de acción, en junio de 2015, se procedió a la firma del primer Plan Anual de control conjunto y coordinado entre la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

2.- Con el Ministerio del Interior y con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. El 30 de abril de 2013, se firmó un Convenio de colaboración sobre coordinación entre la Inspección de Trabajo y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en materia de lucha contra el fraude. El objetivo de este Convenio es la realización de actuaciones conjuntas y no solo el mero «auxilio mutuo».

Las actuaciones entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se han incrementado notablemente en los últimos años. Desde 2011, año en el que se realizaron 11.404 actuaciones conjuntas, se pasó en 2012 a 13.052, y en 2013 a 17.013, por tanto incrementándose un 49% entre 2011 y 2013⁴.

3.- En la misma línea que las actuaciones señaladas en el apartado anterior, se ha intensificado la colaboración entre la Inspección de

Trabajo, el Ministerio de Justicia, la Fiscalía General del Estado y el Consejo General del Poder Judicial. El objetivo último es la aprobación de un Protocolo Marco de colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, el Ministerio de Justicia y la Fiscalía General del Estado para la investigación eficaz y rápida de los delitos contra la seguridad social y contra los derechos de los trabajadores. Las negociaciones para la suscripción del Protocolo están muy avanzadas.

4.3. Cooperación de Administraciones corporativas

Convenio de colaboración entre el Colegio de Registradores de España y el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. (firmado en Valladolid el 20 de julio de 2012). En el mismo se contempla el acceso «on line» de los funcionarios de la Inspección a las bases de datos del citado Colegio.

Convenio de colaboración entre el Consejo General del Notariado y el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. (firmado en Madrid el 22 de abril del 2013). Esto supone un paso trascendental en la cooperación institucional que permitirá a la Inspección de Trabajo acceder de modo rápido y eficaz al contenido de todos los documentos en los que intervengan los fedatarios públicos, como instrumento eficaz para la lucha contra el fraude.

4.4. Colaboración con las Comunidades Autónomas

En lo que respecta a la colaboración con las Comunidades Autónomas se han firmado once convenios de colaboración en la lucha contra el fraude. Todos estos convenios tienen como objetivo común ampliar la colaboración entre el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y las comunidades autónomas en materia de lucha contra la economía irregular y el empleo sumergido, a través del Sistema de Inspección

⁴ Fuente: Informe anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

de Trabajo y Seguridad Social. Con ello, se pretende potenciar y mejorar la eficacia de los mecanismos de control e intensificar las actuaciones de carácter documental y presencial con el fin de erradicar prácticas que supongan competencia desleal, desprotección social de los trabajadores y evasión de cotizaciones sociales derivadas de las relaciones laborales.

Para conseguir estos objetivos se crean, en el territorio de esas comunidades autónomas, grupos mixtos de trabajo especializados en la investigación, examen de bases de datos, diseño de nuevas técnicas y planificación de medidas de lucha contra la economía irregular y el empleo sumergido. También se intensifica la coordinación y colaboración de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en las actuaciones de control que desarrollen los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos, en materia de sus competencias.

En desarrollo de estos Convenios, es preciso incidir en la realización de Planes especiales de actuación inspectora ejecutados previo acuerdo con las Comunidades Autónomas. Entre ellos destacan los realizados en las Comunidades de Extremadura y las Islas Baleares. Estos Planes de Actuación Inspectora han combinado la realización de múltiples visitas de inspección con controles extensivos tendentes a la regularización de trabajadores de forma inducida. Para ello se ha procedido a desplazar temporalmente, en estos dos casos, a Inspectores y Subinspectores adscritos a otros territorios para reforzar puntualmente las plantillas en los períodos punta de trabajo.

También es preciso destacar la elaboración de Planes Comunes de actuación con las Comunidades de Cataluña y el País Vasco. Estos Planes derivan de acuerdos adoptados en el seno de los órganos de colaboración bilaterales y ha permitido incorporar a las actuaciones de lucha contra el fraude a los Inspectores y Subinspectores transferidos a ambas Comunidades Autónomas.

Otro de los elementos clave en estos Convenios de Colaboración se refiere al intercambio

de información. Para ello se procede a crear en el territorio de cada Comunidad Autónoma, una unidad o grupo mixto de trabajo especializado en la investigación, examen de bases de datos, diseño de nuevas técnicas y planificación de medidas de lucha contra la economía irregular y el empleo sumergido.

Asimismo, indicar que se está trabajando de forma conjunta con las Comunidades Autónomas para incluir en dichos Convenios no sólo las cuestiones relativas a la lucha contra la Economía Irregular sino también la lucha contra el fraude en materia de Formación Profesional para el Empleo.

5. PERSPECTIVAS DE FUTURO EN LA COLABORACIÓN CON LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. LA OFICINA NACIONAL DE LUCHA CONTRA EL FRAUDE LABORAL

Con la aprobación de la Ley 23/2015, se acomete una importante modificación de la organización y estructura de la Inspección de Trabajo. A los efectos de esta colaboración es preciso destacar dos elementos nucleares. En primer lugar la creación del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social y por otro, la previsión legal de regular en sus Estatutos una Oficina Nacional de Lucha contra el Fraude.

5.1. Creación del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Con la creación del Organismo Estatal se refuerza claramente la colaboración con las Comunidades Autónomas. En este sentido, el artículo 25 de la Ley indica lo siguiente:

«1. La Administración General del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, garantizarán el ejercicio y la efi-

caja del servicio público de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Para ello, dichas Administraciones organizarán la realización de las actuaciones inspectoras con sujeción a los principios establecidos en el artículo 2 y desarrollarán el principio de cooperación a través de los órganos e instrumentos previstos en esta ley y en los acuerdos o convenios suscritos entre las Administraciones competentes.

2. La cooperación entre las Administraciones citadas en el apartado anterior se instrumentará mediante convenios de colaboración según lo establecido en el artículo 6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

3. Las Comunidades Autónomas participarán asimismo en la dirección del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social a través del Consejo Rector del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

4. Con el fin de garantizar el funcionamiento cohesionado de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la Administración General del Estado y la de las Comunidades Autónomas establecerán la realización de los planes y programas de actuación que sean necesarios para el logro de objetivos de carácter general.

Con la misma finalidad, las Administraciones competentes dispondrán de un sistema de información dirigido a garantizar la eficacia de la función inspectora y la coherencia y homogeneidad de los datos y de su tratamiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 24.»

Por tanto, la Ley afronta la realidad de un Sistema de Inspección complejo en el que se solapan dos tipos de relaciones diferentes. Unas, con el País Vasco y Cataluña, Comunidades en las que se producido el traspaso de medios y personal para el desarrollo de las competencias de Inspección en materia laboral y de seguridad y salud laboral y el resto de Comunidades en las que estas competencias siguen ejerciéndose por funcionarios adscritos de forma orgánica a la Administración General del Estado.

La coordinación en este aspecto resulta especialmente crítica puesto que es indispensable establecer una unidad de criterio en el desarrollo de la función inspectora para garantizar la igualdad de trato a los administrados.

Esta integración en el Sistema de las Comunidades Autónomas tiene una manifestación muy importante en la creación, tal y como indica el artículo 28.2 de la Ley Ordenadora de un Consejo Rector y un Director, como órganos de dirección.

El Consejo Rector se regula en el artículo 29 de la Ley. Su composición es paritaria y se integrará por los siguientes miembros:

a) El presidente, que será el titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, y el Vicepresidente, que será el titular de la Subsecretaría del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

b) Los vocales designados por la Administración General del Estado.

c) Los vocales designados por cada una de las Comunidades Autónomas.

En cuanto a sus funciones, algunas de las más importantes son:

1. Conocer y aprobar los planes y programas generales de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las medidas necesarias para su ejecución.

2. Aprobar la propuesta del presupuesto de ingresos y gastos del Organismo Estatal y ser informado de su ejecución, así como aprobar las cuentas anuales.

3. Conocer e informar las propuestas normativas relativas al Sistema de Inspección, así como los criterios técnicos y procedimientos operativos comunes para el desarrollo de la función inspectora.

4. Adoptar propuestas en relación con la posición estatal en materia de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ámbito euro-

peo, y la ejecución de las acciones y programas que impulse la Unión Europea y la cooperación administrativa transnacional.

Por tanto, en este órgano de composición paritaria entre el Estado y las Comunidades Autónomas, deben consensuarse todas las decisiones estratégicas de la Inspección de cara a su organización y desarrollo, desde su presupuesto hasta las relaciones internacionales.

5.2. La Oficina Nacional de Lucha contra el Fraude

5.2.1. Creación

En cuanto a la Oficina Nacional de Lucha Contra el Fraude, la Disposición adicional segunda de la Ley 23/2015, al regular la estructura del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, establece en su apartado 1, que *«Los Estatutos del Organismo Estatal podrán establecer una Oficina Nacional de Lucha Contra el Fraude, integrada en el propio Organismo, como órgano encargado del impulso y coordinación de la aplicación de las medidas de lucha contra el trabajo no declarado, el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social y cuantas otras se determinen.»*

Por tanto la Ley no procede a la creación directa de esta Oficina pero sí prevé su creación. En cuanto al alcance de esta previsión, debemos señalar que el tenor literal de la norma parece otorgar al Ejecutivo una habilitación para su creación de carácter meramente potestativa, al indicar que «podrán» crear la Oficina. Si bien es cierto que no se establece una obligación legal para su creación, ni se crea directamente, tampoco parece que se trate de una mera habilitación de carácter disponible para el Gobierno. Si analizamos el resto de la Disposición adicional podemos ver que su redacción indica que los Estatutos *«regularán las funciones, así como la organización y funcionamiento de la Oficina»*. Continúa esta disposición indicando que *«Igualmente la oficina contará con»*. Por tanto su creación si bien

no es un mandato directo si puede entenderse como una encomienda específica, de modo que si, finalmente, no se procediese a su creación, sería preciso rendir cuentas al legislativo de tal decisión.

5.2.2. Objetivo de la Oficina

En cuanto al objetivo perseguido con esta Oficina, la Exposición de Motivos de la Ley 23/2015, indica que *«tiene la pretensión de afrontar de modo global el fenómeno del fraude, dada la dimensión transversal que el mismo representa. El fraude no sólo supone una indebida detracción de recursos del sistema de la Seguridad Social (generación o disfrute de prestaciones indebidas) o una falta o deficiencia de contribución a su sostenimiento (ausencia total o parcial de cotizaciones sociales). El fraude va ligado, la mayoría de las veces, a situaciones de explotación laboral en las que se niegan a los trabajadores los más elementales derechos, el más importante de ellos es el reconocimiento de su condición de trabajadores, como sucede en un contexto de trabajo no declarado.»*

Por tanto se trata de considerar el fraude como un todo y no como un conjunto de hechos aislados. En este sentido y a título de ejemplo, pensemos en la forma primaria de fraude a la Seguridad Social: dar ocupación a trabajadores sin comunicar su alta en Seguridad Social. Este incumplimiento conlleva un fraude con muchas facetas: el trabajador no está de alta y por tanto no podrá cobrar prestaciones, la empresa no abonará cuotas de Seguridad Social por ese trabajador, muy probablemente las condiciones de Seguridad en el trabajo será inadecuadas y, en ocasiones, no recibirá todo el salario que le corresponde. Por tanto, este fraude puede generar un fraude social integral en la medida que afecta a la práctica totalidad de la normativa en éste orden.

Pero, si ampliamos la perspectiva, podemos apreciar que este fraude social se extiende, de forma inmediata, al ámbito fiscal. Esa

retribución abonada al trabajador no será declarada al Fisco y por tanto, no se ingresarán los tributos correspondientes.

Para poder llevar a la práctica esta concepción transversal en la lucha contra el fraude, la misma debe manifestarse en dos momentos fundamentales, que serían el de la planificación de la actuación inspectora, esto es la decisión de actuar en una serie de empresas que presentan indicios de fraude, y en la fase de investigación, tratando de acometer el fraude en todas sus vertientes (laboral, de Seguridad Social y en materia de Seguridad y Salud laboral).

Para conseguir este objetivo, la propia Ley indica que un elemento nuclear es la colaboración institucional. En este sentido la Ley Ordenadora de la Inspección al indicar la composición, funciones y estructura de la citada Oficina Nacional, establece que *«contará con el auxilio y colaboración a que se refiere el artículo 16 al objeto de lograr la máxima coordinación y eficacia en la actuación inspectora en materia de lucha contra el fraude en función de las diversas áreas materiales implicadas. Igualmente la oficina contará con agentes de enlace designados por otros Departamentos y Administraciones para la coordinación de las actuaciones realizadas en el marco de los convenios de colaboración a que se refiere el apartado 8 del citado artículo.»*

Por tanto esta Oficina propone dar un paso más en esa colaboración. Si analizamos históricamente la organización de estas relaciones de colaboración con la Inspección de Trabajo, ésta, como ya hemos señalado, ha evolucionado de la siguiente forma:

– La Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo de 1997 basaba la colaboración en el intercambio de información. Esto supuso un notable avance puesto que, hasta ese momento, las Administraciones implicadas actuaban, en muchas ocasiones, de forma individual y de espaldas a los demás sujetos implicados.

– Posteriormente, la propia realidad superó esta concepción y la elevó, a través de la Ley 13/2012, al concepto de actuación conjunta y coordinada (las administraciones no sólo facilitaban datos sino que actuaban juntos). Esto se ha manifestado de forma específica en la firma de Planes Anuales de Objetivos Conjuntos con todas la Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y con la Agencia Tributaria.

– En esta línea la Ley Ordenadora de 2015 pretende ir un paso más allá eligiendo el camino de la integración en la citada Oficina de *«agentes de enlace designados por otros Departamentos y Administraciones para la coordinación»*.

Esta integración puede y debe ser un camino de doble sentido. Este concepto nos lleva a la necesidad de integrar la lucha contra el fraude en los propios procesos de gestión. Estos procesos de gestión, sobre todo en materia de Seguridad Social y Empleo, son el momento primigenio del fraude. Si se introduce la actuación de esta Oficina en los mismos, la lucha contra el fraude se vuelve más rápida y eficaz eliminando tiempos muertos para el trasvase de información. A título de ejemplo, si en el momento de tramitar la inscripción en la Seguridad Social de una empresa ficticia (creada con el ánimo de defraudar) si la Oficina conoce, en tiempo real, tal intento y puede actuar, el fraude sería atacado en su origen. Del mismo modo, esta técnica puede aplicarse a la detección de fraude en las prestaciones en el mismo momento de su solicitud o a otros procesos de gestión.

5.2.3. Conclusiones sobre la Oficina contra el fraude

La creación de la Oficina contra el fraude obedece a dos principios básicos que a su vez son el corolario de la actual concepción de la lucha contra el fraude:

– Hemos pasado de la consideración del fraude como hecho aislado a la concepción in-

tegral en el concepto de fraude y en la lucha contra el mismo. El fraude en una materia o un sector del ordenamiento no es una «isla», sino que trasciende su ámbito y puede generar una onda que afecta al resto del ordenamiento.

– En segundo término, se ha producido una evolución en la concepción de la colaboración, que se inició en el intercambio de información y ha cristalizado en un modelo basado en la integración de todas las administracio-

nes implicadas en la lucha contra el fraude. Si el fraude es integral, la lucha contra el fraude debe tener también una concepción integral.

BIBLIOGRAFÍA.

Juan José CAMINO FRÍAS (coord.) y otros. *Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social; Análisis de las reformas legislativas*. Editorial Lex Nova, 2013

RESUMEN

La amplia experiencia, más que centenaria, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la lucha contra el fraude y como garante de los derechos sociales de los trabajadores, ha llevado a esta organización a establecer la necesidad de dar un salto cualitativo en su actividad.

En los últimos años se han acometido importantes modificaciones en su organización y actividad, pasando del trabajo a demanda a adoptar una actitud proactiva frente al fraude y otorgando un importante peso específico a la actividad planificada y la colaboración con el resto de organismos del Ministerio de Empleo y de otras Administraciones para orientar su actividad.

Esta colaboración puede y debe ser un camino de doble sentido. Este concepto nos lleva a la necesidad de integrar la lucha contra el fraude en los propios procesos de gestión. Estos procesos de gestión, sobre todo en materia de Seguridad Social y Empleo, son el momento primigenio del fraude.

Palabras clave: Colaboración, intercambio, coordinado/a, conjunto/a, integración, presunción de certeza.

ABSTRACT

The Labour and Social Security Inspectorate's vast experience, over more than a century, in the fight against fraud and as well as a guarantor of the social rights of workers, has led this organization to establishing the need for a qualitative leap in its activity.

In recent years, major changes have been undertaken in the organization and its activity, evolving from an on-demand action to a proactive stance against fraud, placing a significant, specific weight into the planned activity and the collaboration with several agencies of the Ministry of Employment and other involved actors to direct the course of action in this scope.

The collaboration can and should be a two-way road, being essential the integration of the fight against fraud into the very procedures of management. The early stages of fraud can be detected in these procedures, particularly those regarding employment and Social Security issues.

Keywords: Collaboration, exchange, coordinate, joint, integration, presumption of certainty.

La vigilancia y control de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los desplazamientos transnacionales en el ámbito de la UE-EEE

Enforcement of the Labour and Social Security Inspectorate on cross-border posting in the scope of EU-EEA

MANUEL VELÁZQUEZ*

1. EL DESPLAZAMIENTO DE LOS TRABAJADORES EN EL CONTEXTO JURÍDICO Y SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

Para situar los desplazamientos transnacionales dentro del marco jurídico de la Unión Europea resulta necesario hacer un previo análisis histórico del ámbito de tres de las libertades previstas desde el comienzo en los tratados comunitarios, la libertad de circulación de trabajadores, la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios, y conocer cuál ha sido evolución a lo largo del tiempo.

La libertad de circulación de trabajadores básicamente consiste en el derecho de cualquier ciudadano europeo, entendiéndose por tal el nacional de cualquiera de los Estados miembros, a desplazarse libremente a cualquier Estado de la Unión *para ser empleado en él por cuenta ajena*, y a residir y perma-

necer en el mismo después de trabajar en las mismas condiciones que los nacionales de ese Estado sin sufrir ningún tipo de discriminación (Art. 45 TFUE).

La libertad de establecimiento se refiere, en cambio, al derecho de esos mismos ciudadanos al ejercicio de las *actividades no asalariadas* de manera permanente en cualquier Estado de la Unión así como al derecho de constituir y gestionar empresas (Art. 49 TFUE), mientras que la libre prestación de servicios consiste en el derecho a ejercer *de forma temporal* esas mismas actividades en las mismas condiciones que cada Estado imponga a sus propios nacionales (Art. 57 TFUE).

En una *primera etapa*, en que la Comunidad Económica Europea estaba formada por sus Estados fundadores y aquellos de las primeras ampliaciones, el contexto social era de mayor igualdad económica entre los ciudadanos de los Estados miembros que la actual. Por entonces, se entendió pacíficamente que la libre circulación de trabajadores afectaba de forma general a todos los trabajadores por cuenta ajena que se desplazaban entre los Es-

* Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Bizkaia.

tados miembros y, en cambio, la libertad de establecimiento y de prestación de servicios solo afectaba a trabajadores por cuenta propia y a las empresas.

Las situaciones de desplazamiento temporal de trabajadores por cuenta propia y cuenta ajena se regulaban también en las normas de coordinación de sistemas de seguridad social, por entonces los Reglamentos 1408/71 y 574/72, en los que se establecía que en los supuestos de desplazamiento temporal los trabajadores podían mantener su afiliación al sistema de seguridad social de su país de origen durante el tiempo del desplazamiento siempre que este no fuese superior a un año prorrogable por otro más.

Esta situación inicial sobre el uso de las tres libertades mencionadas en los Tratados cambió con la entrada en la Comunidad de España y Portugal. Ambos países vieron limitada en el Tratado de Adhesión de 1986 la libre circulación de personas por un período transitorio de varios años mientras que la libertad de establecimiento y de prestación de servicios de sus nacionales fue reconocida de inmediato.

En este contexto comienza la *segunda etapa*, cuando surgen los primeros conflictos entre las empresas españolas y portuguesas que se desplazan a otros Estados comunitarios a prestar un servicio concreto llevando consigo a sus propios trabajadores y las autoridades de esos Estados. Se planteó entonces ante el Tribunal de Justicia Europeo la cuestión de si estos trabajadores debían solicitar una autorización o permiso de trabajo al Estado de acogida, ya que la libertad de circulación aún no era un derecho vigente para los trabajadores portugueses y españoles durante ese período transitorio, o por el contrario estaban exentos de ella al tratarse del ejercicio de la libre prestación de servicios.

Este Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse sobre este asunto en la ya conocida sentencia del Asunto Rush Portuguesa de 27.03.1990 (C-113/1989) que declaró en su fallo que «una

empresa establecida en Portugal que lleva a cabo prestaciones de servicios en el sector de la construcción y de las obras públicas en otro Estado miembro puede desplazarse con su propio personal, traído de Portugal, por el tiempo que duren las obras de que se trata. En tal caso, las autoridades del Estado miembro en cuyo territorio deben realizarse las obras no pueden imponer condiciones al prestador de servicios referentes a la contratación de mano de obra in situ o a la obtención de un permiso de trabajo para el personal portugués».

Señalaba además esta sentencia que «tales trabajadores vuelven a su país de origen después de haber concluido su misión, sin acceder en ningún momento al mercado de trabajo del Estado miembro de acogida» (considerando 16), pero no obstante «los Estados miembros deberán tener la posibilidad de comprobar si una empresa portuguesa que realiza trabajos de construcción u obras públicas no se sirve de la libertad de prestación de servicios con otro fin, por ejemplo el de traer a su personal con fines de colocación o de puesta a disposición de trabajadores» (considerando 17).

Hubo otras sentencias antes y después que siguieron este mismo criterio como por ejemplo la relativa al Asunto Webb de 17/12/1981 (C-279/80), que fue la primera de ellas, y la más reciente del Asunto Vicoplus de 10-02-2011 (C-307 a 309/09) que afectaba a los desplazamientos de trabajadores tras la ampliación a los países del Este. Una de las más importantes fue la de asunto Vander Elst de 9.08.1994 (C-43/93) que señaló que los artículos del Tratado CEE deben interpretarse en el sentido de que «se oponen a que un Estado miembro obligue a las empresas que, establecidas en otro Estado miembro, presten servicios en su territorio empleando de modo regular y habitual a nacionales de Estados terceros, a obtener, para estos trabajadores, un permiso de trabajo expedido por un organismo nacional de inmigración y a pagar los gastos correspondientes, bajo pena de una multa administrativa». Es decir, el derecho a la libertad de prestación de servicios lo tiene la empresa que se desplaza

junto con sus trabajadores con independencia incluso de que estos sean o no nacionales de un Estado de la Comunidad Europea.

Sin embargo, aunque estos trabajadores no se integren en el mercado laboral de acogida, sí se pueden crear situaciones de evidente desigualdad en la aplicación del derecho laboral con respecto a los nacionales de ese Estado que pueden motivar conflictos de competencia desleal o el llamado «dumping social». La propia sentencia Rush Portuguesa tuvo en cuenta este problema y señaló al respecto que «el derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros extiendan su legislación, o los convenios colectivos de trabajo celebrados por los interlocutores sociales, a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena, aunque sea de carácter temporal, en su territorio, con independencia de cuál sea el país de establecimiento del empresario» y que «el Derecho comunitario no prohíbe tampoco a los Estados miembros que impongan el cumplimiento de dichas normas por medios adecuados al efecto», como ya señaló el Tribunal Europeo en la sentencia de 3.02.1982, Asunto Seco y Desquenne.

Se crearon así las condiciones para que los Estados de la entonces denominada como Comunidad Europea convinieran en 1996 una Directiva en la que se establecen con claridad y precisión estos principios que ya estaban presentes en el Convenio de Roma de 1980 sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales, incluidas las laborales.

Señalaba el Art. 6 de este Convenio respecto al contrato de trabajo que el derecho a la libre elección por las partes de la ley aplicable no podía tener por resultado «el privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable».

Lo que hace la Directiva es aclarar el contenido de cuáles son esas condiciones que se consideran imperativas y en las que se debe aplicar la ley del lugar de trabajo (*lex loci laboris*) que son básicamente las referidas a los salarios, el tiempo de trabajo, la seguridad y salud en el

trabajo y los derechos fundamentales o básicos de la relación laboral como el de igualdad. En el resto de las condiciones contractuales laborales, básicamente las relativas a las formas de contratación y extinción de la relación laboral, puede aplicarse la ley que los empresarios y trabajadores libremente acuerden y en su defecto «la ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo, aun cuando, con carácter temporal, haya sido enviado a otro país» tal y como señala el Art. 6.2.a) del Convenio de Roma o el Art. 8.2 del Reglamento 593/2008 que transpone el contenido de dicho Convenio.

A raíz de la aplicación práctica de esta Directiva y sobre todo a partir de la ampliación de la UE a los países del este de Europa, con los que había y aún hay más desigualdades económicas que las existentes entre los anteriores Estados miembros, se generaliza el desplazamiento o traslado temporal de las empresas y de sus trabajadores de un Estado miembro a otro en el uso del derecho a la libre prestación de servicios.

Da comienzo así la *tercera y actual etapa* en el desarrollo de los desplazamientos transnacionales de trabajadores que se ha caracterizado de hecho por el empleo de la movilidad temporal de empresas y trabajadores desde los países del este hacia los antiguos estados miembros de la Unión Europea dentro de un contexto social distinto a los anteriores períodos.

Tal y como se reconoce en los propios documentos de las instituciones europeas, en estos momentos la motivación de los desplazamientos es mayoritariamente de tipo económico, como el de aprovechar las ventajas competitivas que supone la contratación de empresas con mano de obra más barata, y no las de aprovechar una mayor especialización de las empresas en la prestación de determinados servicios, razón que solamente se ha manifestado en el 36% de los casos¹.

¹ Posting of Workers Directive – current situation and challenges, Study for EMPL Committee, Parlamento Europeo (2016).

Hay estudios que demuestran que el impacto de los desplazamientos ha tenido consecuencias negativas sobre los salarios de los trabajadores especialmente en el sector de la construcción de algunos Estados de la Unión².

También ha tenido particular incidencia en los desplazamientos la crisis económica. Se calcula que estos han aumentado en un 44% desde el año 2010 y que países como Italia y España han invertido su tendencia de ser receptores de empresas desplazadas a ser países de envío neto de este tipo de empresas. Se ha producido así un cambio de tendencia de una movilidad desde el este al oeste a otra caracterizada por un movimiento desde el sur al norte de Europa³.

Aún así, el cálculo que se hace de los trabajadores desplazados en el contexto europeo es de 1,3 millones de personas, lo que supone menos del 1% de la población asalariada⁴. Sin embargo, hay estudios que indican que estos datos son muy inferiores a los reales y que estos podrían ser cuatro veces superiores ya que los datos oficiales se basan en el número de documentos A1 que se expiden y hay muchas empresas y trabajadores que de hecho prescinden de solicitarlos⁵.

Los datos sobre España muestran que ha habido una evolución hacia el incremento de los desplazamientos desde 2010 pasando a ser un país emisor neto de trabajadores desplazados desde 2012. Según los datos de 2014, España envió 76.286 trabajadores y recibió a 44.826. Los países a los que más se desplazan los trabajadores españoles son, por este orden, Francia, Alemania, Reino Unido, Portugal e

Italia y los trabajadores que más se desplazan a España provienen de Francia, Alemania y Portugal⁶.

El aumento de los desplazamientos a escala europea ha motivado las protestas sindicales y las de algunos gobiernos europeos de países receptores de trabajadores desplazados por fraude o dumping social en los últimos años y esto ha dado lugar a la elaboración y aprobación de la Directiva 2014/67, en vigor desde 18 de junio de 2016 (sin que todavía se haya hecho la transposición formal al ordenamiento español), cuyo principal objeto ha sido el de reforzar el control de aplicación de la Directiva anterior 96/71 en los Estados de la Unión y el EEE. De este modo, la supervisión y control de los desplazamientos transnacionales se ha convertido en el eje principal de las preocupaciones de las instituciones europeas y los Estados miembros en esta materia.

Sin embargo, ya incluso desde antes de su entrada en vigor, esta Directiva se ha considerado por muchos actores insuficiente para lograr el objetivo de eliminar las desigualdades entre los trabajadores nacionales y desplazados de otros países. Esto ha dado lugar a que la Comisión trate de subsanar este problema sacando a la luz un nuevo proyecto de reforma de la Directiva 96/71 que pretende la igualdad de los salarios entre los trabajadores nacionales y desplazados y aclarar la duración de la temporalidad de los desplazamientos equiparando esta con la prevista en los actuales Reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social (883/2004 y 987/2009).

Esta ha sido la trayectoria de la actual libertad de prestación de servicios en su modalidad de desplazamiento de empresas con sus trabajadores a otros Estados miembros. En líneas generales, se considera que los desplazamientos temporales de trabajadores tienen efectos positivos sobre la economía de los Estados de origen y también sobre los Estados

² An ad-hoc statistical analysis on short term mobility. Economic value of posting of workers. The impact of intra-EU cross-border services, with special attention to the construction sector, F. DE WISPELAERE and Jozef PACOLET, KU LEUVEN Research Institute for Work Society (2016).

³ 2015 Annual Report on Labour Mobility, Elena FRIES-TER-SCH and Valentina MABILIA. Comisión Europea.

⁴ 2015 Annual Report on Labour Mobility cit.

⁵ Europäische Arbeitskräftmobilität nach Deutschland (2015) B. WAGNER y A. HASSEL, Hertie School of Governance, Berlin.

⁶ Posting of workers. Report on A1 portable documents issued in 2014. Comisión Europea (2015).

receptores. Contribuyen a la disminución del desempleo, la convergencia económica entre Estados y al equilibrio de rentas entre países pobres y ricos de la Unión⁷. En el momento actual el objetivo es hacer compatible el uso de esta libertad con el adecuado control del cumplimiento de las normas que lo regulan. Vamos a analizar a continuación cómo se ha hecho esta regulación legal de los desplazamientos de trabajadores en todas sus facetas.

2. LA CONCURRENCIA DE LEGISLACIONES EN LA REGULACIÓN DE LOS DESPLAZAMIENTOS DE TRABAJADORES

2.1. Las Directivas sobre desplazamientos y su transposición al ordenamiento español

Como hemos visto, la libertad de las empresas para desplazarse junto con sus trabajadores se encuadra dentro de la libertad de prestación de servicios prevista en los Tratados comunitarios y esta libertad tiene por objeto remover todos los obstáculos directos o indirectos que puedan establecerse en su contra.

La Directiva 96/71 tiene la pretensión de preservar esta libertad y al mismo tiempo hacerla compatible con el cumplimiento de los derechos laborales considerados imperativos o de derecho necesario en el mercado de trabajo interior de cada Estado miembro para evitar así las desigualdades entre los trabajadores de ese Estado y los que se desplacen temporalmente a él desde otros Estados europeos.

Entre ambos objetivos puede haber evidentes contradicciones puesto que la protección y salvaguarda de los derechos laborales puede entenderse como una restricción al libre mercado y de hecho ha habido situaciones de conflicto, como las que se plantearon

en las sentencias del Asunto Viking⁸, Laval⁹ y Ruffert¹⁰, que han puesto de manifiesto la preferencia del Tribunal de Justicia Europeo por salvaguardar la libertad de prestación de servicios prevista en los tratados.

Por otra parte, también puede haber diferencias de trato entre los trabajadores establecidos en un Estado y los desplazados incluso aun dentro de las materias previstas en la Directiva 96/71, bien ya sea porque esta Directiva es de derecho mínimo necesario (Art. 3.7) y los Estados tienen la facultad de establecer el umbral de exigencia que consideren conveniente, o bien porque su sistema de relaciones laborales ha dejado espacios exclusivos a la autonomía regulativa de los agentes sociales al margen de la intervención legislativa estatal.

