

LAS COMPETENCIAS DE VIGILANCIA, CONTROL Y SANCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN LABORAL

VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ

*Director Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social
en Andalucía*

EXTRACTO

Palabras clave: Administración de trabajo, competencias, sanción, vigilancia, control

El presente trabajo parte del papel que el artículo 103 de la Constitución atribuye a la Administración pública, que ha de servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, destacando entre los principios que inspiran su actuación la eficacia y la coordinación. Dos son por tanto las líneas de prospección para valorar el “nuevo papel”, de un lado nuestro ordenamiento jurídico que en los últimos dos años ha sufrido trascendentes reformas en el ámbito de las relaciones laborales, y de otro las circunstancias concretas que caracterizan la sociedad en estos momentos en la medida en que influyen sobre el mercado de trabajo y las relaciones laborales. Esta segunda vía de estudio ha de tener presentes, además de los Derechos y Libertades regulados en nuestra Constitución, los Principios rectores de la política social y económica, especialmente los que vinculan a los poderes públicos en materia de empleo, formación profesional, prevención de riesgos laborales, jornada (artículo 40 de la CE) o en cuanto al régimen público de Seguridad Social (artículo 41 de la CE). En tal sentido este artículo se plantea como transversal, contemplando las competencias de vigilancia, control y sanción respecto de variados asuntos con el ánimo de favorecer una visión de conjunto.

ABSTRACT

Key words: Labour administration, competences, punishment, surveillance and control

This work part of the role of article 103 of the Constitution attributes to the public administration, which has objectively serve the general interests with full submission to the law and to the right, standing among the principles underlying its performance efficiency and coordination. Two are therefore lines of prospecting to evaluate “new paper”, on the one hand our legal system which has undergone significant reforms in the field of labour relations in the past two years; in another, the specific circumstances that characterize the society currently insofar as they influence in the labour market and labour relations. This second avenue of study must take into account, in addition to the rights and liberties regulated in our Constitution, the guiding principles of social and economic policy, especially the which link to the public authorities in the field of employment, vocational training and prevention of occupational risks, work time (article 40 of the EC) or in terms of the public system of Social Security (article 41 of the EC). In this sense this article arises how transversal, contemplating the powers of surveillance, control and sanction with regard to various issues with the aim of promoting an overall view.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL CONTROL Y LA VIGILANCIA
3. LA SANCIÓN
 - 3.1. La Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social
 - 3.2. El Código Penal
 - 3.3. El principio non bis in idem en el ámbito administrativo
4. LOS TIPOS INFRACTORES
 - 4.1. La Ley 3/2012
 - 4.2. El Real Decreto-Ley 20/2012
 - 4.3. La Ley 13/2012
 - 4.4. El Real Decreto-Ley 5/2013
 - 4.5. La Ley 1/2014
5. LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo se integra dentro del tema general y monográfico sobre el nuevo papel de la Administración pública en las relaciones laborales. Para plantear dicho papel se parte del artículo 103 de la Constitución que determina que la Administración sirve con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, destacando entre los principios que inspiran su actuación la eficacia y la coordinación. Dos son por tanto las líneas de prospección para valorar el “nuevo papel”, de un lado nuestro ordenamiento jurídico que en los últimos dos años ha sufrido trascendentes reformas en el ámbito de las relaciones laborales, y de otro las circunstancias concretas que caracterizan la sociedad en estos momentos en la medida en que influyen sobre el mercado de trabajo y las relaciones laborales. En definitiva, la actuación de la Administración laboral queda afectada por el nuevo marco jurídico vigente, dentro del cual hay que exigirle eficacia, y por las cambiantes circunstancias económicas, culturales o de otro orden que de forma cuasi vertiginosa protagonizan la evolución de la sociedad que, en términos autonómicos, nacionales o internacionales, nos atañe. Esta segunda vía de estudio ha de tener presentes, además de los Derechos y Libertades regulados en nuestra Constitución¹, los Principios rectores de la política social y económica, especialmente los que vinculan a los poderes públicos en materia de empleo, formación profesional, prevención de riesgos laborales, jornada (artículo 40 de la CE) o en cuanto al régimen público de Seguridad Social (artículo 41 de la CE). En tal sentido este artículo se plantea como transversal, contemplando las competencias de vigi-

¹ Capítulo II del Título Primero, artículos 14 a 38.

lancia, control y sanción respecto de variados asuntos a los que se acerca de manera sumaria y superficial con el ánimo de favorecer una visión de conjunto.

En cuanto al término “Administración laboral” se considera desde un punto de vista amplio como “Administración laboral y de Seguridad Social” por varias razones. La configuración y el devenir de las relaciones laborales producen efectos en las relaciones jurídicas de Seguridad Social. Las reformas del ordenamiento jurídico se han producido tanto en la legislación laboral (artículo 149.7 de la CE) como en la legislación de Seguridad Social (artículo 149.1.17 de la CE), en muchos casos sobre asuntos comunes, como por ejemplo los procedimientos de despido colectivo y sus consecuencias. Las infracciones en el orden social se encuentran recogidas en un solo texto legal², incluyendo las que se tipifican tanto en materia de relaciones laborales como en materia de Seguridad Social. El marco monográfico de esta publicación se refiere al concepto más omnicompreensivo de Administración pública. Finalmente, resulta obligada la referencia a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante ITSS), con competencias en materia de normativa laboral y de Seguridad Social actuando, y con una doble dependencia funcional de la Administración General del Estado y de la Administración autonómica. Si una de las competencias que analizamos en este artículo es la competencia de sanción de la Administración laboral, el artículo 48 de la LISOS, al atribuir las competencias sancionadoras, hace referencia en el ámbito de la Administración General del Estado, al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, al Servicio Público de Empleo Estatal, al Instituto Nacional de la Seguridad Social, al Instituto Social de la Marina o a la Tesorería General de la Seguridad Social, remitiéndose a la normativa autonómica cuando corresponda dicha competencia a la Administración de la Comunidad Autónoma³ (Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, Servicio Andaluz de Salud, a título de ejemplo en Andalucía).

2. EL CONTROL Y LA VIGILANCIA

A veces se utilizan como sinónimos los términos control y vigilancia en relación con la función fiscalizadora de la Administración laboral. Sin embargo

² Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. En adelante LISOS.

³ Ver Decreto 307/2010, de 15 de junio, por el que se determinan los órganos competentes para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social (BOJA nº 119 de 18 de junio) en relación con el Decreto del Presidente 3/2012, de 5 de mayo, de la Vicepresidencia y sobre reestructuración de Consejería, y con el Decreto 149/2012, de 5 de junio, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, modificado por Decreto 202/2013, de 22 de octubre.

aquí vamos a diferenciar ambos conceptos partiendo no solo de su divergencia semántica sino también de otros criterios, como la diversa competencia orgánica del sujeto que desarrolle dicha función fiscalizadora, el diferente objeto de la fiscalización, la distinta metodología posible para llevarla a cabo, así como la dispar práctica administrativa que se desarrolla según se trate de actuaciones de gestión o de actuaciones de inspección.

La divergencia semántica la ofrece el Diccionario de la R.A.E. pues considera que el control comporta comprobación, inspección, fiscalización, intervención, mientras que la vigilancia se circunscribe al cuidado y atención exacta de las cosas que están a cargo de uno. Y si acudimos a la mayor cercanía del Diccionario del Español Actual, la vigilancia supone observar atentamente el comportamiento de alguien o el funcionamiento o desarrollo de algo con intención de intervenir si no son los adecuados⁴. En definitiva el control supone una acción omnicomprensiva mientras que en la vigilancia la acción se deriva de un estado de atención.

La diversa competencia orgánica del sujeto que desarrolla la función fiscalizadora permite distinguir entre la unidad administrativa u organismo que impulsa, tramita o resuelve un procedimiento concreto, al que además le compete el control de la regularidad del mismo, y el servicio que tenga encomendada la vigilancia con carácter general del cumplimiento de la normativa vigente en un ámbito jurídico determinado, pues dicha normativa incluye tanto la que regula dichos procedimientos como la que afecta a obligaciones que va más allá de las derivadas de un procedimiento administrativo, como son las que conciernen a los empresarios en las relaciones laborales. Además en el caso del servicio encargado de la vigilancia, el conocimiento de la situación que ha de ser vigilada no proviene de una actuación administrativa previa por su parte, como sí le ocurre a la unidad administra que impulsa, tramita o resuelve un procedimiento.

En consonancia con lo expuesto y por lo que respecta al diferente objeto de la fiscalización administrativa, mientras el control se orienta a las obligaciones de los administrados con la Administración (por ej. subvenciones, prestaciones, bonificaciones, acreditaciones) la vigilancia abarca una visión amplia de la aplicación normativa incluso entre particulares (por ej. obligaciones salariales o de prevención de riesgos laborales).

En cuanto a la distinta metodología posible para llevar a cabo la reiterada función, el control apunta en la dirección de la comprobación sistemática y general por parte de la Administración, implicando que quien tiene los recursos humanos y materiales para autorizar, acreditar, conceder, recibir, etc. debe destinarlos en parte a la verificación de la corrección de la totalidad de dichos

⁴ DRAE, vigésimo segunda edición, 2001. Diccionario del Español Actual, Manuel Seco, Olimpia Andrés, Gabino Ramos, Aguilar, primera edición 1999.

actos. Es lo que en otros ámbitos se denomina inspección extensiva. En cambio la vigilancia se nutre de la existencia de indicios de posibles irregularidades o fraudes, o se articula a través de muestreos cuya proyección pueda ser ejemplar, permitiendo en ambos casos alcanzar con menores recursos humanos y materiales una elevada eficiencia. Es lo que se califica como inspección intensiva.

Finalmente, en la práctica administrativa, la disparidad se encuentra en que el control se corresponde con la gestión ordinaria, en cuanto extensiva y desarrollada por las unidades administrativas como parte de sus relaciones con unos concretos administrados, e implica un interés directo para la Administración (por ej. por su trascendencia en los fondos públicos o en el aval que conlleva acreditar entidades privadas), mientras que la vigilancia conduce al concepto de inspección, orientada a la detección del fraude y a la ejemplaridad propia del derecho sancionador administrativo.

