

## Algunos comentarios al Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2020

**Juan José Camino Frías**

*Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Valencia*

---

### EXTRACTO

Se hace un análisis del origen, el contexto y el contenido de algunos de los aspectos básicos del Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2020, poniendo el foco en los que suponen una mayor precarización de las condiciones de trabajo. Se realizan comentarios desde la perspectiva de la Inspección de Trabajo, con la visión práctica que ofrece el conocimiento de la realidad y con una perspectiva jurídica de las posibilidades que la ley ofrece y de las dificultades existentes. El plan director se considera como un instrumento imprescindible en la medida en que codifica y sistematiza las actuaciones inspectoras y ofrece una visibilidad social y administrativa imprescindible para la consecución de los logros.

**Palabras clave:** plan director; actuación de la Inspección de trabajo; precarización de las relaciones laborales; igualdad y perspectiva de género.

---

*Fecha de entrada: 11-10-2018 / Fecha de aceptación: 11-10-2018*

## Some comments to the Master Plan for a decent job 2018-2020

Juan José Camino Frías

---

### ABSTRACT

An analysis is made of the origin, context and content of some of the basic aspects of the Master Plan for a decent work 2018-2020, putting the focus on those that suppose a greater precariousness of the working conditions. Comments are made from the perspective of the labour Inspectorate, with the practical vision that offers the knowledge of the reality and with a legal perspective of the possibilities that the law offers and of the existing difficulties. The master plan is considered as an essential instrument to the extent that it codifies and systematizes the inspectors' actions and offers an essential social and administrative visibility for the achievement of the objectives.

**Keywords:** master plan; performance of the labour Inspectorate; precarization of labour relations; equality and gender perspective.

---

---

## Sumario

1. Antecedentes, naturaleza y alcance del plan director
2. La lucha contra la precarización máxima: la negación de la relación laboral
3. La eterna lucha contra el abuso de la contratación temporal
4. El fraude en el contrato a tiempo parcial. Actuaciones laborales y de seguridad social
5. El control del tiempo de trabajo
6. Actuaciones en relación con la externalización de servicios. Análisis de legalidad de los convenios colectivos
7. La reacción frente al impago de salarios
8. Protección de los derechos fundamentales y promoción de la igualdad: el enfoque de género en la actuación inspectora

## 1. ANTECEDENTES, NATURALEZA Y ALCANCE DEL PLAN DIRECTOR

El pasado 27 de julio, el Gobierno aprobó el [Plan Director por un Trabajo Digno](#), cuyo desarrollo y aplicación abarcarán los años 2018, 2019 y 2020.

Lo primero que hay que destacar es que se trata de un plan de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), configurada como organismo autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social como consecuencia de la [Ley 23/2015, de 21 de julio](#), ordenadora del sistema de inspección, y del [Real Decreto 192/2018, de 6 de abril](#), que la desarrolla. Ello implica que no estamos ante un plan global de actuación del Gobierno que incluya propuestas normativas (aunque hay referencias a las mismas) o medidas que deban desarrollar otros departamentos o servicios del propio Ministerio, sino que se refiere a la acción específica de la ITSS, definida por el artículo 1.2 de su ley reguladora como el «servicio público al que corresponde ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas del orden social y exigir las responsabilidades pertinentes, así como el asesoramiento y, en su caso, conciliación, mediación y arbitraje en dichas materias (...)».

La configuración del plan como específico de la actuación inspectora marca una diferencia de concepción con anteriores instrumentos de naturaleza similar, como fue el antecedente más próximo, el [Plan de Lucha contra el Empleo Irregular y el Fraude a la Seguridad Social, que aprobó el Consejo de Ministros el 27 de abril de 2012](#). Ese plan, cuyo ámbito de aplicación abarcó los años 2012 y 2013, aunque aún extiende alguno de sus efectos, respondía a la siguiente motivación, desde una perspectiva social de la lucha contra el fraude:

- El fraude laboral constituye el mayor atentado contra los derechos de los trabajadores, ya que, cuando no se les da de alta en la Seguridad Social, se les está negando no solo toda la protección que les dispensa el sistema público, con sus expectativas de derechos, sino la propia condición de trabajadores, de tal forma que deberán demostrar ante los poderes públicos el mero hecho de ser trabajadores para así reclamar cualquier tipo de derecho. Por ello, luchar contra el trabajo no declarado es, ante todo, hacer política social de primer orden, estar en la primera trinchera de defensa de los trabajadores, especialmente de los más desfavorecidos, aquellos que ni siquiera gozan del reconocimiento público de su condición, y a los que se les priva de la protección social que nuestro ordenamiento reconoce a todos aquellos a los que se ha incorporado de manera adecuada al sistema público de Seguridad Social.
- Implica un notable descenso de recursos para las arcas públicas, en unos momentos en que resulta innecesario decir lo necesitadas que están de ellos. En este sentido, cabe referirse tanto a la posible ausencia absoluta de cotizaciones que se produce

el no dar de alta a un trabajador como a las mermas que se dan en los supuestos del fraude consistente en la infracoctización o, por ejemplo, en la declaración de jornadas –y de salarios– inferiores a las reales.

- Supone una competencia ilícita para las empresas que cumplen regularmente con sus obligaciones y que se ven afectadas por la actividad de otras que, al no cumplir con sus obligaciones de Seguridad Social, y hacerlo de forma indebida en relación con las laborales, pueden ofrecer sus productos o servicios a precios inferiores a los que lo hacen aquellas que cumplen regularmente con sus obligaciones.

El plan de 2012 respondía a una realidad muy concreta, cual era la de generarse en «lo más crudo del crudo del crudo invierno», esto es, en el peor momento de los efectos de la crisis económica cuyos efectos empezaron a notarse en 2008, y que exigía a los poderes públicos un esfuerzo adicional para minimizar en lo posible sus efectos, uno de los cuales fue el aumento de la tradicionalmente denominada «economía sumergida». Por ello, se determinó como objetivo fundamental de la política del entonces Ministerio de Empleo y Seguridad Social el atajar esas conductas fraudulentas. Y se hizo desde una perspectiva integral: el plan no solo preveía líneas directrices de la ITSS, que incluían medidas operativas y organizativas, sino que servía de plataforma para impulsar una serie de reformas normativas tanto de rango legal como reglamentario que posibilitasen la plena aplicación de sus principios inspiradores o que eliminasen ineficiencias en nuestro sistema que habían sido desveladas por la experiencia de los años pasados. Fruto de esas propuestas fueron dos normas de notable trascendencia en lo que continúa siendo la actuación de la ITSS en la lucha contra el fraude:

- La [Ley 13/2012, de 26 de diciembre](#), de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, que modificó algunos aspectos del Estatuto de los Trabajadores (ET), de la Ley general de la Seguridad Social, de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (LISOS) y de la entonces Ley ordenadora de la ITSS.
- La [Ley orgánica 7/2012, de 27 de diciembre](#), que modificó diversos artículos del Código Penal en materia social, con la creación de tipos penales específicos, como el delito contra los derechos de los trabajadores, consistente en el empleo irregular masivo; el establecido para penalizar el fraude en las prestaciones, o el endurecimiento del delito contra la Seguridad Social.

El plan director recientemente aprobado presenta, sin embargo, características diferentes:

Por un lado, se configura como un plan director de la ITSS, con el fin de dar pleno sentido a las funciones propias de este servicio público, el cual se potencia como principal instrumento de los poderes públicos para garantizar el respeto a los derechos sociales básicos sobre los cuales se articula. Y ello es así porque no hay que olvidar que la ITSS constituye un observatorio privilegiado de la realidad social, al estar presente en todo el territorio nacional en el conjunto de los sectores económicos y al ejercer sus funciones de una manera planificada con arreglo a

unos parámetros comunes. También cuenta con la ventaja de extender su actuación a todos los ámbitos del denominado orden social: las relaciones laborales, la Seguridad Social, la prevención de riesgos laborales, la formación profesional para el empleo, el trabajo de extranjeros, etc.