Así ocurre, por ejemplo, respecto a los salarios, que en muchos Estados se establecen con carácter imperativo mediante convenios colectivos de eficacia general¹¹ mientras que en otros las normas imperativas solamente son las establecidas en leyes y reglamentos y los convenios no son de eficacia general y solo son vinculantes para quienes pertenecen o se adhieran a las organizaciones que los firman¹².

Además, en la legislación de muchos países no se incluyen los complementos salariales dentro de lo que se consideran mínimos salariales¹³ y por esta razón la propuesta de reforma de la Directiva de la Comisión pretende incluir la palabra «retribución», que es omnicompreensiva, en su lugar. Por otra parte,

⁸ Sentencia de 11/12/2007, Viking, C-438/05.

⁹ Sentencia de 18/12/2007, Laval, C-341/05.

¹⁰ Sentencia de 3/04/2008 Ruffert C-346/06.

¹¹ Como así ocurre en Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Holanda, Eslovenia, España y Suecia (Eurofound 2010, Comisión Europea 2016 Evaluación del Impacto).

¹² Como así ocurre en Bulgaria, Croacia, Chequia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Rumanía, Eslovaquia y Reino Unido (Comisión Europea 2016 Evaluación del Impacto).

¹³ Así ocurre en Austria, Bulgaria, Chipre, Chequia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Malta, Holanda, Eslovaquia y Reino Unido (FGB 2015, Comisión Europea Evaluación del Impacto).

⁷ The revision of the posted workers directive: towards a sufficient policy adjustment? Discussion paper, European Policy Centre (EPC), 20 April 2016.

tampoco rige en todos los Estados el principio de igualdad salarial entre los trabajadores de ETT y de las empresas usuarias sino solamente en algunos de ellos¹⁴.

Otra clave que explica la desigualdad de salarios es la tendencia actual de los ordenamientos laborales a procurar la desconcentración en la negociación colectiva en unidades de negociación más reducidas dando primacía a los convenios de empresa sobre los sectoriales. Esto es lo que ocurre desde 2012 en España como consecuencia de la última reforma laboral y así se refleja en el actual Art. 84.2 ET.

El Tribunal de Justicia Europeo en su sentencia del Asunto Portugaia de 24.01.2002 (C-164/99) dispuso que «el hecho de que un empresario nacional pueda, mediante la celebración de un convenio colectivo de empresa, abonar un salario mínimo más bajo que el establecido en un convenio colectivo, declarado de aplicación general, mientras que un empresario establecido en otro Estado miembro no puede hacer lo mismo, constituye una restricción injustificada de la libre prestación de servicios».

De este modo, las normas que regulan la negociación colectiva en un Estado deben aplicarse por igual a todas las empresas ya sean nacionales o de otros estados europeos. Por lo tanto, no es posible garantizar el mismo salario por el mismo trabajo, en el mismo centro de trabajo incluso en el ámbito interno de los Estados y, en consecuencia, parece ilusorio que se pretenda alcanzar este objetivo mediante el actual proyecto de reforma de la Directiva que ha presentado la Comisión Europea.

La Directiva 96/71 fue transpuesta al ordenamiento español por la Ley 45/1999 que afecta también a los desplazamientos realizados fuera del ámbito de la UE-EEE mientras que

la reciente Directiva 2014/67 que complementa a la anterior todavía no ha sido transpuesta al ordenamiento interno a pesar de que ya se ha cumplido el plazo para tal fin el pasado 18 de junio de 2016. Esta Directiva, por lo tanto, puede tener ya un efecto directo en sus cláusulas claras, precisas e incondicionales en las relaciones de los ciudadanos o de otros Estados con todas las administraciones públicas españolas siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Justicia¹⁵ sin que en cambio pueda tener efectos en la dirección opuesta.

2.2. Los Reglamentos sobre la Seguridad Social aplicable a los desplazados

Pero además de los derechos laborales imperativos hay otras regulaciones que pueden distorsionar aún más la competencia leal en el mercado único como es el coste de las cotizaciones sociales y los impuestos sobre la renta de las personas físicas que se desplazan de un país a otro. El costo bruto de los salarios es muy distinto según el tipo de impuestos y contribución social que en cada caso se aplique.

El sistema de seguridad social de los trabajadores desplazados se regula por los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 cuyo propósito y finalidad, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 48 del actual TFUE, no es crear un sistema europeo de seguridad social sino coordinar los sistemas nacionales de manera tal que se permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes la acumulación de todos los períodos cotizados y el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros.

Respecto a los trabajadores que se desplazan, los Reglamentos europeos de seguridad social pretenden en concreto facilitar la movilidad temporal de la mano de obra en el ámbito de la UE y disminuir al máximo los cambios

¹⁴ La igualdad salarial rige en Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chequia, Alemania, Dinamarca, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Malta, Holanda, Rumanía, Suecia y Reino Unido mientras que no está reconocida en Austria, Chipre, Estonia, Grecia, Finlandia, Hungría, Irlanda, Letonia, Polonia, Portugal, Eslovenia y Eslovaquia.

¹⁵ Sentencia de 5/02/1963, Asunto Van Gend Et Loos sobre el efecto directo y vertical de las Directivas.

de sistema de seguridad social y las complicaciones administrativas que de ello pueden derivarse para las propias administraciones públicas, las empresas y los trabajadores. Pretenden impedir, en definitiva, la fragmentación del historial de seguro de los trabajadores para así evitarles cualquier complicación innecesaria en la obtención de sus prestaciones por el simple hecho de haberse desplazado por cortos períodos de tiempo a otro Estado de la Unión distinto al que residen.

El problema es que la cuantía de las cotizaciones sociales varía enormemente entre los Estados de la UE y EEE e incluso también dentro de cada Estado por la existencia de regímenes especiales, bonificaciones en las cuotas, distintas aportaciones de los sujetos en cada sistema, recargos de cuotas para actividades que se consideran peligrosas y la existencia de acuerdos o convenios colectivos en muchos Estados por los que se regulan las aportaciones de trabajadores y empresas a sistemas de seguridad social complementarios.

En líneas generales, hay unos sistemas de seguridad social que se rigen por los principios de Beveridge en los que el peso de las cotizaciones es inferior a la media y el de los impuestos es, por lo general, superior¹⁶ mientras que en los países del sistema público contributivo o bismarckiano las cotizaciones tienen un peso superior a la media¹⁷.

En todo caso, los Reglamentos 883/2004 (en los Art. 11 a 16) y 987/2009 (en los Art. 14 a 21), ambos en vigor desde 1 de mayo de 2010, han establecido normas específicas sobre la ley aplicable a los trabajadores que se desplazan y estas normas han tenido un mayor desarrollo temporal y aplicación que las señaladas por la Directiva 96/71 y las normas nacionales que la transponen.

¹⁶ Así sucede por ejemplo en Dinamarca, Países Bajos, Reino Unido, Irlanda y Chipre.

¹⁷ Como así ocurre por ejemplo en Francia, Chequia, España, Italia, Alemania, Suecia, Bélgica, Austria, Hungría y Rumanía.

Estos Reglamentos han sido desarrollados por las Decisiones de la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, formada por los Estados miembros, que en su serie A trata sobre la «legislación aplicable» y el complemento de una Guía Práctica de la Comisión Administrativa sobre legislación aplicable cuya última Edición data del año 2013 y que es de indudable trascendencia jurídica como se puede observar en los actuales procesos entablados ante el Tribunal de Justicia Europeo.

Las mencionadas decisiones de la Serie A son la llamada A1 sobre el Procedimiento de diálogo y conciliación sobre conflictos de aplicación y la Decisión A2 sobre el desplazamiento temporal de trabajadores en la que se detallan las directrices para la emisión del documento A1 que es el que certifica la aplicación de la legislación de seguridad social de un Estado Miembro sobre cada trabajador de forma vinculante para los demás Estados de la Unión como después examinaremos.

2.3. La legislación tributaria aplicable a los trabajadores desplazados

En cuanto a los impuestos por los que deben tributar los trabajadores desplazados, no hay en este momento normas que regulen de modo específico esta materia en el ámbito de la UE-EEE. En los anteriores tratados se recogía la posibilidad de establecerlas para evitar la doble imposición sin que hubiera habido mayor desarrollo¹⁸ pero en los tratados actuales ya no existe ni tan siquiera una previsión específica.

Sin embargo, en casi todos los Estados se aplica de hecho una norma de carácter no vinculante (soft-law) emitida por la OCDE que es el Convenio Modelo sobre la Renta y el Patrimonio que regula estas situaciones junto con los acuerdos bilaterales que puedan existir entre los distintos estados.

¹⁸ Art. 293 del antiguo Tratado de la Comunidad Europea.

Este Convenio Modelo establece en su Art. 15 que las remuneraciones obtenidas por un residente de un Estado contratante en razón de un trabajo dependiente realizado en el otro Estado contratante sólo pueden someterse a imposición en el Estado mencionado en primer lugar si: a) el perceptor permanece en el otro Estado durante un período o períodos cuya duración no exceda, en conjunto, de 183 días en cualquier período de doce meses que comience o termine en el año fiscal considerado, y b) las remuneraciones son pagadas por, o en nombre de, un empleador que no sea residente del otro Estado, y c) las remuneraciones no son soportadas por un establecimiento permanente que el empleador tenga en el otro Estado.

La regla de los 183 días ha tenido una influencia notable en la práctica ya que se calcula que la mayoría de los desplazamientos que se producen duran como media 103 días y el 90% duran un tiempo inferior a seis meses según los datos de documentos A1 expedidos en 2014¹⁹.

En la Ley 45/1999 que traspone la Directiva 96/71 al ordenamiento español solo se menciona este aspecto de la vertiente tributaria cuando se establece que una copia de las comunicaciones que hacen las empresas que se desplazan a las autoridades laborales españolas debe ser remitida a la Agencia Estatal de Administración Tributaria (Art. 5.5.).

Respecto a los trabajadores fronterizos España ha firmado Convenios Bilaterales con Portugal²⁰ y Francia²¹ en los que se establece

¹⁹ 2014 Annual Report on Labour Mobility, Comisión Europea.

²⁰ Publicado en el BOE de 7/11/1995 y en cuyo Art. 15.4 se establece que las remuneraciones obtenidas por razón de un empleo ejercido en un Estado contratante por un trabajador fronterizo, es decir, que tenga su vivienda habitual en el otro Estado contratante al que normalmente retorna cada día y que solo podrán someterse a imposición en el Estado en el que tenga su vivienda habitual.

²¹ Publicado en el BOE 12/06/1997. Se señala que los trabajadores fronterizos que justifiquen esta cualidad mediante el documento fronterizo creado por acuerdo particular entre los

la regla de tributación en el estado de residencia.

Las distorsiones que los distintos sistemas tributarios y de seguridad social pueden causar en la justa competencia entre empresas ha sido particular objeto de algunos estudios en los que se afirma que las diferencias en los desplazamientos inferiores a 183 días pueden superar el 20% del conjunto de las retribuciones²².

3. EL PODER DE INSPECCIÓN, SUPERVISIÓN Y CONTROL DE LAS AUTORIDADES NACIONALES

De acuerdo con la legislación vigente en la Unión Europea, la competencia para el control e inspección de los desplazamientos transnacionales corresponde en exclusiva a las autoridades nacionales de los Estados Miembros sin que exista ninguna institución comunitaria que pueda adoptar resoluciones salvo las que emita el Tribunal de Justicia Europeo en caso de recurso prejudicial.

La Comisión Europea juega un papel de mero supervisor de los Estados (Art. 9.5 Directiva 2014/67) y la Comisión Administrativa de Coordinación de Sistemas de Seguridad Social, compuesta por los Estados miembros, solamente desempeña una función de mero conciliador para los casos de conflicto entre Estados sobre la legislación de aplicable en seguridad social. Ni siquiera juega un papel de mediación proponiendo soluciones que puedan ser o no libremente aceptadas por las partes y menos aún de arbitraje en los conflictos entre Estados.

Estados contratantes y estarán sometidos a imposición, por los sueldos, salarios y otras remuneraciones que perciban por este concepto, únicamente en el Estado contratante del que sean residentes.

²² Social dumping at work: uses and abuses of the posted work framework in the EU, ETUI Policy Brief (2015); Posting of Workers: Impact of social security coordination and income taxation law on welfare states, De WISPELELAERE y PACOLET (2015).

Hay además otras instancias supranacionales como el Comité de Altos Responsables de la Inspección de Trabajo (SLIC) o la recientemente creada Plataforma de Trabajo No Declarado que solo tienen asignado un papel de promoción de la cooperación entre las autoridades de control de los Estados miembros pero no un poder resolutorio sobre estas controversias.

En resumen, las normas comunitarias se limitan a establecer un reparto de competencias de resolución, supervisión y control entre los Estados haciendo una clara separación de procedimientos según se trate de seguridad social o de derechos laborales. Vamos a examinar, por tanto, ambas facetas por separado ya que se basan en legislaciones distintas.

3.1. La supervisión y control de las normas de seguridad social comunitarias

3.1.1. *La determinación de la legislación aplicable mediante la emisión del documento A1*

En los Reglamentos de seguridad social se ha dispuesto que la legislación aplicable sea solamente la de un Estado miembro por cada trabajador incluso en el supuesto de que concurren actividades por cuenta propia y ajena en diversos estados respecto a un solo individuo²³.

La competencia para determinar el sistema nacional de seguridad social que es aplicable corresponde en primera instancia al Estado en que residan los trabajadores, bien ya sea de forma unilateral, como ocurre en el caso de los desplazamientos puntuales de un Estado a otro (Art. 19.2 Reg. 987/2009), o bien

siguiendo un procedimiento contradictorio con audiencia de los Estados implicados en los supuestos de trabajadores multinacionales o que prestan servicios de forma continuada, ya sea sucesiva o simultánea, en más de un Estado (Art. 13.1.b) Reg. 883/2004).

La Institución competente de cada Estado, una vez hechas las comprobaciones pertinentes, emite el documento A1 y se lo entrega al solicitante. En nuestro caso, esta institución es la Tesorería General de la Seguridad Social a través de sus Direcciones Provinciales.

El procedimiento de extensión del A1 presenta serias deficiencias, algunas de las cuales se han puesto de manifiesto en informes de la Comisión Europea²⁴. Entre otras cosas, se señala que no existe un procedimiento general europeo de extensión del A1 sino que cada país tiene el suyo propio. Este documento solo se tramita electrónicamente por los ciudadanos en siete Estados de la Unión, entre ellos no está España. Tampoco hay un formato único oficial europeo del A1 ni de su contenido y el documento es expedido en una hoja de papel de fácil elaboración y falsificación, a diferencia de lo que ocurre con la expedición de la tarjeta sanitaria europea (EHIC) que bien podía tener una utilidad multifuncional y posibilitar de esta forma una disminución de las cargas burocráticas²⁵.

Una vez extendido el A1, este documento tiene valor vinculante para otros Estados y solamente puede ser revocado por el Estado que lo emitió conforme a lo dispuesto en el Art. 5.1 del Reg. 987/2009 que señala literalmente que «los documentos emitidos por la institución de un Estado miembro que acrediten la situación de una persona a los efectos de la aplicación del Reglamento de base y del Reglamento de aplicación, y los justificantes sobre cuya base se hayan emitido dichos documentos, podrán

²³ Así lo establece el Art. 11.1 del Reg. 883/2004. No cabe la posibilidad de que un trabajador esté sometido a dos sistemas de seguridad social ni aun en el supuesto de que realice actividades por cuenta ajena y cuenta a propia de forma simultánea o sucesiva en distintos Estados.

²⁴ Procedures relating to the granting of portable document A1: an overview of country practices. Yves JORENS y Jean Philippe LHERNOULD, Comisión Europea (Fressco) mayo 2014.

²⁵ Esta era una de las propuestas del Proyecto Cibeles (2011) liderado por la Inspección española.

hacerse valer ante las instituciones de los demás Estados miembros mientras no sean retirados o invalidados por el Estado miembro en el que hayan sido emitidos».

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, como la establecida en los Asuntos Banks²⁶ y Fitzwilliam²⁷ en 1997 y 2000, y la más reciente sentencia de 26.01.2006 en el Asunto Herbosch Kiere (C-2/05), «mientras las autoridades del Estado miembro de expedición no lo retiren o no declaren su invalidez, el certificado E 101 (actual A1) expedido con arreglo a los Reglamentos vigentes de Seguridad vincula a la institución competente y a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que han sido desplazados los trabajadores» y «por consiguiente, un órgano jurisdiccional del Estado miembro de acogida de dichos trabajadores no está habilitado para comprobar la validez de un certificado E 101 por lo que se refiere a la certificación de los elementos sobre cuya base ha sido expedido dicho certificado, en particular la existencia de un vínculo orgánico [con la empresa] mientras dure el desplazamiento de aquéllos».

Otro problema, a efectos de inspección y control, reside en que no es necesario que el documento A1 se emita con carácter previo al desplazamiento y por tanto se puede expedir con posterioridad y tener efectos retroactivos. Tampoco están previstas las consecuencias legales que pueden derivarse de la falta expedición del documento A1 ni las responsabilidades en que puede incurrir la empresa que se desplaza. En estos casos podría argumentarse de forma lógica que el trabajador que carezca del mismo podría ser inscrito de oficio por la inspección competente en la seguridad social del país en el que esté trabajando al no existir en este caso ninguna disposición en los Reglamentos europeos que lo impida.

²⁶ Sentencia de 30/03/2000 (C-179/97).

²⁷ Sentencia de 10/02/2000 (C-202/97).

3.1.2. *Sobre la cooperación e intercambio de información entre Estados*

El Reglamento 987/2009 prevé la cooperación e intercambio de información entre las instituciones competentes de los Estados de la Unión de forma activa y eficaz (Art. 2) con la estructura, el contenido, el formato y los métodos que determine la Comisión Administrativa de Coordinación por vía electrónica a través del llamado ESSI (European Social Security Information System). Sin embargo, este sistema no estará plenamente operativo hasta dentro de algunos años.

Por otra parte, al no existir una tramitación electrónica del A1 en la inmensa mayoría de los Estados, España entre ellos, tampoco sería posible organizar una base de datos electrónica europea sobre los A1 extendidos por cada Estado que pueda ser objeto de consulta por las distintas Inspecciones de Trabajo europeas²⁸.

El documento A1 puede a su vez ser remitido a los Estados miembros receptores de la prestación de servicios a efectos de control e inspección si estos así lo desean conforme a lo dispuesto en el Art. 15.1 Reg. 987/2009²⁹.

De forma inexplicable, España no está entre dichos Estados, lo que pone en clara evidencia la ausencia de coordinación entre el organismo que expide y administra estos documentos y el que se ocupa de su inspección que obviamente precisaría contar con los mismos para llevar a cabo con eficacia su labor de control.

3.1.3. *Los conflictos entre Estados sobre la legislación aplicable*

Para el caso de duda o conflicto entre Estados sobre la validez del documento A1 ya

²⁸ Esta era una de las propuestas del Proyecto Cibeles (2011) liderado por la Inspección española.

²⁹ Se trata en concreto de Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Letonia, Portugal, Rumania, Suecia, Holanda y Reino Unido.

emitido, señala a este respecto el propio Art. 5 del Reg. 987/2009 y la Guía de la Comisión Administrativa que la institución del Estado miembro que considere improcedente la emisión de un documento A1 se dirigirá a la institución emisora para pedirle aclaraciones y, si procede, la retirada de dicho documento.

La institución emisora reconsiderará los motivos de emisión del documento y llevará a cabo, en la medida de lo posible, a petición de la institución competente, la necesaria verificación de dicha información y en su caso, podrá decidir la revocación del A1.

La normativa europea tampoco regula la revocación del A1, ni la forma en que se debe notificar la misma a los interesados ni tampoco cuáles son sus consecuencias y efectos legales, si son retroactivos o si se genera algún tipo de responsabilidad para quien los solicitó de forma fraudulenta.

En el caso de que el A1 no se revoque por el Estado de origen y persista la falta de acuerdo de las autoridades del país de acogida, el asunto podrá ser elevado a la Comisión Administrativa Europea una vez transcurrido al menos un mes desde la fecha en que la institución que recibió el documento haya presentado su solicitud de revocación.

La Comisión Administrativa tratará de conciliar las posturas de las instituciones en los seis meses siguientes a la fecha en que haya sido consultada. La Decisión A1 regula el procedimiento y establece en primer lugar un procedimiento previo de diálogo y conciliación que dura 3 meses, después se inicia una segunda fase de diálogo entre representantes de los Estados y después una tercera de conciliación ante la Comisión Administrativa. Un largo proceso que puede durar aproximadamente un año y en el que no existe ninguna garantía de encontrar una resolución al conflicto.

Ante esta situación de bloqueo, son significativos los casos de ruptura unilateral por parte de algunos de los Estados de las reglas sobre la validez y el carácter vinculante del

documento A1 y son de destacar al respecto la sentencia de la Corte de Casación francesa de 11.03.2014 en la que no se reconoció la validez de un documento E-101 (precedente del A1) emitido por España respecto al trabajador de una compañía aérea o la más evidente protagonizada por el Estado belga con la aprobación de una Ley Marco de 27.12.2012 cuyos Art. 23 y 24 no reconocen el carácter vinculante del documento A1 en los supuestos de fraude comprobado por las autoridades belgas, tanto administrativas como judiciales. La Comisión Europea ha tenido que interponer con fecha 13.07.2015 un recurso ante el Tribunal de Justicia Europeo frente al Estado belga por este motivo.

3.2. El control y supervisión de las normas nacionales de derecho laboral

En lo que se refiere al control de las normas de derecho laboral que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 96/71, fue en su momento la propia Directiva la que estableció la competencia de las instituciones nacionales de los Estados para vigilar y controlar las situaciones de fraude, incumplimiento y abuso (Art. 5 y 6) con el deber de los Estados Miembros de cooperar entre sí en el ejercicio de estas facultades (Art. 4).

Posteriormente la Directiva 2014/67 ha establecido con mayor extensión las reglas de cooperación de los Estados en la supervisión y control de los desplazamientos que son las que a continuación vamos a analizar.

3.2.1. *Sobre el Estado competente para el control de la aplicación de las normas laborales*

El Art. 7.1 de la Directiva 2014/67 establece que la inspección de las condiciones de empleo es responsabilidad de las autoridades del Estado miembro de acogida y el papel que corresponde al Estado de establecimiento o de origen es el de cooperar con él en esta función.

Sin embargo, los apartados 2 y 3 de dicho artículo también establecen la competencia del Estado de origen para desarrollar las acciones de seguimiento y control que le correspondan respecto a los trabajadores desplazados a otro Estado miembro de acuerdo con su ordenamiento jurídico y las prácticas y procedimientos administrativos nacionales.

El Art. 7.6 de la Directiva señala que en todo caso corresponde a las autoridades de cada Estado realizar las comprobaciones y controles materiales en su propio territorio bien ya sea por iniciativa propia o a petición de las autoridades competentes de otro Estado.

En la legislación española se prevé expresamente la competencia de las autoridades administrativas españolas para controlar las condiciones de trabajo de los desplazados tanto a España como desde España. En concreto, la Ley 45/1999, que transpuso al ordenamiento español la Directiva 96/71, estableció en su Disposición Adicional 1ª.1 que las empresas establecidas en España que desplacen temporalmente a sus trabajadores al territorio de Estados miembros de la UE o EEE deberán garantizar a éstos las condiciones de trabajo previstas en el lugar de desplazamiento por las normas nacionales de transposición de la Directiva 96/71/CE sin perjuicio de la aplicación a los mismos de condiciones de trabajo más favorables derivadas de lo dispuesto en la legislación aplicable a su contrato de trabajo en los convenios colectivos o en los contratos individuales.

El apartado 5 de dicha disposición estableció que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá iniciar de oficio el procedimiento sancionador en virtud de comunicación de las Administraciones públicas a las que corresponda en el lugar de desplazamiento la vigilancia del cumplimiento de las condiciones de trabajo de acuerdo con el actual Art. 20 Ley 23/2015 (LOSITSS), constituyendo infracciones administrativas «las acciones u omisiones de los empresarios que incumplan las condiciones de trabajo previstas en el lugar

de desplazamiento por las normas nacionales de transposición de la Directiva 96/71/CE tipificadas y sancionadas según la legislación laboral española (DA 1ª Ap. 3) salvo que se trate de acciones u omisiones de los sujetos responsables que hayan sido ya sancionadas penal o administrativamente en el país de desplazamiento en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento (DA 1ª Ap. 4).

Parece, por tanto, claro que la competencia para inspeccionar in situ el lugar o centro de trabajo solo puede corresponder a las autoridades territoriales del país de acogida pero la competencia para el control de legalidad puede corresponder tanto a las autoridades del país de acogida como a las del país de origen, si así lo estableciera en este último caso su legislación nacional. Como hemos visto anteriormente, en ese supuesto se encuentra España con la única salvaguarda de que no se debe vulnerar el principio «non bis idem» y por tanto no se puede imponer una pena o sanción por hechos que ya han sido objeto de ella en el Estado de acogida.

En lo que se refiere a las acciones ante el orden jurisdiccional, los Art. 15 y 16 de la Ley 45/1999 establecen la competencia del orden jurisdiccional social en el territorio español y la DA 1ª apartado 6 establece también su posible competencia extraterritorial, de acuerdo con la LOPJ, para conocer de los litigios producidos con ocasión del desplazamiento y sin perjuicio de la posibilidad de entablar una acción judicial en el territorio del Estado miembro en el que esté o haya estado desplazado el trabajador.

En todo caso, esta materia se regula por el Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil cuyo Art. 20 señala que «cuando un trabajador celebre un contrato individual de trabajo con un empresario que no tenga su domicilio en un Estado miembro, pero posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará, para todos los litigios deriva-

dos de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento, que el empresario tiene su domicilio en dicho Estado miembro».

El Art. 21 establece la jurisdicción ante la que se puede demandar al empresario, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado en el que estén domiciliados, o en otro Estado miembro bien ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que o desde el cual el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo o ante el órgano jurisdiccional del último lugar en que lo haya desempeñado, o si el trabajador no desempeña o no ha desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador.

Por su parte, los empresarios solo podrán demandar a los trabajadores ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que estos últimos tengan su domicilio (Art. 22) sin perjuicio de que se permita alcanzar acuerdos entre las partes litigantes para determinar la competencia de la jurisdicción siempre que los mismos sean posteriores al nacimiento del litigio, o permitan al trabajador formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en el Reglamento.

La práctica judicial sobre los desplazamientos normalmente se restringe al ámbito de las relaciones entre los trabajadores con las empresas que los han contratado en origen puesto que plantear demandas judiciales frente a empresas contratistas o principales radicadas en el país de acogida solo podría hacerse en ese mismo país salvo que la empresa fuera una multinacional con un establecimiento abierto en el país de origen. Todo esto dificulta objetivamente la defensa de los derechos de los trabajadores desplazados³⁰.

Recientemente la sentencia del Tribunal Europeo de Justicia en el Asunto Sähköalojen

ammattiliitto de 12/02/2015 abrió la vía a que los sindicatos pudieran interponer acciones en el país de acogida en defensa de los derechos de los trabajadores desplazados a la luz del Art. 47 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales. Sin embargo, las ocasiones en que sucede el ejercicio del derecho de autodefensa de los trabajadores desplazados por la vía judicial son todavía muy escasas y el mayor peso del control recae en las inspecciones de trabajo.

3.2.2. *Sobre el establecimiento de medidas de control de las condiciones de trabajo de los desplazados*

El Art. 9 de la Directiva 2014/67 señala de forma ejemplificativa y no exhaustiva³¹ los requisitos administrativos y medidas de control que pueden imponer los Estados cuando sean necesarios para garantizar la supervisión efectiva del cumplimiento de las obligaciones que contemplan las Directivas sobre desplazamiento transnacional de trabajadores «siempre que estén justificados y sean proporcionados de conformidad con el Derecho de la Unión». Estas son las medidas previstas:

A. La comunicación de desplazamiento

Se prevé la posibilidad de que los Estados de acogida obliguen a las empresas que se desplazan a presentar una declaración simple a las autoridades nacionales competentes responsables, a más tardar cuando comience la prestación de servicios, con información relativa a la forma y condiciones del desplazamiento en una de las lenguas oficiales o aceptadas por dicho Estado y a este efecto el Art. 9.1.a) enumera la información que puede contener dicha declaración.

Esta obligación de comunicar el desplazamiento ya estaba recogida en la legislación de

³⁰ Posting of Workers Directive – current situation and challenges, Study for EMPL Committee, Parlamento Europeo (2016) p. 36.

³¹ Señala literalmente dicho precepto: «para ello, los Estados miembros podrán imponer, en particular, las medidas siguientes:»

muchos Estados y en concreto también lo estaba en el Art. 5 de la Ley española de transposición 45/1999. La única novedad que introduce la Directiva 2014/67 es la posibilidad de que los Estados puedan exigir a las empresas que se desplazan que designen personas de enlace con las autoridades nacionales y una persona de contacto para entablar con ella la negociación colectiva sobre las condiciones de trabajo (Art. 9.1.a) iii), f) y g). Hasta que no se transponga la Directiva las autoridades españolas no pueden exigirlo.

En la inmensa mayoría de las Comunidades Autónomas españolas, que son las mayores receptoras de estas comunicaciones, no existe una tramitación electrónica de las mismas y por lo tanto la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no puede disponer de una información veraz y directa sobre ellas. Por otra parte, no existe un registro estatal de comunicaciones y en consecuencia tampoco es posible controlar los períodos acumulados en que una empresa desplazada ha prestado servicios en diversas comunidades autónomas a efectos del control de la temporalidad.

Además de esto, como ya se hizo constar en una de las conclusiones del Proyecto Cibeles³², existe una clara duplicidad entre la información que se exige en estas comunicaciones y la que es necesaria para expedir el documento A1 de la seguridad social de los trabajadores que se desplazan y por ello sería deseable que se unificaran ambos procedimientos y se simplificaran las cargas burocráticas mediante una tramitación electrónica que las hiciera accesibles para todas las inspecciones de trabajo de los Estados de la Unión³³.

³² Proyecto liderado por la Inspección española sobre control transfronterizo por las inspecciones de trabajo entre 2010 y 2011 en el que participaron las inspecciones de trabajo de Italia, Francia, Alemania, Bélgica, Hungría, Austria, Portugal y Malta. Los documentos están disponibles en http://www.empleo.gob.es/itss/web/Sala_de_comunicaciones/Noticias/Archivo_Noticias/2011/11/20111122_not_web_port.html

³³ Disponible en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/51664.pdf>

B. La obligación de conservar y presentar documentos

El Art. 9.1.b) enumera una serie de documentos que las autoridades de los Estados de acogida podrían exigir a las empresas con ocasión del desplazamiento con la obligación adicional de entregárselos a las autoridades una vez concluido el mismo (Art. 9.1.c). La Ley 45/1999 ya prevé a este respecto en su Art. 6 la obligación de las empresas de «comparecer, a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en la oficina pública designada al efecto y aportar cuanta documentación les sea requerida para justificar el cumplimiento de la presente Ley, incluida la documentación acreditativa de la válida constitución de la empresa».

Esta obligación de la ley española sería más amplia que la específicamente prevista en la Directiva 2014/67 pero sería en todo caso compatible con ella a tenor de su carácter indicativo y no exhaustivo de la misma conforme al Art. 9.2.

Otra novedad de la Directiva 2014/67 es la posibilidad de exigir a las empresas desplazadas que proporcionen a las autoridades del país de acogida una traducción de los documentos en la lengua o una de las lenguas oficiales del Estado de acogida o a otra u otras lenguas aceptadas por dicho Estado (Art. 9.1.d). Esta disposición no está presente en la Ley 45/1999 y habrá que esperar a que se apruebe una norma que transponga esa Directiva para poder hacerla efectiva por las administraciones públicas.

C. La responsabilidad solidaria en la cadena de contratación

El Art. 12 de la Directiva 2014/67 dispone que para combatir los abusos y fraudes los Estados miembros podrán adoptar medidas con objeto de garantizar que en las cadenas de subcontratación el trabajador desplazado pueda hacer responsable al contratista del que sea subcontratista directo el empleador o prestador de servicios además de al empleador respecto a cualquier remuneración neta pendiente correspondiente a las cuantías de salario mí-

nimo o a las cotizaciones adeudadas a fondos o instituciones comunes de los interlocutores sociales en la medida en que les sea aplicable el artículo 3, de la Directiva 96/71/CE.