Dentro de la Administración laboral la ITSS ejerce la función de vigilancia del cumplimiento de la normativa vigente que se caracteriza, según el sentido semántico expuesto de atención/intervención, por su espectro transversal, por su actuación intensiva e indiciaria, y por su falta de relación o autonomía respecto de procedimientos administrativos concretos, ya que no le corresponde ningún aspecto relativo a su tramitación o resolución. Mientras que el resto de la Administración laboral (incluida la Administración General del Estado, la autonómica, sus organismos autónomos, entidades gestoras, servicios comunes o agencias administrativas), desarrolla la competencia de control dentro de su propia actividad de gestión a través de los recursos humanos y materiales de que dispone.

Sin embargo este planteamiento no se recoge *strictu sensu* ni con dicha precisión en los textos de la variada normativa del orden social. Si la Ley ordenadora de la ITSS⁵ en su artículo 3 relaciona en primer lugar, y como la más amplia, a la función de vigilancia y exigencia del cumplimiento de la normativa legal, reglamentaria y convencional, sin embargo el artículo 9 de la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales encomienda a la ITSS la función de vigilancia y control de la normativa (primer párrafo del apartado 1) para desgranar esa *función* en una serie de *funciones*, siendo la primera la de vigilar el cumplimiento de la normativa (letra a) del apartado 1), de lo que debería deducirse que el resto de las *funciones* (relacionadas en las letras b) a f) se corresponden con el concepto de control, lo cual no parece del todo seguro.

Una primera conclusión conduce a que “el control” puede ser el género y “la vigilancia” la especie, siendo la labor de vigilancia uno de los varios instrumentos de control posibles. De tal forma que toda labor de control que corres-

⁵ Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE del 15)

ponda ejercer a la Administración laboral y de Seguridad Social no compete en exclusiva a la ITSS. Por el contrario, el carácter extensivo de dicho control es propio de la Administración que impulsa, tramita, resuelve, acredita, es receptora de actos de administrados, etc. como una faceta más de la gestión administrativa; en cambio cuando dicho control es intensivo, se nutre de indicios y muestreos, atiende a la responsabilidad administrativa, caracterizada por su objetivo de ejemplaridad, y se ejerce por un servicio público que no desarrolla funciones de gestión, se convierte en “vigilancia”, siendo esa la concreta tarea encomendada legalmente a la ITSS, la que es acorde con su naturaleza.

En las recientes reformas normativas que van a configurar el nuevo papel de la Administración, existen ejemplos que se alinean con la concreción conceptual aquí expuesta.

La Disposición Adicional Primera de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado laboral (en adelante LRML), versa sobre la financiación, aplicación y control de las bonificaciones y reducciones de las cotizaciones sociales. En su apartado 2 establece la modalidad de aplicación automática por el empleador “sin perjuicio de su control y revisión”. Tanto el término revisión, que vuelve a situarnos en el ámbito de la gestión⁶, como el de control, en el sentido antes expuesto, cobran todo su significado al encomendar dichas tareas no solo a la ITSS, sino también a la Tesorería General de la Seguridad Social y al Servicio Público de Empleo Estatal, pasando a concretar en su apartado 3 la remisión de información del Servicio Común a la Entidad Gestora mencionados, y calificando el control encomendado a la ITSS en el apartado 4 de labor de vigilancia al decir que, mensualmente, “la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, facilitará a la Dirección General de Inspección de Trabajo y Seguridad Social la información necesaria sobre el número de contratos comunicados objeto de bonificaciones de cuotas, detallados por colectivos, así como cuanta información relativa a las cotizaciones y deducciones aplicadas a los mismos sea precisa, al efecto de facilitar a este centro directivo la planificación y programación de la actuación inspectora que permita vigilar la adecuada aplicación de las bonificaciones previstas en los correspondientes programas de incentivos al empleo, por los sujetos beneficiarios de la misma”. Finalmente, los términos planificación y programación ofrecen un panorama de selección de destinatarios de la actuación inspectora y de adecuación de la misma a los medios disponibles y a la finalidad perseguida⁷.

⁶ Según la acepción segunda del Diccionario de la R.A.E. revisar es someter algo a nuevo examen para corregirlo, enmendarlo o repararlo.

⁷ En el mismo sentido la redacción de la Disposición Adicional primera de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de Medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

Otro ejemplo de la amplitud de la función de control, y que confirma tanto su inclusión en la gestión ordinaria como la competencia de órganos de la Administración distintos de la ITSS, lo constituye la Disposición Transitoria octava de la LRML que, en su apartado 1, encarga a los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas que comuniquen al Servicio Público de Empleo Estatal las autorizaciones de acciones formativas ligadas a los contratos de formación y aprendizaje “a efectos del control de la aplicación de las bonificaciones correspondientes”.

Por su parte la Disposición Final primera.2 del Real Decreto-Ley 5/2013⁸ al dar una nueva redacción al artículo 229 de la Ley General de la Seguridad Social⁹, mantiene su primer párrafo según el cual “... corresponde a la entidad gestora controlar el cumplimiento de lo establecido en el presente título y comprobar las situaciones de fraude que puedan cometerse”, diferenciando esa función de control de la que conlleve sanción administrativa, incluida la derivada de inspección. Es explicativo y pedagógico que dicho artículo lleve por rúbrica “control de las prestaciones” y que esté incluido dentro de una sección que se titula “gestión de las prestaciones”¹⁰. En este ejemplo se puede observar con claridad cómo el control forma parte de la gestión y cómo ese control desborda el ámbito de vigilancia atribuido a la ITSS en un contexto de responsabilidad administrativa.

3. LA SANCIÓN

En relación con la competencia sancionadora de la Administración laboral son tres los aspectos destacados en las actuales circunstancias: las modificaciones operadas en la LISOS, la coordinación con el ámbito penal, en cuanto determinadas infracciones administrativas pueden alcanzar la categoría de delito, y el principio *non bis in idem* en el ámbito de la responsabilidad administrativa, considerando en este último caso que la Administración laboral inicie procedimientos sancionadores al amparo de diversa legislación.

3.1. La Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social

El artículo 40 de la LISOS, cuando aborda la cuantía de las sanciones, hace una auténtica declaración sobre la trascendencia sancionadora de cada uno de

⁸ Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.

⁹ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

¹⁰ Título III, Capítulo V, Sección 2ª de la Ley General de la Seguridad Social.

los tipos infractores. Cuando se analiza un texto legal sobre infracciones y sanciones se puede pensar que la calificación de las infracciones allí tipificadas en leves, graves o muy graves, acarreará como consecuencia una sanción similar para cada una de las calificaciones. Sin embargo en la LISOS esto no ocurre así.

La evolución sufrida por la LISOS a través de sucesivas modificaciones se caracteriza por establecer un régimen sancionador distinto en función de tipos infractores concretos y no exclusivamente, como podría esperarse, en función de la materia concernida. La distinción entre una y otra materia, a efectos de la cuantía de las sanciones, tiene sentido al refundir distintos textos legales con diferente tratamiento sancionador en la norma original objeto de refundición, como por ejemplo ocurrió con las elevadas sanciones establecidas en la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales. Por el contrario, las posteriores diferencias entre tipos infractores, en cuanto a sus consecuencias sancionadoras, obedecen a otros motivos, que tienen que ver más con el reproche que merecen determinadas conductas, con la proporcionalidad de la sanción o con la eficacia de la misma, que con la sistemática de establecer idénticas sanciones para tipos infractores con la misma calificación dentro de la misma materia. Dos ejemplos que tendremos ocasión de analizar son los concernientes a la falta de alta en Seguridad Social y a la falta de ingreso de las cotizaciones de Seguridad Social.

Para el citado artículo 40 de la LISOS merecen la consideración de materias todas aquellas que protagonicen la rúbrica de una Sección o de un Capítulo de la misma, agrupándolas en tres apartados. El apartado 1 que contiene la generalidad de las materias, el apartado 2 dedicado a prevención de riesgos laborales y el apartado 4 destinado a las cooperativas. Es precisamente en el apartado 1, el común a la mayoría de las materias, donde se han producido importantes modificaciones, pues arrancando de un mismo tronco se atribuyen sanciones diferentes, no ya a materias distintas sino a determinados tipos infractores en el caso de la Seguridad Social.

En consecuencia, el papel actual de la Administración laboral respecto de la competencia sancionadora se ha reforzado para la persecución de determinadas obligaciones en la materia de Seguridad Social, como son las relativas al alta, la cotización/recaudación y las prestaciones. Esta tendencia se ve incrementada a su vez por el recurso a considerar en determinados tipos la existencia de una infracción, y su correspondiente sanción, por cada uno de los trabajadores afectados, convirtiendo así un criterio de graduación de una sola sanción (el número de trabajadores afectados del artículo 39.2 de la LISOS) en una multiplicidad de sanciones¹¹.

¹¹ Ver artículo 22 de la LISOS en sus apartados 2, 9, 11, 12 y artículo 23.2, párrafo primero de la LISOS.

El motivo que impulsa esta evolución normativa se enmarca dentro de la protección o tutela del Patrimonio de la Administración, traducido en este caso al Sistema público de Seguridad Social, justificando el mayor reproche de las conductas que defraudan a la Seguridad Social o que consisten en el empleo irregular, porque se “genera un daño importante para los sistema de Seguridad Social tanto por las cuotas no ingresadas como por el pago indebido de prestaciones”, en palabras de contenidas en el Preámbulo de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social.

Este incremento de la sanción prevista para determinadas infracciones de Seguridad Social plantea de nuevo el debate sobre la conveniencia de que en materia de relaciones laborales hubiera una revisión, tanto de la cuantía de las sanciones como de la multiplicidad de las infracciones en relación con los trabajadores afectados. Y en este debate cobra importancia el concepto de sanción de autoprotección/autotutela frente a la sanción de orden público “encontrando, una vez más, importantes dificultades para aplicar esquemas del Derecho Administrativo al ámbito del Derecho Sancionador del Trabajo”¹².