Por otra parte, el plan director pretende dar un «giro cualitativo» a las actuaciones de la ITSS. Sin renunciar a los principios y objetivos del plan de 2012 –no olvidemos su inspiración social, así como el segundo «nombre», de la ITSS, que es, en sí misma, la Inspección de la Seguridad Social–, se articula ahora una directriz en un sentido más amplio, de defensa de los derechos laborales, en pos de ese «trabajo digno». Ello no significa que la ITSS no viniera realizando hasta ahora –también de manera programada– las actuaciones en las materias que recoge el nuevo plan, pero es cierto que esas actuaciones no estaban estructuradas a través de un instrumento homogéneo y omnicompreensivo, cual es el objeto de nuestros comentarios.

El Gobierno ha considerado necesario que se visibilizara la actuación global, homogénea e integrada en todas aquellas actuaciones inspectoras que tienen por objeto eso que se denomina «trabajo digno». Si en otra época, por las razones antes expuestas, resultó necesario poner el foco principal –que no único– de la Inspección en la lucha contra el fraude, ahora se pretende una acción integrada tendente a la mejora de las condiciones de trabajo de las personas asalariadas, especialmente de aquellas que se encuentran en situación más vulnerable, las que son las principales víctimas de la precarización de las condiciones laborales.

Es en este contexto en el que hemos de referirnos a la propia denominación del plan: «por un trabajo digno» (inicialmente estaba pensado titularlo «contra la explotación laboral», denominación que no resultó del agrado de las asociaciones empresariales). En su introducción ya se nos avanza qué ha de entenderse por tal:

El trabajo decente dignifica y permite el desarrollo de las propias capacidades; es el trabajo que se realiza con respeto a los principios y derechos laborales fundamentales, el que permite un ingreso justo y proporcional al esfuerzo realizado, sin discriminación de género o de cualquier otro tipo, el que se lleva a cabo con protección social, e incluye el diálogo social.

Este hermoso objetivo no puede conseguirse sin un esfuerzo sostenido contra prácticas laborales intolerables que desde la ITSS nos encontramos en el día a día de nuestras actuaciones y que, con el impulso de este plan director, pretendemos afrontar, a sabiendas de que no podemos hacerlo nosotros solos, que resulta imprescindible la implicación de otros departamentos (de ahí que sea un plan aprobado por el Gobierno), de los sindicatos, de las asociaciones empresariales y, lo que es más importante, de la sociedad en su conjunto. El plan tiene como vector esencial la necesidad de la concienciación social contra esas prácticas laborales ilícitas; resulta imprescindible acabar con la tolerancia ante las prácticas fraudulentas, especialmente con las que suponen explotación de los trabajadores. El ejemplo de la eficacia de la acción administrativa contra otras lacras sociales, como la siniestralidad en las carreteras, y el efecto que ha tenido sobre la percepción social del fenómeno, puede servirnos de orientación en esta tarea.

Por otra parte, la aprobación al más alto nivel administrativo –por el Gobierno de la Nación– de un plan director lleva consigo la asunción como objetivo de Estado del cumplimiento de los fines que en él se contienen, con todo lo que ello supone de implicación de todos los estamentos de la Administración general del Estado, muy especialmente, por lo que se refiere a la imprescindible dotación de recursos para ello, fundamentalmente, económicos y de personal.

Sobre estas premisas, el plan se articula en orden a la consecución con carácter general de «un trabajo digno», para lo cual, en el marco de un giro cualitativo a las actuaciones de la ITSS, se basa en una serie de aspectos específicos de la actuación inspectora, ya que, si bien se plantea de una manera integrada, requiere una parcelación en cuanto a los objetivos que conseguir y a las medidas que se deben poner en marcha. No olvidemos que el sistema español de inspección de trabajo, a diferencia de la mayoría del resto de Estados miembros de la Unión Europea, responde al modelo denominado «generalista», esto es, con competencia en todos los aspectos de las relaciones laborales o que se derivan de las mismas: desde antes incluso del inicio de la relación (posibilidad de detectar conductas discriminatorias en la selección de trabajadores, por ejemplo); en el momento de la contratación (tipos de contrato); a lo largo de la vigencia del contrato de trabajo o, incluso, en algunos casos en su extinción (intervención en los procedimientos de despidos colectivos). Y ello abarcando todas las materias que componen el denominado «orden social»: tanto las estrictamente laborales, como las de seguridad y salud en el trabajo, las relativas a la materia de seguridad social (alta, cotización, recaudación, etc.), así como algunas otras conexas, cuales son las referentes al trabajo de extranjeros.

Por ello, analizaremos a lo largo del resto del artículo cuáles son los aspectos de las relaciones laborales y las materias con ellas relacionadas en las que el plan director incide, con el análisis que efectúa, con las medidas que prevé y con comentarios que pretenderán conectar su contenido con la realidad social a la que responden, desde el punto de vista eminentemente práctico que aporta la visión de quien desde hace no pocos años se dedica al servicio público de la Inspección de Trabajo desde distintos niveles de responsabilidad, ya haya sido en tareas de inspección activa o de organización y dirección de las actuaciones, tanto a escala nacional como en distintos ámbitos provinciales.

Dado lo ambicioso que es el plan director, y teniendo en cuenta la amplia variedad de facetas de las relaciones laborales sobre las que incide, no podremos abordar todas ellas, por lo que nos centraremos en las que consideramos de mayor interés y que aportan novedades más importantes, poniendo la atención sobre sus aspectos jurídicos y sociales, ya que los relativos a los procedimientos operativos y de organización de la ITSS pueden resultar de menor interés para el lector ajeno al sistema de inspección.

## 2. LA LUCHA CONTRA LA PRECARIZACIÓN MÁXIMA: LA NEGACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

Dentro del giro cualitativo que pretende el plan director, uno de los principales ejes es atacar la denominada precarización de las relaciones laborales que en los últimos años va adquiriendo una mayor dimensión. Y de esa precarización entendemos –de ahí que sea el primer aspecto

que vamos a estudiar— que resulta la máxima expresión, lo que implica que a los perjudicados se les niegue la propia condición de trabajadores, esto es, el fenómeno que normalmente se agrupa bajo la denominación de «falsos autónomos». No hay una mayor expresión de la segmentación del mercado de trabajo que esta.

Para todos los que nos dedicamos a la rama social del derecho, la existencia de los denominados «falsos autónomos» no es ni mucho menos un fenómeno novedoso. Desde hace mucho tiempo, no pocos empresarios se han visto tentados de verse libres de las obligaciones que en relación con sus trabajadores les impone el tuitivo derecho del trabajo, así como de las cargas de Seguridad Social correspondientes, mediante el aparentemente sencillo mecanismo de hacer pasar todas o algunas de las relaciones laborales de las que son titulares por trabajos que sus empleados pretendidamente realizan por cuenta propia. De esta forma, se recubre lo que en la realidad son auténticos contratos de trabajo de la apariencia de trabajos no dependientes, generalmente, con la suscripción de contratos mercantiles (de agencia u otros), elaborando facturas por parte del pretendido autónomo, al que se le hace cursar el alta en el correspondiente régimen especial de la Seguridad Social y, en general, dotando a estas relaciones de todas las apariencias formales propias de una actividad independiente, en los aspectos mercantiles, laborales, fiscales y de seguridad social.