En lo que respecta a la actividad de construcción (mencionada en el anexo de la Directiva 96/71/CE), los Estados miembros deben establecer medidas que garanticen que, en las cadenas de subcontratación, los trabajadores desplazados puedan hacer responsable del respeto de sus derechos al contratista del que el empleador sea subcontratista directo, además de al empleador.

Esta garantía ya existía en el derecho laboral español con anterioridad a las Directivas, en concreto en el Art. 42 ET, y en la práctica funciona como uno de los mecanismos más eficaces ante los incumplimientos de las empresas subcontratistas.

Sin embargo, la propia Directiva establece la posibilidad de que los Estados sustituyan el mecanismo de la responsabilidad solidaria por «otras medidas de garantía del cumplimiento adecuadas», «que permitan que se apliquen (...) al contratista sanciones efectivas y proporcionadas para combatir el fraude y los abusos (Art. 12.6). Y por otra parte, se permite que los Estados puedan eximir de responsabilidad al contratista que haya actuado con la diligencia debida (Art. 12.5).

En todo caso, la eficacia de este mecanismo dependerá del ejercicio por los trabajadores de sus derechos ante las instancias jurisdiccionales del país en el que la empresa tenga su sede o establecimientos y esto en la práctica significa que en la mayor parte de los casos deberán interponer demanda ante los órganos jurisdiccionales del país de acogida para hacer valer sus derechos (Art. 21 Reg. 1215/2012) como ya se ha señalado anteriormente.

3.2.3. *La planificación de las actuaciones inspectoras*

El Art. 10 de la Directiva 2014/67 establece expresamente que los Estados de la Unión

deben garantizar inspecciones y mecanismos de comprobación y seguimiento adecuados y eficaces sobre el cumplimiento de las disposiciones establecidas sobre desplazamientos transnacionales y que los mismos no deben ser discriminatorios ni desproporcionados.

La particular relevancia de esta disposición reside en el hecho de que hay Estados en la Unión Europea que carecen propiamente de una Inspección que supervise las relaciones laborales salvo en lo que respecta a las condiciones de seguridad y salud en el trabajo. La propia Directiva reconoce esta circunstancia en el apartado 5 del mencionado artículo y establece que en esos casos esos Estados «pueden, con arreglo al Derecho y las prácticas nacionales, establecer, modificar o mantener disposiciones, procedimientos y mecanismos que garanticen el respeto de tales condiciones de trabajo y empleo, siempre que esas disposiciones ofrezcan a las personas afectadas un grado adecuado de protección equivalente». Habrá que esperar a ver cómo se desarrolla la transposición de la Directiva 2014/67 en esos Estados para ver qué tipo de mecanismos se van a poner en práctica.

También puede haber problemas en lo que se refiere a las funciones de inspección en materia de seguridad y salud en el trabajo sobre trabajadores desplazados en los países que cuentan con una Inspección especializada en esta materia. En algunos de estos estados las competencias de control sobre los trabajadores desplazados se atribuyen de forma exclusiva a las inspecciones competentes en otras materias sin que se prevea el acceso de las autoridades de seguridad y salud a los sistemas de cooperación y mutua asistencia previstos por la Directiva 2014/67³⁴. Este problema no afecta a los países con un sistema de inspección generalista o coordinados en red como su-

³⁴ Un buen ejemplo de esto sería la transposición de la Directiva 2014/67 a la legislación irlandesa a través del Statutory Instrument nº 412 de 2016 en el que no se mencionan las competencias y atribuciones de la Autoridad de Seguridad y Salud (HSA).

cede en Francia, Portugal, Holanda, Bélgica, Italia y España.

Señala también la Directiva que las actuaciones inspectoras pueden ser aleatorias o planificadas y en este último caso se han de basar en una previa «evaluación de riesgos» que tenga en cuenta factores como la realización de grandes proyectos de infraestructuras, la existencia de largas cadenas de subcontratación, la proximidad geográfica, los problemas y las necesidades especiales de sectores concretos, el historial de infracciones y la vulnerabilidad de determinados grupos de trabajadores.

El elemento clave para realizar una adecuada planificación de las actuaciones inspectoras es la obtención de una información actualizada sobre los desplazamientos. Dicha información hoy en día solo puede ser proporcionada por la puesta a disposición de las inspecciones nacionales del documento A1 y las declaraciones de desplazamiento de las empresas mediante trámites electrónicos que permitan una supervisión rápida de la información. Como ya hemos visto antes, por ahora esta información no se encuentra disponible para la inspección española.

3.2.4. *La cooperación y asistencia mutua entre Estados*

El principal objetivo de la Directiva 2014/67 es el refuerzo de los mecanismos de asistencia mutua entre los Estados para controlar los desplazamientos. Hacemos un repaso de las formas de cooperación que prevé esta Directiva.

A. *La solicitud de información*

La Directiva 96/71 solamente preveía los mecanismos de asistencia basados en responder a las peticiones justificadas cursadas por las administraciones de información relativa al suministro transnacional de trabajadores, incluidos los casos de abuso manifiesto o los casos de actividades transnacionales presuntamente ilegales (Art. 4).

El Art. 7.5 añade a esto que la solicitud de asistencia podrá incluir también que se faci-

lite información acerca de la legalidad del establecimiento del prestador de servicios y de su buena conducta, así como de la ausencia de infracciones de las normas aplicables.

Pero es el Art. 6 de la Directiva 2014/67 el que amplía esta modalidad de mutua asistencia que no consiste solamente en que se facilite la información que la autoridad receptora ya disponga sino también comprende las acciones complementarias de solicitar la comprobación, inspección e investigación en relación con las situaciones de desplazamiento, el envío y notificación de documentos y el acceso a los Registros en los que se haya incluido a los prestadores de servicios, y que puedan consultar las autoridades competentes en su territorio, para que puedan ser consultados asimismo, en las mismas condiciones, por las autoridades competentes equivalentes de los demás Estados miembros.

También se establece el apoyo de los Estados para garantizar que los prestadores de servicios establecidos en su territorio comuniquen a sus autoridades competentes toda la información necesaria para la supervisión de sus actividades

Además, la Directiva fija unos plazos para que los Estados faciliten la información solicitada por vía electrónica. Para casos urgentes, que exijan la consulta de registros, como los relativos a la confirmación del registro del IVA a efectos de comprobar un establecimiento en otro Estado miembro, la respuesta tendrá lugar lo antes posible y hasta un máximo de dos días hábiles a partir de la recepción de la solicitud siempre que se indique claramente el motivo de la urgencia y los datos que la justifiquen.

En todas las demás solicitudes, la información se facilitará al Estado requirente en 25 días hábiles como máximo a partir de la recepción de la petición, salvo que los Estados miembros convengan de común acuerdo un plazo más corto.

El Art. 6 de la Directiva señala que en caso de incumplimiento de esta obligación de colaboración el Estado peticionario informará sin demora

al Estado miembro peticionario para buscar una solución y en caso de que problema persista la Comisión, tras ser informada, en su caso, a través del IMI, adoptará las medidas oportunas.

De acuerdo con lo dispuesto en el Art. 21 el medio para poner en práctica la solicitud de información será el Sistema de Información del Mercado Interior (IMI) regulado por el Reglamento 1024/2012 que administra la Comisión Europea sin perjuicio de la aplicación por los Estados miembros de acuerdos o convenios bilaterales de cooperación administrativa y de asistencia mutua.

B. La comunicación espontánea

Además de reforzar el requerimiento de información, el Art. 7.4 de la Directiva 2014/67 establece otra de las modalidades típicas de mutua asistencia como es la colaboración espontánea que consiste en proporcionar información sin que medie una petición previa de otro Estado «cuando existan indicios de posibles irregularidades». Se debe realizar «por iniciativa propia de los Estados y sin demora injustificada» y se ha de dirigir a las autoridades del Estado miembro afectado».

C. Los intercambios de funcionarios

Hay modalidades de mutua asistencia que no se han previsto en la Directiva como es la posibilidad de participación y presencia de los funcionarios de un Estados en las investigaciones que se lleven a cabo por las autoridades de otro Estado, bien de modo puntual o bien mediante la constitución de equipos conjuntos de inspección, de forma similar a la prevista en el Art. 7 de la Directiva 2010/24 sobre mutua asistencia entre administraciones tributarias.

A este respecto, la Directiva 2014/67 solo se aproxima a esta posibilidad en el Art. 8 cuando prevé «medidas de acompañamiento» como la posibilidad de que los Estados miembros, con la ayuda de la Comisión, desarrollen, faciliten y promuevan el intercambio entre los funcionarios encargados de la implemen-

tación de la cooperación administrativa y la asistencia mutua, así como del seguimiento de la observancia y del cumplimiento de las normas aplicables a través de acciones de intercambio, formación, bases de datos o sitios web conjuntos u otras iniciativas similares.

En cualquier caso, los Estados miembros pueden establecer equipos conjuntos de inspección a través de convenios bilaterales y esta ha sido ya desde hace tiempo una práctica habitual en las relaciones entre algunas Inspecciones de Trabajo europeas entre ellas la española.

3.2.5. *La mutua asistencia en la recaudación de las sanciones a empresas desplazadas*

Uno de los mayores avances de la Directiva ha sido el establecimiento de mecanismos de asistencia mutua para el cobro y recaudación de las sanciones administrativas que impongan los Estados a empresas desplazadas.

Era una práctica habitual que estas sanciones no pudieran ser recaudadas por las dificultades inherentes a la localización de las empresas temporalmente desplazadas. De hecho, esta cuestión se había convertido en uno de los elementos clave que favorecía el incumplimiento y la impunidad de dichas empresas al no existir mecanismos reales y eficaces para su recaudación ejecutiva.

Hasta la aprobación de la Directiva solo se contaba con la Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias que solamente era aplicable a las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales penales de un Estado miembro o las dictadas por órganos administrativos que pudieran ser recurridos ante órganos de la jurisdicción penal.

En la práctica, esto limitaba la posibilidad de aplicar este mecanismo a los pocos Estados cuyas resoluciones sancionadoras solo se emiten por órganos de la jurisdicción penal como por ejemplo el Reino Unido, Irlanda y Malta o

por Estados en que las multas que imponen las administraciones públicas se recurren ante un tribunal penal como sucede en Alemania.

Esta fue una de las cuestiones objeto de estudio por el Proyecto Cibeles (2011) en el que se propuso que la Directiva que entonces se encontraba en fase de elaboración contemplase la posibilidad de establecer un mecanismo de asistencia mutua para el cobro de las sanciones administrativas.

Los Art. 13 a 19 de la Directiva 2014/67 regulan este mecanismo y señalan la necesidad de que los Estados designen las autoridades competentes para realizar esta función. La autoridad peticionaria presentará la petición de cobro de una sanción o de una multa administrativa, así como la petición de notificación de una resolución sobre tal sanción o multa, sin demoras injustificadas, mediante un instrumento uniforme y por su parte la autoridad receptora de la petición cobrará las sanciones y multas administrativas que no sean susceptibles de recurso y notificará la resolución en la que se impone esa sanción o multa sin perjuicio de la aplicación de garantías como las establecidas en el Art. 17 que pueden dar lugar a la denegación de la asistencia por el gobierno que reciba la petición.

La falta de transposición de la Directiva en España hace por el momento muy difícil que este mecanismo de cooperación se pueda poner en marcha por las administraciones públicas españolas.

Pasamos ahora a analizar las diversas formas de fraude e incumplimiento de la legislación sobre desplazamientos así como los actuales vacíos legales y procedimentales que existen en la función de control y vigilancia.

4. EL CONTROL DEL FRAUDE DE LEY EN LOS DESPLAZAMIENTOS

El fraude de ley se define en el Art. 6.4 CC como «los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude

de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».

El concepto de fraude es similar en otros ordenamientos europeos, si bien en los de ámbito anglosajón la palabra fraude suele tener un valor más equivalente a una conducta engañosa para obtener una ganancia indebida o injusta y con frecuencia se emplea la palabra «circunvention» para describir una conducta de elusión del cumplimiento de las normas legales que es más similar al fraude de ley.

Los factores que determinan el fraude de ley son en la mayor parte de los casos pecuniarios. El defraudador pretende pagar menos impuestos, menos cotizaciones sociales o menores salarios de los que marcan las disposiciones del país de acogida.

Las formas más típicas de fraude de ley son la simulación del desplazamiento y el falso trabajo autónomo. Vamos a analizar cada una de ellas.

4.1. La simulación del desplazamiento

El fraude de ley más común en los desplazamientos se da cuando la empresa pretende simular una libre prestación de servicios puntual o temporal en un determinado Estado pero en realidad oculta una situación de establecimiento permanente de sus actividades en el Estado de acogida con el fin de eludir la aplicación del derecho laboral, de seguridad social y tributario de este último Estado por ser este más gravoso.

Examinamos ahora las conductas más frecuentes de simulación.

4.1.1. *Las empresas buzón o sin actividad en el país de origen*

La forma más típica de simulación del desplazamiento es el establecimiento formal de la empresa en un Estado diferente de donde

desarrolla efectivamente y de manera estable su actividad. Este es el caso de las llamadas empresas buzón (*letter-box companies*) que solo disponen de una oficina o a veces un mero buzón de correos en los países en que están formalmente registradas cuyo nivel impositivo, de cotizaciones y exigencias salariales es normalmente más bajo.

El Art. 4 de la Directiva 2014/67 está expresamente dedicado a la identificación de los desplazamientos reales y prevención de abusos y elusiones, señalando al respecto que las autoridades nacionales deben realizar una «evaluación global de todos los elementos fácticos que se consideren necesarios» para determinar el cumplimiento adecuado de las normas y describe una serie de «factores indicativos» que se deben tener en cuenta de forma conjunta en esa valoración.

Entre estos elementos están los referentes a los *lugares* en los que se desarrolla la actividad que están presentes en el apartado 2 del Art. 4 como el lugar donde la empresa tiene su domicilio social, sus oficinas o su sede, paga sus impuestos y cotizaciones a la seguridad social, posee una licencia profesional o está registrada en las cámaras de comercio o los colegios profesionales; el lugar donde contrata a los trabajadores desplazados y el lugar desde el que les desplaza; el Derecho aplicable a los contratos que celebra la empresa con sus trabajadores y con sus clientes; el lugar donde la empresa realiza su actividad empresarial fundamental y donde emplea personal administrativo; el número de contratos celebrados o el volumen de negocios en el Estado miembro de establecimiento, o ambos, teniendo en cuenta la situación específica de, entre otras, las empresas y PYME de reciente creación.

O bien los referentes relativos al *tiempo* que dura el desplazamiento y la prestación de servicios presente en el apartado 3 del Art. 4 tales como si el trabajo se realiza durante un período limitado en otro Estado miembro; la fecha de inicio del desplazamiento; si el desplazamiento se realiza a un Estado miembro

distinto de aquel en el que o desde el que el trabajador desplazado suele desempeñar su labor; si el trabajador desplazado regresa o está previsto que vuelva a trabajar al Estado miembro desde el que se desplaza, una vez terminado el trabajo o prestados los servicios para los que fue desplazado; la naturaleza de las actividades; si el empleador proporciona el viaje, la manutención o el alojamiento del trabajador al que desplaza o reembolsa esos gastos, y, de ser así, de qué forma se los proporciona o el método de reembolso; los períodos previos en que el puesto haya sido ocupado por el mismo o por otro trabajador desplazado.

No existe en las Directivas 96/71 y 2014/67 una limitación temporal explícita del desplazamiento similar a la que se realiza en los Reglamentos de seguridad social de dos años que son susceptibles de ampliación mediante convenios bilaterales entre los Estados normalmente hasta cinco años (Art. 16 Reg. 883/2004)

De todas formas, estos criterios son meramente indicativos. La ausencia de alguno o varios de los elementos fácticos establecidos no excluye automáticamente la posibilidad de que la situación sea considerada desplazamiento y la valoración de esos elementos deberá adaptarse a cada caso particular y tener en cuenta las peculiaridades de la situación tal y como señala el Art. 4.4 de la Directiva.

Las normas de seguridad social son en cambio bastante más claras y explícitas. Por un lado, van dirigidas a asegurar que las personas que se desplazan están realmente establecidas en el país de origen. De este modo, el Art. 14.1. Reg. 987/2009 dispone que las personas que se desplazan deben estar sujetas, inmediatamente antes de ocupar su puesto de trabajo, al régimen de seguridad social del Estado miembro en el que esté establecido el empleador y la Decisión A2 señala que debe considerarse cumplida esta condición si el trabajador lleva sujeto a dicha legislación al menos un mes y para períodos más cortos, habrá que evaluar cada caso, teniendo en cuenta todos los factores. La Guía Orientativa matiza que un contrato de trabajo con cualquier empleador en el Estado de envío

basta para cumplir esta condición, que no es necesario que durante este período la persona haya trabajado para el empleador que solicita su envío y que la condición se cumple también en el caso de los estudiantes, los pensionistas y las personas aseguradas por razones de residencia e incluidas en el régimen de seguridad social del Estado de envío.

En cuanto al arraigo de la empresa en el país de origen, la guía orientativa establece que debe realizar habitualmente actividades sustanciales en el país de origen teniendo en cuenta factores objetivos bastantes similares a los señalados en el Art. 4 de la Directiva 2014/67 pero incide en algunos particulares aspectos como el tipo de actividad que la empresa realiza en el país de origen.

Señala al respecto esta Guía que si las actividades son tan sólo de gestión interna, no se considerará que la empresa ejerce normalmente sus actividades en ese Estado miembro. El número de miembros del personal administrativo de la empresa de envío que trabajan en el Estado miembro de envío y en el Estado de empleo o la presencia de personal únicamente administrativo en el Estado de envío excluye per se la aplicabilidad de la normativa de desplazamiento a la empresa.

También señala que el volumen de negocios realizado por la empresa de envío en el Estado de envío y en el Estado de empleo durante un período suficientemente significativo poniendo como indicador la realización en el Estado de envío de un volumen de negocio equivalente aproximadamente al 25% del volumen de negocio total de la empresa podría ser un indicador suficiente tomando como referencia temporal un período anual (los doce meses precedentes al desplazamiento) sin perjuicio que el incumplimiento de estos dos indicadores requieran «un análisis más detenido».

Este criterio de 25% como parte sustancial de la actividad es el que también se utiliza respecto a las llamadas empresas y trabajadores multinacionales (Art. 14.6 Reg. 987/2009) que prestan servicios de forma simultánea o al-

terna en diversos países por el Art. 14.8 Reg. 987/2009.

En todo caso, estos criterios de la Guía son meramente indicativos y no tienen en cuenta el tamaño de la empresa, cuestión que como hemos visto antes sí merece un reconocimiento explícito en el Art. 4 de la Directiva 2014/67. No es lo mismo evaluar la actividad de una gran empresa que cuenta con diversos centros de trabajo que hacerlo respecto a una empresa pequeña que normalmente se desplaza a prestar servicios a otro país con todos sus trabajadores y en un único centro de trabajo. En estos casos, sería más lógico aplicar las reglas previstas por los Reglamentos para los trabajadores autónomos o al menos un período de referencia más largo que el de un año a la hora de determinar si esas empresas mantienen o no una actividad relevante en el país de origen.

4.1.2. *La sucesión en los desplazamientos*

Otra de las situaciones fraudulentas sería la que llevan a cabo las empresas que de forma continuada desplazan trabajadores a otro país para sustituir a otros igualmente desplazados. De este modo, la empresa mantendría una actividad estable y permanente en el Estado de acogida sin que sus trabajadores estuvieran sujetos a la legislación laboral, social y tributaria de ese país.

Esta situación no se contempla en la Directiva 2067/14 sino en los Reglamentos de coordinación de seguridad social. En concreto el Reglamento 465/2012 dio una nueva redacción al Art. 12.1. Reg. 883/2004 para evitar la sustitución de una persona enviada y la Guía Orientativa señala que cuando un trabajador desplazado es inmediatamente sustituido por otro trabajador desplazado, el nuevo trabajador desplazado estará sujeto, desde el inicio de su actividad, a la legislación sobre seguridad social del Estado de empleo.

La Decisión A2 ap. 3.b) establece que la breve interrupción de las actividades que el trabajador realiza en la empresa situada en

el Estado de empleo, independientemente del motivo (vacaciones, enfermedad, formación en la empresa que lo envía, etc.), no constituirá una interrupción del período de desplazamiento en el sentido del artículo 12.1 Reg. 883/2004.

Y el apartado 3.c) establece que cuando un trabajador finaliza un período de desplazamiento, no podrá autorizarse un nuevo desplazamiento del mismo trabajador a las mismas empresas y al mismo Estado miembro hasta transcurridos al menos dos meses a partir de la fecha de expiración del anterior período de desplazamiento. No obstante, en determinadas circunstancias, se permitirán excepciones a este principio.

No obstante la Guía Orientativa señala que si el trabajador desplazado no pudiera terminar el trabajo por circunstancias imprevisibles, el interesado o su empleador podrá solicitar que se prolongue el período inicial hasta la finalización del trabajo (hasta un total de 24 meses), obviándose la interrupción mínima obligatoria de dos meses. La solicitud deberá presentarse y justificarse antes del término del período inicial de desplazamiento

4.1.3. *Los cambios de razón social de las empresas que se desplazan*

Otra conducta fraudulenta del mismo estilo sería la relativa a las empresas que disponen de varias razones sociales y las utilizan de modo conveniente para mantener desplazados de modo permanente a los mismos trabajadores.

Esta situación, sin embargo, no se encuentra contemplada en las normas específicas de seguridad social de la Comisión Administrativa europea.

4.2. Los falsos autónomos

La otra situación de fraude de ley que también puede darse, y que es común con la que ya ocurre en el derecho nacional, es la de

simular una prestación de servicios no asalariada o como trabajador autónomo cuando las condiciones reales de la relación son las propias de un trabajador por cuenta ajena. Esto lo que se conoce como un «falso autónomo» y tiene por causa eludir la aplicación de las normas de derecho del trabajo y seguridad social porque estas siempre son más gravosas para la empresa empleadora.

Esta es una situación a la que con frecuencia se enfrentan los Inspectores de Trabajo en España y que da lugar a la extensión de las correspondientes medidas para encuadrar de oficio al trabajador afectado en el Régimen General de la Seguridad Social como trabajador por cuenta ajena y realizar una reclamación de cuota mediante un Acta de Liquidación a la empresa empleadora.

Sin embargo, las normas comunitarias impiden objetivamente estas actuaciones en materia de seguridad social ya que de conformidad con el Art. 14.4 del Reg. 987/2009 la calificación de la actividad para realizar el encuadramiento en la seguridad social corresponde al Estado de origen y la calificación que reciba en el Estado de acogida (es decir, el hecho de que se considere una actividad por cuenta ajena o una actividad por cuenta propia) carece de relevancia a estos efectos.

En cambio, las autoridades del Estado de acogida sí serían las competentes para vigilar el cumplimiento de la legislación laboral respecto a las materias previstas en el Art. 3 de la Directiva 96/71 (salarios, jornada, prevención de riesgos y protección del derecho de igualdad de trato).

El décimo considerando de la Directiva 2014/67 establece que «los elementos de la presente Directiva en relación con la implementación y el seguimiento del desplazamiento también pueden ayudar a las autoridades competentes a identificar a los trabajadores que estén declarados falsamente como autónomos»; que «con arreglo a la Directiva 96/71/CE, el concepto pertinente de trabajador es el que sea aplicable conforme al Derecho del Es-

tado miembro en cuyo territorio está desplazado el trabajador» y «una mayor aclaración y un mejor seguimiento del desplazamiento por parte de las autoridades competentes potenciaría la seguridad jurídica y aportaría una herramienta útil para contribuir a luchar contra los falsos autónomos con eficacia y para garantizar que no se declare falsamente como autónomos a los trabajadores desplazados, ayudando así a impedir, evitar y combatir la elusión de las normas aplicables».

Por otra parte el Art. 4.5. Directiva 2014/67 establece que «los elementos a los que se refiere el presente artículo utilizados por las autoridades competentes en la evaluación global de una situación para considerarla desplazamiento real también podrán tenerse en cuenta a los efectos de determinar si una persona entra dentro de la definición aplicable de trabajador de conformidad con el Art. 2.2 de la Directiva 96/71/CE. Los Estados miembros deben guiarse, entre otros elementos, por los hechos relacionados con el desempeño del trabajo, la subordinación y la remuneración del trabajador, independientemente de cómo se caracterice la relación en los acuerdos, contractuales o de otro tipo, que hayan pactado las partes».

A pesar de la escasa claridad del texto de la Directiva, sería lógico interpretar que las autoridades del Estado de acogida serían las competentes para determinar si existe o no relación laboral a los efectos de controlar la aplicación de la legislación aplicable en ese Estado en materia de salarios, jornada, prevención y derecho de igualdad previstos en el Art. 3 de la Directiva 96/71 (Art. 3 Ley 45/1999).

5. EL CONTROL DE LOS INCUMPLIMIENTOS LEGALES

En otro apartado diferente se encuentran los simples incumplimientos de las normas laborales y de seguridad social que son aplicables conforme al derecho comunitario ya sea en el país de origen como en el de acogida.

Los desplazamientos suponen un distanciamiento físico entre las autoridades del país de origen y las empresas que se desplazan que puede propiciar un menor control sobre el cumplimiento de las normas del país de origen que les siguen siendo aplicables.

Por otra parte, las autoridades del país de acogida pueden verse impedidas para contrastar y comprobar de modo suficiente los hechos y conductas de las empresas que se desplazan a su país si no cuentan para ellos con la cooperación de las autoridades del país de acogida además de las dificultades inherentes a las barreras idiomáticas y culturales. Vamos a repasar los incumplimientos más comunes en las distintas materias.

5.1. Incumplimientos en materia de Seguridad Social

Puede ocurrir que las empresas que se desplazan carezcan del documento A1 de los trabajadores o que incluso presenten ante las autoridades del otro Estado una documentación falsa o no validada y que por tanto pueda ocurrir que dichos trabajadores tampoco estén asegurados en su país de origen, en cuyo caso estaríamos ante un supuesto de economía sumergida o trabajo no declarado además de la posible comisión de un delito por falsedad de documentos.

El control de estas situaciones podría solucionarse con un acceso de los inspectores a sistemas de información electrónicos que posibilitaran comprobar la veracidad de tales documentos de forma rápida y eficaz. Pero como hemos visto, el documento A1 solo se tramita electrónicamente en siete Estados y España no está entre ellos aun en contra de las disposiciones generales vigentes sobre procedimiento administrativo y sin que exista ninguna razón lógica que lo justifique.

Además sería también necesario que España optara por recibir los documentos A1 emitidos por otros Estados y que luego traspasara esta información a una base de datos que pudie-

ra ser consultada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Como ya hemos señalado antes, nada de esto ocurre en la actualidad y las dificultades que tiene la Inspección para hacer su trabajo también repercuten negativamente en las empresas que cumplen con sus obligaciones legales ya que estas tienen que ser requeridas para que muestren su documentación.

Los incumplimientos que más pueden darse se refieren a los desplazamientos por tiempo superior a dos años (o bien a 183 días para las obligaciones tributarias) o que de hecho sirven para reemplazar a otros trabajadores desplazados. La deficiente expedición del A1, que incluso puede hacerse con efectos retroactivos, impide el ejercicio eficaz de este control.

Otro hecho que se da con frecuencia es la cotización a la seguridad social del país de origen por las empresas desplazadas declarando salarios inferiores a los previstos en la legislación o convenios aplicables en el país de acogida. Este sería uno de los supuestos en los que podría haber una comunicación espontánea de las autoridades del país de acogida a las del país de origen pero en la actualidad su frecuencia es muy escasa.

Un último supuesto es el de las empresas que declaran haberse desplazado sin haberlo hecho realmente y sin tener tampoco actividad en el país de origen. Sería uno de los casos típicos de «empresa ficticia» que conllevaría la nulidad del alta de los trabajadores en la seguridad social. Pero dentro de este supuesto, obviamente, no estarían las pequeñas empresas que sí se han desplazado y que por ello carecen de actividad de forma temporal en su país de origen.

5.2. Incumplimientos en materia de salarios

El pago de salarios inferiores a los establecidos en la Ley y Convenio de eficacia general del país de acogida sería algo fácilmente detectable por la Inspección de Trabajo si no mediara con frecuencia una ocultación de los salarios efectivamente pagados en los recibos salariales o nó-

minas o si no existiera un devengo de dietas de forma encubierta en forma de salarios. A veces lo que se paga en concepto de dieta no se corresponde con los gastos de traslado efectivamente realizados y esto dificulta la fiscalización por las Inspecciones europeas.

El contraste de la veracidad de los recibos de salarios con otros datos, como los declarados ante la seguridad social o hacienda en el país de origen, no está al alcance de las inspecciones del país de acogida y por esta razón es importante la colaboración entre las inspecciones de ambos países.

5.3. Incumplimientos sobre jornada laboral

En materia de jornada contamos con una Directiva armonizadora, la 2003/88 sobre de Ordenación del Tiempo de Trabajo pero las diferencias legislativas entre Estados son muy acusadas. En España se aplican los Art. 34 a 38 ET y el RD 1561/1995 Jornadas Especiales además de las disposiciones de los convenios colectivos.

La Inspección española considera que el registro del horario debe hacerlo la empresa de forma diaria ya se trate de contratos a tiempo parcial (Art. 12 ET) como de contratos de jornada completa a efectos de controlar la realización de horas extraordinarias (Art. 35 ET). También el Art. 9 de la Directiva 2014/67 prevé que los Estados puedan exigir este registro a las empresas desplazadas.

La realización de jornadas laborales muy prolongadas es frecuente entre los trabajadores desplazados provenientes de países limítrofes porque tratan de concentrar el tiempo de trabajo en el menor número de días posible para así poder alargar los días de descanso semanal.

5.4. Incumplimientos sobre seguridad y salud en el trabajo

Por último, en esta materia contamos con una legislación armonizada a nivel europeo

aunque sobre el control que debiera haber ejercido sobre la transcripción de las Directivas a la legislación nacional por la Comisión Europea baste con afirmar que en los últimos años no se ha seguido por dicha institución ningún procedimiento ante el Tribunal de Justicia Europeo justo en un período que coincide con la transposición de las Directivas por los Estados de la ampliación.

Pero esta materia es menos problemática que las anteriores en cuanto al control. La mayoría de las legislaciones prevé en esta materia la responsabilidad de las empresas titulares del centro de trabajo o de los contratistas principales y esto minimiza en gran medida las consecuencias de los incumplimientos por parte de las empresas desplazadas que en la mayor parte de los casos ocupan la posición de subcontratistas.

Sin embargo, son frecuentes las dificultades de control cuando se investigan los accidentes de trabajo de los trabajadores desplazados porque los testigos del accidente o incluso la propia empresa devienen con frecuencia ilocalizables inmediatamente después del suceso.

Puede haber también problemas de control cuando se fiscalizan los servicios prestados a la empresa en el país de origen en esta materia, ya se trate de la formación preventiva, de la evaluación de riesgos o de los reconocimientos médicos. Las prestaciones de estos servicios pueden hacerse en otro Estado pero su contenido debe ser equivalente al exigido por la legislación y convenios colectivos del país de acogida. Para examinar la adecuación de estos servicios resulta también con frecuencia necesario recurrir a la cooperación entre las inspecciones de los dos Estados implicados.

6. LAS LAGUNAS LEGALES Y ADMINISTRATIVAS EN EL CONTROL DE LOS DESPLAZAMIENTOS

Llegamos así al problema de los vacíos o lagunas legales y de colaboración administrativa respecto a la aplicación y control de la

actual normativa sobre control de los desplazamientos transnacionales.