Son dos las grandes reformas operadas en respecto de la cuantía de las sanciones y son también dos los aspectos afectados: el empleo irregular y el impago de cuotas de Seguridad Social.

En cuanto al empleo irregular, la reforma atañe a dos tipos infractores relacionados con la falta de alta en Seguridad Social, en el primer caso atendiendo solo a esa conducta, artículo 22.2 de la LISOS (infracción grave), y en el segundo caso cuando dicha conducta recaiga sobre beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de Seguridad Social, artículo 23.1.a) de la LISOS (infracción muy grave).

La primera reforma en el tiempo consistió en incrementar las sanciones para estos tipos infractores, desvinculándolas del régimen común. Dicha reforma se produjo en virtud del Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril, añadiendo una nueva letra, la e), al apartado 1 del artículo 40 de la LISOS¹³.

La segunda reforma, que supone un nuevo incremento de sanciones, se llevó a cabo por la vía de la Ley 13/2012, añadiendo un segundo párrafo a la novedosa letra e) del apartado 1 del artículo 40 de la LISOS. Esta reforma es de más calado pues para incrementar las sanciones aparece en escena la consideración a dos aspectos que van más allá de la simple elevación del importe previsto: las consecuencias probatorias de la actuación inspectora y el número de trabajadores afectados.

¹² Pérez Guerrero, M.L. “Sanciones Administrativas en Materia de Seguridad Social”, CES, Colección de Estudios nº 180, p. 195.

¹³ La infracción grave referida pasa de un tramo sancionador de 626-6.250 euros a otro de 3.126-10.000 euros. La infracción muy grave referida pasa a ver incrementado su mínimo de 6.251 a 10.001 euros.

De una parte se tiene en cuenta la metodología inspectora para justificar un mayor reproche sancionador: se incrementa la sanción cuando se detecten varias infracciones con ocasión de una misma actuación inspectora. No son idénticas las consecuencias sancionadoras cuando la ITSS compruebe mediante sucesivas actuaciones varias faltas de alta en la Seguridad Social, que en el supuesto que dichas faltas de alta en la Seguridad Social sean comprobadas de una sola vez en la misma actuación, acarreado ahora dicha situación resultados más gravosos para el sujeto responsable.

De otra parte se recupera la valoración de conductas que causan simultáneamente un perjuicio a mayor número de personas. El fundamento de este planteamiento no es novedoso si recordamos que las sanciones se pueden incrementar en virtud del criterio de graduación del número de trabajadores afectados. Sin embargo, en este tipo de infracciones no era posible aplicar dicho criterio de graduación porque se entendía cometida una infracción por cada trabajador afectado. Ahora lo que se hace, en realidad, es recuperar dicho criterio de graduación, objetivándolo en cuanto a la relación cuantía de la sanción/número de afectados, bajo la fórmula de que la pluralidad de infracciones comprobadas de una vez y cometidas por el mismo sujeto responsable denotan una actitud de este último de mayor gravedad que cuando se comete una sola infracción. Que se trata de diversas infracciones y sanciones queda claro cuando el texto legal entiende que el incremento de cada una de las sanciones se produce respecto de la cuantía que resulte de aplicar los criterios de graduación del artículo 39 de la LISOS. De forma que una vez graduada cada sanción esta se ve incrementada en un 20%, 30%, 40% o 50% cuando las infracciones comprobadas con ocasión de una sola actuación inspectora sean cometidas respecto de dos, tres, cuatro, cinco o más trabajadores, beneficiarios o solicitantes de prestaciones.

Aunque se deriven de una sola actuación inspectora y exista la obligación reglamentaria (artículo 16 del RD 928/1998) de acumulación de infracciones en una sola acta cuando respondan a la misma materia, en el caso de que se comprueben infracciones de los dos tipos indicados se inician dos procedimientos sancionadores y, por tanto, dos actas de infracción. La razón de este doble procedimiento estriba en que la competencia para resolver recae en órganos diferentes: la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social para las infracciones del artículo 22.2 de la LISOS, y la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal para las infracciones del artículo 23.1.a) de la LISOS¹⁴. Dichos procedimientos pueden correr

¹⁴ Ver artículo 4 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, que aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, cuyo apartado 1.a) ha sido redactado de conformidad con las modificaciones introducidas por la disposición final sexta del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores mayores de edad y promover el envejecimiento activo.

distinta suerte al ser resueltos por órganos diferentes y surge la duda de si han de tomarse en consideración la totalidad de las infracciones tipificadas en los dos artículos citados para proponer la sanción correspondiente en cada uno de ellos. La respuesta ha de ser positiva pues el artículo 40.1.e) de la LISOS no hace distinciones y ambas infracciones, la grave y la muy grave responden a un fundamento común, cual es la falta de alta en el Sistema de Seguridad Social, si bien en el tipo muy grave concurre adicionalmente la solicitud o percepción de una prestación.

Estas dos reformas sucesivas en un corto espacio de tiempo han creado tipos infractores cualificados, en atención a su especial régimen sancionador más riguroso, y envían dos mensajes al papel que ha de desempeñar la actual Administración pública. De un lado señalan como actividad prioritaria la acción inspectora destinada al afloramiento del empleo irregular, pues este “genera” en términos del Preámbulo de la Ley 13/2012 tres efectos negativos para la Seguridad Social, trabajadores y empresarios: “la reducción de los ingresos en los recursos económicos del sistema de la Seguridad Social, el deterioro de los derechos de los trabajadores y una indeseable competencia desleal con respecto a las empresas, los emprendedores y trabajadores autónomos cumplidores de sus obligaciones legales”. De otro lado las reformas vienen a sugerir un mensaje indirecto consistente en que una relación laboral completa empieza por el alta en la Seguridad Social, a partir de la cual parece reconocerse empresarialmente la condición de “empleo regular” del que, con mayores o menores vicisitudes, se deriva el ejercicio de derechos laborales. Si bien es evidente que este mensaje indirecto carece de fundamento jurídico generalizado, pues los principales derechos derivados del contrato de trabajo no están condicionados por un alta en Seguridad Social, lo cierto es que desde un prisma eminentemente práctico, de vivencia cotidiana de las relaciones laborales, el alta en Seguridad Social se ha convertido en una prueba de la existencia de la relación laboral que permite desplegar con normalidad los efectos derivados de esta. Un atisbo de este planteamiento, tamizado por la prudencia y la técnica jurídica, lo encontramos en la siguiente expresión del Preámbulo de la Ley 13/2012: el empleo sumergido “...aboca a los trabajadores a una espiral continua de pérdida de sus derechos -al impedir su promoción personal y profesional, entre ellos el derecho a la formación y a la recualificación-”.

La persecución del empleo irregular se convierte así no sólo en una actuación inspectora de vigilancia de la normativa de Seguridad Social, sino en una actuación que se proyecta sobre el ejercicio ordinario de los derechos previstos en la normativa laboral. De ahí que, con independencia de su finalidad, se haya convertido en un elemento común a cualquier actuación inspectora la realización de una comprobación previa para conocer si los trabajadores están dados de alta en el sistema de la Seguridad Social.

En cuanto al impago de cuotas a la Seguridad Social, en el año 2009¹⁵ se inició la reforma de su régimen sancionador, cambiando el régimen general de la sanción aplicable a la materia por un régimen especial para sancionar los dos tipos de falta de ingreso. Se estableció una sanción cuya cuantía guardaba proporción con el importe de cuotas de Seguridad Social y demás de recaudación conjunta dejados de ingresar a través de una escala que va desde el 50% al 100% en el caso de la infracción grave, y desde el 100,01% al 150% para la infracción muy grave.

Lo que hace la segunda reforma en las sanciones de estos tipos infractores, mediante la Ley 13/2012, es establecer un criterio de graduación específico en función de la cuantía dejada de ingresar, contemplada esta en términos absolutos. Se fija la sanción en grado mínimo cuando la cuantía no ingresada no supere 10.000 euros, en grado medio entre 10.001 y 25.000 euros, y en grado máximo cuando la cuantía debida supere los 25.000 euros. Lo que se produce es una objetivación de la graduación¹⁶, que provocará una mayor presión sancionatoria sobre el sujeto responsable. Se refuerza por esta vía la actuación de la lucha contra el fraude a la Seguridad Social a través de la mayor presión sobre la morosidad, no solo sobre la deficiente cotización a la Seguridad Social.

3.2. La coordinación en el ámbito penal

El segundo aspecto relevante en relación con la competencia sancionadora de la Administración laboral es la irrupción del orden penal en lo que era hasta ahora un espacio propio de las infracciones administrativas, a través de tipos penales novedosos. Ello produce tres efectos de distinta naturaleza y entidad.

En primer lugar se eleva el reproche jurídico de conductas fraudulentas bien conocidas en el ámbito social pasando de la responsabilidad administrativa a la penal, como ocurre por ejemplo con la obtención o disfrute indebido de prestaciones públicas o la falta de alta en la Seguridad Social. Esta situación acarrea los tradicionales problemas de quién y cómo califica la conducta fraudulenta para determinar si procede el inicio de la vía penal o no llega a tal categoría, de suspensión de procedimientos administrativos sancionadores y su archivo final o su reanudación, o de la participación de la Administración laboral en la comunicación de la *notitia criminis* al Ministerio Fiscal.

En segundo lugar provoca la necesidad de coordinar la actuación en la persecución de las infracciones administrativas y los delitos, tanto desde el punto

¹⁵ Ver Disposición Final Segunda de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009.

¹⁶ Ver López Parada, R.A. “*La morosidad en el pago de las cotizaciones sociales y la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social*”, en la obra de VV.AA. coordinada por Camino Frías, J.J. “*Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social. Análisis de las reformas legislativas*”, Thomson Reuters Lex Nova, 2013, páginas 282 y ss.

de vista de la comunicación al Ministerio Fiscal de aquellas conductas infractoras que pudieran ser constitutivas de delito, como desde la perspectiva de la colaboración entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (en adelante FCSE).