A los que, además, nos dedicamos a la cada vez más compleja labor de exigir el cumplimiento de la legalidad en garantía de los derechos de los trabajadores y de los medios económicos que deben sostener el sistema de protección social público, nos resulta especialmente inquietante que, mediante el recurso a estos, aparentemente simples, mecanismos de simulación se eluda, en su totalidad, el cumplimiento de la normativa laboral y de seguridad social. En efecto, a un trabajador cuya auténtica naturaleza, como tal, está siendo desvirtuada mediante la ficción de que es un profesional independiente, se le está por esta vía privando por completo de la protección que le confiere la legislación social, de los derechos que han costado siglos de luchas y de elaboración teórica; no habrá para él convenios colectivos (con o sin preferencia aplicativa de unos o de otros) ni régimen de descansos ni salarios garantizados ni un régimen ordenado de extinción de sus relaciones, ni tampoco el derecho a una protección efectiva de su seguridad y salud laborales. Por supuesto, tampoco gozará de las prestaciones que a los trabajadores dispensa el régimen general de la Seguridad Social, habiendo de conformarse, en su caso, y totalmente a su costa, con la del régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos (RETA), entre las cuales no se encuentra, entre otras, la de desempleo.

Nos hallamos, pues, ante una cuestión capital en el ámbito de la política social, ante un primer estadio de la defensa de los derechos trabajadores; cualquier acción que realicemos en ese sentido resultará inútil si quienes reúnen las condiciones exigidas para ser titulares de la condición de trabajadores por cuenta ajena a la luz de nuestra legislación laboral no han obtenido el reconocimiento de tal condición por sus empleadores, formalizándolo en última instancia a través de su incorporación al régimen de la Seguridad Social correspondiente. Los empresarios que, con incumplimiento de las normas, recurren a estas prácticas no están desde luego afectados por los vaivenes de la legislación laboral; podemos afirmar que les resultan indiferentes las limitaciones de la jornada de trabajo, el alza del salario mínimo interprofesional, la cuantía de la indemnización por despido o las modalidades de contrato de trabajo.



La existencia de los falsos autónomos en el panorama de nuestras relaciones laborales ha tenido tradicionalmente un carácter individualizado o artesanal; ante una determinada necesidad de una empresa, y con la finalidad fundamental de reducir costes, se optaba, en estos supuestos, por camuflar una relación de carácter laboral como una prestación de servicios por cuenta propia. En ocasiones, el propio trabajador podía tener cierta responsabilidad en su situación, o haber favorecido la misma, dado que obtenía ventajas, fundamentalmente derivadas de una tributación más benévola de los rendimientos del trabajo por cuenta propia en relación con el desarrollado por cuenta ajena, especialmente en las actividades vinculadas a la construcción y en algunos oficios que, en otro contexto económico general, resultaban particularmente rentables.

No obstante, en los últimos años se ha observado como determinadas empresas han establecido, dentro de su estrategia de recursos humanos, el objetivo de sustituir a trabajadores por autónomos de forma intensiva. Para ello, se está recurriendo al empleo, en fraude de ley, de determinadas figuras económicas o jurídicas:

- Las cooperativas de trabajo asociado. Evidentemente, nada hay que objetar a esta figura de la economía social. Otra cosa es cuando la misma se emplea para dar ocupación a auténticos trabajadores por cuenta ajena mediante la simulación de la actividad de una de estas cooperativas, de tal modo que se «invita» a los trabajadores a integrarse en las mismas para prestar servicios en empresas que los emplean en condiciones que en múltiples ocasiones se han revelado como laborales. Superando la tradicional discusión de si nos encontrábamos o no ante supuestos de cesión de trabajadores (rechazada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo desde la Sentencia de 17 de septiembre de 2001), lo que nos planteamos es realmente, ante la falta de un funcionamiento ordinario de las cooperativas como tales, la existencia de relaciones laborales con las empresas del sector industrial que realmente organizan, dirigen y se atribuyen los frutos del trabajo de estos «cooperativistas». Por ello, las medidas que debe adoptar la ITSS se centran en la incorporación de estas personas al régimen general y la extensión de actas de liquidación por las cuotas impagadas correspondientes al periodo no prescrito. Dado que las alegaciones empresariales en las impugnaciones de las actas se centrarán en la inexistencia de relaciones laborales, corresponderá a la jurisdicción social manifestarse al respecto, una vez que se sustancien los procedimientos de oficio, tal como establece el artículo 148 de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#).
- El enmascaramiento de relaciones laborales a través de plataformas digitales en la prestación de servicios. En esencia, se trata de organizaciones (con soporte físico o virtual, como veremos) que ponen en contacto a los clientes de determinados servicios de tipo personal con los prestadores directos de los mismos. El servicio es encargado por la organización –o plataforma– a quien lo presta; una vez realizado, se retribuye directamente por aquel, que, a su vez, recibe el importe del cliente. El problema radica en que, en la totalidad de los casos detectados, quienes, de acuerdo con la descripción de hechos realizada, habrían de ser calificados como trabajado-

res, no son reconocidos como tales por las empresas. Ello, junto con los perjuicios que ya conocemos, ofrece, por el contrario, a estas empresas la indudable ventaja competitiva de ofrecer estos servicios de tipo personal (limpieza, transporte, reparto de comidas a domicilio, reparaciones del hogar, etc.) a precios notablemente inferiores a los que se dan en el mercado «tradicional», viniendo a constituir tal diferencia el elemento esencial que posibilita la rentabilidad y la propia existencia de estas plataformas.

Este tipo de prácticas han sido y siguen siendo objeto de especial atención por parte de la ITSS, especialmente por lo que se refiere a las empresas dedicadas a la limpieza en el hogar y, últimamente con mayor intensidad, a la entrega de comidas o de otros productos a domicilio. Conociendo las circunstancias en las que se produce la prestación de servicios de estas personas, resulta realmente difícil sostener, como se pretende desde algunas empresas, que nos hallemos ante autónomos o, en la moderna terminología, ante «emprendedores».

- Los falsos autónomos en las empresas de suministros. Esta práctica se observa muy especialmente en las actividades vinculadas con la comercialización e instalación de suministros tales como gas, electricidad, telefonía o internet. Sin duda, sorprenderá al lector no familiarizado con estas realidades el saber que, casi con toda seguridad, las personas que han intentado –y tal vez conseguido– captarle en su vida personal como cliente de empresas más que conocidas (algunas, auténticas multinacionales o que cotizan en el IBEX 35), que han formalizado los contratos en nombre de aquellas, y que en la misma condición se han encargado de efectuar las instalaciones necesarias para el suministro del servicio, en realidad no eran trabajadores de esas compañías (o de alguna otra que hubieran subcontratado), sino que eran autónomos, auténticos emprendedores que hacían suyos los frutos de ese trabajo y soportaban sobre sus magras economías los riesgos y venturas a los que estaban expuestos.

El efecto de la actuación inspectora ante estas prácticas y otras de naturaleza similar es el indicado al referirnos a la situación de las falsas cooperativas, esto es, la regularización de la situación en materia de seguridad social de estos trabajadores, así como la exigencia de las cuotas adeudadas.

Todo ello, a expensas de lo que decidan los órganos jurisdiccionales sobre la existencia o no de relaciones laborales. No obstante, somos optimistas al respecto, en atención a la calidad de las actuaciones inspectoras y a la línea que en materia de delimitación de las fronteras entre el trabajo autónomo y las relaciones laborales está manteniendo en los últimos tiempos el Tribunal Supremo como, por ejemplo, en el caso Zardoya (Sentencias de 24 de enero [núms. 44/2018 y 45/2018] y 8 de febrero de 2018), en el de Ofilingua (Sentencia de 16 de noviembre de 2017) o, en relación con las cooperativas y el necesario análisis de la concurrencia de elementos de la relación laboral, con independencia de que opere una cooperativa calificada como tal, la importantísima Sentencia de 18 de mayo de 2018.