Es obvio que la normativa actual carece de una perspectiva global que tenga en cuenta todos los aspectos de los desplazamientos y es especialmente necesario que exista una armonización entre las Directivas sobre prestación de servicios mediante desplazamientos (96/71 y 2014/67) y los Reglamentos de Coordinación de Sistemas de Seguridad Social (883/2004 y 987/2009).

Un paso en esta dirección es el que se pretende llevar a cabo con el actual proyecto de reforma de la Directiva 96/71 que establece un período de dos años como límite temporal de los que se considera un desplazamiento frente a la regulación actual que establece un límite de 183 días a efectos tributarios, dos años en seguridad social ampliables a 5 por convenios bilaterales entre Estados y sin que haya ningún tiempo límite en la regulación de las condiciones laborales por las Directivas 96/71 y 2014/67.

En todo caso, es imprescindible que se establezcan mecanismos efectivos de control sobre la duración de los desplazamientos. La doble burocracia ahora existente entre los documentos A1 y las declaraciones que exigen muchos Estados, entre ellos España, y la falta de tramitación electrónica de ambos tipos de comunicación en la mayor parte de los Estados hace que sea difícil el control que deben ejercer las Inspecciones de Trabajo y que la planificación de las actuaciones inspectoras mediante las evaluaciones de riesgo que prevé la actual Directiva no pueda hacerse sobre la base de datos reales sino solo sobre simples suposiciones.

Las carencias de la regulación de seguridad social son, por otra parte, muy evidentes. No está regulada de forma completa y eficiente la expedición del documento A1, no existe un formato oficial de dicho documento y también se carece de una regulación sobre los plazos en que puede ser expedido, que sería lógico que en todo caso fueran previos al desplazamiento.

Tampoco se establecen las consecuencias que se pueden derivar para las empresas que carezcan de estos documentos o de su revocación por los Estados que lo expidieron. Para finalizar, hay una clamorosa ausencia de un mecanismo de resolución de conflictos entre Estados para los casos de desacuerdo sobre la legislación aplicable, lo cual favorece, no sin razones objetivas, las regulaciones y decisiones de los Estados que son abierta e intencionalmente contrarias al tenor literal de los Reglamentos aprobados por el Consejo de la UE sobre el valor vinculante del documento A1.

Hay también problemas en el control que afectan de modo particular a algunos sectores como el transporte y las empresas de trabajo temporal que se dedican a la cesión de trabajadores de manera alterna y continuada por distintos Estados de la Unión.

Respecto al transporte ha habido problemas que se refieren al control de estas actividades y la exigencia por algunas de ellas del cumplimiento íntegro de la Directiva 96/71 por el mero hecho de transitar por el territorio de un Estado de la Unión aunque no se presten en él servicios. La conclusión de la Comisión es que solo una normativa específica sobre este sector podría solventar este tipo de conflictos.

Respecto a las ETT transnacionales, normalmente son empresas que se asientan en

países de bajo coste en los seguros sociales y que prestan servicios de forma alterna para diversos empleadores en diferentes Estados y en las que los trabajadores no suelen tener ninguna relación real con el país en que radican estas empresas, a pesar de lo cual se les aplica su legislación de seguridad social. En la actualidad contamos con uno de estos casos pendiente de sentencia del Tribunal Justicia Europeo.

La solución a este y otros supuestos de empresas transnacionales que operan de modo continuado en varios Estados de la Unión resulta más compleja. La armonización de los sistemas de seguridad social requiere en la actualidad la unanimidad de los Estados conforme al Art. 21.3 TFUE.

Sin embargo, sí podría ser factible, como alguna vez se ha puesto de manifiesto, la creación de un sistema de seguridad social europeo específico para los cerca de dos millones de trabajadores que anualmente se desplazan a diversos países de la Unión de forma cada vez más continua.

Se evitaría así la fragmentación del historial del seguro por tantos países como aquellos en los que trabajan y se reduciría el mismo a un máximo de dos sistemas de seguridad aplicables, el de su país de residencia y el europeo.

RESUMEN

Los desplazamientos de trabajadores en el ámbito de la UE-EEE se encuadran dentro del ejercicio de la libre prestación de servicios y no dentro la libertad de circulación de trabajadores. Su regulación específica en la Directiva 96/71 es un equilibrio entre este principio del actual TFUE y la protección de las normas imperativas de derecho necesario que rigen las relaciones laborales de los Estados de acogida. A ellas hay que añadir la exigencia de las normas que regulan la seguridad social aplicable a los trabajadores desplazados y el régimen tributario al que están sujetos. Una vez clarificado el marco normativo, se describen las competencias que corresponden a las autoridades nacionales administrativas y judiciales, tanto en lo que respecta a la determinación de la ley aplicable en materia de seguridad social como a las medidas de control de la aplicación que han sido introducidas por la reciente Directiva 2014/67 que no ha sido transpuesta al ordenamiento español pero que es exigible desde 18 de junio de 2016 con efectos directos verticales para las administraciones públicas españolas. Una vez examinados estos aspectos, se hace un repaso del control de las formas más evidentes de fraude de ley e incumplimiento directo de la actual legislación sobre desplazamientos de trabajadores en materia de salarios, tiempo de trabajo y seguridad y salud en el trabajo, y un análisis final de las actuales situaciones de vacío legal y de procedimental que se están produciendo.

Palabras clave: Desplazamiento, inspección, prestación de servicios, relaciones laborales, seguridad social, impuestos, salarios, jornada, seguridad y salud en el trabajo, fraude de ley, elusión, incumplimientos, vacío legal.

ABSTRACT

The posting of workers in the scope of the EU-EEA is carried out under the freedom of provision of services and not under the free movement of workers. Its specific regulation by the Directive 96/71 is a balance between that principle and the protection of imperative labour law in the host country. We should add to these rules those relating to the social security and the income tax legislation applicable to posted workers. Once clarified the legal framework, the competences of enforcement for national authorities (judicial and administrative) are described regarding the applicable law on social security and the enforcement rules introduced by the Directive 2014/67 which has not been transposed to the Spanish legislation but is applicable since June 18th, 2016 with vertical and direct effects with regard to all the Spanish public bodies. Once examined these aspects, there is a review of the most obvious forms of fraud, circumvention and direct non-compliance of the current legislation on posting of workers in salaries, working time and occupational safety and health and a final analysis of the legal and procedural loopholes.

Keywords: Posting, inspection, provision of services, industrial relations, social security, taxes, salaries, working time, occupational safety and health, fraud, circumvention, non-compliance, legal loopholes.

La Inspección de Trabajo y las tecnologías de la información y comunicación. Retos y oportunidades

Labour Inspection and the information technology. Challenges and opportunities

JUAN ANTONIO ELENA GARCÍA*

1. INTRODUCCIÓN

La tecnología, sus infraestructuras y la sociedad de la información, tienen un gran impacto en la sociedad, economía, organización de la empresa e, inevitablemente, en las relaciones laborales. Impacto que viene motivado por la generalización del uso de los dispositivos móviles y la facilidad de conexión.

La aparición de los ordenadores incidió positivamente en la eficiencia de las actividades de gestión de la empresa –contabilidad, finanzas, recursos humanos y comunicaciones–. Sin embargo, en la actualidad, está afectando a la línea o líneas de negocio de las organizaciones, ya sea porque éstas, directamente, introduzcan cambios tecnológicos para el desarrollo de su modelo de forma más eficiente o innovadora o, simplemente, por la aparición de nuevos actores dispuestos a ejercer una competencia

directa con esquemas basados en las nuevas tecnologías.

Estos últimos no suelen requerir grandes cantidades de capital o recursos de investigación y disponen de una estructura de costes muy reducida o, simplemente, no están sujetos a las regulaciones sectoriales¹.

Un buen ejemplo de ello es lo sucedido en el sector financiero², donde el uso de la informática permitió, inicialmente, mejorar su gestión y, posteriormente, ha desbordado sus límites alcanzando al negocio bancario con la aparición de (i) nuevos medios de pago, (ii) startups dedicadas a la financiación de particulares o empresas o, incluso, (iii) «criptomonedas».

¹ La irrupción de «startups» en sectores regulados incide directamente en la competencia en el mercado. Como sucede en el sector bancario, las exigencias de capital y de solvencia afectan a aquéllos que están sometidos a regulación bancaria sin que alcance a los nuevos medios de pago.

² FINE, C.: «Digitalización financiera: el community banking en la era de la disrupción digital» en *Papeles de Economía Española*, FUNCAS, núm. 149, 2016, pgs. 2 y ss.

* Inspector de Trabajo y Seguridad Social.

La generalización de los dispositivos móviles con conexión a internet y el uso de la tecnología reducen los costes de entrada y/o participación en el mercado y producen una ventaja competitiva sobre los actores tradicionales que está revolucionando la economía y el trabajo.

En este sentido, se dice que la aparición de nuevas fuentes de energía, sistemas de comunicación y financiación son los tres elementos esenciales para reconocer el advenimiento de una nueva etapa económica³.

La irrupción de las nuevas tecnologías de la información y comunicación y la digitalización de la economía y sociedad proyectan inquietudes sobre su funcionamiento y la organización del trabajo, especialmente, el del trabajo remunerado, dependiente y por cuenta ajena.

En este marco, los modelos de negocios basados en la tecnología no sólo reducen los costes marginales de la producción de las nuevas unidades, que en algunos casos pueden ser cero, sino que exigen la reorientación de los enfoques estratégicos e, incluso, de la cultura de todas las organizaciones.

Actualmente, se intuyen algunas de las consecuencias de la digitalización de la economía y de los incrementos de eficiencia derivados de una producción automatizada o robotizada⁴. Efectos que consisten básicamente en desequilibrios sobre el volumen de empleo, la

³ <http://www.forbes.com/sites/goncalodevasconcelos/2015/03/04/the-third-industrial-revolution-internet-energy-and-a-new-financial-system/#d5a8cec36ef0>

Aunque sobre este punto es obligada la mención del ensayo, pronunciado en 1982 en el Círculo de Empresarios, por ALONSO OLEA, M., que puede consultarse en: «El trabajo como bien escaso», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 33, 2001, pgs. 17 y ss. donde apunta que las verdaderas revoluciones se producen con la invención de un nuevo sistema de necesidades y que el sistema inventado en la Revolución industrial está satisfecho, sin que los perfeccionamientos técnicos sucesivos hayan representado un cambio profundo y real.

⁴ A la digitalización y producción automatizada se le añaden otros avances científicos y tecnológicos como la robótica, inteligencia artificial, computación cuántica, impresión

organización del trabajo en régimen de dependencia y su afectación a los sistemas de protección social.

Aun cuando como consecuencia de estos avances surjan nuevas profesiones, la velocidad e integración del cambio tecnológico, el aumento paralelo de la población y su longevidad provocará, al menos, temporalmente un incremento de los niveles de desempleo estructural⁵, que, muy probablemente, puedan ser compensados con aumentos en el «autoempleo» o en el trabajo «parasubordinado».

Abordar la repercusión de las nuevas formas organizativas de trabajo y de empresa no es una tarea exenta de cierto riesgo, dados los avances alcanzados en las últimas décadas. No obstante, la reflexión sobre el estado de las cosas y su devenir no sólo resulta un ejercicio interesante, sino obligatorio, aunque sólo sea a los efectos de contribuir a la orientación estratégica de una organización.

En el caso de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social concurren, igualmente, circunstancias como su carácter especializado en la rama social y las funciones propias de control y vigilancia del cumplimiento de la normativa laboral, de prevención de riesgos laborales y de Seguridad Social.

Sin más propósito que reflejar algunos aspectos del binomio trabajo y tecnología y la ne-

3D, la «auto-conducción» de vehículos, el internet de las cosas, biología sintética.

Pueden consultarse diversos informes sobre la incidencia de las tecnologías en el volumen de empleo, entre otros:

The Future of Jobs. Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution, World Economic Forum; GLENN, C., FLORESCU, E.: *State of the Future*, Millennium Project.

En la posición contraria puede consultarse a BAKER, D.: «The job-killing-robot myth» en <http://www.latimes.com/opinion/op-ed/la-oe-baker-robots-20150507-story.html>

⁵ En este punto y en línea con lo apuntado por ALONSO OLEA, M.: «El trabajo ...», *op. cit.*, pgs. 19 y 20 cabe preguntarse si estamos ante un nuevo sistema de necesidades, que transitoriamente destruirá empleo y a medio plazo generará más empleo, o ante mejoras de un sistema agotado, cuyas innovaciones destruirán empleo.

cesaria digitalización de las organizaciones, a continuación, se expondrán algunos de los retos derivados del desarrollo tecnológico en la sociedad, economía y trabajo y algunas de las opciones que pueden orientar la estrategia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

2. RELACIONES LABORALES, NUEVAS TECNOLOGIAS E INSPECCIÓN DE TRABAJO

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como órgano encargado de garantizar la efectividad de la normativa del orden social, ha presenciado, en el transcurrir de sus más de ciento diez años de historia, la influencia de la innovación tecnológica⁶ en las relaciones laborales.

En líneas generales, esta influencia se proyectó, inicialmente, sobre (i) la seguridad y salud en el trabajo, materia objeto de vigilancia y control, y (ii) las obligaciones o prohibiciones a las que los Inspectores estaban sujetos.

- (i) La relación entre el estado de la técnica y la seguridad y salud en el trabajo quedaba patente en el ejercicio de las funciones de inspección al esclarecer las causas de los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, o al atender las denuncias presentadas en materia de seguridad e higiene en el trabajo.

En este sentido, es célebre la mención del General Marv, al analizar la reducci3n de la siniestralidad laboral, pues no debía «[...] causar extrañeza que tales accidentes se hayan reducido al 50 por 100, si se tiene en cuenta que mas de una mitad de esos casos [...]» tenían su causa en una «[...] defectuosa organizaci3n de los talleres y a la falta

⁶ Sobre este particular, el General Marv aport3 numerosas innovaciones regidas por el principio de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores. Véase BORDONADO BERMEJO, M.J.: *El General de Ingenieros Don José Marv y Mayer creador del Cuerpo de Inspecci3n de Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006.

de artificios protectores en las máquinas». Avances que también se manifestaban en el conocimiento de las causas de las enfermedades profesionales con las correspondientes propuestas para la eliminaci3n o control del riesgo.

- (ii) A pesar de que el estado de la ciencia dificultaba el establecimiento de una reglamentaci3n provisional en materia de seguridad e higiene sobre las medidas o sistemas de control, ya se manifestaba la necesidad de que el Inspector mantuviese su imparcialidad y neutralidad sin que efectuase recomendaciones concretas⁷.

La repercusi3n de los avances técnicos no se ha limitado a estos ámbitos, sino que ya en los primeros pasos de la Inspecci3n de Trabajo se vislumbraba su incidencia en el volumen de empleo.

En el Informe relativo al desprendimiento de humos tóxicos de las fábricas de productos químicos del Pueblonuevo del Terrible se apuntaba que la incorporaci3n de nuevos mecanismos de producci3n afectaba positivamente, en lo físico y moral, al obrero, sin que se produjese una reducci3n del empleo⁸.

La vinculaci3n de esta instituci3n con los cambios en los procesos productivos no se agota en la prevenci3n y control de los riesgos laborales, sino que también, como es inevitable, ha desempeñado su papel en una de las manifestaciones más esenciales del poder de di-

⁷ En este sentido, pueden consultarse los artículos 11, 20 y 29 del Reglamento para el servicio de inspecci3n del trabajo de 1906 en el que se prohibía a los Inspectores efectuar recomendaciones sobre la adquisici3n o uso de patentes, la obligaci3n de guardar secreto respecto de los procedimientos industriales que conociesen con ocasi3n del ejercicio de sus funciones. Igualmente, si detectaban deficiencias en las condiciones de seguridad en el trabajo o de higiene, debían limitarse a señalarlas, sin indicar el modo de remediarlas.

⁸ KINDELÁN, J.A.: *Informe relativo al desprendimiento de humos tóxicos de las fábricas de productos químicos del Pueblonuevo del Terrible*. Instituto de Reformas Sociales (España). Direcci3n General del Trabajo e Inspecci3n, 1922.

rección del empresario, a saber, las decisiones extintivas y modificativas de las condiciones de trabajo.

Este tipo de decisiones empresariales, que conciernen directamente al nivel de empleo en la empresa y cuyo motivo podía residir, entre otros, en las mejoras de los procesos productivos, se encauzaron a través de procedimientos donde se conciliaban los intereses encontrados⁹.

De esta forma, puede aventurarse que hasta el advenimiento del modelo constitucional de relaciones laborales los vínculos entre tecnología y trabajo estaban relativamente acotados.

Con advenimiento del modelo constitucional de relaciones laborales, se adicionaron nuevos conflictos relacionados con la tecnología, casi siempre vinculados con el alcance del ejercicio del poder dirección –cámaras de vigilancia, escuchas, uso del correo electrónico¹⁰, entre otros–.

El reconocimiento de los derechos fundamentales en la esfera privada¹¹ abrió un espa-

⁹ Inicialmente, este control se efectuaba con posterioridad a la adopción de la medida extintiva y se instrumentaba con la participación de los Jurados Mixtos y es en 1944, con la aprobación del Decreto de 26 de enero de 1944, cuando se establece la autorización administrativa como control previo al despido colectivo.

¹⁰ Para profundizar en la determinación del alcance del control del empresario sobre correo electrónico como herramienta de trabajo y la tutela de los derechos del secreto de las comunicaciones e intimidad puede consultarse, entre otros, TOSCANI GIMENEZ, D. y CALVO MORALES, D.: «El uso de internet y el correo electrónico en la empresa: límites y garantías» en *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 165, 2014, pgs. 197 y ss.

¹¹ El Tribunal Constitucional, desde la década de los ochenta, ha asumido la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte*, por la que la eficacia de los derechos fundamentales no constituye un derecho exclusivo de defensa del ciudadano frente a la injerencia del Estado, sino que abarca aquellas situaciones en las que existe un poder social desigual en las relaciones privadas con la finalidad de evitar limitaciones arbitrarias de los derechos fundamentales.

Entre otras, puede consultarse la Sentencia del Tribunal Constitucional 98/2000, de 10 de abril [RTC 2000,98], indica que la relación laboral no lleva aparejada «[...] la privación de

cio de libertad en las relaciones laborales. El alcance de los derechos fundamentales en las relaciones privadas no es absoluto y, por ello, está permitida cierta injerencia empresarial, siempre y cuando, se supere el denominado juicio de constitucionalidad, exigiéndose que sea necesaria para lograr el fin legítimo previsto, proporcionada para alcanzarlo y, en todo caso, respetuosa con el contenido esencial del derecho.

Según se fueron incorporando nuevas herramientas de trabajo fruto de la generalización de los medios informáticos, los conflictos no sólo se ocasionaban por el modo en el que se ejercía el poder de dirección o, incluso, el disciplinario del empresario, sino que alcanzaron a aspectos colectivos como al ejercicio de la acción sindical –uso del correo electrónico en la actividad sindical– o en materia de prevención de riesgos laborales –riesgos psicosociales–.

Además de lo expuesto hasta el momento, la generalización de la tecnología y de la sociedad de la información ha trastocado viejos paradigmas como el de trabajo a domicilio, proscrito y visto con recelo pues, se buscaba la elusión de la nota de dependencia –elemento esencial de la relación laboral– y solía llevar aparejado el incumplimiento de obligaciones fiscales, laborales y de Seguridad Social, sin perjuicio de introducir elementos de distorsión en los salarios abonados a los trabajadores¹².

La tecnología y la flexibilización de las relaciones laborales permiten prestar los servicios objeto de contrato de trabajo fuera del lugar típico de dirección y control empresarial.

De hecho, no sólo en aquellas empresas relacionadas con las nuevas tecnologías resulta habitual el teletrabajo, sino que también en

tales derechos para quienes prestan servicio en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo».

¹² Las mujeres, al tener pocas oportunidades profesionales, desempeñaban este tipo de trabajo con menores salarios y derechos.

las grandes empresas suele ofrecerse el desempeño de parte de la jornada en modo remoto dentro de las políticas de conciliación de la vida familiar y personal.

A pesar del cambio de paradigma, en el trabajo a domicilio se mantiene parte de esa «invisibilidad» que lo caracterizaba¹³.

En esta línea, especialmente significativos son los efectos de la denominada «economía colaborativa» a través de aplicaciones móviles o de servicios proporcionados por internet en el campo de aplicación del Derecho del Trabajo y sus efectos en el Sistema de la Seguridad Social.

Quizá el caso paradigmático lo representan aquellas empresas tecnológicas que prestan servicios en diversos sectores, sean o no regulados, y que se sitúan entre los usuarios y quien realiza la ejecución del servicio.

Sin entrar a analizar la presencia, el alcance y ponderación de las distintas notas tipificadoras de la relación laboral en aquellas prestaciones de servicios que se ejecutan en los modelos de negocio «colaborativos», parece apropiado apuntar que sus manifestaciones más elementales como el horario y el lugar de prestación de servicio se diluyen en las nuevas formas organizativas de la actividad.

Además de la dilución de elementos como el horario y el lugar de trabajo, pudiera pensarse que, paralelamente, se disipa el ejercicio del poder de dirección del empresario sobre el contenido de la prestación. Si bien, en realidad, ese control puede ser ejercitado directamente sobre los resultados de la prestación de servicios o a través de las diversas posibilidades que la tecnología permite.

En ocasiones, con las distintas opciones que la tecnología permite se puede realizar un exhaustivo control de la finalidad productiva o, incluso, limitar absolutamente la puesta a

disposición a terceros de los bienes y servicios producidos. De esta forma la tecnología es el instrumento a través del cual se ejerce y se exterioriza esa dependencia característica de la relación laboral.

Los cambios que afectan a las relaciones laborales no se agotan en una de sus manifestaciones más esenciales, sino que aparecen otros aspectos como la inmediatez en la ejecución del servicio, favorecida por la conectividad, y reaparecen con intensidad fenómenos como el trabajo a demanda.

Estos modelos de negocio basados en la tecnología e internet permiten llegar a un gran número de clientes sin necesidad de tener grandes redes de distribución, lo que aumenta la competitividad mediante la oferta de un producto o servicio prácticamente inmediato.

Estas dificultades para determinar el campo aplicativo del Derecho del Trabajo, sin perjuicio del análisis individual y pormenorizado de las distintas notas típicas, la flexibilidad de horarios y del lugar de trabajo y la conectividad pueden favorecer la elusión de las obligaciones de Seguridad Social y el incumplimiento generalizado de los derechos de las personas que ejecutan un servicio en régimen de dependencia.

Sin embargo, estos modelos de negocio arrojan incertidumbres no sólo en el ámbito de las relaciones laborales –individuales y colectivas¹⁴–, sino también en otras esferas de la vida personal y económica como la privacidad, seguridad, acceso a la información o, incluso, restricciones a la libre competencia al introducir nuevas condiciones con menores costes.

Además de la prolongación de los efectos de la tecnología y la flexibilidad de las relaciones laborales en la organización del trabajo y en

¹³ Invisibilidad que pudieran verse superada con la identificación de esta modalidad contractual.

¹⁴ Los efectos sobre el nivel de empleo y la organización del trabajo en régimen de dependencia –incremento de trabajadores autónomos o «parasubordinados»– agravarán los problemas tradicionales del sindicalismo español (bajas tasas de afiliación y dispersión de intereses).

el campo de aplicación del Derecho del Trabajo, han aparecido otros fenómenos, que se han añadido a la deslocalización de estructuras productivas, como la disminución de intermediarios, la ampliación de los canales de venta a través de internet, la aparición de nuevos bienes y servicios objeto de tráfico mercantil¹⁵ o, incluso, los efectos que los últimos avances científicos y tecnológicos –robótica, inteligencia artificial, la computación cuántica, impresión en 3D, la «auto-conducción» de vehículos, el internet de las cosas, biología sintética u otros– pueden provocar en la organización de la sociedad y en el trabajo.

Todos estos fenómenos están afectando a las realidades normadas por nuestros ordenamientos y en algunos supuestos la propia configuración metodológica de la norma permite su adaptación a la nueva realidad social y, en otros casos, pueden surgir dudas sobre su aplicabilidad. Sirva de ejemplo, la presunción *iuris tantum* prevista en el apartado tercero del artículo 2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos¹⁶ en los supuestos de titulares de dominios en internet con vinculación directa en España y destinados a la venta de productos¹⁷.

¹⁵ Bienes y servicios relacionados con las nuevas tecnologías. Piénsese en el bitcoin, moneda que trasciende a la soberanía nacional y sin respaldo de un banco central.

¹⁶ BOE del 15 de septiembre.

¹⁷ ¿Debe considerarse como un establecimiento abierto al público? Véase el artículo 2 del citado Decreto que recoge el concepto de trabajador por cuenta propia que indica:

1. A los efectos de este Régimen Especial, se entenderá como trabajador por cuenta propia o autónomo aquel que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas.

2. La habitualidad para los trabajadores que se ocupen en trabajos de temporada quedará referida a la duración normal de ésta.

3. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el interesado concurre la condición de trabajador por cuenta propia o autónomo, a efectos de este Régimen Especial, si el mismo ostenta la titularidad de un establecimiento abierto al público como propietario, usufructuario, arrendatario u otro concepto análogo.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social no puede estar al margen de estos fenómenos que en el corto plazo generan conflictos de corte interpretativo y a medio o largo plazo afectarán a aspectos esenciales de las relaciones laborales, individuales y colectivas, y a los sistemas de protección social, pues pudiera ser que la relación empleador-empleado ya no sea la sólida base en la que reposa el estado del bienestar¹⁸.

3. LA ORGANIZACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

3.1. Consideraciones previas

En las últimas décadas, las reflexiones sobre de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se han centrado principalmente en su organización y funcionamiento. El debate comprendía aspectos como su adecuación al modelo constitucional de distribución de competencias, si debía mantener o no su carácter generalista, su presencia y papel en las relaciones laborales, la participación institucional de los agentes sociales, programación de campañas, los procesos de selección y formación, entre otros¹⁹.

La Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Se-

¹⁸ *The Future of Jobs. Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution*, World Economic Forum.

¹⁹ En menor medida, hace más de una década, se apuntaba la importancia de los cambios sociales y económicos y su eco en el mercado de trabajo, además se señalaba que la velocidad de los cambios iban a requerir la capacidad imaginativa y operativa de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a fin de dar una respuesta ágil y eficaz a los requerimientos de los ciudadanos. Véase: CAZORLA APARICIO, E.: «Una Inspección para el siglo XXI» en AA.VV. *Primer Centenario de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Publicación conmemorativa*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2006, pgs. 87 y ss. También puede consultarse FONT BLASCO, C.: «Desafíos a que se enfrenta a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social Española en los principios del siglo XXI», en AA.VV. *Primer Centenario de la ...*, op. cit., pgs. 148 y ss.

guridad Social²⁰ (en adelante, «Ley 23/2015») que ha introducido importantes cambios en el Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como la creación del cuerpo de subinspectores laborales con dos escalas –Empleo y Seguridad Social y Seguridad y Salud Laboral–, garantiza la viabilidad de un sistema nacional de inspección asentado en el Organismo Estatal de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con personalidad jurídica²¹.

La relevancia de los aspectos institucionales y de distribución de competencias ha eclipsado puntualmente otros como la necesaria modernización de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con la finalidad de prestar un servicio público más eficaz.

El uso por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de técnicas para aprovechar el conocimiento científico ha estado vinculado a la práctica de la actividad inspectora con la finalidad de disponer de elementos de juicio suficientes para concluir si se produce o no el cumplimiento de la normativa²².

Si dejamos al margen el uso de estos instrumentos como auxilio de la actuación inspectora, así como el uso de herramientas informáticas como soporte del trabajo cotidiano, el salto cualitativo en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se produjo con la creación de un sistema centralizado de gestión de la actividad inspectora, que permite la generación de órdenes de servicio, conocer su estado y tra-

zabilidad, así como, la producción homogénea de actos administrativos²³.

Estas innovaciones focalizadas en los sistemas de gestión y registro de la propia actividad inspectora se completa con la difusión de instrumentos que fomentan la colaboración y el acceso al conocimiento –bases de datos jurídicas, acceso a las consultas no vinculantes de la Dirección General de Empleo y otros organismos, mejores prácticas, entre otros–.

El uso de las nuevas tecnologías no debe circunscribirse a aquellos aspectos relacionados con la gestión, sino que ha de incluir aquellas funciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que incidan directamente en la eficiencia de los recursos destinados por la Administración Pública a la fiscalización de la normativa del orden social.

Una de las áreas, en las que el uso de técnicas informáticas puede contribuir a lograr una mayor eficiencia y, por lo tanto, mejorar el fortalecimiento de la efectividad de la norma, es la de planificación de la actividad inspectora.

3.2. La modernización de los sistemas de planificación

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social planifica su actividad inspectora anualmente. La planificación de la actividad inspectora en materia laboral y de prevención de riesgos laborales se efectúa a través de los programas generales y territoriales acordados con las autoridades laborales de las Comunidades Autónomas, mientras que en materia del sistema de protección social se instrumenta a través de los planes conjuntos entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y

²⁰ BOE del 23.

²¹ Para conocer la relevancia de las modificaciones introducidas por esta ley puede consultarse SACRISTÁN ENCISO, J.I.: «La nueva Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. La reforma de un servicio público comprometido con la calidad del empleo» en *Trabajo y Derecha*, núm. 3, junio, 2016.

²² En este sentido, está permitida la toma de fotografías o muestras o, incluso, se recurre al asesoramiento de peritos o técnicos especialistas en seguridad e higiene para la realización de mediciones o el acceso a los medios informáticos para la obtención de datos o información relevante sobre el asunto relacionado con la actuación inspectora (véase la letra d del apartado tercero del artículo 13 de la Ley 23/2015).

²³ Modernización que se produjo en el seno del proyecto linc-e, dando lugar al sistema de gestión Integra. Además, (i) se implantó un entorno corporativo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, con intranet propia, en el que se incorporaron bases de datos jurídicas, (ii) se repusieron los equipos informáticos y (iii) mejoraron los sistemas de comunicación.

Desde este momento, se han realizado mejoras continuas en el sistema de gestión Integra.

las entidades gestoras y servicios comunes del sistema.

El deseo de modernizar y ganar competitividad en el ejercicio de las funciones de control atribuidas a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha estado presente en las distintas normas reguladoras de la organización y funcionamiento de esta institución.

En este sentido, la Ley 23/2015 habilita la creación de una Oficina de Lucha contra el fraude entre cuyos cometidos, sin ningún tipo de dudas, se encontrarán los procesos de perfeccionamiento de la planificación inspectora.

La consolidación de los procesos de planificación de las actuaciones inspectoras debe asentarse en el tratamiento y análisis masivos de datos con la finalidad de obtener evidencias o correlaciones que permitan afianzar la efectividad de la norma.

Procesos que pueden ser implantados en las distintas materias sobre las que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tiene competencia –desde las relaciones laborales hasta la prevención de riesgos laborales, pasando por la normativa configuradora del sistema español de protección social y por la de inmigración y emigración–.

Dentro de las distintas materias en las que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tiene competencia, parece que, tanto el fortalecimiento del cumplimiento de las distintas obligaciones instrumentales del Sistema de la Seguridad Social –afiliación, cotización y recaudación– y las del disfrute de las prestaciones, como la mejora de las condiciones de trabajo y reducción de la siniestralidad laboral encajan plenamente con el uso de las herramientas de tecnologías de la información y comunicación.

3.2.1 La planificación de las actuaciones inspectoras en las relaciones laborales y en el sistema de protección social

La planificación de la actividad inspectora en materia de relaciones laborales y del sistema de protección social, a pesar de las dis-

tintas titularidades en la competencia de ejecución, puede englobarse de forma conjunta, dada la estrecha relación de estas materias y el origen común de los datos tratados.

La presencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en las relaciones laborales ha perdido intensidad en los últimos veinte años, principalmente, por la disminución de la intervención de la Administración Laboral. Papel que se ha ido orientando según iba disminuyendo la intervención de la Administración, como ha sucedido, entre otros, con la participación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los procesos de reestructuración empresarial a raíz de la supresión de la autorización administrativa para ajustar el nivel de empleo en las empresas.