En tercer lugar supone la valoración de hechos y su calificación jurídica en términos laborales por parte del orden jurisdiccional penal. Conceptos laborales como empresario real, centro de trabajo, relación laboral o trabajo autónomo, son un ejemplo de los que deben ser analizados para la integración del tipo penal y que, en cuanto hechos declarados probados, pueden plantear problemas de vinculación a los efectos de aplicación de la normativa laboral y de Seguridad Social.

La reforma operada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP) en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, abarca varias materias, de las que solo destacaremos dos tipos nuevos que guardan cierto paralelismo con la modificación de la LISOS antes expuesta. De un lado el nuevo artículo 307.ter del CP como delito contra la Seguridad Social, y de otro lado la nueva redacción del artículo 311.2º del CP en el ámbito de los delitos contra los derechos de los trabajadores. Si en el primer caso se está protegiendo el patrimonio del sistema público de Seguridad Social mediante el castigo del fraude en materia de prestaciones, en el segundo se subyacen motivaciones que recuerdan a la reforma de la LISOS realizada por la Ley 13/2012 respecto de la persecución del empleo irregular. Así, en el Preámbulo de la LO 7/2012 se considera que la falta de alta en Seguridad Social o el empleo de trabajadores extranjeros sin autorización administrativa causan un doble perjuicio mediante “la negación de los derechos que en materia de Seguridad Social puedan corresponder a los trabajadores por el período en el que prestan sus servicios de forma irregular” y porque la competencia desleal “distorsiona la competitividad y desincentiva la iniciativa empresarial”.

La actuación de la Administración en la comunicación de la *notitia criminis*, la comunicación al Ministerio Fiscal de los hechos que, sirviendo de base para el inicio del procedimiento administrativo sancionador, pudieran ser constitutivos de delito, se ha encauzado a través una Instrucción de 4 de marzo de 2013 de la Dirección General de la ITSS 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. Esta Instrucción parte de que “el derecho penal constituye una última ratio, siéndole aplicable los principios de subsidiariedad, taxatividad e intervención mínima del derecho punitivo, de modo que la acción penal se ejercite sólo cuando la autotutela administrativa y los restantes medios e instrumentos jurídicos de los que dispone la Administración resulten ineficaces para la protección y garantía de los bienes jurídicos a proteger”.

La conveniencia de la colaboración entre los firmantes de la Instrucción radica, de una parte, en que el acta o informe de la ITSS tiene carácter de denuncia para el inicio del proceso penal y el expediente administrativo tiene valor probatorio, de prueba documental libremente apreciable por el Juez, en la fase de juicio oral; de otra parte, en las funciones que competen al Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social. A éste le corresponde la representación y defensa en juicio de las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y, sin perjuicio de que el Ministerio Fiscal ejerza la acusación pública, el Letrado de la Administración de la Seguridad Social ostenta legitimación para intervenir en el proceso penal como acusación particular en defensa y representación del ofendido o perjudicado por el delito, debiendo asegurar especialmente la responsabilidad civil aneja a la penal.

La concurrencia de infracciones administrativas con los dos nuevos tipos penales aconsejan que la Administración utilice unos criterios mínimos que le permitan una valoración de las conductas que puedan ser constitutivas de delito, para su comunicación al Ministerio Fiscal.

En cuanto al nuevo tipo configurado en el artículo 307.ter del CP goza en su estructura de un tipo básico y un subtipo agravado.

El tipo básico del artículo 307.ter del CP está diseñado de tal forma que puede ser sujeto activo cualquiera de los que tienen la calificación de sujeto responsable administrativamente (trabajador, solicitante o beneficiario de prestaciones, o empresario) y la conducta tipificada entra de lleno la labor habitual de vigilancia realizada por la ITSS: la persecución de la obtención y disfrute indebido de prestaciones. Se contempla la prestación del Sistema de Seguridad Social de acuerdo con su propia naturaleza jurídica, superando la calificación de subvención que jurisprudencialmente se le asignó. No se requiere que la prestación alcance una cantidad como condición objetiva de punibilidad. De tal manera que si antes se perseguía el fraude en las prestaciones por la vía del artículo 308 del CP, mediante su consideración de subvención pública, lo que hacía inviable la toma en consideración de la mayoría de los supuestos de fraude (se exige más de 120.000 euros), ahora la cuantía de la prestación no reviste importancia para la perfección del tipo, aunque pueda fundamentar una atenuación en la pena. El nuevo tipo del artículo 307.ter del CP se acerca más al tipo de estafa y permite la comparación con el artículo 248 del CP en dos aspectos importantes: la exigencia de un dolo específico “por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de los hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar”, y la de atenuación de la pena, ofreciendo como fundamento de la misma una serie de conceptos jurídicos indeterminados¹⁷, tales como el importe defraudado, me-

¹⁷ Lozano Ortiz, J.C. *Aspectos penales de la lucha contra el fraude a la Seguridad Social*. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, nº 104, 2013, páginas 92 y 93.

dios empleados y circunstancias personales del autor, que pueden conducir a la calificación de que los hechos “no revisten especial gravedad”. Respecto del “importe de lo defraudado” no se fija cuantía alguna y el autor citado propone la cuantía de 400 euros por analogía con el delito de estafa. En cuanto a los medios empleados o las circunstancias personales del autor habrá que esperar a la jurisprudencia, pero su extremada carga de subjetividad puede suponer un freno a la remisión de expedientes administrativos al Ministerio Fiscal. Ello pese a que tales conceptos estén previstos con la finalidad de servir de fundamento a la fijación de la pena que, en algunos casos, podría resultar menos gravosa que la sanción administrativa y no para la comisión del delito.

El subtipo agravado está motivado por la reciente extensión de un fraude masivo a través de las denominadas empresas ficticias, sin actividad real, mediante la simulación de relaciones laborales, aunque nada obsta a que dicha simulación la puedan realizar también de forma parcial empresas con actividad real. La prueba resulta dificultosa porque se dirige hacia la acreditación de hechos negativos y la actividad de la Administración previa al intento de activar un proceso penal debe valorar una multitud posible de indicios. Tales indicios van desde la actividad económica utilizada, que suele carecer de infraestructura y centro de trabajo fijo, como las de construcción o limpieza, pasando por las características laborales de los trabajadores aparentemente contratados (largos períodos previos de inactividad, ninguna relación previa con el sector, contratos de corta duración, etc.), por el perfil de los empresarios o representantes (sin tradición ninguna en el sector, sin ingresos, etc.), o la ausencia de contabilidad, de abono de impuestos o de cuotas de Seguridad Social.

Por lo que respecta al nuevo tipo del artículo 311.2º del CP, consistente en la ocupación simultánea de una pluralidad de trabajadores sin alta en la Seguridad Social o de trabajadores extranjeros sin autorización, la comunicación al Ministerio Fiscal toma en consideración otras razones, ya que las características del tipo penal son distintas. Salvando la diferencia fundamental entre la responsabilidad administrativa y la penal que reside en el juicio de culpabilidad, existe una diferencia en este caso que radica en lo que se ha denominado “umbral”. Si la infracción administrativa por falta de alta en la Seguridad Social o por carecer de autorización el trabajador extranjero se comete por cada trabajador afectado, el tipo penal exige la superación de unos determinados niveles cuantitativos en la contratación irregular¹⁸. Resulta así evidente que el número de trabajadores afectados no se ha tenido solo en cuenta para incrementar la sanción administrativa, como vimos en el epígrafe anterior por vía de la modificación del artículo 40.1.e) de la LISOS, sino que ahora se utiliza

¹⁸ 25% cuando se ocupen a más de cien trabajadores, 50% cuando se ocupen a más de diez trabajadores y no más de cien, la totalidad de los trabajadores cuando se ocupen a más de cinco y no más de diez.

también para calificar una conducta contra la que se ha de reaccionar penalmente. Este delito, que requiere el dolo consistente en el conocimiento de sus obligaciones por parte del empresario y la voluntad de incumplir las mismas, plantea el principal problema respecto de la adecuada calificación de relaciones jurídicas como relaciones laborales, bien por el tipo de servicio prestado, entrando en juego la valoración conjunta de indicios de trabajo por cuenta ajena (organización y dependencia, jornada y horario, retribución y riesgo, etc.), bien por la identificación del empresario real. La puesta en entredicho de forma argumentada de la existencia de relación laboral no se puede solventar en este caso a través de una declaración prejudicial del orden jurisdiccional social, por lo que la comunicación de la Administración al Ministerio Fiscal habrá de ser cuidadosa a este respecto. Las infracciones administrativas que pueden dar origen a dicha comunicación por si fueran constitutivas de delito, son las aludidas en el subepígrafe anterior y tipificadas en los artículos 22.2 y 23.1.a) de la LISOS, en cuanto a la falta de alta en Seguridad Social. En lo referente al trabajo de extranjeros sin autorización hay que acudir a la tipificada como infracción muy grave en el artículo 54.1.d) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

Hasta aquí hemos abordado uno de los efectos que la reforma que el Código Penal ha ocasionado en el papel de la Administración pública: las particularidades de la comunicación de posibles conductas delictivas al Ministerio Fiscal. A continuación haremos mención al segundo de los efectos relacionados al principio de este subepígrafe, cual es la coordinación con las FCSE en la persecución de delitos e infracciones administrativas que tienen un mismo origen en el incumplimiento de la normativa del orden social.

El 30 de abril de 2013 se suscribió el Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y el Ministerio del Interior sobre coordinación entre la ITSS y las FCSE, en materia de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social¹⁹. Dicho Convenio parte de que hay hechos que pueden constituir infracciones administrativas o delitos sobre las mismas materias, entre las que se cuentan la inmigración ilegal, la explotación laboral o el fraude a la Seguridad Social. Por ello se articulan una serie de medidas para una mejor coordinación funcional y operativa entre la ITSS y las FCSE. Dichas medidas abarcan la constitución y procedimiento de actuación de grupos operativos mixtos, o el sistema de comunicación y el intercambio de información.