Como puede apreciarse, nos encontramos ante un problema social de primer orden, ante el que el plan director no podía mirar para otro lado, previendo el diseño y ejecución de campañas específicas sobre esta materia y recurriendo a la colaboración con otros organismos de la Administración, los cuales disponen de importante información y de muy potentes bases de datos, cuales son la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT).

### 3. LA ETERNA LUCHA CONTRA EL ABUSO DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

Junto con los supuestos de ocultación de las relaciones laborales, el fraude en la contratación temporal se configura en el plan como otra de las causas principales de la precarización de las relaciones laborales en España. Para ello, se parte del dato de que somos, de largo y con un 26,1 % de tasa de temporalidad, los líderes en esa clasificación en el ámbito de la Unión Europea. Se considera en el plan que «en el trasfondo de estas tasas de temporalidad subyace una rotación laboral creciente y totalmente injustificada» que afecta al trabajador y a la totalidad del sistema económico.

Siendo ello cierto, no lo es menos que no nos hallamos ante un fenómeno novedoso; de largo viene esa dualidad del mercado de trabajo, que deriva de la muy parcial y escasa aplicación del tradicional –y tradicionalmente incumplido de forma masiva– principio de la necesaria causalidad de los contratos temporales. Un poco de memoria en relación con este problema nos llevará a apreciar que la lucha contra este exceso de temporalidad constituye una vieja reivindicación de los sindicatos y una línea histórica de actuación de la Inspección.

Excede al objeto de este trabajo el analizar las razones que llevan a este problema endémico de nuestro mercado de trabajo, mas consideramos necesario observar que todos los intentos normativos que han contemplado para atajarlo el ET y otras disposiciones conexas no han dado frutos: bonificaciones a la contratación indefinida, a la transformación de contratos, abaratamiento de los costes del despido –tanto por lo que se refiere a las indemnizaciones (muy próximas en sus módulos de cálculo a las derivadas de extinción de los contratos temporales) como a los denominados salarios de tramitación–, restricciones a la contratación temporal, etc. Continuamos con el mismo modelo segmentado que tomó cuerpo en el ya lejano año 1984 cuando, ante una situación límite en materia de desempleo, se decidió dar vía libre a la contratación temporal no causal; si bien es cierto que aquella medida se adoptó con carácter temporal y como consecuencia de la coyuntura, parece como si su filosofía hubiera calado de forma perenne en la mentalidad de una parte del empresariado español.

Nos corresponde ahora, desde la óptica del plan director, contemplar cuál es el papel de la ITSS en esta tarea. El hecho de que históricamente se hayan estado produciendo incumplimientos no quiere decir que históricamente hayan de tolerarse; de ahí que el plan utilice la manida y empleada para tantas cosas en nuestra sociedad «tolerancia cero». Veremos por qué.

La existencia de una infracción tipificada en el artículo 7.2 de la LISOS –«La transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, o mediante convenio colectivo cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva»– implica que cabe la sanción de todos los supuestos en los que se haya producido esta utilización indebida de los contratos temporales. Y así se ha hecho en numerosas ocasiones.

No obstante, históricamente, la reacción mayoritaria de la Inspección ante los numerosísimos casos de contratos temporales detectados y que habían sido celebrados en fraude de ley, sin causa o incumpliendo de forma esencial cualesquiera otros aspectos de su régimen jurídico, ha sido no la sanción directa, sino el requerimiento a las empresas incumplidoras para que transformaran formalmente en indefinidos aquellos contratos que ya habrían de haberlo sido en su origen. En la inmensa mayoría de los casos, las empresas han venido atendiendo estos requerimientos y procediendo a las correspondientes transformaciones. Así evitan las sanciones de una manera que carece de coste económico y se regularizan unas situaciones que, en el caso de acabar ante los Juzgados de lo Social, tendrían necesariamente el mismo desenlace: el reconocimiento del carácter indefinido del trabajador.

Ahora bien, en sí mismos, esos requerimientos no resultan disuasorios de los incumplimientos empresariales en esa materia. Expresado de otra manera, esta práctica viene a suponer que la empresa incumplidora, «si la pillan», transformará los contratos por indicación de la Inspección y, si no, seguirá empleando al trabajador de una manera indebida bajo la figura de un contrato temporal.

Pues bien, en la política de «tolerancia cero» de la que habla el plan director se contempla que la Inspección, sin perjuicio del requerimiento de transformación en indefinidos de los contratos temporales fraudulentos o indebidos, inicie los correspondientes procedimientos sancionadores por la infracción tipificada en el artículo 7.2 de la LISOS antes transcrito,

(...) especialmente en aquellas empresas en las que se observe un mayor número de trabajadoras y trabajadores afectados, en proporción a su plantilla, o conductas fraudulentas reiteradas, y prestando una especial atención a las contrataciones de duración inferior a siete días.

No obstante, esta previsión cuenta con una serie de inconvenientes para su plena efectividad:

En el actual estado de nuestra legislación, la sanción que se debe imponer por esta infracción se halla entre los 626 y los 6.125 euros de cuantía máxima (art. 39.1 b) LISOS), y ello en el caso de que se apreciaren circunstancias agravantes de las previstas en el artículo 39.2 de la misma ley. Ello quiere decir que los incumplimientos de esta naturaleza resultan, desde el punto de vista de la punición de la conducta, realmente «baratos», especialmente cuando la conducta se comete por empresas de importante volumen económico o afecta a un número importante de trabajadores.

Existe desde hace unos años una propuesta en el Ministerio de Trabajo tendente a, como ocurre en el caso de otras infracciones –como la falta de alta en la Seguridad Social de los trabajadores–, considerar una infracción por cada uno de los trabajadores afectados y no una por la totalidad de los que lo resultaren en una sola empresa, como ocurre en la actualidad. En cualquier caso, esta reforma –a nuestro juicio, imprescindible– requeriría un cambio legislativo, con respecto al cual habremos de quedar a la espera.

En relación con algunos abusos en la contratación temporal, existen dudas de si realmente se ha cometido una infracción administrativa o si lo que ocurre es que, por ministerio de la ley, se ha operado ya una conversión de una relación laboral inicialmente temporal en indefinida; tal es el caso del supuesto de encadenamiento de contratos en los términos del [artículo 15.5 del ET](#), en el que la transformación del contrato opera por sí misma, sin necesidad de una declaración expresa del empresario, en el caso de superar 24 meses en un periodo de 30. Más dudoso resulta el caso de la superación del límite máximo para los contratos por obra o servicio determinado que fija el artículo 15.1, en cuyo caso podría apreciarse que se ha producido la infracción consistente en la superación del límite máximo de los contratos temporales.

No hay que olvidar, por último, que, aunque corresponda a la Dirección del organismo autónomo estatal de la ITSS dictar las instrucciones de actuación correspondientes, los inspectores gozan, con arreglo al artículo 15.1 de la [Ley 23/2015](#), de plena autonomía técnica y funcional, por lo que resulta sumamente difícil en la práctica obligar a un inspector a levantar un acta por estos incumplimientos si ha optado tan solo por el requerimiento para la transformación de los contratos en indefinidos, habiendo con ello solventado la situación de precariedad de los concretos trabajadores afectados.