La función de vigilancia del cumplimiento de la normativa en materia de relaciones laborales se centra principalmente en las reclamaciones sobre cuestiones individuales y colectivas, aunque muchas de ellas se ventilan en el orden jurisdiccional.

En ocasiones, la intervención en las relaciones laborales consiste en una función de asesoramiento o constatación de ciertos hechos para un enjuiciamiento posterior en el orden jurisdiccional social.

La labor fiscalizadora en materia laboral se circunscribe principalmente al control de la causalidad de la contratación temporal, del tiempo de trabajo –jornadas, descansos, horas extraordinarias,...–, salarios, derechos fundamentales –discriminación, conciliación de la vida familiar y laboral, igualdad efectiva entre hombres y mujeres–, aspectos colectivos de las relaciones laborales –derechos de la representación unitaria de los trabajadores, negociación colectiva en masa, cumplimiento del contenido normativo de los convenios colectivos, entre otros–.

Tradicionalmente, ha existido dificultad a la hora de planificar actuaciones inspectoras en el ámbito de las relaciones laborales –individuales y colectivas–, si bien, pueden ser objeto de planificación mediante el análisis y

el tratamiento de los datos aspectos como (i) la contratación temporal abusiva o en fraude de ley, (ii) las contrataciones de trabajadores para ponerlos a disposición de las empresas usuarias, (iii) la verificación de la obligación de reservar puestos de trabajo para personas con discapacidad, (iv) los derechos que afectan a la conciliación de la vida familiar y laboral –permisos de maternidad, paternidad y reducciones de jornada por cuidado de hijos–.

El tratamiento y análisis de los datos no debe reducirse al mero apoyo de la función de control, sino que también puede proporcionar un conocimiento más profundo de la realidad socioeconómica del país, sus actividades económicas, la estacionalidad del empleo y demás condiciones de trabajo, así como contribuir en el desarrollo de la acción del departamento²⁴.

En el contorno de los sistemas de protección social, el fortalecimiento del cumplimiento de las obligaciones instrumentales del sistema –afiliación, cotización, recaudación y acceso y disfrute de prestaciones– se hace necesario no sólo para que los trabajadores tengan acceso a un sistema de prevención y remedio de las contingencias que pueden acontecer durante su vida, sino para que el disfrute de las prestaciones sea acorde al trabajo efectivamente realizado, circunstancia, especialmente, relevante en un sistema basado en la solidaridad entre generaciones²⁵.

²⁴ El informe *The Future of Jobs. Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution*, World Economic Forum, recomienda a los gobiernos considerar las características de los mercados laborales al desarrollar sus futuras políticas de lucha contra la desigualdad.

²⁵ La Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como Autoridad Central, tiene la obligación de elaborar tres memorias sobre la gestión que desempeña anualmente esta institución. Exigencia que proviene de los artículos 20 y 21 del Convenio 81 y de los artículos 26 y 27 del Convenio 129 de la OIT, así como de los acuerdos y programas del Comité de Altos Responsables de la Inspección de Trabajo de la Unión Europea (SLIC).

La memoria correspondiente al ejercicio 2015 puede consultarse en

http://www.empleo.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_2015.pdf

El desarrollo de políticas de fortalecimiento de la función de control del cumplimiento de las obligaciones instrumentales de nuestro sistema de protección social persigue la erradicación de aquellos fenómenos fraudulentos como el abuso sistemático de las distintas obligaciones de afiliación, cotización y recaudación para establecer relaciones laborales precarias, tramas organizadas para la obtención de permisos de residencia y trabajo o, incluso, dirigidas a la obtención de prestaciones de asistencia sanitaria o económicas sin reunir los requisitos de acceso y/o disfrute²⁶ y la elusión de pago de cotizaciones.

3.2.2. *La planificación de las actuaciones inspectoras en prevención de riesgos laborales*

En cumplimiento del principio rector de la política social y económica, los poderes públicos velan por la seguridad e higiene en el ámbito laboral con el desarrollo de una política de protección de la salud de los trabajadores.

Dentro de las distintas acciones –control, análisis y estudios, políticas públicas de promoción y apoyo– corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el ejercicio de la función de vigilancia y control de la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

En esta memoria se hace referencia a alguna de las campañas planificadas dirigidas a comprobar la afiliación de trabajadores por cuenta propia en el RETA. En este caso, se detectaron ciertos profesionales que cumplen los requisitos para su encuadramiento en el mismo por realizar actividades económicas por cuenta propia sin alta el citado régimen. Los rendimientos económicos eran superiores al Salario Mínimo Interprofesional.

²⁶ CAMINO FRIAS, J.J.: «Un fenómeno emergente del fraude social: las empresas ficticias. Actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social», *Trabajo y Derecho*, núm. 3, junio, 2016, al analizar el fenómeno de las empresas ficticias señala como los promotores de estas tramas organizadas operan «[...] a cambio de un precio [...]» y ofrecen, además, de lo indicado, la posibilidad de obtener el tercer grado penitenciario para las personas condenas a penas privativas de libertad, créditos con garantías hipotecarias o, incluso, acceder al sistema nacional de trasplantes de órganos.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social realiza su actividad en materia de prevención de riesgos laborales de forma planificada, que se complementa con la actuación permanente de control originada por las peticiones efectuadas por terceros.

La planificación de la actividad inspectora en prevención de riesgos laborales es el resultado de la incorporación de los programas generales de objetivos –de ámbito supra autonómico aprobados por la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social– y los programas territoriales –acordados con las Comunidades Autónomas– en las Comisiones Territoriales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Todos ellos forman parte del Plan Integrado de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que se aprueba cada año.

Ahora bien, la participación en la planificación inspectora no se agota en los programas generales y territoriales adoptados desde los poderes públicos, sino que también las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, mediante su participación en la Comisión Consultiva Tripartita²⁷ de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, formulan propuestas sobre las campañas de inspección a realizar²⁸.

El empresario es quien tiene la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores²⁹. Obligación empresarial, cuyo con-

²⁷ Debe indicarse que la Disposición transitoria primera de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social establece el régimen transitorio de la organización de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y señala que «Los órganos de participación institucional de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social mantendrán su funcionamiento conforme a su normativa reguladora, hasta el momento de la constitución del Organismo Estatal».

²⁸ Manifestación de la acción colectiva para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios a las organizaciones sindicales y empresariales (artículos 7 y 37 de la Constitución Española).

²⁹ Artículo 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE del 8).

tenido se precisa a lo largo de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales³⁰ y de sus disposiciones generales de desarrollo, al establecer los principios generales inspiradores de la acción preventiva y las distintas de obligaciones de carácter instrumental, dirigidas a conseguir el cumplimiento satisfactorio de su deuda de seguridad.

Efectuadas las precisiones sobre el deudor de seguridad, el modo de planificar las actuaciones inspectoras –dado el esquema constitucional de distribución de competencias– y la articulación de la participación institucional de los agentes sociales, debe subrayarse que la actuación inspectora en esta materia se caracteriza por un enfoque eminentemente preventivo con la finalidad de promover la mejora de las condiciones de trabajo y elevar los estándares de seguridad y salud en el trabajo mediante el impulso, desarrollo y ejecución de medidas preventivas, sin que el objetivo sea la adopción de medidas sancionadoras, salvo cuando se estime como necesario por la naturaleza de los incumplimientos o por la conducta renuente, negligente o de resistencia del empresario³¹.

Actuaciones preventivas que se realizan, principalmente, mediante:

- el desarrollo de acciones directas de comprobación de las condiciones de trabajo en la empresa.
- la comprobación de las obligaciones de carácter instrumental del deber de protección del trabajador en el trabajo –evaluación de riesgos laborales, planificación de la actividad preventiva, integración de esta actividad en los niveles jerárquicos en la empresa, formación, vigilancia de la salud, derechos de representación ...–.

³⁰ BOE del 10.

³¹ En este punto, debe recordarse, sin perjuicio de la existencia de unos criterios técnicos y operativos que nivelan la aplicación normativa, la autonomía técnica y funcional del Inspector de Trabajo y Seguridad Social prevista en el artículo 15 de la Ley 23/2015.

- acciones mixtas –condiciones de trabajo y gestión de la prevención–.
- el desarrollo de acciones sobre los distintos agentes que intervienen en el modelo de prevención de riesgos laborales implantado en la empresa –servicios de prevención, entidades formativas y empresas auditoras–.

Este enfoque preventivo³² se ve completado por la acción permanente de control sobre las denuncias y otros incumplimientos que se comunican a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social³³, así como la investigación, por mandato legal, de todos los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales calificadas como graves, muy graves o mortales.

En todo caso, el uso de tecnologías de la información y comunicación proporcionan una visión más aproximada de la siniestralidad laboral, las causas de los accidentes traumáticos, los sectores, tamaños de las empresas y cuantas otras circunstancias concurren en los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, pudiendo extraerse correlaciones o patrones. Conocimiento que puede utilizarse para el fortalecimiento de los procedimientos de identificación y evaluación de los riesgos, así como para la propuesta de las medidas técnicas u organizativas que resulten procedentes, sin perjuicio de su repercusión directa en los procesos de formación e información dirigidos a los trabajadores, empresarios, servicios de prevención y técnicos especializados en la materia, entre otros.

En definitiva, el uso de herramientas de tratamiento y análisis de datos favorecen la efectividad de la normativa y el cumplimiento eficaz de las obligaciones de los distintos ac-

tores con responsabilidades en la prevención de los riesgos laborales, que redundará en la mejora de las condiciones de trabajo de los trabajadores³⁴.

3.2.3. Aspectos comunes

El afianzamiento de esta función de planificación requiere la ejecución de una política de cooperación administrativa³⁵ entre los distintos departamentos ministeriales de la Administración General del Estado y la adquisición de recursos informáticos, hardware y software, idóneos a tal fin, así como la asistencia de profesionales especializados.

En este punto, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social ha ejecutado una política de impulso de la lucha contra el fraude y fomentado la cooperación administrativa con las Comunidades Autónomas mediante la suscripción de diferentes convenios de colaboración.

La necesidad de impulsar la cooperación administrativa se ha trasladado al espacio comunitario con la creación de una plataforma de colaboración entre las autoridades de los distintos estados miembros para lucha contra la economía sumergida y así mejorar las condiciones de trabajo y promover la incorporación de los trabajadores al mercado laboral

³⁴ Además, los estudios sobre la siniestralidad investigada constituyen una herramienta de interés para la formación y divulgación.

En el siguiente link pueden consultarse diversos videos elaborados por Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre accidentes concretos:

http://www.empleo.gob.es/itss/web/Trabaja_con_nosotros/Escuela_ITSS/Videos_AT/index.html

Igualmente, en el siguiente enlace puede consultarse el resultado del análisis sobre los accidentes mortales traumáticos investigados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ejercicio 2015:

http://www.empleo.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Sala_de_comunicaciones/Noticias/2016/Adj_not_20160329_AT_mort_ITSS2015.pdf

³⁵ En las distintas memorias anuales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social pueden consultarse los convenios suscritos con otras Administraciones Públicas.

³² La memoria del ejercicio 2015, *op. cit.*, puede comprobarse el peso del requerimiento en materia de prevención de riesgos laborales, como medida derivada de la actuación inspectora, frente a la propuesta de sanción.

³³ Entre las que se puede destacar las denuncias presentadas por trabajadores, sindicatos o peticiones razonadas de Administraciones Públicas.

bajo la idea de que el trabajo no declarado implica peores condiciones de trabajo, salarios bajos e incumplimientos generalizados de los derechos laborales básicos de los trabajadores.

En resumen, puede indicarse que una estrategia de fortalecimiento de la función inspectora mediante el tratamiento y análisis de datos requiere el impulso de los procesos de:

- (i) captación de información procedente, tanto de distintas Administraciones Públicas (Seguridad Social, Tributaria, Tráfico, Autoridades Laborales Autonómicas...), como de terceros.

A propósito de la obtención de información, en el apartado primero del artículo 16 de la Ley 23/2015 se establece la obligación general de suministrar datos, informes y antecedentes que tengan trascendencia en el ámbito de las competencias de la Inspección de Trabajo y en los siguientes apartados se prevé una colaboración específica con el Consejo General del Notariado, la Administración Tributaria y las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social³⁶.

Colaboración que se completa con la información que las mutualidades de previsión social deben de suministrar a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el adecuado desarrollo de la actividad inspectora en lo relativo a su condición de entidades alternativas al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta

³⁶ Véase la resolución conjunta de 28 de julio de 2004 de la Secretaría de Estado de Seguridad Social y de la Subsecretaría de Trabajo y Seguridad Social sobre cooperación recíproca entre la Tesorería General de la Seguridad Social y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que intensificó e hizo más eficaz la labor de fiscalización y control del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el área de Seguridad Social.

Para ello, se facilitó el acceso a las bases de datos de la Tesorería General de la Seguridad Social y su cesión y, además, posibilita la realización de estudios de planificación y cruces informáticos.

Propia o Autónomos³⁷. Información que resulta muy relevante para fortalecer el control en el marco de la desnaturalización de la relación laboral.

Asimismo y de conformidad con el apartado segundo del artículo 18 de la Ley 23/2015 se establece que toda persona natural o jurídica estará obligada a proporcionar a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social toda clase de datos, antecedentes o información con trascendencia en los cometidos inspectores, siempre que se deduzcan de sus relaciones económicas, profesionales, empresariales o financieras con terceros sujetos a la acción inspectora.

El requerimiento de información se configura como un instrumento muy útil para la fase preparatoria de planificación de actuaciones inspectoras³⁸, siempre y cuando reúnan una motivación suficiente y esté justificada su formulación.

- (ii) Análisis y estudio del fraude laboral –entre otros supuestos, la comprobación de la situación de alta en el Sistema de la Seguridad Social, si las aportaciones a este Sistema se realizan conforme a los salarios efectivamente

³⁷ Sobre este particular, son mutualidades alternativas las establecidas en un colegio profesional y que estén constituidas antes del 10-11-1995. Es decir, las siguientes:

- Previsión Mutua de aparejadores y arquitectos técnicos. Mutualidad de Previsión Social.
- Mutualidad General de Previsión de los gestores administrativos.
- Mutualidad General de la Abogacía.
- Mutualidad General de Previsión de los químicos españoles.
- Mutualidad de Previsión Social de los Procuradores de los Tribunales de España.
- Hermandad Nacional de Previsión Social de arquitectos superiores.
- Mutualidad de Previsión Social de peritos e ingenieros técnicos industriales.
- Mutualidades de previsión que eran alternativas al RETA solo en determinados ámbitos geográficos.

³⁸ Aunque referidas al ámbito fiscal, pueden consultarse diversas resoluciones judiciales, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de julio de 2012, sección 2ª, recurso-contencioso Administrativo número 357/2009.

percibidos, así como la correcta obtención y disfrute de las prestaciones sociales—; estudios sobre sectores económicos concretos.

Estos trabajos pueden orientarse hacia el estudio de la economía sumergida laboral³⁹ mediante el análisis de discrepancias de la información o con la estimación de modelos⁴⁰ o de fenómenos más concretos.

- (iii) Análisis y estudio del marco jurídico de las relaciones laborales y su efecto reflejo en las obligaciones instrumentales del sistema de protección social.
- (iv) Creación y mantenimiento de una herramienta informática que permita gestionar datos a gran escala con la finalidad de identificar patrones recurrentes⁴¹.
- (v) Y en la definición de estrategias y métodos de inspección.

3.3. La inevitable repercusión en las estrategias inspectoras

A pesar de que las directrices hacia la gestión electrónica de los expedientes administrativos están definidas, la implantación de este modelo de planificación tiene efectos tanto en la gestión de los expedientes como en las estrategias inspectoras, cuyo alcance variará en función de la materia y del enfoque de la actuación inspectora.

³⁹ Recuérdese que el concepto de economía sumergida es mucho más amplio que la que afecta al área laboral y de Seguridad Social.

⁴⁰ La aproximación al volumen de la economía sumergida puede realizarse con métodos basados en la estimación de modelos como los de (a) demanda de efectivo, (b) consumo de electricidad y (c) los modelos MIMIC (multiple indicators, multiple causes).

⁴¹ Sobre este punto, debe indicarse que se han realizado diversos procedimientos de contratación en el seno de la Tesorería General de la Seguridad Social y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para establecer mecanismos que fortalezcan el cumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, cotización, recaudación y régimen de disfrute de prestaciones.

Los puntos críticos⁴² de los modelos de tratamiento y análisis masivo de datos residen en la obtención de información⁴³ y en cómo debe desplegarse la actuación inspectora, pues la mejora en la identificación puede saturar los recursos efectivos para el ejercicio de las funciones de control y, por ello, resulta imprescindible la implantación de un sistema de gestión eficiente de propuestas de actuación mediante una asignación automatizada a los funcionarios del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social con el seguimiento correspondiente para valorar el alcance de los resultados derivados de la actuación inspectora.

La adopción de distintas estrategias y métodos de inspección obedece a la necesidad de gestionar de forma más eficiente los recursos del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social y así proporcionar una respuesta rápida y eficaz a las necesidades de los ciudadanos.

En este punto, no debe olvidarse que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tiene competencias en distintas materias sobre las que ejerce su función de control, circunstancia que puede dificultar su tratamiento de forma homogénea.

Sin descender a las peculiaridades derivadas del tipo de materia, si parece que respecto de aquellos incumplimientos de menor alcance pueden adoptarse nuevas estrategias y métodos de inspección y pueden distinguirse entre actuaciones (i) intensivas y (ii) extensivas⁴⁴.

La distinción reside en el alcance del incumplimiento y en que éste se deduce de los datos obrantes en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, previo tratamiento y análisis de los datos. Incumplimientos que pueden

⁴² Más allá de las diferentes dificultades tecnológicas que puedan sobrevenir.

⁴³ Sobre la obtención de información véase el apartado anterior donde se detallan sucintamente las facultades inspectoras y distintas fuentes.

⁴⁴ En la Memoria correspondiente al ejercicio de 2015 se recoge el uso de nuevas tecnologías para la implantación de actuaciones combinadas «extensivas» e «intensivas» como un elemento esencial en la lucha contra el fraude, *op. cit.*, pág. 80.

ser corregidos de forma efectiva con controles documentales.

Se puede intuir que las actuaciones inspectoras de carácter extensivo permiten fortalecer el cumplimiento de la normativa de protección social con una gestión más eficiente de los recursos disponibles, pues la utilización de una infraestructura tecnológica en la identificación, selección y notificación facilita la tramitación de volúmenes elevados de expedientes administrativos por incumplimientos de carácter leve o moderado respecto de los que no resulta aconsejable la iniciación de actuaciones inspectoras intensivas y se pueden destinar recursos inspectores a aquellas otras materias en las que por la naturaleza de los incumplimientos o sus especiales características es imprescindible efectuar un control más directo de la normativa de orden social.

El incremento de las actuaciones inspectoras de carácter extensivo lleva aparejado un aumento de las notificaciones y comunicaciones con los trabajadores y empresas de forma que se hace ineludible dedicar atención a estos procesos.

En materia de notificaciones administrativas, en la actualidad, conviven las postales y electrónicas, si bien el camino está marcado hacia una relación entre Administración y ciudadanos por medios electrónicos, que gradualmente se extenderá a todos los centros de la Administración General del Estado⁴⁵.

⁴⁵ Actualmente, las Administraciones Públicas están inmersas en un proceso de migración hacia la notificación electrónica y para ello se utilizará la dirección electrónica habilitada o la red electrónica de los centros para las notificaciones por correspondencia.

Las Administraciones Públicas notificarán en formato papel al interesado cuando sea una persona física no obligada a relacionarse electrónicamente en los términos previstos en el artículo 14.2 de la Ley 39/2015.

Están obligados a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos: (i) las personas jurídicas, (ii) las entidades sin personalidad jurídica, (iii) quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, para los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones Públicas en ejercicio de dicha actividad pro-

Implantado dicho sistema de notificaciones, el uso de los centros de impresión y sobrado compartidos para aquellas comunicaciones o notificaciones en soporte papel estará destinado a aquellos supuestos en los que no existe una obligación de relacionarse por medios electrónicos, de forma que se disminuirán los costes y mejorará la gestión de los expedientes de carácter extensivo.

3.4. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la administración electrónica

El desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación ha afectado al modo en el que la Administración se relaciona con los ciudadanos y con las empresas. No es hasta la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos⁴⁶ cuando se establece que éstos tienen derecho a relacionarse electrónicamente con las Administraciones y el deber correlativo de dotarse de los medios y sistemas necesarios para hacerlo efectivo.

Con la promulgación y aprobación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁴⁷ y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público⁴⁸ se configura un escenario en el que la tra-

fesional –se entenderán incluidos los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles–, (iv) quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración y (v) los empleados de las Administraciones Públicas para los trámites y actuaciones que realicen con ellas por razón de su condición de empleado público, en la forma en que se determine reglamentariamente por cada Administración.

De acuerdo con el artículo 41.1 b) de la Ley 39/2015 constituye una excepción a la obligación de relacionarse por medios electrónicos cuando para asegurar la eficacia de la actuación administrativa resulte necesario practicar la notificación por entrega directa de un empleado público de la Administración notificante.

⁴⁶ BOE del 23. Derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

⁴⁷ BOE del 2.

⁴⁸ BOE del 2.

mitación electrónica constituye la actuación habitual de las Administraciones, pues resulta más eficaz y eficiente y proporciona más garantías y más transparencia al ciudadano.

A partir de este momento, la Administración Pública Española tiene como objetivo la interconexión mediante plataformas de intercambio de información y documentos, la eliminación del papel⁴⁹ y la tramitación integral de los procedimientos por vía electrónica.

En líneas generales, el funcionamiento electrónico del sector público se instrumenta en la sede electrónica y el portal de internet como medio de acceso⁵⁰.

En la sede electrónica⁵¹ del Ministerio de Empleo y Seguridad Social se encuentra la información sobre los trámites que actualmente pueden realizarse, pudiendo presentarse denuncias⁵² ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o recursos administrativos contra las resoluciones de las propuestas de sanción, así como conocer su estado de tramitación.

El perfeccionamiento de los procedimientos destinados a mejorar las relaciones de la Administración con los ciudadanos culmina con la creación del tablón edictal único en el que se publican los anuncios de notificación

⁴⁹ De acuerdo con el artículo 26 de la Ley 39/2015, la producción de documentos administrativos en formato papel se reduce a aquellos cuya naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia.

⁵⁰ El acceso a las notificaciones se efectuará desde:

- El Punto de Acceso General (PAG) electrónico de la Administración, que funcionará como un portal de acceso (véase el artículo 43 de la Ley 39/2015).

- Sede electrónica de la Administración notificante.

- Dirección Electrónica Habilitada (DEH), si se trata de un sujeto obligado por el artículo 14.2 de la Ley 39/2015 o un sujeto no obligado que así lo desee, y si la Administración notificante se ha adherido al sistema.

- Mediante comparecencia espontánea del interesado en las oficinas de asistencia en materia de registro.

⁵¹ http://www.empleo.gob.es/es/sede_electronica_menu/

⁵² En este punto, debe recordarse la posibilidad de poner en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social incumplimientos a través del buzón de lucha contra el fraude.

realizados por las Administraciones Públicas cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar o el medio de la notificación, así como si ha sido intentada sin efecto⁵³.

Finalmente, y con el propósito de reducir las cargas administrativas y facilitar la relación con los ciudadanos y empresas, se ha procedido a la supresión del libro de visitas como elemento donde la Inspección de Trabajo y Seguridad Social dejaba constancia de las actuaciones practicadas.

Mediante la Orden EES/1452/2016, de 10 de junio, se traslada a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la obligación de registro documental de las actuaciones inspectoras dando efectividad al apartado 6 del artículo 21 de la Ley 23/2015⁵⁴.

4. CONCLUSIONES

Las últimas leyes reguladoras de la organización y funcionamiento del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social han respondido a la necesidad de superar las disfuncionalidades organizativas derivadas de la configuración del Estado Autonómico y, de una u otra forma, han reflejado la importancia de los recursos técnicos para cumplir satisfactoriamente con la encomienda de vigilar el cumplimiento de la normativa del orden social. Respuesta que se ha acompasado al esfuerzo realizado en las últimas décadas por la Administración General del Estado y el resto de Administraciones Públicas para introducir las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la gestión administrativa⁵⁵.

⁵³ De esta forma se da por superado el tablón de edictos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se contempló en la Orden ESS/1892/2013, de 8 de octubre.

⁵⁴ BOE del 12 de septiembre.

⁵⁵ En el contorno del Sistema de Seguridad Social véase RINCON MIRON, J.: «La implantación de los procedimientos electrónicos en la Seguridad Social (2013-2016)», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 119, 2015, pgs. 121 y ss.

En este tiempo, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha realizado un esfuerzo para modernizarse de acuerdo con las exigencias de digitalización de la Administración, especialmente, en aquellos aspectos relacionados con la gestión diaria.

Ahora bien, el uso de la técnica no debe reducirse a la mejora de los procesos de gestión o de planificación para hacer más efectiva la normativa de orden social, sino que puede proporcionar un conocimiento más profundo y directo de lo que pasa en la calle.

Esta institución se encuentra, una vez más, en un lugar privilegiado para conocer directamente los cambios y las consecuencias que las innovaciones tecnológicas realizarán en la sociedad, economía y trabajo. Transfor-

maciones que tendrán su influjo en el campo de aplicación del Derecho del Trabajo, el volumen del trabajo por cuenta ajena, propia y «parasubordinado», la flexibilización de las relaciones laborales y en los sistemas de protección social –financiación, acción protectora y régimen de disfrute de las prestaciones–.

En este estado, las innovaciones tecnológicas constituyen un reto y una oportunidad para la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, pues generarán conflictos de intereses e interpretativos, pero facilitarán la gestión y fortalecerán las funciones inspectoras y, al mismo tiempo, proporcionarán un conocimiento más intenso y global del funcionamiento de las relaciones laborales y del sistema de protección social.

RESUMEN

La función principal de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social es garantizar el cumplimiento de la normativa de orden social.

Las tecnologías de la información y comunicación perfeccionan el funcionamiento y gestión de los servicios públicos y fortalecen los sistemas de administración laboral y de protección social al tiempo que contribuyen a la toma de decisiones.

Por otro lado, mientras que la industria tecnológica ha creado millones de empleos digitales, existen dudas sobre su impacto en el empleo.

El presente estudio proporciona una descripción general de los retos y oportunidades en esta área.

Palabras clave: Inspección de Trabajo, empleo, tecnología, fiscalización laboral.

ABSTRACT:

Labour inspection enforces labour laws and regulations.

Understanding of the impact of technology is the way to improve the efficiency and effectiveness of public sector management and services. Technologies can strengthen systems of labour administration and social security and contribute to decision making on policy issues.

On the other hand, technology industry has created millions of digital jobs, but no one really knows the impact of technology on employment.

The present study provides an overview of the current challenges and opportunities.

Keywords: Labour inspection, employment, technologies, enforcement labour law.

La ITSS en el País Vasco: una experiencia de colaboración entre Administraciones

ITSS in the Basque Country: an experience of collaboration between administrations

CARLOS EMILIO GARCÍA MARTÍN*

1. UN POCO DE HISTORIA: EL TRASPASO DE LA ITSS AL PAÍS VASCO EN 2011

1.1. La transferencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) a las Comunidades Autónomas (CC.AA.) es una cuestión largamente debatida, con una mezcla de incertidumbre y resquemor, a partes iguales. El debate se intensificó en la década de los 90 del pasado siglo, especialmente a raíz de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional¹, que comenzaron a pronunciarse sobre la distribución de las competencias en materia de Seguridad Social y sobre las competencias sancionadoras en el orden social, con ocasión de diversos conflictos planteados por Cataluña y País Vasco. La tensión se centraba en el riesgo que las transferencias podían

suponer respecto a la unidad del sistema de ITSS, y, a la postre, respecto a una aplicación coherente de la normativa socio-laboral en toda España.

En este sentido, las previsiones de los apartados 7º y 18º del artículo 149.1 de la Constitución Española, permitían suponer que, más tarde o más temprano, la ITSS se incorporaría a los procesos de transferencia hacia las CC.AA., en el marco de la competencia sobre ejecución de la legislación laboral. Aunque en el artículo 12.2 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco² no aparece mencionada de modo expreso, era evidente que la idiosincrasia política de esta Comunidad Autónoma y

* Director Territorial de la ITSS en el País Vasco y Jefe Provincial de Álava.

¹ Cf. SSTC nº 27/1983, de 2 de abril (conflicto positivo de competencia 148/1982); nº 46/1985, de 26 de marzo (rec. de inconstitucionalidad 152/1984); nº 124/1989, de 7 de julio (conflicto positivo de competencia 792/1984) y nº 195/1996, de 28 de noviembre (rec. de inconstitucionalidad 1279/1988).

² Art. 12.2 de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre (BOE del 22): «Corresponde a la Comunidad Autónoma del País Vasco la ejecución de la legislación del Estado en las materias siguientes: (...) Legislación laboral, asumiendo las facultades y competencias que en este terreno ostenta actualmente el Estado respecto a las relaciones laborales; también la facultad de organizar, dirigir y tutelar, con la alta inspección del Estado, los servicios de éste para la ejecución de la legislación laboral, procurando que las condiciones de trabajo se adecuen al nivel del desarrollo y progreso social, promoviendo la cualificación de los trabajadores y su formación integral».

su acentuada vocación de autogobierno terminarían por incluir la Inspección de Trabajo en algún paquete de traspasos.

La complejidad jurídica (y, sobre todo, política) que entrañaba conciliar la unidad del sistema con la posible descentralización, fue salvada inicialmente por la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE del 15), cuyo Capítulo II incluyó a las CC.AA. en la organización de la ITSS, a través de un modelo que fue calificado como ejemplo –poco usual en nuestro país– de *administración compartida*.

A través de la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales y, sobre todo, las Comisiones Territoriales de la ITSS, la Administración General del Estado (AGE) y las CC.AA. debían organizar conjuntamente el ejercicio de las actuaciones inspectoras, con sujeción a unos principios que, a día de hoy, siguen siendo referenciales: concepción única e integral, colaboración, coordinación y cooperación recíprocas.

Desde esta perspectiva, el artículo 17 de la Ley 42/1997 preveía la suscripción de un acuerdo bilateral sobre la ITSS en cada Comunidad Autónoma, mediante el cual ambas Administraciones determinarían lo necesario para que la respectiva Comisión Territorial estableciera los aspectos fundamentales de la gestión: los objetivos y programas de actuación, así como las reglas o criterios para el desarrollo de la colaboración institucional recíproca. Incluso, este precepto contemplaba la posibilidad de que en estos acuerdos se dispusiera la *adscripción orgánica* de funcionarios de la ITSS a la Administración Autónoma. Significativamente, el artículo 17 evitó términos como *traspaso* o *transferencia*, lo cual dio pie a numerosas disquisiciones sobre la doble dependencia administrativa –funcional y orgánica– y las diversas combinaciones que admitía la interpretación de la norma.

Aunque ahora pueda sorprendernos, el primer Convenio de Colaboración que suscri-

bió el entonces Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales fue con la Comunidad Autónoma de Cataluña (BOE de 30 de junio de 1999), pues la Ley 42/1997 fue aprobada sin la oposición de la Generalitat ni del grupo político que presidía este ejecutivo autonómico. Junto al acuerdo bilateral con Galicia, el de Cataluña inauguró una serie de convenios de colaboración que fueron firmándose con cada Comunidad Autónoma entre los años 2000 y 2005. Sin embargo, la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAPV) rehusó este tipo de acuerdos, pues no concebía otro modelo que no fuera el de una transferencia.