Por otra parte, en aplicación del mandato contenido en la Disposición Final

¹⁹ En el B.O.E. de 8 de noviembre de 2013 se publicó la Resolución de 4 de noviembre de 2013, de la Subsecretaría, por la que se publica el anexo del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y el Ministerio del Interior sobre coordinación entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en materia de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social.

sexta de la Ley 13/2012 se ha creado en la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social una Unidad Especial de Colaboración y Apoyo a los Juzgados y Tribunales y a la Fiscalía General del Estado para la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social²⁰.

3.3. El principio *non bis in idem* en el ámbito administrativo

Hasta ahora, el papel de la Administración pública del orden social lo hemos descrito en torno a la clarificación del concepto de las funciones de control y vigilancia para, a continuación, descender en lo referente a la competencia sancionadora a las principales modificaciones sufridas por la LISOS, finalizando con la debida coordinación en materia penal por la posible existencia de delitos e infracciones administrativas con un mismo origen. En este último supuesto la aplicación del principio *non bis in idem* obliga a que la responsabilidad administrativa ceda ante la penal cuando exista triple identidad de hechos, sujeto y fundamento. Tal principio, de construcción jurisprudencial con basamento en el artículo 25 de la Constitución, tiene su regulación legal en el artículo 3 de la LISOS, bajo la rúbrica de “conurrencia con el orden jurisdiccional penal”. Sin embargo no se regula la concurrencia de dos normas distintas que posibiliten la exigencia dual de responsabilidad administrativa existiendo la triple identidad apuntada. No se regula la solución a la posibilidad de que la conducta de un sujeto, con idéntico incumplimiento normativo, pueda subsumirse en dos tipos infractores contenidos en distintas leyes. Esta situación ha de solventarse de tal manera que un mismo sujeto no sea sancionado dos veces, aplicando para ello el referido principio *non bis in idem*.

Bajo esta premisa contemplamos la posibilidad de que una actuación de control de la Administración laboral lleve a la exigencia de responsabilidad administrativa derivada de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante LGS), mientras que una actuación de vigilancia llevada a cabo por la ITSS conduzca al inicio de procedimiento sancionador administrativo por la vía de la LISOS.

Descendiendo a tipos concretos, la LISOS, dentro de las infracciones en materia de empleo (Sección Tercera del Capítulo II), tipifica como infracciones muy graves en su artículo 16, apartado 3 “obtener o disfrutar indebidamente de subvenciones, ayudas...” y en el apartado 4 “la no aplicación o las desviaciones en la aplicación de las ayudas o subvenciones...”. La LGS tipifica como infracciones muy graves en su artículo 58, apartado a) “la obtención de una subvención falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido o limitado” y en su apartado b) “la no

²⁰ Orden ESS/78/2014, de 20 de enero, publicada en el B.O.E. el 30 de enero.

aplicación, en todo o en parte, de las cantidades recibidas a los fines para los que la subvención fue concedida...”.

Parece claro que nos encontramos ante una misma conducta que lesiona el mismo bien jurídico, por lo que no se trataría de un concurso de infracciones previsto para los casos en que con un mismo hecho se infringen varias disposiciones que dan lugar a distintas infracciones²¹. En el supuesto que planteamos habría identidad en el fundamento, es decir en la norma infringida, que es la norma sustantiva que regula conceptos tales como beneficiarios, requisitos y tramitación de la subvención o ayuda, no existiendo diferentes incumplimientos. En consecuencia, estamos ante un supuesto de concurrencia de normas o concurso aparente de leyes que tipifican como infracción administrativa una misma conducta y, de acuerdo con el reiterado principio, solo una de ellas será aplicable en evitación de una duplicidad sancionadora. Considerando que no existe una norma legal que resuelva esta concurrencia de normas sancionadoras en el ámbito administrativo, se acudirá para su resolución a la jurisprudencia o a los criterios del Código Penal, teniendo en cuenta que según nuestro Tribunal Constitucional la responsabilidad administrativa comparte los principios inspiradores del orden penal. En este aspecto el artículo 8 del CP destinado al concurso aparente de normas penales, ofrece varios criterios para determinar la norma aplicable: la especialidad, la subsidiariedad, la consunción y la alternativa, siendo el primero y el cuarto más cercanos a la materia que nos ocupa.

Lo expuesto hasta ahora puede resultar innecesario si se da carta de naturaleza a la normativa sustantiva que regula la obtención y aplicación de subvenciones y ayudas. Tratándose de la materia de empleo, alojada en la ejecución de la legislación laboral, nos situamos en una competencia transferida a las Comunidades Autónomas. En consecuencia se trata de saber si la normativa autonómica que puede resultar infringida, en cuanto es la que contiene la regulación relativa a la obtención y finalidad de las subvenciones y ayudas, se pronuncia al respecto. Se puede afirmar que la generalidad de la normativa autonómica que regula las concretas subvenciones y ayudas en materia de empleo remiten en cuanto al régimen sancionador, por los incumplimientos de dicha normativa, a lo previsto en la LGS, bien de forma subsidiaria bien

²¹ El Código Penal regula la solución a este supuesto en el artículo 77 de concurso ideal de delitos.

de forma expresa²². Cuando la normativa reguladora de las subvenciones concretas en materia de empleo se remite expresamente a la LGS a los efectos de infracciones administrativas, hay que plantearse varias cuestiones.

En primer lugar si la remisión expresa a la LGS por parte de la norma reglamentaria autonómica sustantiva excluye la aplicación de la LISOS y, por ende, la actuación de la ITSS, considerando al menos la confianza que genera en los administrados un texto normativo publicado en los boletines o diarios oficiales. En el caso de que la respuesta fuera inicialmente afirmativa, se nos presentaría una segunda incógnita: si una norma reglamentaria de ejecución de la normativa estatal es competente para determinar *ab initio* cuál de las leyes estatales en materia de infracciones y sanciones es la aplicable. Esta normativa autonómica no establece criterios para solucionar la concurrencia de normas sancionadoras estatales, lo cual escapa de su competencia, sino que va más allá al evitar que se dé esa concurrencia normativa mediante la indicación de cuál de las leyes estatales es la aplicable.

Otra cuestión a plantear es si la propia Administración laboral de la Comunidad Autónoma podría encomendar concretas actuaciones de vigilancia a la ITSS sobre las citadas ayudas, habiendo fijado su propia normativa que el procedimiento para la exigencia de responsabilidad administrativa se encuentra en el contexto de la LGS.

²² A título de ejemplo, Andalucía (artículo 106 de la Orden de 23 de octubre de 2009, por la que se desarrolla el Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, por el que se regula la ordenación de la Formación Profesional para el Empleo en Andalucía, y se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones y ayudas y otros procedimientos, BOJA 3 de noviembre de 2009), Castilla-La Mancha (artículo 15 en sus apartados 2 y 6 de Orden de 28/02/2014, de la Consejería de Empleo y Economía, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas destinadas a crear oportunidades de inserción en el mercado laboral mediante la contratación de duración determinada de trabajadores desempleados en Castilla-La Mancha, Diario Oficial de 3 de marzo), Galicia (artículo 13 -que se remite a la Ley 9/2007, de 13 de junio, de subvenciones en Galicia- de la Orden de la Consellería de Trabajo y Bienestar de 30 de diciembre de 2013 por la que se establecen las bases reguladoras y se procede a la convocatoria pública, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, de las subvenciones para la financiación de formación asociada a los contratos de formación y aprendizaje regulados por 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, Diario Oficial de 10 de enero de 2014), Madrid (artículo 18 de la Orden de la Consejería de Educación y Empleo 11137/2012, de 26 de septiembre, por la que se establece la regulación procedimental para la concesión de subvenciones a empresas, sus asociaciones u otras entidades para financiar la impartición de acciones formativas con compromiso de contratación de trabajadores, prioritariamente desempleados, en el marco del subsistema de formación para el empleo, Boletín Oficial de 2 de octubre), Comunidad Valenciana (artículo 13.4 de la Orden 18/2013, de 5 de junio, de la Consellería de Economía, Industria, Turismo y Empleo, por la que se convocan distintos programas de ayudas destinados a favorecer el acceso al mercado laboral de los jóvenes menores de 30 años, para el ejercicio 2013).

Estas son algunos interrogantes, aún no resueltos, que plantea la compatibilidad entre la función de control de la Administración laboral, dentro de lo que hemos denominado “gestión”, y la función de vigilancia de esa misma Administración laboral ejercida a través de la ITSS, dentro de lo que se conoce como “inspección”.

4. LOS TIPOS INFRACTORES

Un indicio importante del papel que deba desempeñar la Administración laboral lo ofrecen las novedades en materia de tipos infractores, bien por reforma de los existentes bien por la aparición de nuevos. Durante estos últimos tres años son varias las leyes que han venido a modificar la LISOS y cuyo breve repaso nos conducirá a conocer los derroteros por los que, además de los clásicos, ha de transitar la actuación de control, vigilancia y sanción de la Administración en el ámbito social. Las modificaciones continuas realizadas en la LISOS aconsejan contemplar la posibilidad de una revisión general de su contenido atendiendo a la experiencia acumulada en estos últimos catorce años, considerando especialmente el diverso tratamiento del reproche sancionador atendiendo a la materia afectada que caracteriza el citado texto legal.

4.1. La Ley 3/2012

La LRML vuelca sus principales atenciones en la LISOS a través de tipos referidos a la colocación y a las medidas de flexibilidad interna y externa, sin perjuicio de las adaptaciones técnicas derivadas del cambio conceptual y regulador del trabajo a domicilio por el trabajo a distancia²³, y de los derechos de información sobre vacantes en materia de trabajo a distancia²⁴.

En el primer caso, el relativo a la intermediación en el mercado laboral, subyace que la ampliación de los agentes que pueden intermediar debe realizarse bajo la atenta mirada de la Administración, que bien autoriza bien recibe una declaración responsable²⁵. No es el sitio aquí de abordar la eficacia de los sistemas públicos de colocación frente a la privatización de estos servicios, pero sí de constatar que la legislación apuesta por una apertura progresiva a agentes privados en la labor de intermediación, señaladamente en este caso con la posibilidad de que Empresas de Trabajo Temporal (ETT) desarrollen la actividad de agencias de colocación, pero de manera que quede garantizado un trato a los trabajadores equivalente al que ofrecería el Servicio Público de

²³ Se deroga el artículo 6.3 de la LISOS.