Particularmente interesante resulta la medida prevista en el plan tendente a «realizar un seguimiento de las actuaciones previas realizadas, para evitar que las empresas incumplidoras reiteren su comportamiento fraudulento». Con los medios y con la información de los que dispone en la actualidad la ITSS, esa detección –y la consiguiente planificación de actuaciones inspectoras– resulta muy sencilla de realizar.

Junto a la adopción de estas y otras medidas, dentro del plan director se puso en marcha un plan de choque que consistió en la remisión, en agosto de 2018, de miles de comunicaciones a empresas que, con los datos obrantes en la TGSS, se comprobó que habían excedido los límites de duración de los contratos por obra o servicio determinado o que habían excedido los límites de encadenamiento de contratos fijados en el [artículo 15.5 del ET](#). De los datos con los que contamos en la fecha de redacción de este artículo podemos deducir que las empresas están transformando mayoritariamente en indefinidos los contratos a los que se refieren las comunicaciones. En relación con las que no atiendan las advertencias, se iniciarán actuaciones inspectoras en los meses siguientes, con las consecuencias antes descritas.

A falta de datos definitivos, puede hablarse de un notable éxito del plan de choque, que se traduce en un elevado impacto social con una afectación mínima de recursos. Igualmente, se pone

de manifiesto el importante papel disuasorio de la Inspección de Trabajo, ya que, ante la mera posibilidad de su actuación, gran número de empresas están procediendo voluntariamente a regularizar la situación contractual de sus trabajadores.

#### 4. EL FRAUDE EN EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL. ACTUACIONES LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

La importancia que se da en el plan director a las actuaciones en relación con los contratos a tiempo parcial se basa en dos postulados:

Si bien la tasa de parcialidad de la contratación a tiempo parcial en España no es ni mucho menos de las más altas de la zona euro –un 14,9% frente al 22,3% de media–, estos contratos han crecido considerablemente en nuestro país, lo cual, en sí mismo, no tiene por qué ser un dato negativo. No obstante, según los datos de las distintas encuestas de población activa (EPA), en España el tiempo parcial es mayoritariamente involuntario, y recurren al mismo trabajadores que no pueden acceder a trabajos a tiempo completo. Esa involuntariedad se cifra en un 54,2% según la EPA del primer trimestre de 2018.

Por otra parte, según la experiencia de las actuaciones inspectoras de los últimos años, no es difícil asociar la idea de trabajo a tiempo parcial a la de fraude en la contratación y en la cotización. En determinados sectores (muy significadamente hostelería y comercio), el número de denuncias presentadas por los trabajadores y el resultado de las inspecciones practicadas han puesto de manifiesto una utilización indebida de estos contratos mediante el procedimiento de recurrir a los mismos para encubrir relaciones que realmente se desarrollaban a tiempo completo, con el consiguiente perjuicio para los trabajadores –en términos salariales y de protección social–, para el sistema de Seguridad Social, por la consiguiente merma de cotizaciones, y para las empresas competidoras que pagan a sus trabajadores y cotizan por los mismos en función de las horas realmente trabajadas. Además de la percepción que de ese fenómeno se pueda tener desde la ITSS, esta realidad viene avalada por los datos de cotización a la Seguridad Social de los últimos años, de los que se desprende que el ritmo de crecimiento del empleo era muy superior al de horas cotizadas y al de la recaudación de cuotas que de ellas se derivaban.

Las actuaciones contra ese fenómeno no resultan novedosas y, para entender el contexto actual y las previsiones del plan director, a las que luego nos referiremos, resulta imprescindible entender cómo se ha actuado en relación con esta modalidad de fraude en los últimos años.

La reforma laboral operada en primer lugar por el [Real Decreto-Ley 3/2012](#) y, posteriormente, por la [Ley 3/2012](#) admitió una posibilidad que históricamente estaba prohibida en nuestro ordenamiento laboral: la de realizar horas extraordinarias en los contratos a tiempo parcial. Si el control de los excesos de horas en relación con las que figuraban en los contratos ya resultaba difícil antes de febrero de 2012, tal misión devenía casi imposible si, ante cual-

quier exceso en relación con las horas que figuraban en el contrato, la empresa podía alegar a la Inspección que se estaban realizando horas extraordinarias, con la posterior declaración y cotización como tales.

Efecto de esta reforma fue el incremento desmedido de los contratos a tiempo parcial y de los supuestos de fraude detectados.

Tal como señalábamos con anterioridad, ello trajo consigo una reducción paralela de las horas declaradas y de las cotizaciones efectuadas en relación con las contrataciones de las que traían su causa. Como consecuencia de ese análisis, efectuado tanto por la entonces Dirección General de la ITSS como por la TGSS, y tras arduos esfuerzos de convencimiento frente al mantra entonces imperante de que, con el objetivo de la creación de empleo, «valía todo», el Gobierno introdujo, a través del [Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre](#), de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, dos importantes reformas en el artículo 12 del ET en materia de tiempo de trabajo en relación con esta modalidad contractual:

- Se prohibió la realización de horas extraordinarias.
- Se estableció la obligación del registro de jornada en todos los casos de contrato a tiempo parcial, tanto por lo que se refiere a las horas ordinarias como a las complementarias (art. 12.4 c). Sobre los contenidos básicos de ese registro diario, en interpretación de este precepto, la entonces Dirección General de Empleo, en Consulta de 29 de mayo de 2014, indica que «la obligación empresarial de registro de jornada diaria de los trabajadores a tiempo parcial incluye el registro del horario concreto realizado por el trabajador, con indicación tanto de la hora de entrada como de la hora de salida». Este criterio de cómputo de la jornada es coherente con lo previsto en el «artículo 34.5 ET [que] especifica que el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo» (Consulta de la Dirección General de Empleo de 25 de marzo de 2014, sobre registro de horas en contratos a tiempo parcial).

Tal criterio fue recogido en la Instrucción de la Dirección General de la ITSS 1/2015: «la comprobación de la existencia del registro debe poder realizarse en el centro de trabajo, no siendo aceptable la alegación del empresario de su acreditación posterior en comparecencia en dependencias administrativas».

A esa obligación, además, y sin perjuicio de las sanciones a las que pudiera estar expuesta la empresa incumplidora, se añadió la importante consecuencia de considerar que la ausencia de ese registro implicaba la presunción de que el contrato era desde su inicio a tiempo completo, salvo prueba en contrario que acreditare el carácter parcial de los servicios.

Por otra parte, no hay que olvidar la otra presunción legal ya antes existente y aplicable a un gran número de contratos en los que no figura la distribución de las horas de trabajo que figura en el artículo 12.4 del ET:

a) En el contrato deberá figurar el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas, así como el modo de su distribución según lo previsto en convenio colectivo.

De no observarse estas exigencias, el contrato se presumirá celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios.

Reforzada con estos instrumentos legales, la ITSS identificó como uno de sus principales objetivos la lucha contra el fraude en el contrato a tiempo parcial. Fruto de ello fue la Instrucción 1/2015, que establece una serie de criterios de actuación que se pueden resumir en la necesidad de sancionar los incumplimientos en materia laboral, ya sea por transgresión de la normativa contractual (art. 7.2 LISOS), ya sea por normativa de tiempo de trabajo (art. 7.5), así como –y a nuestro juicio más importante– la necesidad de regularizar la situación en materia de seguridad social de los trabajadores afectados por el fraude modificando sus coeficientes de parcialidad (cuando se hayan declarado jornadas inferiores a las realizadas) o registrando los contratos como a tiempo completo en su caso. Todo ello, unido a la exigencia a los empresarios incumplidores de las cuotas que se hayan dejado de adeudar. Esta regularización puede realizarse por las propias empresas a requerimiento de la ITSS o por esta misma a través de las correspondientes actas de liquidación.