1.2. Aunque durante años no se instrumentó formalmente, lo cierto es que hubo colaboración *de facto* entre la AGE y el Gobierno Vasco (GOVA), pues las tres Jefaturas Provinciales correspondientes mantenían reuniones periódicas con la Autoridad Laboral (la Dirección de Trabajo del GOVA y las Delegaciones Territoriales de Trabajo) para programar las actuaciones relativas a las materias de competencia autonómica (relaciones laborales y prevención de riesgos laborales), y, en su caso, coordinar criterios para toda Euskadi. Esta comunicación permanente era imprescindible, pues ya se había producido la transferencia al GOVA de las principales competencias laborales, como en el resto de las CC.AA. No en vano, la potestad sancionadora respecto a estas materias, así como la competencia resolutoria sobre los expedientes de regulación de empleo –entre otras– venían siendo ejercidas con normalidad por la Autoridad autonómica.

A pesar de ello, el marco organizativo diseñado por la Ley 42/1997 no terminaba de implantarse en el País Vasco, pues no llegó a constituirse su Comisión Territorial de la ITSS.

1.3. La coyuntura política del segundo mandato del Presidente Rodríguez Zapatero determinó la negociación de un nuevo paquete de transferencias con los Grupos Catalán y Vasco del Congreso. En este contexto se enmarca el primer traspaso de *una parte* de la

ITSS a una Comunidad Autónoma, materializado a través del Real Decreto 206/2010, de 26 de febrero, sobre traspaso de funciones y servicios a la Generalitat de Cataluña en materia de Función Pública Inspectora de la ITSS (BOE de 1 de marzo).

La transferencia al País Vasco se hizo esperar un poco más, pues concurrían varios elementos de complicación:

- En primer lugar, porque el contexto político impuso una negociación *disociada*, por el lado vasco: al tiempo que el Gobierno de España pactaba con el Partido Nacionalista Vasco (EAJ-PNV) el contenido del nuevo paquete de transferencias, tuvo que acordar con el GOVA (presidido entonces por el lehendakari socialista Patxi López Álvarez) los aspectos jurídicos y la gestión material del proceso.
- Como consecuencia de lo anterior, las partes negociadoras no lograron cerrar un modelo organizativo de la ITSS en el País Vasco, lo cual provocó una notable incertidumbre, agravada por la proximidad de unas Elecciones Generales y el más que probable cambio de Gobierno. Aunque el GOVA parecía mostrarse próximo a la fórmula de consorcio, que acababa de implantarse en Cataluña³, el PNV (que entonces lideraba la oposición en el Parlamento Vasco) no era partidario de concretar el modelo y lo fiaba al resultado de unas Elecciones Autonómicas que tampoco estaban lejos.
- Por otro lado, se dio prioridad a la negociación sobre la transferencia de las competencias que venía gestionando

el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE), en materia de colocación, pues la definitiva puesta en marcha de un servicio autonómico de empleo en Euskadi era el traspaso de mayor relevancia mediática, entre los que se estaban discutiendo, y, además, el que presentaba mayores dificultades (por el volumen de medios humanos y la dispersión de los medios materiales transferibles)⁴.

1.4. Una vez culminó el traspaso del servicio de colocación al País Vasco, las negociaciones abordaron el proceso correspondiente a la ITSS, no exentas de cierta premura, debido a la proximidad de unas Elecciones Generales cuya celebración ya se atisbaba hacia finales de 2011.

Tras unos meses de especulación e, incluso, informaciones divergentes (que procedían de los dos ámbitos –político y administrativo– en los que se estaba negociando de manera simultánea), el **22 de junio de 2011** el Pleno de la Comisión Mixta del Estatuto de Autonomía para el País Vasco⁵ (también denominada *Comisión Mixta de Transferencias*) aprobó, en Vitoria-Gasteiz, el **Acuerdo para el traspaso** de funciones y servicios a la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de función pública inspectora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Ese mismo

⁴ Por tanto, no debe extrañar que el Real Decreto 1441/2010, de 5 de noviembre, sobre traspaso de funciones y servicios a la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de ejecución de la legislación laboral en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación profesional para el empleo, que realiza el SEPE (BOE del 16), se adelantara varios meses a las normas que articularon la transferencia de la ITSS a Euskadi.

⁵ D.T. 2ª de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco (BOE del 22): «Una Comisión Mixta, integrada por igual número de representantes del Gobierno Vasco y del Gobierno del Estado, reunida en el plazo máximo de un mes, a partir de la constitución de aquél, establecerá las normas conforme a las que se transferirán a la Comunidad Autónoma las competencias que le corresponden en virtud del presente Estatuto, y los medios personales y materiales necesarios para el pleno ejercicio de las mismas, llevando a cabo las oportunas transferencias».

³ Resolución de 4 de mayo de 2010, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y el Departamento de Trabajo de la Generalitat de Cataluña, por el que se constituye el Consorcio «*Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Cataluña*» (BOE del 14).

día ambas Administraciones Públicas suscribieron **7 Acuerdos Complementarios y 2 Acuerdos de Colaboración Adicionales**, en los que aparecían desarrolladas las principales cuestiones concretas que planteaba el proceso de transferencia: unidad de ingreso y provisión de puestos, colaboración, aplicaciones informáticas, uso compartido de bienes, seguros del personal, etc.

La presión temporal para aplicar todo lo previsto en los Acuerdos bilaterales fue máxima, pues **la fecha de efectividad del traspaso quedó pospuesta al 1 de enero de 2012**.

Los términos de estos Acuerdos tuvieron su primer reflejo en el ordenamiento jurídico, mediante el **Real Decreto 895/2011**, de 24 de junio, sobre traspaso de funciones y servicios a la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de Función Pública Inspector de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE del 30). En realidad, esta disposición recoge el contenido del Acuerdo suscrito en la Comisión Mixta de Transferencias, y establece los cimientos sobre los que debía asentarse el traspaso y la posterior relación bilateral entre el Estado y el GOVA.

Cuando ya se habían convocado las Elecciones Generales del 20 de noviembre de 2011⁶, la Comisión Mixta para el País Vasco volvió a reunirse el 16 de noviembre de ese año, y alcanzó un acuerdo de modificación de los medios patrimoniales y personales adscritos a las funciones y servicios traspasados por la Administración del Estado a la CAPV, cuya virtualidad práctica se plasmó en el **Real Decreto 1712/2011**, de 18 de noviembre (BOE del 25).

Finalmente, el 14 de diciembre de 2011 el Ministerio de Trabajo e Inmigración (MTIN) y el Departamento de Empleo y Asuntos Sociales del GOVA firmaron el vigente **Convenio de Colaboración** en materia de organización y funcionamiento de la ITSS en la Comunidad Autónoma del País Vasco, publicado mediante **Resolución de la Secretaría General**

Técnica del MTIN, de 21 de diciembre de 2011 (BOE del 28).

2. EL ÁMBITO RELATIVAMENTE PARCIAL DE LA TRANSFERENCIA

2.1. El contorno de la transferencia, tal y como aparece en el Acuerdo de la Comisión Mixta y en el Real Decreto 895/2011, se define por el ámbito territorial y material de las competencias correspondientes a la CAPV. Desde esta perspectiva, el principal cometido de la función inspectora —*la vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y el contenido de los convenios colectivos*— aparece circunscrito a las materias sobre las que tiene competencia la Administración Vasca⁷:

«1. Ordenación del trabajo y relaciones sindicales.

2. Prevención de riesgos laborales.

3. Empleo: Colocación, empleo, formación profesional ocupacional y continua, empresas de trabajo temporal, agencias de colocación y planes de servicios integrados para el empleo, y en colaboración con la Tesorería General de la Seguridad Social, incentivos a la contratación mediante régimen de bonificaciones de las cuotas sociales.

4. Cualesquiera otras normas cuya vigilancia se encomiende específicamente a la Inspección de Trabajo, cuya competencia material corresponda a la Comunidad Autónoma del País Vasco.»

El resto de los cometidos que configuran la función inspectora también se reconocen expresamente a la CAPV. Salvo en el caso de la *asistencia técnica* (que no aparece vinculada específicamente a ninguna materia), tanto *el arbitraje*, como *la conciliación y la mediación* también aparecen limitados al terreno competencial de la Comunidad Vasca: los conflictos laborales y las huelgas. A pesar de ello, se permite extender el arbitraje de la Inspección autonómica a otros conflictos,

⁶ Cf. el Real Decreto 1329/2011, de 26 de septiembre, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones (BOE de 27 de septiembre).

⁷ Cf. Apartado B.1 del Anexo del RD 895/2011.

siempre que expresamente lo soliciten las partes.

2.2. Significativamente, la Seguridad Social no aparece mencionada por el Real Decreto 895/2011 entre las materias cuya fiscalización se atribuye a la CAPV. Tan sólo se encuentra una referencia explícita cuando, al desarrollar el ámbito de asistencia técnica que corresponde a la Comunidad Autónoma, el Real Decreto incorpora su prestación «*a entidades y organismos de la Seguridad Social, cuando les sea solicitada*»⁸.

La omisión de la Seguridad Social tiene mucho que ver con las discrepancias políticas que suscita la interpretación del artículo 149.1.17^a de la Constitución, respecto al papel que podrían asumir las CC.AA. *ejecutando los servicios* de un Sistema cuya legislación básica y régimen económico corresponden en exclusiva al Estado⁹.

2.3. Desde el punto de vista competencial, la transferencia de la ITSS al País Vasco ha sido *parcial*, pues el ámbito de la Seguridad Social ha quedado fuera del traspaso. En congruencia con esta *parcialidad*, sólo fueron transferidos a la CAPV *una parte* de los recursos materiales y humanos de la ITSS que, hasta el 1 de enero de 2012, habían pertenecido a la Administración General del Estado (aproximadamente el 50% del total).

Cualquier debate que desde la CAPV pudiera plantearse sobre la Seguridad Social, tras la reciente constitución del nuevo Gobierno Vasco¹⁰, afectaría indirectamente a la actual configuración de la transferencia.

2.4. Tanto el Acuerdo de la Comisión Mixta, como el Real Decreto 895/2011 y el propio Convenio de Colaboración articularon el traspaso a la CAPV «*sobre la base de una **concepción única e integral** del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, del **principio de unidad de función y actuación** de los funcionarios del Sistema y del principio de eficacia en la ejecución de la función inspectora*»¹¹. Precisamente, estos principios básicos –compartidos por todos los que negociaron la transferencia– permiten, a día de hoy, conjurar los *celos competenciales* entre ambas Administraciones y evitar duplicidades que no harían sino perjudicar a los trabajadores, a las empresas y a la ciudadanía en general. Son estos mismos fundamentos los que han conservado íntegras las facultades y competencias de todos los actuantes que trabajan en el País Vasco, al margen de cuál sea la respectiva Administración de pertenencia:

*«Los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social, en el ámbito de sus respectivas facultades y competencias, podrán realizar actuaciones de investigación y adoptar medidas inspectoras en todas las materias del orden social, aun cuando sean de la competencia de una Administración distinta a la de su dependencia orgánica. Correlativamente, los funcionarios del Sistema de Inspección deberán dar **completo cumplimiento a los servicios encomendados**, adoptando las medidas que correspondan dentro de su ámbito de facultades y competencias, con **independencia de su dependencia orgánica**, de acuerdo con lo establecido en los convenios de colaboración»*¹².

⁸ Cf. Apartado B.1.2º.2 del Anexo del RD 895/2011.

⁹ Cf. Art. 149.1.17^a CE: «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas».

¹⁰ Las últimas elecciones al Parlamento Vasco se han celebrado el 25 de septiembre de 2016, y han dado paso a la XI legislatura. El nuevo Ejecutivo autonómico se ha formado mediante la coalición de EAJ-PNV y PSE-PSOE. Concretamente, la Consejería de Trabajo y Justicia ha sido asumida por los socialistas vascos.

¹¹ Cf. Apartado B.3 del Anexo del Real Decreto 895/2011.

¹² Cf. Segundo párrafo del Apartado B.3 del Real Decreto 895/2011 y Apartados a) y b) de la Cláusula Decimoquinta del Convenio de Colaboración (BOE de 28-12-2011).

Y son esos mismos cimientos –concepción única e integral, unidad de función y actuación– los que permiten mantener el «**carácter nacional**» de los Cuerpos de Inspectores y Subinspectores, así como el «**ingreso único**», la «**convocatoria única**» y la «**movilidad entre Administraciones**»¹³.

La AGE y el GOVA tienen definidos sus respectivos ámbitos competenciales, dentro de los cuales cada Administración ejerce su propia capacidad gestora y planificadora, sin que ello suponga quebrar la integridad de un sistema necesariamente *plural*. Las dos Inspecciones que operan en el País Vasco forman parte del sistema global español, lo cual se asienta, por una parte, en la normativa, pero también se fundamenta en la colaboración y la coordinación entre las Administraciones Públicas implicadas. Se trata de un bien preciado que está permitiendo, entre otras cosas, compartir determinados programas de actuación, realizar operativos conjuntos por funcionarios estatales y autonómicos, así como el despliegue de *la totalidad de sus facultades* y el ejercicio de *todas las competencias* reconocidas a sus respectivos Cuerpos, con independencia de que la materia sea estatal o autonómica. Todo ello sin perjuicio de que los procedimientos sancionadores o liquidatorios, iniciados por cualquier actuante, sean tramitados y resueltos por la Administración competente por razón de la materia¹⁴.

A la vista de todo lo expuesto hasta ahora, puede afirmarse que la transferencia de la ITSS al País Vasco ha sido *relativamente* parcial: no todos los medios materiales y humanos han sido traspasados al GOVA, pues cada Administración se ha reservado los que necesita para gestionar –con carácter prioritario, pero no excluyente– las materias de su competencia respectiva; lo cual no impide que los Inspectores y Subinspectores autonómicos puedan desplegar *la totalidad de sus facultades*

y ejercer *todas las competencias* de sus respectivos Cuerpos, cuando sea necesario.

3. EL CONVENIO DE COLABORACIÓN ENTRE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO Y EL GOBIERNO VASCO. EL CONSEJO VASCO DE LA ITSS

3.1. Justo al día siguiente de que fuera investido por primera vez el Presidente Rajoy Brey, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo e Inmigración adoptó su Resolución de 21 de diciembre de 2011 por la que se publica el **Convenio de colaboración con el Gobierno Vasco, en materia de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE del 28 de diciembre)**. Este texto estaba llamado a convertirse en la pieza clave para cumplir los acuerdos pactados en el seno de la Comisión Mixta de Transferencias y, sobre todo, para afrontar –con seguridad y eficacia– una realidad completamente nueva en Euskadi, a partir del 1 de enero de 2012: la coexistencia de dos Inspecciones diferenciadas.

Los sucesivos responsables políticos y administrativos, de uno y otro lado, se empeñaron desde el principio en despejar dudas y garantizar el buen funcionamiento de un servicio público que, en el País Vasco, siempre ha gozado de prestigio entre los agentes sociales. No era una tarea fácil, pues el GOVA debía organizar *ex novo* su propia Inspección y la AGE debía *reubicarse* en esta situación inédita; a su vez, ambas Administraciones tenían que buscar la manera de trabajar coordinadamente, para que el servicio no se deteriorase y la sociedad vasca no padeciera complicaciones inexistentes hasta ese momento.

3.2. También se ha apuntado más arriba que, durante la negociación del traspaso, en 2011, las partes no terminaron de cerrar el modelo de relación AGE-GOVA, para la ITSS en el País Vasco. En los Acuerdos de la Comisión Mixta de Transferencias y en el propio Real Decreto

¹³ Cf. Apartado B.2 del Anexo del Real Decreto 895/2011.

¹⁴ Cf. Último párrafo del apartado B.3 del Anexo del Real Decreto 895/2011 y Apartado d) de la Cláusula Decimoquinta del Convenio de Colaboración (BOE de 28-12-2011).

895/2011¹⁵ se esbozaban las *fórmulas institucionales de cooperación*, pero no se llegó a concretar el mecanismo bilateral para hacerla efectiva:

- Estaba claro que las dos Administraciones debían suscribir un *Convenio de Colaboración*, pues venía exigido por el artículo 17 de la propia Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (LOITSS).
- Estaba claro también que podían *«acordarse planes y programas de inspección conjuntos para el logro de objetivos comunes»*.

Pero lo que no estaba claro era si las partes crearían una estructura conjunta y estable, o si, por el contrario acudirían a otro tipo de fórmulas. Resultaba imprescindible despejar la incógnita sobre el órgano de cooperación bilateral, pues únicamente en su seno podrían abordarse las cuestiones concretas relacionadas con la gestión práctica y cotidiana, esto es, lo que afecta directamente a los usuarios del servicio y a los empleados públicos que lo prestan. El mismo Real Decreto 895/2011 encomienda al órgano de cooperación el establecimiento de *«criterios generales para la distribución de las órdenes de servicio y para la realización de actuaciones inspectoras derivadas de iniciativas, planes o programas comunes»*. En definitiva, sin dicho órgano no se podía poner en marcha la transferencia, con una mínima garantía de éxito.

En el apartado D.1 de su Anexo, el Real Decreto 895/2011 no concreta cuál debe ser el mecanismo de colaboración:

«El convenio de colaboración deberá asegurar un mecanismo de cooperación bilateral entre las Administraciones del Estado y de la Comunidad Autónoma del País Vasco, articulado mediante un consorcio u otro mecanismo análogo que garantice la prestación eficaz y coordinada del servicio público de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin perjuicio de las com-

petencias que correspondan a cada Administración.»

La mención expresa del *consorcio*¹⁶ traía su causa de un antecedente inmediato: en 2010 se había constituido esta fórmula de cooperación administrativa en Cataluña¹⁷. Aunque la LOITSS tampoco establecía un mecanismo concreto, el Ministerio (y también la Generalitat) entendió que un consorcio era el más idóneo para articular la cooperación bilateral entre la AGE y una CC.AA. con transferencia. De hecho, su mención en el Real Decreto 895/2011 (y antes en los Acuerdos de la Comisión Mixta) denota que la pretensión inicial del Gobierno fue extender la fórmula consorcial al País Vasco y, probablemente, a cualquier otra Comunidad que en el futuro reclamase el traspaso de la ITSS¹⁸.

A tenor de la rotundidad con que fue redactado el Acuerdo Complementario nº 2 sobre colaboración en materia de ITSS, puede afirmarse que el consorcio fue el modelo asumido por las Administraciones negociadoras en la Comisión Mixta de Transferencias, pues su Apartado Primero daba por hecho que se constituiría en la fecha de efectividad del traspaso. No se trataba de una mera posibilidad

¹⁶ El artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE del 27), redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero (BOE del 14), regulaba escasamente la figura del consorcio, vinculándola a supuestos en los que la gestión de un convenio de colaboración entre Administraciones *«haga necesario crear una organización común»*, dotada de personalidad jurídica. En cambio, la actual Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE del 2) incluye una profusa regulación de los consorcios en el Capítulo VI de su Título II, considerándolos una parte de la organización del sector público institucional. Concretamente, su artículo 118.1 establece una definición más amplia y actualizada de los consorcios, pues son concebidos como *«entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia y diferenciada, creadas por varias Administraciones Públicas o entidades integrantes del sector público institucional, entre sí o con participación de entidades privadas, para el desarrollo de actividades de interés común a todas ellas dentro del ámbito de sus competencias»*.

¹⁷ Ver la Nota 3.

¹⁸ Recuérdese que en 2011 el Gobierno de Canarias también planteó la posibilidad de recibir el traspaso de la ITSS.

¹⁵ Cf. Apartado D) del Anexo del Real Decreto 895/2011.

sino de un mandato taxativo: «...**se constituirá el Consorcio de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del País Vasco, como organización instrumental de la Administración General del Estado y la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, cuyo objeto es la prestación coordinada del servicio público de Inspección, para garantizar su ejercicio eficaz**»¹⁹. A pesar de su inequívoca *vocación consorcial*, el propio Acuerdo Complementario contenía su cláusula de defunción en el Apartado Decimotercero: se dejaba la puerta abierta a que ambas Administraciones acordaran la sustitución del consorcio por «*otro tipo de entidad que garantice un mecanismo análogo de cooperación*». Era evidente que la figura no gozaba de todos los apoyos políticos necesarios y que el Acuerdo no pasaba de ser papel mojado en este punto.

Al final, las partes negociadoras desecharon la opción del consorcio y, mediante el Acuerdo Adicional Primero (Anexo nº 14), se inclinaron por crear un órgano de cooperación bilateral, participado por la AGE y la CAPV, en línea con lo previsto en el artículo 6 de la entonces vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. De paso, se procuraba un modelo *singular*, diferenciado de las *Comisiones Territoriales* previstas en el artículo 17 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (LOITSS). Precisamente, este fue el objeto del Convenio de Colaboración, suscrito por ambas Administraciones el 14 de diciembre de 2011: regular el **Consejo Vasco de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social**.

3.3. La fórmula de un *consejo* paritario es muy distinta a la del consorcio, pues ni se crea

una entidad con personalidad jurídica propia (carece de presupuesto propio, no tiene capacidad de contratación, tampoco patrimonio adscrito, etc.), ni se limitan las competencias de cada Administración a favor de un nuevo organismo. Con especial énfasis, el Convenio de Colaboración vincula este principio de *no limitación* a la autoorganización y a la planificación de actuaciones inspectoras, en el ámbito de las respectivas competencias²⁰. El modelo de *consejo* encarna de tal forma la bilateralidad AGE-GOVA que ninguna de las partes puede imponer a la otra nada que afecte a las competencias propias de cada una. Este plano de igualdad entre las dos Administraciones aparta al Consejo Vasco de la clásica lógica de las mayorías, hasta el punto de que cualquier acuerdo debe adoptarse por consenso, y ningún miembro –ni siquiera la Presidencia– ostenta voto de calidad²¹.

Desde esta perspectiva, el Convenio de Colaboración consagra la plena autonomía de las partes para establecer o modificar «**planes propios**» de **inspección**, circunscritos a sus respectivas competencias materiales²². Y ello sin perjuicio de su integración en la planificación general del Sistema de ITSS. Incluso, entre las pautas generales que el Convenio marca al Consejo Vasco de la ITSS, para definir los criterios de distribución de expedientes, se establece que los que correspondan a *planificación propia* de cada Administración serán asignados a la estructura orgánica competente por razón de la materia²³.

Más aún, la fórmula de *consejo* bilateral preserva, en mayor medida, «*el ejercicio por la Comunidad Autónoma del País Vasco de sus funciones sobre los procesos de ingreso, selección, formación, perfeccionamiento, es-*

²⁰ Cf. Cláusula Cuarta del Convenio de Colaboración (BOE de 28-12-2011).

²¹ Cf. Cláusula Octava del Convenio de Colaboración (BOE de 28-12-2011).

²² Cf. Cláusula Decimosexta del Convenio de Colaboración (BOE de 28-12-2011).

²³ Cf. Cláusula Decimoséptima del Convenio de Colaboración (BOE de 28-12-2011).

¹⁹ Nótese que la intención primigenia de los negociadores del Acuerdo Complementario nº 2 se trasluce en el lenguaje empleado: el Apartado Primero ya establecía una denominación para el ente que debía crearse, pues lo nombraba con mayúscula («*Consorcio*») y no como un mero sustantivo común.

*pecialización, provisión de puestos y régimen disciplinario (...)»²⁴». En este sentido, el Consejo Vasco de la ITSS puede analizar y realizar propuestas sobre aspectos relativos a tales cuestiones; también puede alcanzar acuerdos que favorezcan la coordinación y la coherencia de la gestión que corresponda a cada parte²⁵. Pero, en ningún caso, podría limitar (y mucho menos anular) la competencia propia de cada Administración en **materia de personal**.*

A este respecto, el Convenio de Colaboración se remite expresamente al Acuerdo Complementario nº 1 del Acuerdo de Transferencia, suscrito en la Comisión Mixta. Según los términos de este Acuerdo Complementario, el carácter nacional de los Cuerpos de Inspectores y Subinspectores no enerva la autonomía del GOVA para determinar sus propias plazas de nuevo ingreso, que «se añadirán» a la oferta estatal de empleo público, a través de convocatorias únicas de procesos de selección para toda España. Dicho Acuerdo Complementario también prevé la posibilidad de que el GOVA convoque y resuelva concursos para la provisión de puestos de inspección, correspondientes a los efectivos que dependan orgánicamente de la Administración Autónoma, y dentro de su ámbito territorial. Todo ello sin perjuicio de aplicar los criterios que se pacten con la AGE, respecto a los méritos evaluables, la composición de los órganos técnicos de valoración, el peso del euskera, etc. Sobre este particular, no puede obviarse que, una vez traspasados los recursos humanos a la CAPV, se incorporan al ámbito personal de la normativa autonómica de empleo público²⁶.

3.4. La paridad entre Administraciones es la característica esencial de la estructura y funcionamiento del Consejo Vasco de la ITSS, diseñado por el Convenio de Colaboración, pues se concibe como instrumento bilateral de

coordinación y cooperación. Para desempeñar este papel, el Convenio de Colaboración dispone que el Consejo está formado por dos órganos²⁷: el Consejo de Dirección y la Dirección Operativa.

El **Consejo de Dirección**²⁸ ejerce la superior dirección del Consejo y está formado por 5 representantes de cada Administración, al más alto nivel político, encabezados, respectivamente, por la Subsecretaría del Ministerio y la Consejería competente del GOVA. Junto a los máximos responsables de la ITSS de cada parte (la Dirección General, por la AGE, y el responsable orgánico de la Inspección, por la CAPV), el Consejo de Dirección incluye representantes de otros organismos cuya gestión incide directamente en las diversas áreas funcionales sobre las que actúa el Sistema: la TGSS (Seguridad Social), el SEPE (prestaciones por desempleo), LANBIDE (políticas activas de empleo), OSALAN (el Instituto Vasco de Seguridad y Salud Laboral) y la Delegación del Gobierno en el País Vasco (extranjería). En cambio, no está prevista en el Convenio de Colaboración la participación de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social (Instituto Nacional de la Seguridad Social e Instituto Social de la Marina).

Teniendo en cuenta la amplitud de funciones reconocidas en el Convenio de Colaboración, y su marcado perfil político, el Consejo de Dirección es el núcleo de la relación bilateral AGE-GOVA, pues se trata del foro colegiado en cuyo seno se pueden alcanzar los principales acuerdos y adoptar las decisiones que afectan a las dos Administraciones implicadas.

3.5. Bajo la dependencia del Consejo de Dirección, la **Dirección Operativa**²⁹ se encarga de ejecutar las pautas y criterios adoptados por ese órgano, eleva propuestas al mismo y ejerce

²⁴ Cf. Apartado B.2 del Anexo del RD 895/2011.

²⁵ Cf. Cláusula Séptima apartado k) del Convenio de Colaboración (BOE de 28-12-2011).

²⁶ Cf. Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca (BOPV. del 28).

²⁷ Cf. Cláusula Quinta del Convenio de Colaboración (BOE de 28-12-2011).

²⁸ Cf. Cláusulas Sexta y Séptima del Convenio de Colaboración (BOE de 28-12-2011).

²⁹ Cf. Cláusulas Undécima y Duodécima del Convenio de Colaboración (BOE de 28-12-2011).

su Secretaría. En el Convenio de Colaboración aparece configurada como «*un puesto*», de carácter unipersonal y de libre designación, adscrito orgánicamente a la plantilla del Departamento competente del GOVA, y cuya persona ocupante es nombrada por la Consejería Autonómica (si bien *a propuesta* del Consejo).

Inicialmente, el Departamento de Empleo y Políticas Sociales identificó la Dirección Operativa con la *Subdirección de la Inspección de Trabajo*. Tal Subdirección actúa «*bajo la dependencia orgánica, funcional y jerárquica de la o el Director de Trabajo y Seguridad Social*» y ejerce «*la dirección técnica y de carácter administrativo de las Inspecciones Territoriales*»³⁰.

Sin embargo, el Convenio de Colaboración quebró la paridad (y la bilateralidad) en este punto, pues configuró una Dirección Operativa exclusivamente en manos de una de las partes signatarias. Un órgano de la máxima responsabilidad directiva, incardinado en un modelo sinalagmático, debió haber sido concebido de tal modo que las dos Administraciones estuvieran igualmente representadas y mantuvieran su capacidad gestora en el mismo plano.

El Ministerio de Empleo y Seguridad Social se fijó como objetivo, en 2012, introducir la paridad en la Dirección Operativa, sin sustituir ni reformar el Convenio de Colaboración recién publicado, pues la transferencia estaba dando sus primeros pasos y no parecía posible abrir –tan tempranamente– una renegociación con el GOVA sobre el texto. A tal efecto, la primera medida del MEYSS fue restaurar la Dirección Territorial del País Vasco, cuyo puesto había sido transferido a la CAPV y, después, reconvertido en una Subdirección, dentro de la Consejería competente. Con ello, no sólo se dotó a la AGE de una figura institucional equivalente a la que ya disponía el GOVA, sino que, además, recuperaba el instrumento orgánico necesario para ejercer –en todo lo referido a las materias estatales– la

coordinación entre las Inspecciones Provinciales vascas, así como las demás competencias establecidas en los artículos 50 y 51 del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE del 16).

A continuación, se mantuvieron las negociaciones precisas con el GOVA para llegar a una fórmula que *completara* la representación estatal y *recompusiera* la bilateralidad, sin cuestionar el Convenio. Esto se logró mediante un acuerdo alcanzado en el seno del Consejo Vasco de la ITSS, durante su reunión de julio de 2013: ambas Administraciones pactaron un Reglamento Interno de Funcionamiento para este órgano³¹, cuyo Capítulo V desarrolla la composición y funciones de la Dirección Operativa, otorgándola ahora un carácter bímembre. Junto al Director/a Operativo/a «*titular*» (que representa a la CAPV) se incorpora un Director/a Operativo/a «*adjunto*» (en representación de la AGE)³².

3.6. Aunque sin formar parte estrictamente del Consejo Vasco de la ITSS, el Convenio de Colaboración crea un comité de apoyo a la labor de la Dirección Operativa, integrado por las Jefaturas Provinciales de la AGE y las Jefaturas Territoriales del GOVA, del que también forman parte la Dirección Territorial estatal y la Subdirección de la Inspección autonómica. Este **Comité de Dirección Operativa**³³ desempeña un importante papel en la elaboración de propuestas técnicas y de gestión, encaminadas

³¹ La posibilidad de que el Consejo Vasco de la ITSS se dotara de un Reglamento Interno está prevista en la Cláusula Octava del Convenio de Colaboración (BOE de 28-12-2011).

³² Cf. Cláusula Undécima del Convenio de Colaboración (BOE de 28-12-2011): libre designación entre funcionarios de reconocido prestigio profesional, y experiencia de, al menos, 5 años en el ejercicio de la función inspectora, pertenecientes al Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, mediante la oportuna convocatoria en los términos pactados en el acuerdo de traspaso.

³³ Cf. Cláusula Décimo Tercera del Convenio de Colaboración (BOE de 28-12-2011).

³⁰ Cf. Artículo 11.2 del Decreto 191/2013, de 9 de abril (BOPV. del 24)

al desempeño coordinado de la función inspectora en el día a día.

Específicamente, el Convenio asigna a este Comité el establecimiento de pautas para la distribución diaria de los expedientes, entre una y otra Administración. Este aspecto se antoja uno de los más problemáticos para la gestión cotidiana, dado que no siempre resulta sencillo determinar la materia preponderante en cada caso concreto, y, por tanto, no es fácil precisar la Administración competente (o con *más competencia* que la otra) para actuar. Sobre todo en las denuncias, es frecuente la pluralidad de materias así como las *zonas grises* (esto es, supuestos en los que lo laboral y la Seguridad Social se presentan imbricados de tal manera que no hay forma de inclinar hacia un lado la naturaleza de las actuaciones requeridas).

El propio Convenio de Colaboración establece unos criterios generales de asignación de las órdenes de servicio³⁴:

- Asignación a la Administración competente por razón de la materia: actuaciones correspondientes a los ámbitos de planificación *propia* y denuncias.
- Asignación indistinta a una u otra Administración: actuaciones correspondientes a los ámbitos de planificación común (planes de interés común).
- Asignación común: en las estructuras territoriales que cuenten con una menor dotación de personal actuante, se puede efectuar el reparto conforme a otros criterios (por ejemplo, por zonas, tal y como se hace tradicionalmente en la mayoría de las Inspecciones de España).