²⁴ Se modifica el artículo 6.5 de la LISOS.

²⁵ Se modifican los artículos 16.1 y 18.3.c) de la LISOS, y se añade el artículo 16.1.bis.

Empleo correspondiente. Este es un claro ejemplo donde se combinan los mecanismos de control y vigilancia²⁶. El primero de ellos a través de la revisión sistemática de la actividad de las agencias de colocación, sean o no ETT, por parte de la Administración que gestiona el servicio público de empleo, a través fundamentalmente del caudal de información que debe fluir entre unas y otra en virtud de lo establecido por la Ley 56/2003 y normativa reglamentaria de desarrollo²⁷. Mientras que la función de vigilancia se circunscribirá a aquellos casos donde hay indicios de fraude o a técnicas de muestreo que permitan investigar si la actividad real de intermediación cumple con la normativa vigente.

En el segundo caso apuntado, el relativo a las medidas de flexibilidad interna y externa, los nuevos tipos infractores revelan el importante cambio producido en el papel a desempeñar por la Administración pública tras la reforma en la normativa sustantiva. Este cambio se manifiesta fundamentalmente en poner en cuestión si cabe el papel de la responsabilidad administrativa cuando la vía de la reclamación jurisdiccional es la principal o según otras opiniones la vía exclusiva. Se trata de dilucidar en qué medida tiene sentido la responsabilidad administrativa si no es para proteger bienes jurídicos que van más allá de las relaciones entre particulares, adentrándose en materias tales como la competencia desleal, el sistema de protección social o la seguridad jurídica, cuestiones que desbordan la pura esfera bilateral del contrato de trabajo para incidir en el interés general y justificar la intervención administrativa.

El mensaje o el mandato que se transmite a la Administración es que su función en materia de medidas de flexibilidad se circunscribe a garantizar la existencia de los procedimientos que han de seguirse para su adopción. La cuestión a debate es si se perfeccionan los tipos infractores exclusivamente con la ausencia de procedimiento, como es opinión mayoritaria, o es posible también cometer la infracción si se eluden, incumplen o utilizan en fraude de ley los elementos o trámites esenciales del procedimiento al que en apariencia se acude. Es justamente en este punto donde se podría justificar una intervención administrativa en defensa del interés general, pero ya adelantamos que esta no es la posición dominante.

Respecto de las medidas de flexibilidad relativas a despidos colectivos, suspensiones y reducciones de jornada, el artículo 8.3 de la LISOS recoge la profunda transformación operada en la función de la Administración, pasando de tipificar como conducta infractora la ausencia de autorización administrativa a tipificar el hecho de proceder a despidos colectivos sin acudir al procedimiento del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores (ET) o a la suspensión

²⁶ Ver artículos 5.k) y 17.d) del Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación.

²⁷ Ver artículo 21.bis.4.a) de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, y artículo 17.a) del Real Decreto 1796/2010 ya citado.

de contratos o reducción de jornada sin acudir al procedimiento del artículo 47 del ET. La limitada finalidad de este tipo infractor se confirma, de una parte, con el contenido sobre el que ha de versar el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en estos procedimientos²⁸, basado en el pronunciamiento sobre las garantías del procedimiento, sin que se manifieste juicio de valor alguno sobre la existencia o proporcionalidad de las causas alegadas. Pero también se confirma mediante el examen del nuevo tipo del artículo 8.14 de la LISOS, porque al tipificar el incumplimiento de la obligación relativa al Plan de recolocación²⁹ y el incumplimiento de las medidas sociales de acompañamiento³⁰, se adopta una posición de concreción de qué obligaciones específicas pueden ser objeto de vigilancia administrativa respecto del procedimiento de despido colectivo. Este impulso de los planes de recolocación y medidas de acompañamiento social, a través de medios coercitivos, puede suponer un refuerzo a la verdadera configuración y ejecución de las mismas³¹, y al respeto a los derechos de los trabajadores afectados con posterioridad a la adopción de la medida de flexibilidad. Esta tipificación de nuevo cuño supone que la Administración laboral haya de planificar actuaciones de vigilancia sobre estas obligaciones, lo cual no resulta habitual ya que se trata de verificar la elaboración y puesta en marcha de medidas que serán diferentes en cada situación y respecto de las que no existe una concreción normativa. Se trata de una vigilancia del cumplimiento de la legislación vigente a través de documentos privados cuyo contenido no requiere una previa validación de la Administración.

Por lo que concierne a la medida de flexibilidad interna consistente en la modificación sustancial de condiciones de trabajo, la reforma del ET se traslada a la LISOS mediante la incorporación al tipo infractor ya existente en el artículo 7.6 de la posibilidad de infringir el artículo 82.3 del ET, además del artículo 41. Una vez clarificada la diferencia de procedimiento entre modificación sustancial de condiciones de trabajo reconocidas en contrato de trabajo, acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por decisión unilateral del empresario (vía del artículo 41 del ET) o previstas en el convenio colectivo aplicable (vía del artículo 83.2 del ET), lo que hace la LISOS es permitir a la Administración laboral que sancione aquellas conductas empresariales que procedan a la modificación sustancial de condiciones de trabajo sin acudir al procedimiento previsto en el ET, equiparando ambos procedimientos en la definición

²⁸ Ver artículos 11 y 22 del Real Decreto 1483/1992, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y de reducción de jornada, así como el Criterio Operativo 92/2012, de 28 de noviembre, dictado por la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

²⁹ Ver artículo 9 del Real Decreto 1483/2012 ya citado.

³⁰ Ver artículo 8 del Real Decreto 1483/2012 ya citado.

³¹ Ver en este sentido Pérez Capitán, L. *El Despido Colectivo y las Medidas de Suspensión y Reducción Temporal de Jornada*, Aranzadi 2013, p. 145.

de la conducta infractora. Parece que se recoge así la interpretación que se le venía haciendo del anterior tipo infractor: solo se comete la infracción ante la ausencia de procedimiento, no ante los vicios graves de dicho procedimiento. Sin embargo, esta dualidad de procedimientos previstos en cada uno de los artículos citados, tal vez debiera haber traído una diferencia tipificadora, o tal vez permita una diferencia de interpretación del tipo actual. Lo trascendente no es el punto de conexión, el punto común, entre ambos procedimientos: la modificación sustancial de condiciones de trabajo; sino que lo realmente importante radica en la diferencia entre ambos procedimientos: la fuente de la relación laboral afectada por la modificación sustancial. Esta diferencia justificaría un tratamiento diverso no solo en la norma sustantiva (artículos 41 y 82.3 del ET) sino también en la norma tipificadora, pero el legislador no parece que lo haya querido así.

El artículo 41 del ET versa sobre la modificación sustancial de condiciones de trabajo que se disfrutan “por encima” de lo previsto en convenio colectivo, a través de acuerdos o decisiones que no merecen la calificación de norma, ni por su forma de generación ni por su publicación (contrato, pacto o acuerdo colectivo, decisión unilateral del empresario), y dicha modificación puede tener vocación de definitiva. En cambio el artículo 82.3 del ET atiende las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo reguladas en el convenio colectivo aplicable, es decir en la normativa laboral, y supone una inaplicación temporal, no definitiva, de una norma laboral que, como tal, es conocida a través de su publicación y de obligado cumplimiento para todos aquellos incluidos en su ámbito de aplicación.

Para la producción de un convenio colectivo estatutario, en atención a su naturaleza normativa y eficacia general, se ha de seguir el procedimiento previsto en el título III del ET, que hace una reserva en materia de legitimación y prevé su publicación. En cambio, la ley 3/2012 ha previsto un procedimiento para la inaplicación de dichos convenios colectivos que no guarda similitud con el de su producción en dos aspectos esenciales: de un lado, en cuanto a la legitimación para suscribir el acuerdo de inaplicación, pudiendo ser mediante una comisión *ad hoc*, y de otro, respecto de la actividad de la Administración destinada al control de legalidad y especialmente publicación de convenios colectivos, prevista en el artículo 90 del ET, que queda circunscrita al depósito del acuerdo de inaplicación de la norma convencional. En consecuencia, si la norma sustantiva, el ET, no contempla expresamente esas funciones tradicionales de control de legalidad y publicación en relación con la inaplicación de los convenios colectivos, resulta difícil mantener que el nuevo tipo infractor del artículo 7.6 de la LISOS incluya como supuesto de hecho subsumible en el mismo los defectos graves de procedimiento, como los relativos a la legitimación de los representantes de los trabajadores, realidad y suficiencia del

período de consultas, o documentación justificativa de las causas³². A pesar de lo expuesto cabe la posibilidad de entender que dichos defectos graves de procedimiento se pueden equiparar a “no acudir” al mismo, a efectos infractores, en atención al bien jurídico protegido o a las consecuencias que producen dichas graves deficiencias. Así por ejemplo si no se sanciona por las deficiencias graves de procedimiento se está perjudicando a terceros incluidos en el ámbito del convenio colectivo inaplicado por vía de la competencia desleal. Si no se depositan los acuerdos, siendo esta la forma de publicidad prevista por la normativa, se desconocen por la Administración los salarios de los que se deriva una base de cotización a la Seguridad Social inferior a la que correspondería de aplicar el convenio colectivo. En otros casos se afecta la seguridad jurídica en cuanto a la verificación del cumplimiento de la normativa vigente o, finalmente, se puede dar el caso de que tales defectos de procedimiento conlleven que el acuerdo de inaplicación conculque la legalidad o perjudique gravemente otros intereses de terceros distintos de los ya apuntados. Por último hay que tener en consideración que modificar sustancialmente las condiciones previstas en convenio colectivo, a través de la inaplicación del mismo, sin acudir al procedimiento podría dar lugar a la comisión de otras infracciones, como por ejemplo las previstas en los artículos 7.5 y 7.10 de la LISOS.