Las actuaciones inspectoras abordadas en esa línea han venido avaladas por algunas resoluciones judiciales, como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de octubre de 2015, que aplica la presunción de que el contrato es a tiempo completo, cuando no haya sido desvirtuada por prueba en contrario. Ni siquiera se consideran como a tiempo parcial por las alegaciones de los trabajadores, al entenderse que son de mera complacencia por la relación con el empresario.

Sobre esta línea de actuación incide el plan director aportando un necesario enfoque de género a la planificación de las campañas (no olvidemos que la contratación a tiempo parcial se encuentra fuertemente feminizada) y reforzando la utilización de los medios técnicos y de análisis para identificar aquellas empresas en las que con mayor posibilidad se estén produciendo situaciones fraudulentas. Ello permitirá una planificación más eficaz de las actuaciones inspectoras.

Utilizando esta información, y dentro del plan de choque al que nos referíamos en relación con los abusos en la contratación temporal, se ha producido también en agosto de 2018 la remisión de miles de comunicaciones a empresas que tenían contratos a tiempo parcial en un porcentaje sobre su plantilla o con unas jornadas declaradas que hacían presumir una utilización indebida de esta modalidad contractual. También, a falta de resultados definitivos, cabe hablar de un importante efecto regularizador indirecto de estas comunicaciones.



Por tanto, las actuaciones sobre esta materia se producen por las siguientes vías:

- El efecto regularizador del plan de choque.
- Las campañas planificadas sobre la base de la información disponible.
- La atención a las denuncias presentadas por los propios trabajadores (las recibidas en esta materia constituyen un porcentaje importante sobre el total).
- La detección de supuestos de abuso en la contratación a tiempo parcial que se detectan en actuaciones ordinarias de control del empleo irregular.

## 5. EL CONTROL DEL TIEMPO DE TRABAJO

Otra de las líneas fundamentales de actuación inspectora sobre las que incide el plan director es la del control en relación con los excesos de jornada realizados por los trabajadores. Ello obedece a una triple motivación:

- La necesidad de garantizar el descanso debido a los trabajadores en todas sus vertientes: diario, semanal, anual, etc. Este descanso se ve lógicamente afectado cuando no se respetan los límites de tiempo de trabajo que se establecen en la ley y que resultan indisponibles para los empresarios y para los trabajadores mediante acuerdos individuales. Ese es uno de los logros que está en la propia génesis del derecho del trabajo. Ello tiene también trascendencia en materia de seguridad y salud laborales, ya que son de sobra conocidos los efectos perniciosos que tienen para la salud los ritmos excesivos de trabajo.
- La necesidad de conciliar la vida laboral con la familiar, que se ve seriamente afectada por la prolongación indebida de las jornadas.
- La conveniencia, sentida especialmente en tiempos de escasez del empleo, de que el trabajo existente se reparta de la mejor manera posible. A ello responden algunos de los límites establecidos en materia de tiempo de trabajo, como la clásica restricción del número de horas extraordinarias a 80 al año por trabajador.

A todo esto hay que añadir una realidad incontestable: una gran parte de los excesos de jornada realizados por los trabajadores no obtienen compensación por parte de las empresas ni en dinero ni en descansos. En este sentido, el dato ofrecido por la EPA correspondiente a 2017 es suficientemente concluyente: en ese año se realizaron en España 25 millones de horas extraordinarias, de las cuales, 12 millones no fueron retribuidas.

Sobre estas bases, el plan director trata de reforzar las actuaciones inspectoras en la materia. No obstante, no es desconocedor de las dificultades existentes para la comprobación de los

abusos cometidos en relación con las jornadas de trabajo realizadas por los trabajadores. Resulta imprescindible detenernos, siquiera sea brevemente, en esta cuestión, que en los últimos tiempos ha venido siendo denominada como la del «registro de jornada».

Hemos de empezar refiriéndonos a la [Instrucción 3/2016 de la Dirección General de la ITSS](#), que ordenó una campaña de amplio alcance sobre el control del tiempo de trabajo. Si bien la campaña no se basaba únicamente en la obligación del registro de las jornadas, es cierto que fue el aspecto que más llamó la atención de la misma y causó no poco revuelo en ciertos sectores empresariales, lo cual, en sí mismo, en nuestra opinión, viene a indicar la conciencia por parte de los mismos del volumen de los incumplimientos que se están produciendo. Ello se debe a que la instrucción partía de la obligatoriedad, que afectaba a todas las empresas, de llevar un registro de la jornada de sus trabajadores, tanto si tenían relaciones a tiempo completo como si las mismas eran a tiempo parcial (ya hemos visto lo que al respecto dispone desde diciembre de 2013 el [art. 12.4 c\) del ET](#)), y con independencia de si en la empresa se realizaban –aunque sería más preciso decir si se declaraban– horas extraordinarias. Para sustentar esa posición, se basaba la instrucción fundamentalmente en dos sentencias de la Audiencia Nacional, la de [4 de diciembre de 2015](#) y la de [19 de febrero de 2016](#) (las conocidas como casos Bankia y Abanca, por las empresas a las que se referían). En esas sentencias se hacía una interpretación del [artículo 35.5 del ET](#) que generalizaba esa obligación de registro en los términos expuestos, sobre la base –además de la interpretación literal del precepto– de evitar la indefensión de los trabajadores en los casos de jornadas fijadas anualmente, a los efectos de acreditar las horas realizadas, y para posibilitar las facultades de control de los representantes de los trabajadores. Por tanto, las actuaciones inspectoras, con la consiguiente exigencia de responsabilidades, debían producirse en atención a esa exigibilidad.

Esa situación sufrió un cambio brusco al pronunciarse la Sala Cuarta del Tribunal Supremo a través de las sentencias dictadas en casación de las referidas resoluciones de la Audiencia Nacional, especialmente en la [Sentencia de 23 de marzo de 2017](#). La sentencia se dictó por trece magistrados, si bien hay que destacar que hubo tres votos particulares, que obtuvieron dos adhesiones. Ello implica que fue una sentencia que distó mucho de ser unánime (ocho contra cinco), mas es una sentencia del Tribunal Supremo al fin y al cabo, y fue ratificada poco después (el [20 de abril de 2017](#)) por la del caso Abanca en idénticos términos.

El Tribunal Supremo declara que no es exigible el registro en todo caso, por las siguientes razones:

- El [artículo 35.5](#) habla de «a efectos del cómputo de horas extraordinarias». Solo se refiere al cómputo de esas horas.
- La existencia de antecedentes históricos y legislativos. Nunca antes existió esa obligación, la cual tampoco figura en las distintas exposiciones de motivos de las reformas del ET.
- La propia ubicación del precepto, en el [artículo 35 del ET](#), referido a las horas extraordinarias, y no en el 34, relativo a la jornada de trabajo.

- De haber sido una obligación establecida con carácter general, no hubiera sido necesaria la modificación del [artículo 12.4 del ET](#) para los contratos a tiempo parcial. Por otra parte, carecería de sentido la obligación de registro en supuestos especiales (trabajadores móviles, marina mercante y ferroviarios).
- Por último, la [Directiva 93/104/CEE](#), sobre ordenación del tiempo de trabajo, no lo exige con carácter general, aunque sí en supuestos especiales.

Estos pronunciamientos judiciales no implican en modo alguno que no se puedan efectuar controles efectivos de la jornada de trabajo, además de lo inexorable de la obligación del registro de jornada cuando se acredite la realización de alguna hora extraordinaria y en todos los supuestos de tiempo parcial. Los inspectores pueden recurrir a otros elementos de prueba, cuales son los testimonios obtenidos de manera espontánea de los trabajadores en el curso de las visitas; a elementos objetivos, como la imposibilidad de atender a determinados horarios de actividad sin cometer excesos de jornada con la plantilla disponible, o al análisis de salarios oscilantes que responden a determinados módulos de cálculo (normalmente, el valor de las horas extraordinarias).