Por su parte, el Consejo Vasco de la ITSS puede matizar estos criterios generales o, incluso, acordar otros, por razones funcionales o territoriales. Precisamente, el Comité de

Dirección Operativa es el encargado de hacer efectivo el cumplimiento de tales criterios de distribución, estableciendo pautas para cada estructura territorial y tratando de buscar soluciones a los inevitables escollos que se presentan en la gestión diaria. A este respecto, el Convenio establece que dicha distribución se realizará por un representante de cada Administración³⁵. Lo cual plantea la necesidad de articular en cada Territorio Histórico vasco un mecanismo permanente de comunicación entre las respectivas Jefaturas, más allá de las reuniones periódicas del Comité de Dirección Operativa.

4. LOS PRIMEROS FRUTOS DE LA COLABORACIÓN AGE-GOVA

El Convenio de Colaboración AGE-GOVA se aplica de manera efectiva en virtud de las decisiones acordadas que ha ido adoptando el Consejo Vasco de la ITSS desde 2012. Estos acuerdos han permitido asentar la cooperación sobre unas herramientas comunes, que evitan una bifurcación definitiva del sistema de Inspección en el País Vasco. A continuación, se destacan los principales *frutos* obtenidos de dicha colaboración bilateral.

4.1. *Integra* como aplicación común para la gestión

Sin perjuicio de la competencia de la CAPV para administrar y gestionar sus propios sistemas informáticos, así como los datos de la Inspección autonómica³⁶, se ha garantizado

³⁵ Cf. Cláusula Decimotercera del Convenio de Colaboración (BOE de 28-12-2011).

³⁶ Según lo establecido en el Apartado 1.A del Anexo I del Convenio de Colaboración (BOE de 28-12-2011), la CAPV puede desarrollar, en su ámbito competencial, su propio sistema de información, utilizando otras aplicaciones para la gestión de la Inspección autonómica, que podrán estar interrelacionadas con *Integra*. Más aún, en el Apartado 1.B.I) del Anexo I del Convenio ambas Administraciones se comprometen a mantener la unidad de información y la interoperabilidad recíproca de sus

³⁴ Cf. Cláusula Décimo Séptima del Convenio de Colaboración (BOE de 28-12-2011).

el principio de *unidad de información* a través de la aplicación *Integra*³⁷, a la cual tienen acceso ambas Administraciones y es utilizada por su respectivo personal, como instrumento compartido: ha incorporado las campañas autonómicas vascas, ha garantizado la consulta de antecedentes de los sujetos inspeccionados para las dos Inspecciones, proporciona información estadística homogénea y, en definitiva, se ha configurado como base de datos única.

4.2. Convenios de acceso a información necesaria para la acción inspectora

El Acuerdo Complementario nº 3 al de traspaso estableció que cada Administración gestionaría el acceso de la otra a los registros y bases de datos que se requieren para el ejercicio de las funciones inspectoras; incluso, hizo una mención expresa al acceso y consulta a los registros y las bases de datos del orden social, en el sentido de que ambas Administraciones suscribirían los convenios necesarios para garantizar dicho acceso por parte de sus respectivas plantillas. Esta misma previsión fue trasladada al Convenio de Colaboración AGE-GOVA³⁸.

El propio Convenio abre el camino para que la Inspección autonómica continúe accediendo a una de las fuentes esenciales de información para el ejercicio de las funciones inspectoras: la **Tesorería General de la Seguridad Social**. A este respecto, el Convenio dispone, en materia de Seguridad Social, que *«la comunicación a la Tesorería General de la Seguridad Social de propuestas sobre actos de oficio (inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores y variación de datos) se realizarán en el Fichero General de Afiliación, grabándose las actas y*

propuestas de liquidación en el Fichero General de Recaudación».

Otro ámbito importante de información, en el orden social, es el que gestiona el **Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE)**. Para que el personal de la ITSS transferido a la CAPV pueda acceder –a modo de consulta– a la información contenida en los ficheros generales de bases de datos del SEPE, en las mismas condiciones y extensión que el personal de la AGE, el 15 de marzo de 2013 se suscribió el Convenio de colaboración entre el SEPE y el Departamento de Empleo y Políticas Sociales de la CAPV, sobre cesión de información a la Inspección de Trabajo del País Vasco³⁹.

4.3. Imagen corporativa acordada

La inexistencia de un consorcio en el País Vasco ha impedido –a diferencia de Cataluña– disponer, por el momento, de una imagen corporativa específica para las dos Inspecciones que actúan en esta Comunidad Autónoma: no se ha acordado un logo institucional común. El Convenio de Colaboración se limita a establecer unas pautas generales de uso de las imágenes institucionales en los **documentos de acción inspectora**:

- Deben figurar las imágenes de las dos Administraciones en las *instancias estandarizadas* (por ejemplo, los modelos de denuncia) que se presenten a la ITSS⁴⁰.

- Para las Actas de Infracción, de Liquidación de cuotas, los requerimientos, las propuestas de recargo de prestaciones, las comunicaciones de altas o bajas de oficio, las órdenes de paralización, los informes de investigación de accidentes de trabajo u otros

respectivos sistemas y aplicaciones, mediante *«formatos y estándares comunes»*.

³⁷ Cf. Acuerdo Complementario nº 3 y Cláusula Vigésima y Apartados 1.A y 1.B del Anexo I del Convenio de Colaboración (BOE de 28-12-2011).

³⁸ Cf. Cláusula Vigésima del Convenio de Colaboración (BOE de 28-12-2011).

³⁹ Resolución de la Secretaría General Técnica del MEYSS, de 17-10-2013 (BOE de 30-10-2013).

⁴⁰ Cf. Apartado c) de la Cláusula Decimotercera y Apartado 1.B.h) del anexo I del Convenio de Colaboración (BOE de 28-12-2011).

documentos análogos, el Convenio dispone unas pautas específicas:

- Cuando se refieran a materias cuya competencia corresponda sólo a una de las Administraciones, se utilizará la imagen de la competente.
- En cambio, si la persona actuante depende de una Administración distinta de la que posee la competencia, se empleará la imagen de las dos.

Respecto a los documentos que afectan a **varias materias**, en las que tengan competencia una y otra Administración, el Convenio de Colaboración no terminó de cerrar el criterio. Este tipo de documentos –*pluritemáticos y multicompetenciales*– son, probablemente, los más habituales en el ejercicio de las tareas inspectoras (notas interiores, informes a las personas interesadas, contestaciones a denuncias, etc.). En todo caso, se incluye la imagen corporativa de la Administración a la que se halle adscrito orgánicamente el funcionario actuante. Pero el Convenio también encomienda al Consejo Vasco de la ITSS que analice y adopte los criterios respecto a la «*imagen corporativa adicional*» que puede incorporarse a tales documentos. Es decir, deja abierta la posibilidad de que se añada la imagen de la Administración ajena a la persona actuante. Pese a la ausencia de un logo común, las dos Administraciones han aprovechado el portillo abierto por el Convenio de Colaboración sobre este punto y han pactado el uso conjunto de **ambas imágenes corporativas** en tales documentos. Este acuerdo pretende transmitir a la ciudadanía, en la medida de lo posible, la idea de un sistema de Inspección integrado y no *disgregado*.

Un similar planteamiento de cohesión, respetuoso con las singularidades, se ha trasladado a la reciente **Orden ESS/1452/2016**, de 10 de junio, por la que se regula el **modelo de diligencia de actuación** de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE de 12 de septiembre), cuyo artículo 3.3 dispone lo siguiente:

«*En aquellas comunidades autónomas con funciones y servicios traspasados en materia de función pública inspectora, la imagen corporativa del modelo de diligencia será la que se adopte en los órganos de cooperación bilateral correspondientes.*»

Implícitamente, se fía al Consejo Vasco de la ITSS un posible acuerdo sobre otro de los documentos esenciales para la acción inspectora. Cualquier pacto a este respecto debe cumplir necesariamente la exigencia de bilingüismo, establecida de manera expresa en el artículo 3.2 de la Orden ESS/1452/2016, dado que el euskera es lengua cooficial en el País Vasco. Es previsible que ambas Administraciones acuerden un modelo conjunto de diligencia, específico para el País Vasco, en el que figuren las dos imágenes corporativas. Este modelo será utilizado indistintamente por los actuantes de la AGE y del GOVA, y, además, podrá cumplimentarse a través de *Integra*, desde cada orden de servicio.

4.4. Ventanilla única

Tanto el Acuerdo Complementario nº 2 como el Acuerdo Adicional al de Traspaso, ya dispusieron la prestación de un «*servicio común de información al ciudadano*», concebido como ventanilla única para un triple fin:

- la recepción y registro de documentos,
- facilitar información sobre la ITSS a la ciudadanía,
- y tramitar las quejas de las personas usuarias.

Este planteamiento fue trasladado al Convenio de Colaboración⁴¹, aunque sin concretar el modo de llevarlo a cabo en cada Territorio Histórico vasco. Ha sido la negociación en el seno del órgano de coordinación y colaboración la que, finalmente, ha determinado un criterio, que evita la duplicidad en este aspecto: el

⁴¹ Cf. Cláusula Decimoctava del Convenio de Colaboración (BOE de 28-12-2011).

Consejo Vasco de la ITSS ha encomendado, en primer término, a la Inspección autonómica la gestión del registro y la atención al ciudadano, sin perjuicio de las peculiaridades funcionales y organizativas que puedan concurrir en alguna provincia⁴².

4.5. Acuerdos de colaboración AGE-GOVA para el desarrollo de la función inspectora

La experiencia acumulada durante estos años pone de manifiesto que la negociación se ha convertido en instrumento de trabajo habitual para las dos Administraciones que gestionan el sistema de ITSS en el País Vasco. Puede afirmarse que el modelo *colaborativo* pactado entre el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y el Gobierno Vasco ha alcanzado madurez y estabilidad, tras los primeros años de la transferencia. Fruto de todo ello ha sido un conjunto de tres acuerdos bilaterales, que fueron aprobados en el Consejo Vasco de la ITSS, durante la importante reunión celebrada en San Sebastián el 29 de junio de 2015:

a) **Acuerdo sobre la unidad de sede de las Inspecciones** que operan en Gipuzkoa. Esta decisión ha completado el mapa de *sedes comunes* en las tres Inspecciones del País Vasco, lo cual permite ofrecer un servicio público óptimo a la ciudadanía, pues evita el *peregrinaje* por ventanillas diferentes (especialmente con ocasión de las comparencias) y, al mismo tiempo, facilita la coordinación y la colaboración AGE-GOVA en cada uno de los Territorios Históricos. De otro modo, la dispersión geográfica, dentro de cada capital vasca, habría ocasionado graves inconvenientes a trabajadores y empresas para acceder a los servicios de la ITSS, y habría impedido el contacto permanente entre ambas Administraciones, complicando sobremanera la cooperación.

Desde una perspectiva económica, la ubicación de todas las Inspecciones en *sedes comunes* permite optimizar el aprovechamiento de los inmuebles, así como la asunción compartida de muchos gastos.

b) **Acuerdo que concreta un nivel básico de colaboración** entre la AGE y el GOVA, definido como *un mínimo* que compromete necesariamente a las dos Administraciones, sin perjuicio de las competencias materiales y autoorganizativas de cada parte. Este Acuerdo tiene por objeto desarrollar el marco de colaboración en el área operativa: determinación de criterios, modalidades y sistemas de colaboración básica en cada Territorio Vasco, teniendo en cuenta las necesidades específicas de cada uno de ellos, sus peculiaridades e idiosincrasia.

En el texto ambas partes pactaron un modelo general de colaboración *básica* centrado en campañas específicas –previamente identificadas–, con un número de actuaciones establecido para cada Administración y unos recursos humanos cuantificados a tal fin. De esta manera, el acuerdo *de mínimos* se aleja del criterio de reparto que se venía aplicando antes de la transferencia: la tradicional división de la provincia, en zonas asignadas a cada actuante, es sustituida por una distribución de campañas entre ambas Administraciones, según sus respectivas competencias, y la definición de unos ámbitos comunes de actuación, a los que queda circunscrita la colaboración esencial. Todo ello sin perjuicio de que cada parte aplique sus propios criterios organizativos *ad intra*, esto es, respecto a su propio personal (cada Administración puede establecer sus zonas, o bien distribuir los asuntos por materias, por complejidad del caso, por dimensión de las empresas, etc.)⁴³.

⁴² En Gipuzkoa es la AGE quien gestiona el registro, debido a la configuración de la sede común en Donostia – San Sebastián y a la titularidad estatal del inmueble.

⁴³ Debido a sus dimensiones –económica y poblacional– más reducidas, sólo en el caso de Álava se mantiene el modelo tradicional de reparto del trabajo *por zonas*, tanto para Inspectores como Subinspectores, con independencia de su adscripción orgánica –estatal o autonómica– y respetando íntegramente la competencia material de cada Cuerpo. Todo ello sin perjuicio de que cada Administración se reserve la facultad de

En cada Territorio Histórico vasco, la planificación de las campañas correspondientes a **planes propios** de cada Administración (pero incluidas en la colaboración básica que se define en el acuerdo) deberá realizarse por la Jefatura que, en cada caso, sea competente por razón de la materia, con independencia del Cuerpo al que pertenezcan los posibles actuantes y de cuál sea su adscripción orgánica. Además, podrá llevarse a cabo una planificación conjunta, que deben acordar ambas Administraciones en cada provincia, respecto a las campañas correspondientes a **planes comunes**⁴⁴.

c) **Acuerdo sobre la formación permanente del personal** adscrito a las Inspecciones del País Vasco, en el que se prevé la aprobación anual de **Planes Conjuntos de formación AGE-GOVA**. Desde esta perspectiva, y sin perjuicio de las acciones formativas que cada Administración pueda efectuar respecto al personal propio que se encuentre bajo su dependencia orgánica, el Consejo Vasco de la ITSS ha considerado necesario y beneficioso, para todas las partes implicadas, el establecimiento de programas formativos y de especialización *de común interés*⁴⁵.

El Acuerdo concreta un procedimiento bilateral de elaboración de estos Planes Conjuntos, que, una vez aprobados, se integran en la programación anual de cursos territorializados de la Escuela de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Por tanto, la Escuela se encarga de certificar la asistencia y, en su caso, la superación de estas acciones formativas.

Asimismo, el texto establece unos criterios comunes para seleccionar el alumnado que participe en algún curso del Plan Conjunto. En este punto también se respeta el equilibrio entre la AGE y el GOVA, de modo que las convocatorias de las acciones formativas reservan

realizar en exclusiva determinadas campañas y/o actuaciones que correspondan a su propio ámbito competencial.

⁴⁴ Cf. Cláusula Decimosexta del Convenio de Colaboración (BOE de 28-12-2011).

⁴⁵ Cf. Cláusula Decimonovena del Convenio de Colaboración (BOE de 28-12-2011).

el mismo número de plazas a la plantilla de cada Administración, sin perjuicio de la distribución provincial o territorial que disponga cada una de éstas respecto a su propio personal.

Por último, el Acuerdo prevé la difusión que debe darse en el País Vasco a la **formación piramidal**, impartida previamente en la Escuela de la ITSS⁴⁶. Las dos partes consideraran de interés común las acciones *piramidales*, aunque no se encuentren incluidas expresamente en un Plan Conjunto. Por tanto, deberá ser convocado a la correspondiente formación descentralizada todo el personal de ambas Inspecciones que pertenezca al colectivo profesional al que se dirija específicamente la acción (personal de apoyo y/o personal actuante), con independencia de la adscripción orgánica –estatal o autonómica– de la persona que acudió al curso centralizado y que deba impartirlo en destino.

5. LA NUEVA LEY ORDENADORA DE 2015 (LOSITSS) Y EL ENCAJE DEL MODELO VASCO

5.1. La aprobación y entrada en vigor de la reciente Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE del 22) (LOSITSS), determina el funcionamiento y las actuaciones de la ITSS en toda España, y, particularmente, en las Comunidades Autónomas con funciones y servicios traspasados en materia de función pública inspectora, como es el caso de la CAPV. La puesta en marcha de las novedades que incluye este nuevo texto, sobre todo en el ámbito organizativo, será una prioridad durante los próximos años, pues la actividad inspectora y la propia estructura del sistema deben adaptarse a las previsiones legislativas. Dos de las medidas más innovadoras, que in-

⁴⁶ Se consideran de tipo *piramidal* las acciones formativas realizadas en la sede de la Escuela de ITSS, que, posteriormente, deben ser impartidas en las provincias de destino por las personas que acudieron a aquéllas.

cluye la LOSITSS, marcan la relevancia de los cambios impulsados desde la norma:

- La integración de la ITSS en un organismo autónomo –el *Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social* (OEITSS)–, dotado de personalidad jurídica propia y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines (Título III).
- La creación del nuevo Cuerpo de *Subinspectores Laborales*, organizado en dos Escalas especializadas: la de *Empleo y Seguridad Social* y la de *Seguridad y Salud Laboral* (artículo 3).

5.2. El artículo 2 de la LOSITSS enumera los **principios** conforme a los cuales se ordena el Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en su organización y funcionamiento. Deben destacarse aquí los que afectan más directamente a la labor que tiene lugar en un contexto de coexistencia entre Inspecciones estatal y autonómica, tal y como sucede en Euskadi:

- «a) *Eficacia y calidad en la prestación del servicio a los ciudadanos.*
- b) *Concepción única e integral del Sistema, garantizándose su funcionamiento cohesionado mediante la coordinación, cooperación y participación de las diferentes Administraciones Públicas.*
- c) *Unidad de función y de actuación inspectora en todas las materias del orden social, en los términos establecidos en esta ley, sin perjuicio de los criterios de especialización funcional y de actuación programada. (...)*
- e) *Reserva de la función inspectora en el orden social a los funcionarios del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y del Cuerpo de Subinspectores Laborales, en los términos previstos en esta ley.*
- f) *Organización y desarrollo de la actividad conforme a los principios de trabajo programado y en equipo. (...)*»

Según se ha expuesto más arriba, estos principios ya aparecían –de una u otra forma– en el Convenio de Colaboración AGE-CAPV de

2011. De manera que la LOSITSS ha venido a consagrarlos jurídicamente, mediante su ascenso a la categoría de ley.

5.3. Es evidente que las Inspecciones autonómicas –catalana y vasca– no se diluirán en el futuro organismo autónomo estatal (OEITSS), pues las transferencias se hicieron, precisamente, para que las Comunidades que recibieron los traspasos ejerzan con plenitud su capacidad gestora, dentro de su ámbito competencial. Lo cual no resulta incompatible con la voluntad *integradora* de la LOSITSS, que, en su empeño por preservar la cohesión, asume la pluralidad del sistema y considera que, en su conjunto, está formado tanto por la Inspección de la AGE –*transfigurada* en el nuevo organismo– como por las Inspecciones autonómicas.

Sólo la cooperación y la participación de las Administraciones Públicas implicadas pueden hacer viable este sistema plural. Por eso, el artículo 25.1 de la LOSITSS coloca el planteamiento *colaborativo* en el frontispicio de la organización que diseña su Título III:

«*La Administración General del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, garantizarán el ejercicio y la eficacia del servicio público de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Para ello, dichas Administraciones organizarán la realización de las actuaciones inspectoras con sujeción a los principios establecidos en el artículo 2 y desarrollarán el principio de cooperación a través de los órganos e instrumentos previstos en esta ley y en los acuerdos o convenios suscritos entre las Administraciones competentes.*»

Como puede verse, el texto legal establece, con carácter general, dos cauces simultáneos de cooperación/participación:

- Los instrumentos previstos en la propia LOSITSS,

- y los acuerdos o convenios suscritos entre las Administraciones.

Las Comunidades con Inspección transferida –como es el caso del País Vasco– ya disponían de su propio **acuerdo o convenio de colaboración** con la AGE, antes de que entrara en vigor la LOSITSS. Por tanto, la norma no hace sino respetar en su articulado la relación bilateral preexistente y su entramado institucional. Más aún: respecto a estas CC.AA., el párrafo primero del apartado 2 de la Disposición Adicional Octava de la LOSITSS insiste en tomar, como primer elemento de referencia para la coordinación/participación, el respectivo acuerdo bilateral⁴⁷.

Pero a esta vía específica se añade la incorporación de todas las CC.AA. al principal *instrumento* de participación/coordinación, previsto en la propia LOSITSS: el artículo 29.1.c) de la Ley 23/2015 dispone que «*cada una de las Comunidades Autónomas*» designe su **vocal en el Consejo Rector del futuro organismo autónomo estatal** (OEITSS)⁴⁸. La Ley no excluye a las Comunidades con Inspección transferida, de manera que Cataluña y País Vasco pueden participar en este órgano directivo, en igualdad de condiciones con el resto de CC.AA. (capacidad de influir en las decisiones, derecho de voto, etc.), aunque sus respectivas Inspecciones autonómicas no formen parte del mencionado organismo estatal.

⁴⁷ El apartado 2 de la DA 8ª de la LOSITSS establece que «*en la coordinación de las actuaciones entre los servicios de inspección traspasados a dichas Comunidades Autónomas y los de la Administración General del Estado los acuerdos bilaterales que se establezcan tendrán especialmente en cuenta la singularidad de la adscripción orgánica de los servicios de inspección a distintas Administraciones Públicas, sobre la base de la concepción única e integral del Sistema, del principio de unidad de función y actuación inspectora de los funcionarios del Sistema y del principio de eficacia en la ejecución de la función inspectora*».

⁴⁸ No confundir el *Consejo General* del OEITSS (previsto en los artículos 28.2 y 30 de la LOSITSS) con el *Consejo Rector* de este organismo autónomo (previsto en el artículo 29 de la LOSITSS), pues este último es un verdadero órgano *ejecutivo* y, en cambio, el primero no pasa de ser un mero órgano *consultivo* de composición tripartita, tal y como se explica en el apartado 5.5.

De hecho, su participación en el OEITSS es confirmada en el apartado 1 de la Disposición Adicional Octava de la LOSITSS⁴⁹.

De este modo, las Comunidades con traspaso participarán en la gestión del sistema global de Inspección, a través del Consejo Rector del OEITSS. El mismo artículo 29.1 de la LOSITSS remite al desarrollo reglamentario –los estatutos del futuro organismo– la determinación del «*número de vocales, su forma de designación y el régimen de funcionamiento*», sin introducir diferencias, a priori, entre CC.AA. A su vez, esta participación en el sistema general respeta la singularidad de los mecanismos bilaterales de relación entre el Estado y las Comunidades con traspaso: ni el *Consorti* catalán ni el Consejo Vasco de la ITSS son meras copias de las *Comisiones Operativas Autonómicas*, previstas para las Comunidades sin transferencia. De hecho, el apartado 1 de la DA 8ª de la LOSITSS excluye a Cataluña y País Vasco de lo dispuesto en los artículos 33 y 34⁵⁰ de la Ley.

Además, esta *singularidad* aparece reforzada en el párrafo segundo del apartado 2 de la DA 8ª de la LOSITSS, pues crea un **tercer cauce** de coordinación/participación sólo para las Comunidades con traspaso: un órgano **multilateral de cooperación con el Estado**, del que formarán parte específicamente esas Comunidades (por ahora, Cataluña y

⁴⁹ El apartado 1 de la DA 8ª de la LOSITSS establece que «*las Comunidades Autónomas con funciones y servicios traspasados en materia de función pública inspectora participarán en el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los términos establecidos en esta ley, con respeto, en todo caso, al pleno ejercicio de sus competencias, por lo que no les será de aplicación lo dispuesto en los artículos 33 y 34 y mantendrán las facultades organizativas y directivas respecto de su propio personal, conforme a lo establecido en la normativa vigente*».

⁵⁰ Los artículos 33 y 34 de la LOSITSS se refieren, respectivamente, a la Autoridad Autónoma de la ITSS y a las Comisiones Operativas Autonómicas de la ITSS. Ambas figuras no son aplicables en las CC.AA. con transferencia, pues tienen plena competencia para estructurar jerárquicamente sus propias Inspecciones y, además, el régimen de sus órganos de cooperación con el Estado se establece en sus específicos convenios bilaterales.

País Vasco), sin perjuicio de lo establecido en sus respectivos acuerdos bilaterales:

«Igualmente, y con la misma finalidad, dichas Comunidades Autónomas y la Administración General del Estado constituirán, conforme al artículo 5.7 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, un órgano de cooperación multilateral en los ámbitos materiales específicos que les sean de interés, en especial, los criterios de coordinación de actuaciones supraautonómicas o que requieran una respuesta uniforme en todo el territorio nacional incluyendo, en su caso, la referida en el apartado 2 de la disposición adicional segunda⁵¹; la determinación de planes y programas de Inspección; los criterios y procedimientos comunes de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como la planificación de los recursos humanos y medios materiales del Sistema en dichas Comunidades Autónomas, en particular, los aspectos relativos a los procesos de ingreso, selección, formación, provisión de puestos de trabajo y movilidad geográfica de los Cuerpos Nacionales del Sistema.»

Frente al resto de CC.AA., las que disponen de Inspección transferida cuentan con un triple mecanismo de coordinación/participación, pues el *doble cauce* general del artículo 25.1 de la LOSITSS se ve ampliado mediante el órgano multilateral de la DA 8ª, que representa un tercer instrumento de comunicación con el Estado, claramente orientado hacia la *cogestión* del sistema en sus respectivos ámbitos territoriales.

5.4. Por su actualidad, especial mención merece este cauce *multilateral* de participación en el sistema, previsto en el apartado 2 de la Disposición Adicional Octava de la LOSITSS. Mediante Resolución de 6 de febrero

⁵¹ El apartado 2 de la Disposición Adicional Segunda de la LOSITSS prevé la posibilidad de crear una «Dirección Especial de Inspección» en el seno del OEITSS, para coordinar actuaciones supraautonómicas y actuar sobre el sector público estatal.

de 2017, de la Secretaría General Técnica del MEYSS, se ha publicado el **Convenio de colaboración con la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Generalidad de Cataluña por el que se crea y regula la Comisión de Cooperación Interadministrativa del sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social**^{52 53}.

La Comisión está llamada a consolidar la *singularidad* de las Comunidades Autónomas con transferencia, sin quebrar la «concepción única e integral» del sistema de ITSS⁵⁴, y, al mismo tiempo, sin modificar la actual configuración institucional de las transferencias (Consorti en Cataluña y Consejo Vasco en Euskadi). En este sentido, la Cláusula Cuarta del Convenio establece una doble cautela respecto a la Comisión de Cooperación Interadministrativa (C.C.I.):

- No limita las competencias que corresponden a cada una de las Administraciones que la integran, especialmente las referidas a la autoorganización y a la planificación de actuaciones inspectoras en el ámbito de sus respectivas competencias materiales.
- Tampoco afecta ni sustituye el ámbito de relación bilateral que las comunidades autónomas firmantes mantengan con la AGE, salvo que las mismas así lo decidan.

⁵² Cf. BOE. de 16 de febrero de 2017. Este Convenio de Colaboración fue suscrito primeramente en Barcelona, con la Generalidad de Cataluña, el 23 de enero de 2017, y al día siguiente en Vitoria-Gasteiz, con el Gobierno Vasco. En ambos casos, la firma se efectuó por la Ministra de Empleo y Seguridad Social, Fátima Báñez García, y la respectiva Consejera: Dolors Bassa i Coll y María Jesús Carmen San José López.

⁵³ Pactado con una vigencia trianual, este acuerdo se ha instrumentado mediante la fórmula de convenio interadministrativo, conforme a las previsiones del Capítulo VI del Título Preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE. del 2).

⁵⁴ Cf. Cláusula Tercera del Convenio de Colaboración AGE-Cataluña-País Vasco (BOE. de 16-2-2017).

El respeto simultáneo a la pluralidad e integridad del sistema de ITSS es imprescindible, para que encajen adecuadamente todas las piezas de la Ley 23/2015. A tal efecto, la C.I.I. es regulada como un foro de cohesión, específicamente diseñado para evitar (y, en su caso, resolver) posibles discordancias entre la AGE y las CC.AA. con transferencia.

Las propias Administraciones firmantes del Convenio de Colaboración parecen asumir en el texto que sólo el diálogo y la confianza recíproca harán de la C.I.I. un órgano operativo; únicamente desde una efectiva voluntad política de alcanzar acuerdos, la Comisión podrá cumplir el objetivo –a veces complejo- de mantener la unidad del sistema sin perjuicio a su diversidad. Este planteamiento se trasluce en el **plano de igualdad** que son situadas las tres partes signatarias, mediante la composición paritaria de la C.I.I.⁵⁵:

«...está integrada por los titulares de los órganos de dirección de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de la Administración General del Estado, del Gobierno Vasco y de la Generalidad de Cataluña, y por otro representante de cada una de dichas Administraciones perteneciente al Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.»

Responde a la misma intención el hecho de que en el Apartado 3 de la Cláusula Quinta se haya optado por atribuir un voto a cada parte y por la unanimidad para acordar cualquier asunto.

Como su propia denominación indica, las finalidades esenciales de la C.I.I. son la **cooperación y coordinación institucional**, en los ámbitos materiales específicos que sean de interés para las Administraciones firmantes. La Cláusula Tercera del Convenio enumera estos ámbitos, reproduciendo –de forma casi

mimética- los términos del Apartado Segundo de la DA 8ª de la LOSITSS:

- Actuaciones supraautonómicas o que requieran una respuesta uniforme en todo el territorio nacional.
- Determinación de planes y programas de Inspección.
- Propuesta de criterios y procedimientos comunes de actuación de la ITSS.
- Planificación de los recursos humanos y medios materiales del Sistema en dichas CC.AA., en particular, los aspectos relativos a los procesos de ingreso, selección, formación, provisión de puestos de trabajo y movilidad geográfica de los cuerpos nacionales.

5.5. Como se ha podido ver a lo largo del presente artículo, el nuevo entramado institucional que establece la LOSITSS es *poliédrico*, y su funcionamiento satisfactorio exige un esfuerzo de coordinación/colaboración por parte de todas las Administraciones implicadas, especialmente en lo que se refiere a la relación entre el Estado y las CC.AA. con Inspección transferida. El *triple cauce* de participación de estas Comunidades en el sistema requiere orientar las tres vías hacia unas metas comunes, de tal modo que las decisiones acordadas en los órganos de cooperación bilateral (el Consejo Vasco de la ITSS, en el caso de Euskadi), en la Comisión de Cooperación Interadministrativa y en el Consejo Rector del OEITSS sean coherentes entre sí. Para lograrlo, será preciso que las Administraciones vayan perfilando el efectivo papel que deba corresponder a cada uno de estos órganos– en el conjunto del *poliedro*–, a medida que avance el desarrollo y puesta en marcha de la LOSITSS.

A este respecto, cabe destacar una cuestión de suma importancia en las Comunidades con traspaso: el diseño y ejecución de **planes comunes**, acordados por la AGE y la respectiva Administración autonómica. La optimización de recursos, la eficacia en determinadas materias, cuyo interés estratégico sea compartido por las Administraciones, y los compromisos con la Unión Europea hacen necesaria la pla-

⁵⁵ Cf. Cláusula Segunda del Convenio de Colaboración AGE-Cataluña-País Vasco (BOE. de 16-2-2017).

nificación de campañas en las que participen efectivos estatales y autonómicos. Se trata de un ejemplo muy significativo, cuyo abordaje requiere la máxima congruencia entre los órganos de coordinación interadministrativa.

Una vez reconocida —en el Apartado 4— la plena autonomía de cada Administración para aprobar sus propios planes territoriales, dentro su respectivo ámbito competencial, el Apartado 5 de la Disposición Adicional Octava de la LOSITSS prevé expresamente la posibilidad de que la AGE acuerde *planes comunes* con estas Comunidades:

«Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior podrán acordarse de forma conjunta entre ambas Administraciones en el seno de los mecanismos de cooperación bilateral establecidos, planes y programas de inspección comunes, estableciéndose los criterios de actuación inspectora, de coordinación, colaboración, seguimiento y evaluación de resultados, que se estimen necesarios para su adecuada ejecución.»