Sin embargo, se reitera de nuevo que a pesar de los argumentos expuestos, lo cierto es que la LISOS equipara el incumplimiento del artículo 82.3 del ET al del artículo 41 del ET, tipificando como infracción el no acudir al procedimiento previsto para modificar sustancialmente las condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo, sin contemplar expresamente el incumplimiento de los trámites esenciales de dicho procedimiento. A esta ausencia de procedimiento, para integrar el tipo infractor, ha de unirse a la condición de que la modificación sea “impuesta unilateralmente” por el empresario, lo que termina de definir el papel de la Administración en estos casos como garante de la existencia de procedimientos en los casos de modificación sustancial de condiciones de trabajo, debiendo solventarse cualquier otra discrepancia relativa al irte procedimental, a la suficiencia de las causas o al perjuicio de terceros, en el ámbito jurisdiccional.

4.2. El Real Decreto-Ley 20/2012

El Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, modifica tres tipos infractores de la LISOS de calificación leve, siendo sujetos responsables los trabajadores, solicitantes o beneficiarios de prestaciones. La causa

³² Por analogía con el artículo 20 del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

de la modificación, común a los tres tipos, se fundamenta en la gestión que han de realizar los servicios públicos de empleo a través de comunicaciones y citaciones por medios electrónicos, incluyendo en los tipos una cláusula de salvaguarda a favor de los trabajadores, de tal forma que las notificaciones por medios electrónicos se considerarán válidas si existe previo consentimiento del trabajador afectado. Los tipos modificados son los contenidos en el artículo 17.1.a), en materia de empleo, y en el artículo 24.3, apartados a) y d), en materia de Seguridad Social.

Con independencia que se pretenda la armonización con el artículo 231.1.b) de la Ley General de la Seguridad Social, y de que el inicio del procedimiento sancionador no se deba a acta de infracción, encontrándose la instrucción y resolución del mismo en el ámbito del servicio público de empleo competente, lo que interesa destacar es el nuevo instrumento de control que se ofrece a la Administración en su función de gestión relacionada con las políticas de empleo, activas y pasivas. Sin perjuicio del refuerzo de la capacidad de control sobre trabajadores demandantes, solicitantes y beneficiarios, llama la atención que la regulación de la validez de la notificación por medios electrónicos se incluya en el tipo infractor, cuando sería suficiente su inclusión en la norma sustantiva.

4.3. La Ley 13/2012

Ya se dejó indicado más arriba, en el epígrafe 3.1, citando el Preámbulo de la Ley 13/2012, el doble mensaje que esta norma suponía para la Administración: de un lado fijar como prioritaria la actividad dirigida a aflorar el empleo irregular y, de otro lado, la vinculación en la práctica del ejercicio de derechos derivados de un contrato de trabajo a la previa declaración de esa relación laboral al sistema de Seguridad Social.

El papel de la Administración se ha reforzado y orientado hacia la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, como lleva por título la Ley 13/2012, convirtiendo en pilares que sostienen el ámbito de las relaciones laborales una previa situación saneada en materia de Seguridad Social: empleo declarado, correcta cotización y adecuado disfrute de bonificaciones y prestaciones.

Si en el materia de relaciones laborales (señaladamente artículos 7 y 8 de la LISOS) o empleo (en particular artículos 16 y 17 de la LISOS) las reformas operadas son puntuales, para armonizarlas con el derecho sustantivo, en cambio en materia de Seguridad Social se aborda una redacción general de los preceptos nucleares de la responsabilidad empresarial: artículos 22 y 23 de la LISOS. Una sucinta exposición de la reforma llevada a cabo por la Ley 13/2012 ofrece una idea de su trascendencia.

Tradicionalmente el empleo irregular se ha identificado con la falta de alta en Seguridad Social (o en su caso falta de afiliación inicial), sancionándose a través de dos tipos, uno grave (artículo 22.2 de la LISOS) y otro muy grave si a la falta de alta en Seguridad Social del trabajador se añadía la condición de que este era solicitante o beneficiario de pensiones o prestaciones incompatibles con el trabajo (artículo 23.1 de la LISOS). Sin embargo, la reciente evolución de la LISOS ha ido en un doble sentido: de un lado incrementando las sanciones para estos tipos al margen del resto de las infracciones de la misma materia, tal y como se expuso más arriba, y de otro lado, y por lo que ahora nos interesa, pasando de un tipo general o básico, en el que se subsumían todos los supuestos de hecho por falta de alta en la Seguridad Social, a varios tipos infractores que precisan y delimitan con más claridad cada una de las posibles conductas reprochables. Con esto último se consigue mayor seguridad jurídica, colmar vacíos que impedían la sanción administrativa, y permitir que dentro de un mismo género, la falta de alta en Seguridad Social, se sancione con distinta intensidad cada una de las especies.

El inicio de este desglose de la conducta infractora básica, consistente en no comunicar el alta en la Seguridad Social, se produjo con el 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 viviendas³³. La Ley 13/2012 reforma la LISOS profundizando en este desglose y en la evolución apuntada, de tal forma que la falta de alta en Seguridad Social, como referente del empleo irregular, queda contenida en varios tipos infractores, además de incluir otros relacionados con el alta en Seguridad Social y el percibo de prestaciones o pensiones, según se expone a continuación:

- a) Artículo 22.2. Falta de alta en la Seguridad Social o solicitud fuera de plazo como consecuencia de actuación inspectora. Es el que hemos denominado tipo general o básico. El régimen sancionador es extraordinario, ya que le corresponden unas sanciones superiores al común de de infracciones del mismo artículo 22, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.1.e) de la LISOS, que ya fueron objeto de comentario en el epígrafe 3.1 del presente trabajo.
- b) Artículo 22.10. Solicitud de alta en la Seguridad Social fuera de plazo pero sin mediar actuación inspectora, o su no transmisión por medios informáticos, electrónicos o telemáticos.
- c) Artículo 22.11. No comprobar el alta en Seguridad Social de los trabajadores de la empresa subcontratista. La infracción se perfecciona por el incumplimiento de la obligación de comprobación, se haya

³³ El artículo 6 del Real Decreto-Ley 5/2011 modifica la LISOS, y su entrada en vigor se produce el 1 de agosto de 2011 en virtud de su Disposición Adicional Cuarta, tras el proceso de regularización de aforamiento de empleos ofrecido a los empresarios.

comunicado o no el alta en la Seguridad Social. En caso de falta de alta en la Seguridad Social de algún trabajador, se trataría de una infracción tipificada en otro artículo y con otro sujeto responsable.

- d) Artículo 22.12. Falta de alta en la Seguridad Social en relación con los salarios de tramitación y las vacaciones devengadas y no disfrutadas antes de la extinción de la relación laboral.
- e) Artículo 22.14. Dar ocupación a solicitantes o beneficiarios de pensiones o prestaciones periódicas incompatibles con el trabajo habiendo comunicado el alta en la Seguridad Social. En este caso se colma un vacío de tipificación de conductas incumplidoras de la normativa, como por ejemplo cuando se siguen prestando servicios en la empresa en la que se está dado de alta en la Seguridad Social, pese a encontrarse en situación de Incapacidad Temporal percibiendo la prestación económica correspondiente.
- f) Artículo 23.1.a). Dar ocupación a solicitantes o beneficiarios de pensiones o prestaciones periódicas incompatibles con el trabajo sin comunicar el alta en Seguridad Social. Este es el segundo tipo de referencia tradicional antes mencionado, y que también goza de un régimen sancionador extraordinario, comentado más arriba, gracias al artículo 40.1.e) de la LISOS.
- g) Artículo 23.1.j). Dar ocupación a los trabajadores afectados por suspensión o reducción de jornada durante el período de aplicación de tales medidas. Ante las dificultades de interpretar que durante la suspensión de los contratos o la reducción de la jornada el trabajador no está de alta en la Seguridad Social en la empresa que ha adoptado tales medidas, resulta de una mayor seguridad jurídica partir del hecho cierto de que el trabajador sí está en alta en Seguridad Social en la empresa, pero que esta mantiene una actitud fraudulenta con la entidad gestora de las prestaciones por desempleo al dar ocupación a trabajadores que, de acuerdo con las medidas adoptadas, no deberían prestar servicio determinados días o en determinado horario.

Finalmente, destaca en materia de falta de ingreso de cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, la precisión que se realiza en el tipo grave recogido en el artículo 22.3 de la LISOS, de tal forma que lo que hasta entonces se entendía por situación extraordinaria de la empresa, como justificativa de la falta de ingreso, ahora se concreta en tres posibles causas justificativas de elaboración jurisprudencial: declaración concursal, fuerza mayor o aplazamiento. Con ello se facilita la aplicación de este tipo infractor.

4.4. El Real Decreto-Ley 5/2013

El Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, retoma la regulación de la obligación de aportar una cantidad al Tesoro Público por parte de aquellas empresas que, gozando de una dimensión considerable y obteniendo beneficios, despidan en una proporción elevada a trabajadores de mayor edad. La regulación inicial del asunto se contenía en la Ley 27/2011, cuya Disposición Adicional Decimosexta y normativa reglamentaria de desarrollo, el Real Decreto 1484/2012, han sido modificados por el Real Decreto-Ley 5/2013, quien introduce en la LISOS un nuevo tipo infractor en el artículo 8.18, considerando como muy grave el incumplimiento de obligaciones informativas en la materia mencionada, específicamente las relativas al certificado empresarial que ha de presentarse ante la Autoridad laboral competente en el procedimiento de despido colectivo y cuyo contenido relativo a empresa responsable, resultados económicos, trabajadores afectados, etc. y plazos de presentación se detalla en los artículos 5 y 6 del RD 1484/2012.

Este tipo infractor se enmarca dentro del impulso a funciones de control sistemáticas por parte de la Administración laboral. El control de qué procedimientos de despido colectivo generan la obligación empresarial de aportación económica al Tesoro Público se basa en una compleja información, cuyas deficiencias en cuanto a su elaboración o presentación justifican el reproche administrativo, en un contexto en el que la Administración se ocupa de que se cumplan las medidas complementarias que equilibran determinadas medidas extintivas incluidas en la trascendente reforma laboral llevada a cabo en la materia.