Sobre estos elementos se pueden exigir las responsabilidades administrativas que se deriven de los incumplimientos, con arreglo a la [LISOS](#), y que podemos sistematizar del siguiente modo:

- Infracciones por no respetar las normas en materia de tiempo de trabajo, particularmente por los descansos.
- Infracción por no respetar el límite anual de horas extraordinarias.
- Infracción por camuflar horas extraordinarias en otros conceptos salariales. Supone una indebida cotización de estas horas, ya que están sujetas a cotización adicional, y no integran la base, salvo para accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.
- Infracción por la falta de abono a los trabajadores de las horas extraordinarias, así como liquidación de las cuotas adeudadas a la Seguridad Social por ese concepto.

En cualquier caso, y sin perjuicio de lo anterior, no cabe desconocer que la labor de la Inspección en esta trascendental materia se ha visto dificultada por la declaración del Tribunal Supremo en la [Sentencia de 23 de marzo de 2017](#); si no podemos exigir de forma incondicionada un registro de la jornada efectivamente realizada por los trabajadores, las comprobaciones nos resultan mucho más dificultosas. No obstante, esa situación es probable que se revierta en un futuro próximo, ya que, por un lado, la Audiencia Nacional dirigió en marzo de 2018 sendas consultas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que se pronuncie sobre si el registro de jornada es exigible en todo caso (un pronunciamiento en ese sentido alteraría radicalmente el estado de la cuestión) y, por otro, en la actualidad se encuentra en trámite una [proposición de ley en el Congreso de los Diputados para reformar el artículo 34 del ET](#) de manera que se establezca esa obligatoriedad. Ello evitaría las dificultades de comprobación de las que hemos hablado y constituiría una buena oportunidad para regular la cuestión de forma adecuada, solventando los

inconvenientes (en ocasiones reales por la idiosincrasia o las especialidades de ciertos trabajos) que se han venido alegando desde distintas instancias durante todo el tiempo que este asunto ha estado sometido a debate en los foros sociales y laborales.

No olvidemos tampoco que la propia [Sentencia de 23 de marzo de 2017](#) contenía una propuesta *de lege ferenda* al legislador en el sentido apuntado; el propio Tribunal Supremo consideraba deseable la obligatoriedad de ese registro con carácter general, otra cosa es que sea exigible en el estado actual de nuestra legislación.

## 6. ACTUACIONES EN RELACIÓN CON LA EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS. ANÁLISIS DE LEGALIDAD DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

La externalización de servicios, especialmente por lo que se refiere a aquellos que se corresponden con la propia actividad de la empresa principal, hace tiempo que viene siendo abordada de forma programada y sistemática por la ITSS. Este fenómeno es histórico en nuestro modelo productivo, pero en los últimos tiempos estamos asistiendo a un florecimiento del mismo, tal vez propiciado por la preferencia aplicativa del convenio de empresa *ex artículo 84.2 del ET*, que no olvidemos que en modo alguno puede hacerse en fraude de ley vulnerando lo dispuesto en el [artículo 43 del ET](#), inalterado en su redacción desde 2006.

Hemos de partir de una premisa: la licitud de la descentralización productiva. Nos corresponde distinguir esta figura de una conducta ilícita, cual es la de la cesión de mano de obra, actuación prohibida y merecedora del máximo reproche administrativo. Y ello porque, cuando se recurre a esta figura de forma ilícita, se produce una serie de efectos socialmente indeseables, concretados en una degradación de condiciones laborales, una merma de expectativas de acceso a un empleo estable –ya que se produce una vinculación de los contratos de trabajo a la duración de la contrata–, así como una merma de la representatividad sindical, al disminuir el número de trabajadores sobre los que se ejerce la representación unitaria.

Se trata, por tanto, de distinguir lo lícito de lo ilícito, la contrata de la cesión ilegal de trabajadores.

Para ello, se promulgó por parte de la Dirección General de la ITSS la Instrucción 6/2015, que puso en marcha un programa planificado con los objetivos antes señalados. Las consecuencias de las actuaciones inspectoras en las que se aprecian estos casos de cesión ilegal de trabajadores son la extensión de acta de infracción por conducta muy grave tanto a la empresa cedente como a la cesionaria (art. 8.2 [LISOS](#)), así como acta de liquidación a ambas de manera solidaria por las diferencias de cotización que se derivan de la inaplicación a los trabajadores cedidos de las condiciones salariales de las empresas cesionarias, en todos los casos superiores a las que se les están aplicando, derivadas normalmente de convenios sectoriales o de convenios de empresa.

Junto a estas prácticas sancionadoras, en numerosos casos, como consecuencia de las actuaciones inspectoras, o ante la posibilidad de que las mismas se produjeran, las empresas han procedido incorporando directamente a sus plantillas a los trabajadores afectados o exigiendo a las contratistas que les apliquen las condiciones correspondientes al convenio colectivo de aquellas. Esta última solución, sin ser la óptima, sí que contribuye a restituir a los trabajadores en el disfrute de los derechos que legítimamente les correspondían.

En la línea de profundización en estos objetivos del plan director, y sin perjuicio del mantenimiento de la Instrucción 6/2015, se determinan una serie de acciones:

En primer lugar, se identifica algún sector específico de actuación, como el de la hostelería, por lo que se refiere a la actividad de los camareros y las camareras de pisos, que son víctimas muy significadas de estas prácticas, y cuya situación está siendo objeto de un importante eco mediático. Pues bien, en el plan se prevé la realización de campañas específicas sobre este grupo de trabajadores, con un amplio alcance, que abarque las posibles cesiones de trabajadores, condiciones laborales de tipo salarial y de jornada y, de manera muy especial, las de prevención de riesgos laborales, por la afectación que tienen estos trabajadores de algunas patologías, como son las de tipo musculoesquelético.

En segundo lugar, dada la trascendencia sobre la cuestión del instituto de la preferencia aplicativa establecida en el [artículo 84.2 del ET](#), resulta imprescindible analizar la validez de ciertos convenios colectivos, en especial, los de las denominadas empresas multiservicios, que están sistemáticamente estableciendo condiciones laborales a los convenios sectoriales de aplicación. Por ello, siguiendo el modelo vigente desde hace unos años en la Comunidad Valenciana, y con el acuerdo que será necesario caso por caso con las autoridades laborales de cada comunidad autónoma, se procederá a realizar un control de legalidad de los convenios colectivos –especialmente a estos efectos, de los de empresa– por lo que respecta a la legitimación de las partes negociadoras (significadamente, la que representa a los trabajadores), a su ámbito de aplicación, al respeto a las reglas de concurrencia convencional y a la vinculación de su regulación con las normas no disponibles.

Desde la experiencia adquirida en la Comunidad Valenciana, hemos comprobado que no son infrecuentes los supuestos en los que se han negociado convenios con representantes unitarios de algún centro de trabajo y cuyos efectos se han pretendido extender a una pluralidad de centros, conculcando con ello las más elementales normas de legitimación convencional. En casos aún más burdos, se han «negociado» acuerdos con «representantes» que no es que careciesen de la antigüedad exigible para ser elegibles, sino que ni siquiera tenían la mínima para ser electores. Todas estas circunstancias son puestas de manifiesto por la Inspección a la autoridad laboral competente con el fin de que no se proceda a la publicación de los convenios.