En estos planes y programas comunes de inspección se integrarán los acuerdos a los que se haya podido llegar en el Consejo Rector del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de planificación y programación de alcance general.»

El texto atribuye al órgano *bilateral* específico (el Consejo Vasco de la ITSS, en el caso de la CAPV) competencia para negociar los planes comunes, que, a su vez, se integrarán en los acuerdos del Consejo Rector del OEITSS. Asimismo, hay que conjugar estos acuerdos con la competencia sobre «determinación de planes y programas de Inspección», que el Apartado Segundo de la DA 8ª de la LOSITSS y el Convenio de Colaboración AGE-Cataluña-País Vasco también asignan a la recién creada C.I.I.

El éxito de la LOSITSS, y, por tanto, la estabilidad de este sistema *tridimensional* de ITSS, dependerán, en gran medida, del acomodo que se busque para

todos sus elementos. En este sentido, debe recordarse aquí que el vigente Convenio de Colaboración AGE-GOVA es de 2011, es decir, anterior al sistema diseñado por la Ley 23/2015 y, más aún, a la recién creada Comisión de Cooperación Interadministrativa. No es descartable, por tanto, que, a medio plazo, sea necesario actualizar los términos del Convenio de Colaboración AGE-GOVA, para adaptarlo al nuevo entramado institucional de la LOSITSS y a fin de que el Consejo Vasco de la ITSS no quede desdibujado, en el marco del triple cauce de coordinación/participación establecido para las CC.AA. con traspaso.

5.6. Las previsiones de la LOSITSS plantean otra cuestión importante, que, en el ámbito de las Comunidades con transferencia, deberían abordar las Administraciones implicadas: la **participación de los agentes sociales en el sistema de ITSS**. Así como la antigua Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la ITSS, no regulaba este aspecto (ni tampoco su desarrollo reglamentario), en cambio, la nueva Ley 23/2015 sí establece un foro de «información, audiencia y consulta», donde sindicatos y organizaciones empresariales estarán representados. El artículo 28.2 de la LOSITSS señala que el futuro organismo autónomo estatal (OEITSS) dispondrá de un «**Consejo General Consultivo**, como órgano de participación institucional en las materias relativas al Organismo». Por su parte, el artículo 30 precisa su composición y sus funciones:

«1. El Consejo General es el órgano de participación institucional en las materias relativas al Organismo Estatal. Estará integrado por cuatro representantes de la Administración General del Estado, cuatro representantes de las Comunidades Autónomas, ocho representantes de las organizaciones empresariales más representativas y ocho representantes de las organizaciones sindicales más representativas.»

2. El Consejo General tendrá funciones de información, audiencia y consulta en las materias de que tenga conocimiento el Consejo Rector de acuerdo con el artículo 29.2.»

Acaso, el desarrollo reglamentario de la LOSITSS deberá aclarar los criterios de reparto entre las organizaciones empresariales y sindicales *más representativas*⁵⁶. A este respecto, deberá tenerse en cuenta que no sólo adquieren esta condición de *mayor representatividad* por la audiencia que posean en el ámbito estatal, sino que hay organizaciones cuyo peso jurídico viene dado por su peso representativo en unas determinadas Comunidades Autónomas, a cuyos ámbitos territoriales circunscriben su actuación (piénsese, por ejemplo, en los sindicatos nacionalistas vascos y gallegos). El estatuto del OEITSS podría incorporar criterios similares a los que se vienen aplicando en otros órganos de participación institucional, ya consolidados en el Ministerio desde hace tiempo⁵⁷.

Sin perjuicio de la participación sindical y empresarial que se concrete en el Consejo General del OEITSS, las Comunidades con traspaso habrán de analizar, junto a la AGE, la conveniencia de establecer cauces específicos para que los agentes sociales de sus respectivos territorios puedan acceder a la *información, audiencia y consulta* relacionadas con la gestión de la ITSS en dichas Comunidades. Ni los Acuerdos de Traspaso, ni los Reales Decretos de Transferencia ni el Convenio de Colaboración AGE-CAPV prevén órgano o foro alguno al que puedan incorporarse los agentes sociales de Euskadi. La tradicional implantación de los sindicatos y de las patronales en el País Vasco hace prever que, tarde o temprano, pedirán a las Administraciones Públicas la articulación de un cauce para participar, de alguna manera, en los asuntos relacionados con la ITSS en esta Comunidad Autónoma. Su previsible demanda se intensificará, una vez se regule y se ponga en marcha el Consejo

General del OEITSS, pues exigirán un instrumento de consulta en el ámbito vasco.

5.7. Una de las grandes novedades que contiene la LOSITSS aparece en su artículo 3 y en su Disposición Adicional Quinta: el Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social pasa a denominarse **Cuerpo de Subinspectores Laborales**, contando con **dos escalas especializadas**, la Escala de Empleo y Seguridad Social y la **Escala de Seguridad y Salud Laboral**. Concretamente, esta última Escala supone una verdadera innovación respecto a lo que venía siendo el tradicional ámbito de materias cuyo conocimiento tenían atribuido los Subinspectores⁵⁸.

En este sentido, el artículo 14.3 de la LOSITSS atribuye a la Escala de Seguridad y Salud Laboral el conocimiento de unas materias de las que, hasta ahora, los Subinspectores estaban excluidos: *«la comprobación del cumplimiento y control de la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales, en los aspectos que afecten directamente a las condiciones materiales de trabajo»*, así como la *«vigilancia del cumplimiento de la normativa jurídico-técnica con incidencia en materia de prevención de riesgos laborales»*. No extraña, pues, que la Disposición Adicional Quinta de la LOSITSS haya asignado un perfil científico-técnico a los profesionales que pueden incorporarse a esta Escala, lo cual se ha trasladado a la primera convocatoria de plazas por acceso libre⁵⁹: *«los aspirantes deberán estar en posesión o en condiciones de obtener el título universitario oficial de Graduado adscrito a la rama del conocimiento de*

⁵⁶ Cf. Título III de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (BOE del 8).

⁵⁷ Por ejemplo, la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, prevista en el artículo 13.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE del 10) y desarrollada en el Real Decreto 1879/1996, de 2 de agosto (BOE del 9).

⁵⁸ El artículo 14.2 de la LOSITSS mantiene las materias *clásicas* para los Subinspectores Laborales pertenecientes a la Escala de Empleo y Seguridad Social, si bien con dos añadidos novedosos en sus apartados b) y c): *«la comprobación del cumplimiento de las normas que prohíben la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años»* y *«de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales»*.

⁵⁹ Cf. Orden ESS/1459/2016, de 7 de septiembre, por la que se convoca proceso selectivo para ingreso, por el sistema general de acceso libre, en el Cuerpo de Subinspectores Laborales, Escala de Seguridad y Salud Laboral (BOE del 13).

ciencias, ciencias de la salud, o ingeniería y arquitectura».

Desde esta perspectiva, la LOSITSS ha introducido, por primera vez, un rígido principio de especialización material en el sistema, cuya permeabilidad entre las dos Escalas de Subinspectores Laborales parece improbable, tal y como se regula en el artículo 3.3:

«Debido a la diversidad material de las funciones encomendadas a los integrantes de cada Escala de acuerdo con el artículo 14.2 y 3, la movilidad entre las mismas sólo podrá producirse cuando se disponga de la titulación requerida y se supere el proceso selectivo específico previsto para el ingreso en cada una de ellas.»

Este planteamiento material apunta también hacia una bifurcación orgánica de las Escalas, distribuidas entre la AGE y las Comunidades con transferencia, pues el ámbito de Empleo y Seguridad Social es más propio del Estado y, en cambio, el ámbito de Seguridad y Salud Laboral corresponde en mayor medida a las Administraciones Autonómicas. A día de hoy, no está claro que las Comunidades con traspaso vayan a reclamar para sí las plazas de la Escala de Seguridad y Salud Laboral cuyos destinos se ubiquen en sus respectivos territorios (Cataluña y País Vasco). Condicionantes internos de la Generalitat y del GOVA (diferencias retributivas, organización propia, limitaciones presupuestarias, etc.) pueden determinar sus posiciones a este respecto.

En el caso concreto de la CAPV, no parece probable que se aplique la previsión que la LOSITSS incluye en el apartado 5 de su DA 5ª, según la cual *«los funcionarios públicos de las Comunidades Autónomas que a la fecha de entrada en vigor de esta ley dispusieran de la habilitación para el ejercicio de funciones comprobatorias a que se refiere la disposición adicional decimoquinta de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, podrán integrarse en el Cuerpo de Subinspectores Laborales, en la Escala de Seguridad y Salud Laboral, siempre que dis-*

pongan de la titulación exigible y superen las pruebas selectivas correspondientes, en los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen». El motivo es que, hace años, el GOVA eliminó la figura de los *Técnicos Habilitados*, que estuvo inicialmente asociada a OSALAN-Instituto Vasco de Seguridad y Salud Laborales.

5.8. Cualquier análisis del encaje del modelo vasco de transferencia en la LOSITSS debe incluir alguna referencia a los órganos, que aparecen mencionados en la Disposición Adicional Segunda de la nueva Ley 23/2015, dentro de la estructura del futuro organismo autónomo estatal (OEITSS), y que podrían plantear *resquemores competenciales* en las Comunidades con traspaso. En primer lugar, cabe referirse a la **Oficina Nacional de Lucha Contra el Fraude**: Concebida como «órgano encargado del impulso y coordinación de la aplicación de las medidas de lucha contra el trabajo no declarado, el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social y cuantas otras se determinen». Parece que limitará sus competencias a materias estatales, pues no sólo se desprende de la definición que acaba de reproducirse sino de la competencia sancionadora que cabría atribuirle en un futuro, mediante los Estatutos del OEITSS⁶⁰.

Puesto que la Inspección autonómica puede actuar en cualquiera de las materias estatales –en virtud del ya comentado principio de *unidad de función*–, AGE y GOVA habrán de concretar el papel que corresponda a sus respectivas Inspecciones con relación a la futura Oficina Nacional, acomodando al Convenio de Colaboración lo que se pacte en este sentido. Los Acuerdos de colaboración básica, debidamente actualizados por el Consejo Vasco de la ITSS, podrían ser un instrumento adecuado

⁶⁰ Cf. Tercer párrafo del Apartado 1 de la DA 2ª de la LOSITSS: *«Dentro de sus funciones se le podrá encomendar la tramitación y, en su caso, resolución de los procedimientos sancionadores iniciados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ámbito de las competencias de la Administración General del Estado, de acuerdo con lo que se disponga reglamentariamente».*

para determinar compromisos de actuación en este punto.

En cualquier caso, y más allá de las adquisiciones competenciales, no sería entendible que las Inspecciones autonómicas – catalana o vasca– quedaran al margen del trabajo que deberá desarrollar la Oficina Nacional de Lucha Contra el Fraude, pues la LOSITSS plantea este esfuerzo como una tarea colectiva, en la que deben implicarse todas las Administraciones Públicas: si la propia DA 2ª establece que la Oficina «*contará con el auxilio y colaboración a que se refiere el artículo 16 al objeto de lograr la máxima coordinación y eficacia en la actuación inspectora en materia de lucha contra el fraude en función de las diversas áreas materiales implicadas*», con más motivo deben comprometerse las CC.AA. que han recibido transferencia sobre función inspectora, pues su deber hacia la sociedad rebasa el mero *auxilio y colaboración*, dado que forman parte del sistema de ITSS.

En la misma línea de *compromiso general* contra el fraude, la DA 2ª de la LOSITSS establece que «*la oficina contará con agentes de enlace designados por otros Departamentos y Administraciones para la coordinación de las actuaciones realizadas en el marco de los convenios de colaboración a que se refiere el apartado 8 del citado artículo*». Desde esta perspectiva, las Inspecciones autonómicas pueden favorecer la suscripción de tales convenios con organismos o entidades administrativas de sus respectivos ámbitos territoriales. En el caso del País Vasco, la Oficina Nacional tendrá que buscar acuerdos –por ejemplo– con las Haciendas Forales, con la Ertzaintza, con los Municipios que dispongan de Policía Local, con los Departamentos de Asuntos Sociales o Bienestar Social de las Diputaciones Forales, etc. La existencia de Inspección autonómica en la CAPV puede abrir las puertas de otras instituciones vascas a la Oficina Nacional y facilitar la negociación de este tipo de convenios, esquivando así posibles prejuicios interadministrativos.

5.9. La Disposición Adicional Segunda de la LOSITSS, en su apartado 2, prevé la posibilidad de crear una ***Dirección Especial de Inspección***, en el seno del futuro organismo autónomo estatal, con competencia territorial y funcional de ámbito supraautonómico:

«Asimismo, los Estatutos del Organismo podrán contemplar una Dirección Especial de Inspección con competencia para actuar en la totalidad del territorio español en los ámbitos a los que se refiere el artículo 12.1⁶¹, que asumirá funciones de coordinación en las actuaciones inspectoras sobre empresas, sectores o situaciones que excedan del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, así como las que versen sobre los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público estatal⁶².

En el ámbito de las competencias de la Administración General del Estado, la Dirección Especial desempeñará la dirección y el desarrollo, en su caso, de dichas actuaciones y cuantas otras se le atribuyan reglamentariamente.»

Alguna Comunidad Autónoma con traspaso se viene mostrando recelosa frente al papel que puede desempeñar la Dirección Especial. Es sabido que la existencia de este centro di-

⁶¹ El artículo 12.1 de la LOSITSS incluye, como primeros cometidos de la función inspectora, la vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y del contenido de los acuerdos y convenios colectivos, respecto a las materias típicas sobre las que actúa la ITSS (sistema de relaciones laborales, prevención de riesgos laborales, Seguridad Social, etc.).

⁶² Téngase en cuenta lo dispuesto en el artículo 2, en el Título I, así como lo regulado entre el Capítulo II y el VIII del Título II de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE del 2), que definen lo que comprende el sector público estatal. A este respecto, el artículo 82 de la LRJSP prevé la creación de un Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local, dependiente de la Intervención General de la Administración del Estado, que se concibe como un registro público administrativo que garantiza la información pública y la ordenación de todas las entidades integrantes del sector público institucional cualquiera que sea su naturaleza jurídica.

rectivo camina hacia su segunda década⁶³, adscrito a la Autoridad Central de la ITSS (esto es, la Dirección General de la ITSS). Aunque, en líneas generales, su actual configuración limita sus cometidos a materias de la AGE, también era cierto que no se acomodaba plenamente a la nueva realidad que suponen las Inspecciones transferidas, pues la normativa vigente –muy anterior a los traspasos– le atribuye la «organización, ejecución y coordinación» (e, incluso, la «dirección técnica») de algunas actuaciones en las que pudieran verse afectadas las competencias autonómicas. Concretamente, la experiencia acumulada desde que se produjo el primer traspaso (a Cataluña) puso de manifiesto cuáles eran las atribuciones de la Dirección Especial que requerían algún tipo de coordinación con las de las CC.AA.:

- «La inspección de centros de la Administración del Estado, en cuanto a sus sedes centrales o la actuación exceda del ámbito provincial».
- «Las actuaciones inspectoras que correspondan a programas generales, a objetivos señalados por órganos de la Unión Europea en la esfera de su competencia, o los que se acuerden respecto de materias de competencia compartida, sin perjuicio de la competencia que corresponda a las Comunidades Autónomas».
- «Las que les sean encomendadas por la Autoridad Central, en la esfera de su competencia».

En las Comunidades de Cataluña y País Vasco esta última *cláusula abierta* genera ciertas reticencias. Prevista en el artículo 51.1.6° del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Ins-

pección de Trabajo y Seguridad Social (BOE del 16) (ROFIT), la posibilidad de que la Autoridad Central encomiende actuaciones a la Dirección Especial, sin que aparezcan tasadas de un modo cerrado, no era bien acogida por las Comunidades con traspaso, a pesar de que el texto reglamentario incluya frases de salvaguarda como «sin perjuicio de la competencia que corresponda a las Comunidades Autónomas» o «en la esfera de su competencia».

Por otra parte, parece insuficiente la única referencia directa a la relación entre la Dirección Especial y las CC.AA., que actualmente contiene el artículo 58.3 del ROFIT: «En todo lo posible, la Dirección Especial colaborará con las Administraciones autonómicas, a petición de las mismas, mediante su asesoramiento o información». La redacción ha podido quedar desbordada por la puesta en marcha de Inspecciones autonómicas, ya que se refiere a una mera relación colaborativa, en virtud de la cual la Dirección Especial puede prestar su *asesoramiento o información* a las CC.AA., pero sólo cuando sea *posible* y, además, a petición de estas últimas. Este planteamiento se antoja un tanto desfasado, al menos respecto a las Comunidades con transferencia, pues la relación entre la Dirección Especial y las Inspecciones autonómicas debiera articularse conforme a los mismos principios (bilateralidad, coordinación y –también– cooperación) que inspiran los actuales instrumentos de relación entre la AGE y estas CC.AA., todo ello dentro de una concepción integral del sistema de ITSS.

En definitiva, lo que no aceptaban de buen grado las Comunidades con Inspección propia se pudiera establecer *jerarquía* entre la Dirección Especial y ellas. Precisamente, la propia LOSITSS ha tratado de *reformular* el perfil de una posible Dirección Especial en el seno del futuro OEITSS, adaptándola a la nueva realidad *plural* del sistema y estableciendo cauces para evitar incongruencias o resolver discrepancias. Desde esta perspectiva, la LOSITSS acota el doble cometido que podría corresponder a la *nueva* Dirección Especial:

⁶³ Los artículos 57 y 58 del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE del 16), reformado por el Real Decreto 1125/2001, de 19 de octubre (BOE del 31), regulan profusamente las competencias actuales de la Dirección Especial de Inspección.

- **Coordinación** en las actuaciones inspectoras sobre empresas, sectores o situaciones supraautonómicas, o bien actuaciones relativas al sector público estatal. Este parece ser el papel fundamental que se asigna a la Dirección Especial. La *coordinación* no anula la competencia de las Inspecciones autonómicas (cuando correspondan a éstas la fiscalización de las materias afectadas), pero garantiza la coherencia de la práctica inspectora en toda España, evitando posibles disparidades exorbitantes entre territorios, no amparadas por la independencia técnica de cada actuante.
- La DA 2ª sólo atribuye a la Dirección Especial **el desarrollo y la dirección** de estas actuaciones, cuando correspondan al ámbito de competencias de la AGE. Esta salvaguarda explícita pretende, con toda probabilidad, orillar posibles susceptibilidades entre las CC.AA.

En línea con lo apuntado más arriba, el **órgano multilateral**, previsto en el párrafo segundo del apartado 2 de la Disposición Adicional Octava de la LOSITSS, puede ser el instrumento idóneo para encajar adecuadamente el papel de la Dirección Especial con el de las Inspecciones autonómicas. En su seno, ambas Administraciones pueden evitar suspicacias pactando *«los criterios de coordinación de actuaciones supraautonómicas o que requieran una respuesta uniforme en todo el territorio nacional incluyendo, en su caso, la referida en el apartado 2 de la disposición adicional segunda»*. De hecho, la Cláusula Tercera del reciente Convenio de Colaboración AGE-País Vasco-Cataluña pone al día el papel que corresponde a la Dirección Especial respecto a las CC.AA. con transferencia, concretando, de este modo, las previsiones de la LOSITSS sobre este punto: dicho Convenio concilia la función coordinadora de la Dirección Especial y las competencias autonómicas, atribuyendo a la **Comisión de**

Cooperación Interadministrativa *«el establecimiento de (...) los procedimientos y criterios por los que la Dirección Especial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social asume la coordinación de tales actuaciones.»*

5.10. Un último apunte sobre la transferencia a la CAPV y su engarce en la LOSITSS, cabe referirlo a una institución que ya estaba prevista en la anterior Ley Ordenadora de 1997⁶⁴, pero que no ha sido implantada todavía. Hablamos de la **Alta Inspección del Estado en el Orden Social** (AIEOS), cuyo fundamento legal se encuentra actualmente en la Disposición Adicional Novena de la LOSITSS:

*«Las funciones de Alta Inspección del Estado en el orden social que vengán reconocidas en los respectivos Estatutos de Autonomía, salvo la relativa a la asistencia sanitaria, se encomendará a la **Unidad de Alta Inspección** formada por Inspectores de Trabajo y Seguridad Social que a tal efecto dependerá del titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.»*

Sobre este particular, el artículo 12.2 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco⁶⁵ menciona expresamente la Alta Inspección del Estado, cuando atribuye a la CAPV *«la facultad de organizar, dirigir y tutelar, **con la alta inspección del Estado**, los servicios de éste para la ejecución de la legislación laboral, procurando que las condiciones de trabajo se adecuen al nivel del desarrollo y progreso social, promoviendo la cualificación de los trabajadores y su formación integral»*. Así pues, el Estatuto de Gernika reco-

⁶⁴ Cf. Disposición Adicional Tercera de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE del 15) y Disposición Adicional Primera del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE del 16).

⁶⁵ Cf. Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre (BOE del 22).

noce competencia a la AIEOS para examinar la correcta ejecución de la legislación laboral por parte de los servicios *organizados, dirigidos y tutelados* por CAPV, sin que la ITSS aparezca mencionada de un modo expreso. Sin embargo, la ausencia de una mayor concreción en la LOSITSS, y, sobre todo, la

inexistencia de un reglamento que delimite el papel y las facultades que podrá ejercer la AIEOS, impiden aventurar cómo se articulará el encaje de esta institución, tanto en el sistema de ITSS como en las relaciones generales del Estado con todas las CC.AA⁶⁶.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

⁶⁶ A falta de una definición *positivizada* en las normas, el concepto de *alta inspección* puede deducirse de los artículos 149.1.7º, 149.1.17º, 149.3 e, incluso, del controvertido artículo 155 de la Constitución Española: es la potestad que tiene el Gobierno para velar por la observancia en las CC.AA. de la normativa estatal aplicable, así como poder formular los requerimientos procedentes, a fin de subsanar las deficiencias que se adviertan.

RESUMEN: El sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) español es plural, pues en Cataluña y País Vasco coexisten una Inspección estatal con las correspondientes Inspecciones autonómicas. El artículo comienza explicando el proceso de transferencia, que, en el caso de Euskadi, culminó con el Real Decreto 895/2011, de 24 de junio y el Convenio de Colaboración suscrito el 14 de diciembre de 2011 entre la Administración General del Estado (AGE) y el Gobierno Vasco (GOVA).

El traspaso a estas Comunidades Autónomas ha sido *relativamente parcial*, dado que no han recibido la totalidad de la ITSS. El reparto de competencias socio-laborales entre la AGE y las CC.AA. determina que cada una de las Inspecciones se centre, con carácter prioritario, en sus ámbitos de actuación respectivos, sin perjuicio de los principios generales que rigen las relaciones entre las Administraciones implicadas: concepción única e integral, colaboración, coordinación y cooperación recíprocas. Por otro lado, los Cuerpos de Inspección –Inspectores y Subinspectores– conservan la plenitud de sus facultades, al margen de cuál sea su pertenencia orgánica.

Desde esta perspectiva, buena parte del artículo se dedica a exponer el entramado institucional a través del cual se articula la relación AGE-GOVA, en materia de ITSS: se analizan las funciones y estructura del Consejo Vasco de la ITSS, como órgano de cooperación bilateral, concebido para facilitar el funcionamiento integrado y coordinado de ambas Administraciones. Además, la experiencia acumulada desde 2011, permite desgranar los primeros acuerdos alcanzados en su seno por ambas Administraciones.

A continuación, se explica el encaje del modelo vasco de cooperación/coordinación en el sistema diseñado por la reciente Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, otorgando especial relevancia al triple cauce de participación que esta norma facilita a las Comunidades Autónomas con traspaso:

- General: formando parte del Consejo Rector del futuro organismo autónomo estatal.
- Bilateral: Consejo Vasco de la ITSS.
- Multilateral: órgano tripartito, participado por la AGE, Cataluña y País Vasco.

Palabras clave: Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sistema, Administración General del Estado, Comunidad Autónoma, País Vasco, Gobierno Vasco, Consejo Vasco, transferencia, competencias, colaboración, cooperación, coordinación, participación, organismo autónomo, Ley 23/2015.

ABSTRACT The Spanish system of Inspection of Labour and Social Security (ITSS) is diverse, as in Catalonia and the Basque Country the state Inspection coexists with the corresponding autonomous inspection. The article begins by explaining the transfer process, which, in the case of Euskadi, concluded with the Royal Decree 895/2011 of 24 June and the Cooperation Agreement signed on 14 December 2011 between the General State Administration (AGE) and the Basque Government (GOVA).

The transfer to these autonomous regions has been relatively partial, since they have not received all the ITSS. The distribution of social and labour competences between the AGE and the Autonomous Regions states that each of the inspections will focus, as a priority, in the respective fields of action, without prejudice to the general principles governing the relations between the Administrations concerned: unique and comprehensive concept, cooperation, coordination and mutual cooperation. On the other hand, the Inspection Bodies –Inspectors and Deputy Inspectors– keep their full powers, regardless of which Organ they belong to.

From this point of view, a great deal of the article is devoted to explain the institutional framework through which the relationship AGE-GOVA is built in terms of ITSS: this article analyses the functions and structure of the Basque Council of ITSS, as an organ of bilateral cooperation, designed to facilitate the integrated and coordinated operation of both Administrations. In addition, the experience gained since 2011, allows to take advantage of the first achievements, thanks to the joint efforts of the State Inspection and the Autonomous Basque Inspection, agreements on access to information, one-stop shop, location of public offices, basic collaboration in each Province and staff training.

Next, the article explains the engagement of the Basque model of cooperation / coordination in the system designed by recent Law 23/2015, of July 21 about ordering the System of Labour and Social Security Inspection and stressing the triple channel of participation that this regulation provides to the Autonomous Regions which present:

- Global transfer of competences: being part of the Governing Council of the future state autonomous body.
- Bilateral: Basque Council of ITSS.
- Multilateral: tripartite body, integrated by AGE, Catalonia and the Basque Country.

Finally, the article points out the main challenges in eGovernment raised with the ITSS in the Basque Country about the entry into force of Law 39/2015, of October 1, Common Administrative Procedure of Public Administrations within a bilateral context in which two Inspection bodies are offering their services to citizens.

Keywords: Labour inspection and Social Security, system, State Administration, Autonomous Community, Basque Country, Basque Government, Basque Council, transfer, powers, collaboration, cooperation, coordination, participation, autonomous body, electronic administration, administrative procedure, Law 23/2015, Law 39/2015.

Normas y procedimiento para la presentación de colaboraciones a la Revista del MEYSS

La Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (MEYSS) tiene carácter bimestral y pretende dar a conocer trabajos originales e inéditos en las materias propias de las funciones asignadas al Departamento. Además, publica números extraordinarios cuando surge un tema de actualidad que se considera importante y urgente su difusión.

La responsabilidad de las opiniones emitidas corresponde exclusivamente a sus autores.

Los autores ceden al MEYSS el derecho de explotación de las obras publicadas, que conlleva los derechos de edición, reproducción, distribución, traducción y comunicación pública de sus trabajos, por cualquier medio o soporte.

- **Título.** Deberá ser claro y conciso en castellano y en inglés. En caso necesario podrá ir acompañado de un subtítulo.
- **Nombre y apellidos de los autores.** Estos deberán figurar junto a la actividad, entidad o empresa donde el autor desarrolle su actividad laboral.
- **Texto.** La extensión aconsejable máxima es de 40 páginas tamaño DINA4, en formato Word, con un tamaño de letra de 12. En esta extensión deberán estar incluidos los gráficos, cuadros y demás elementos gráficos que se incluyan.
- **Bibliografía.** Se aportará las citas bibliográficas correspondientes, que se colocarán al final del texto.
- **Resumen.** Al texto del artículo o colaboración se acompañará un resumen, en castellano y en inglés, de al menos mil palabras, que describa en detalle la metodología, resultados y conclusiones del mismo; así como una relación de palabras clave en ambos idiomas.
- **Evaluación.** Los artículos serán evaluados por dos expertos externos al Departamento, mediante procedimiento abierto. Una vez realizada dicha evaluación se comunicará su resultado al autor del artículo enviado.
- **Normas éticas de publicación.** La Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social declara su compromiso por el respeto e integridad de los trabajos publicado y tiene como referencia el Código de conducta y buenas prácticas para editores de revistas científicas que define el Comité de Ética de Publicaciones (COPE: Committee on Publication Ethics). El plagio está estrictamente prohibido y los textos en los que se detecte plagio serán rechazados. Los autores deben asegurarse de que los trabajos presentados son completamente originales. Cuando los autores utilicen el trabajo y/o palabras de otros, deben ser debidamente citados.
- **Forma de envío y contacto.** El artículo o colaboración se enviará por correo electrónico a la siguiente dirección: proproeditorial@meyss.es

Ministerio de Empleo y Seguridad Social
Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid
Tf: 913632305 Fax: 913632349 Internet: <http://www.meyss.es>

Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

10 números
configurados en 5 series según materias específicas

REFERENCIA	MATERIA	PRECIO € (IVA incluido)
RTC <input type="checkbox"/>	10 Números (Todas las series)	165
RTD <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho del Trabajo)	35
RTS <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Seguridad Social)	35
RTL <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho social Internacional y Comunitario)	35
RTE <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Economía y Sociología)	35
RMI <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Migraciones Internacionales)	35
N. ... <input type="checkbox"/>	1 Número suelto o extraordinario	20
Importe Total		

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

DATOS DEL SUSCRIPTOR:

Nombre..... Apellidos.....

Domicilio..... C.P. y Población.....

Provincia..... Teléfono..... Fax.....

RTC RTD RTS RTL RTE RMI N.º ...

MARQUE CON UNA X EL RECUADRO DE LO SOLICITADO

Importe total

..... €

FORMA DE PAGO:

Giro postal

Transferencia a Banco BBVA

c/c: ES75-0182-4828-6702-0001-3172

(Adjuntar justificante de la transferencia)

FIRMA:



MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Ministerio de Empleo y Seguridad Social
Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones

Librería
Agustín de Bethencourt, 11
28003 Madrid

Tel.: 91 363 23 17
Fax: 91 363 23 49
Correo electrónico: sgpublic@meyss.es
Librería Virtual
<https://explotacion.mtin.gob.es/libreriavirtual>

SUMARIO

PRESENTACIÓN: *Fátima Báñez García* • EDITORIAL: *Alfredo Montoya Melgar* • ESTUDIOS: La Inspección de Trabajo en España: unos cuantos trazos sobre su evolución histórica. *Joaquín García Murcia* • El procedimiento de oficio y la Inspección de Trabajo. *Antonio V. Sempere Navarro* • Líneas divisorias entre los ilícitos administrativos y los ilícitos penales de los arts. 307 y 311.2º. *Francisco Javier Calderón Pastor y Gonzalo Merino Hernández* • La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la prevención de los riesgos laborales: una propuesta de sistematización. *Pablo Segado Rodríguez* • Actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la lucha contra el fraude en la contratación temporal: virtudes y carencias. *Arcadio Delgado Castañeda* • La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las políticas de igualdad. *Juan de Dios Fernández Lupiáñez* • La descentralización productiva y la cesión ilegal de trabajadores. El papel desempeñado por la ITSS en el deslinde de ambos fenómenos. *Eusebio Ortiz Font* • El trabajo falsamente autónomo como especie del trabajo no declarado. Tendencias actuales. *Juan José Camino Frías* • Las nuevas formas emergentes de trabajo. Especial referencia a la economía colaborativa. *Pablo Páramo Montero* • Becarios y prácticas no laborales en empresas. *José Luis Hernández de Luz* • Las obligaciones de auxilio y colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. *Luis F. Gutiérrez Trashorras* • La vigilancia y control de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los desplazamientos transnacionales en el ámbito de la UE-EEE. *Manuel Velázquez* • La Inspección de Trabajo y las tecnologías de la información y comunicación. Retos y oportunidades. *Juan Antonio Elena García* • La ITSS en el País Vasco: una experiencia de colaboración entre Administraciones. *Carlos Emilio García Martín*.