4.5. La Ley 1/2014

Ya hemos tenido ocasión de destacar algunas de las medidas complementarias al giro ofrecido por la reforma laboral a través de la Ley 3/2012, en las que la Administración debe ejercer sus funciones de vigilancia y control. Una de ellas es perseguir el fraude en los supuestos de medidas de flexibilidad interna consistentes en la suspensión de contratos de trabajo o en la reducción de jornada, de tal manera que se pueda sancionar la ocupación de los trabajadores afectados por dichas medidas durante la efectividad de las mismas, es decir durante los períodos de suspensión y reducción de jornada (artículo 23.1.j). Pero la persecución de tal fraude parte de un conocimiento previo por la Administración, cual es la comunicación a la entidad gestora de la prestación por desempleo de las medidas de suspensión y reducción de jornada, así como sus

variaciones, con anterioridad a su adopción³⁴. La vulneración de dicha obligación de naturaleza informativa fue objeto de tipificación a través de una infracción grave contenida en el artículo 22.13 de la LISOS introducido por la Ley 13/2012 que la Ley 1/2014 se encarga de perfeccionar incluyendo, además de la comunicación inicial, el incumplimiento de la comunicación de las variaciones en la concreción de las medidas.

5. LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Hemos aludido a la ITSS como el servicio público de la Administración que ejerce la función de vigilancia, siendo esta de carácter transversal, intensiva, indiciaria e independiente en su organización y planificación de la competencia de control que debe llevarse a cabo como una faceta más de la actividad de gestión por cada órgano administrativo en su ámbito.

Al igual que ocurre con el análisis de las reformas sufridas por la LISOS, las reformas operadas en la normativa reguladora de la ITSS³⁵ ofrecen una visión certera de cuál el refuerzo o la orientación del papel que haya de desempeñar la Administración laboral, en este caso en la función de vigilancia.

Las modificaciones de derecho sustantivo introducidas por las últimas reformas en normas básicas del ordenamiento jurídico laboral y de Seguridad Social (Estatuto de los Trabajadores, la Ley General de Seguridad Social, Ley de Empleo), y otras como la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Ley Concursal, Ley de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social; y las modificaciones introducidas en normas de desarrollo reglamentario tales como las reguladoras de las agencias de colocación, protección por desempleo, procedimientos de despido colectivo y suspensión y reducción de jornada, han supuesto un incremento significativo de las exigencias cuantitativas y cualitativas en el desarrollo de las funciones inherentes a las competencias atribuidas al Sistema de la ITSS.

Así lo pone de manifiesto, por ejemplo, la Ley 13/2012 en su Preámbulo al decir que “sin perjuicio de que deba existir una actuación decidida de todas las Administraciones Públicas y del conjunto de la sociedad para corregir

³⁴ Ver artículo 22 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, redactado por el número uno de la disposición final segunda del R.D. 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

³⁵ Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de Ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Real Decreto 928/1998 ya citado, y Real Decreto 138/2000, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

estas conductas y situaciones irregulares y fraudulentas, las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, particularmente en su vertiente de inspección en materia de Seguridad Social y de la economía irregular, constituyen un instrumento fundamental para la consecución de los objetivos señalados anteriormente. En línea con las más recientes recomendaciones de la Unión Europea, de conformidad con los convenios internacionales de la Organización Internacional del Trabajo y con el actual marco legal derivado de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y por su profundo conocimiento de la realidad de nuestro tejido empresarial y de nuestro mercado de trabajo, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social debe prestar hoy con más intensidad el servicio público que le corresponde en el ejercicio de la vigilancia del cumplimiento de las normas de orden social y en la exigencia de las responsabilidades pertinentes”.

La respuesta normativa para atender a ese reto se concreta, en lo fundamental, en la operada por la Ley 13/2012, así como en dos normas reglamentarias, cuya referencia y análisis elemental pasamos a realizar a continuación.

La mejora en la información recibida y la ampliación de los plazos para las actividades previas de investigación son los dos grandes instrumentos objeto de reforma normativa para facilitar y elevar la eficiencia de la actividad de la ITSS.

En cuanto a la mejora de la información recibida se adoptan tres grandes medidas. En primer lugar se faculta a los funcionarios del Sistema a requerir y examinar documentación en soporte electrónico. En segundo lugar la colaboración con la ITSS se concibe no solo a solicitud sino a propia iniciativa de quien debe prestarla. En tercer lugar se reduce el margen de apreciación o interpretación en cuanto a qué sujetos han de colaborar con la ITSS suministrando información.

La modificación del artículo 5.3.3 de la Ley 42/1997 añadiendo un segundo párrafo sobre la obligación del suministro de información en soporte electrónico “y en formato tratable, legible y compatible con los de uso generalizado en el momento en que se realice la actuación inspectora”, supone un gran avance en la práctica habitual sobre los medios de investigación disponibles, en la posibilidad de profundizar en dicha investigación, en la realización de actuaciones inspectoras extensivas, en cruces con las bases de datos obrantes en la Administración. En definitiva, esta reforma supone un cambio en las formas de afrontar una inspección más acorde con la sociedad actual, pero cuya plasmación legal era necesaria en aras a la seguridad jurídica que es exigible en actuaciones de las que se deriva la adopción de medidas sancionadoras.

Donde se produce un salto cualitativo de gran dimensión, cuya trascendencia se verá en la práctica administrativa de los próximos años, es en el nuevo sentido que se da a la colaboración con la ITSS, mediante la modificación del

artículo 9.1 de la Ley 42/1997. Hasta entonces dicha colaboración por parte de la Administración pública lo era a solicitud de la ITSS y la redacción del precepto parecía dar a entender que el suministro de información se producía con motivo de la solicitud de colaboración y a instancias de la ITSS. Sin embargo la reforma del citado precepto establece con carácter independiente y sin necesidad de previa solicitud la obligación de “suministrar a la ITSS cuantos datos, informes y antecedentes” tengan “trascendencia en el ámbito de sus competencias”. Será lo habitual que tales datos, informes y antecedentes se suministren a requerimiento de la propia ITSS, que es quien debe valorar la trascendencia de los mismos, pero se deja la puerta abierta a la propia iniciativa del emisor de la información, sin que ello deba convertirse en una comunicación a efectos de validar determinadas situaciones administrativas, pues la ITSS tiene encomendada una función de vigilancia y no de acreditación, homologación, autorización, certificación o similar.

Respecto de los sujetos que han de facilitar la información, se opta por una relación más exhaustiva de los obligados frente a la genérica terminología precedente de “Administraciones públicas”. En este sentido el nuevo apartado 1 del artículo 9 de la Ley 42/1997 habla de “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”. Por su parte el nuevo apartado 2 del artículo 9 citado recoge el suministro de la información contenida en el índice único informatizado por parte del Consejo General del Notariado. Finalmente el apartado 4 del artículo 9 se dedica en exclusiva a la colaboración de las mutualidades de previsión social.

En cuanto a la ampliación de los plazos para desarrollar las actuaciones previas de investigación, se producen dos modificaciones. Por un lado, se consigue un mayor margen de maniobra para las actuaciones inspectoras reales, menoscabadas por aspectos de gestión interna como la confección del expediente o el control de calidad del mismo. Para ello se pasa de 3 a 5 meses el período máximo durante el cual se pueden interrumpir las actuaciones inspectoras conocidas por terceros, dentro del plazo máximo de duración de dichas actuaciones de 9 meses. Esta medida no supone menoscabo de los derechos del sujeto sometido a inspección por lo razonable de la ampliación y por el respeto al plazo máximo indicado de actuaciones inspectoras previas al inicio del procedimiento correspondiente. De otro lado, se permite la ampliación de dicho plazo máximo en 9 meses más cuando se produzca una de las tres causas justificativas que se explicitan en la reforma del apartado 2 del artículo 14 de la Ley 42/1997, y que son relativas a la dificultad y complejidad de las activi-

dades de inspección, a la obstrucción u ocultación durante las mismas, o a la necesidad de cooperación administrativa internacional. Reglamentariamente se ha desarrollado lo que se entiende por especial dificultad y complejidad: volumen de documentación, número de personas afectadas, análisis de grupos de empresa, estructura empresarial o sucesión de empresas, dispersión territorial, incumplimientos previos que dificulten la investigación, existencia de redes o tramas para defraudar, participación de varias empresas en el proceso productivo, etcétera³⁶

Esta ampliación de plazos para mejorar la eficacia de la actuación inspectora se produce también en el derecho sustantivo mediante la reforma del artículo 42.2 del ET por la Ley 13/2012, ampliando el período de uno a tres años al que se extiende la responsabilidad solidaria por las obligaciones de Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el período de vigencia de la contrata. Esta reforma tiene el objetivo que la Administración, a través de la ITSS y la Tesorería General de la Seguridad Social, cuente con tiempo suficiente para detectar la situación, investigarla y proceder a formular la correspondiente derivación de responsabilidad por deudas contraídas con la Seguridad Social.

Como cierre de uno de los hilos conductores de este artículo, cual es la atención de la Administración pública al empleo irregular y al fraude a la Seguridad Social, como una actividad administrativa conveniente para favorecer en la práctica el ejercicio de los derechos derivados de las relaciones laborales, se hace preciso citar dos normas reglamentarias que refuerzan la organización de la ITSS en el sentido expuesto. De una parte la Orden ESS/1784/2012, de 2 de agosto, por la que se atribuyen funciones operativas a los Directores Territoriales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social³⁷. De otra parte la Orden ESS/78/2014, de 20 de enero, por la que se crea la Unidad Especial de Colaboración y Apoyo a los Juzgados y Tribunales y a la Fiscalía General del Estado para la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social³⁸.

³⁶ Ver artículo 17 del Real Decreto 138/2000 antes citado, según redacción de la Disposición Final Segunda de la Ley 13/2012.

³⁷ Dispuesta en uso de las facultades conferidas por la disposición final primera del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, conforme lo establecido en el Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la seguridad social 2012-2013, aprobado por el Consejo de Ministros el 27 de abril de 2012.

³⁸ Para dar cumplimiento a lo establecido por la Disposición Adicional Sexta de la Ley 13/2012.