Cabe también la posibilidad de que algunos convenios se hayan negociado con arreglo a lo dispuesto legalmente y respetando las reglas de legitimación y que, sin embargo, lo que se haya acordado en el ámbito empresarial sean condiciones –especialmente las referidas a la cuantía de

los salarios— notablemente inferiores a las del convenio sectorial de aplicación. Partiendo de la presunción de legalidad de los convenios que han sido objeto de registro, depósito y publicación conforme a la ley, cabe, no obstante, efectuar por parte de la Inspección una investigación de las circunstancias en las que se ha producido el proceso de negociación, a través de la entrevista a los representantes de los trabajadores, tratando de indagar sobre si ha habido realmente un proceso de negociación digno de tal denominación (propuestas, contrapartidas, etc.). De no ser así, se informará de ello a la autoridad laboral para que, en su caso, impugne ante la jurisdicción social los convenios por abuso de derecho.

Por último, tal como se prevé en el plan director, se actuará en relación con todos aquellos convenios de empresa que, por estas o por otras razones, hayan sido anulados judicialmente, con el fin de exigir a las empresas la aplicación del convenio colectivo sectorial, tanto por lo que se refiere a los aspectos salariales como a la liquidación de las diferencias de cotización resultantes.

No olvidemos que muchos de estos «convenios» están estableciendo condiciones retributivas prácticamente equivalentes al salario mínimo interprofesional, con mermas en algunos casos de cerca de 400 euros en relación con el salario establecido en el convenio sectorial (convenios de empresas multiservicios en relación con la actividad de camareros de pisos y la aplicación de los convenios de hostelería).

## 7. LA REACCIÓN FRENTE AL IMPAGO DE SALARIOS

Nos hallamos ante uno de los agujeros negros de la actuación de la ITSS. Siendo la percepción puntual del salario tal vez el elemento esencial de las obligaciones empresariales, la reacción que los órganos de la Administración pueden ofrecer a aquellos trabajadores que sufren retrasos reiterados, o incluso impagos continuados de sus estipendios, no es, ni puede ser, como veremos, todo lo eficaz que esperarían los afectados.

Cuando un trabajador está sufriendo esos incumplimientos empresariales y, en ejercicio de su derecho, lo denuncia ante la ITSS, espera normalmente una solución a su problema. No obstante, la adopción de las medidas tendentes a garantizar la percepción de las retribuciones adeudadas corresponde a los Juzgados de lo Social, con capacidad para ordenar embargos de los bienes empresariales precisos para asegurar esos pagos. La ITSS puede, en el ejercicio de las facultades que le atribuye su ley ordenadora, instar al empresario deudor para que cumpla con sus obligaciones salariales, mas no puede adoptar medida alguna tendente a conseguir ese pago. No es infrecuente, sin embargo, que ante situaciones de morosidad salarial motivadas por dificultades transitorias de tesorería de la empresa, el inspector que haya recibido una denuncia de una instancia representativa de los trabajadores ejerza una función de mediación y consiga un acuerdo para que la empresa abone los salarios debidos mediante el compromiso de un calendario de pagos. Otra cuestión que habría que considerar serían los efectos de un eventual incumplimiento de ese calendario, que abocaría necesariamente a los trabajadores a una reclamación judicial.

Naturalmente que la ITSS puede iniciar procedimientos sancionadores por estas conductas; de hecho, «el incumplimiento y los retrasos reiterados en el pago del salario debido» encabezan el catálogo de infracciones calificadas como muy graves por el artículo 8 de la LISOS. Y no existe inconveniente técnico jurídico alguno, una vez que se haya comprobado el impago de los salarios o que los mismos se vieren abonando con retraso reiterado (por tres meses se considerara como tal, de acuerdo con los pronunciamientos jurisprudenciales aplicables). Sin embargo, el hecho de que la medida pueda resultar contraproducente a los efectos de garantizar la continuidad de la empresa, y con ello la percepción regular de los salarios por los trabajadores, hace que este tipo de infracciones no suelen ser objeto de sanción. Y ello porque, al ser la calificación de la infracción como muy grave, la sanción no podría ser inferior a 6.251 euros, pudiendo alcanzar en su grado máximo los 187.515 euros. Resulta muy complejo imponer ese tipo de sanciones a empresas en una difícil situación económica, ya que podrían redundar en perjuicio de los trabajadores cuyos derechos se pretende salvaguardar.

¿En qué supuestos se sancionan estos incumplimientos? Normalmente, en casos en los que los impagos o retrasos se hayan producido forma intencionada o con una negligencia culpable por parte de la empresa. También es posible el inicio de procedimientos sancionadores cuando el impago no haya sido total, pero en el curso de las actuaciones inspectoras se haya comprobado que la empresa, de forma intencionada y recurriendo al fraude, está pagando a sus trabajadores cantidades notablemente inferiores a las que tienen derecho como consecuencia de la aplicación del convenio colectivo correspondiente.

El plan director recoge lo que es un hecho constatado de manera fehaciente en las Inspecciones provinciales: el 33 % de las denuncias presentadas por trabajadores responde a casos de impago de salarios o de retrasos en el mismo. Para mejorar la respuesta de la ITSS ante esta situación, se prevé que se dicte una instrucción, a cuyo futuro contenido habremos de estar.

También contempla el plan la situación en materia salarial de los trabajadores afectados por las subrogaciones empresariales en el caso de las contrataciones administrativas, con el fin de garantizar la efectividad de los derechos que les confieren las condiciones de la subrogación. Ello ha de entenderse referido al mantenimiento de los derechos derivados del convenio sectorial, salvo que a la nueva empresa adjudicataria le sea aplicable su propio convenio, en los términos que analizamos en el epígrafe anterior.

Cabe hacer en este punto una mención al efecto indirecto de aplicación de los convenios colectivos sectoriales por encima incluso de los de empresa que va a producir la plena aplicabilidad de la recientemente entrada en vigor de la [Ley 9/2017, de 8 de noviembre](#), de contratos del sector público, que prevé que las Administraciones comitentes exijan a las empresas que con ellas contraten la aplicación de los convenios sectoriales (arts. 122, 149 y 202). No se trata de una modificación de la norma laboral (no se deroga ni siquiera parcialmente y a esos efectos el [art. 84.2 ET](#)), pero sí se fijan en el ámbito contractual las condiciones que las Administraciones deben exigir –en su calidad de clientes– a las empresas contratistas, con un importante contenido social en este caso. Ello producirá el efecto de una doble escala salarial en aquellas empresas

que tengan su propio convenio y que contraten, por un lado, con una Administración –con exigencia de aplicación del convenio sectorial– y, por otro, con empresas privadas en relación con las cuales no rija tal exigencia.

## 8. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD: EL ENFOQUE DE GÉNERO EN LA ACTUACIÓN INSPECTORA

De forma coherente con las demandas sociales imperantes en la actualidad, el plan director convierte la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres en uno de sus ejes esenciales. Prueba de ello es que –al margen de las actuaciones sobre aspectos concretos de las que nos ocuparemos– convierte la perspectiva de género en un principio integrador e inspirador del diseño de la totalidad de las actuaciones inspectoras en cualquiera de las materias en las que se produzcan. Se aborda la cuestión en el plan desde un punto de vista integrado, teniendo en cuenta la noción del concepto de la perspectiva de género que utilizan las instituciones de la Unión Europea:

La transversalidad de género implica no limitar los esfuerzos de promoción de la igualdad a la adopción de medidas específicas a favor de las mujeres, sino movilizar todas las medidas y políticas generales específicas con el propósito de lograr la igualdad, teniendo en cuenta de forma activa y abierta en la etapa planificadora sus posibles efectos respecto a las situaciones respectivas de hombres y mujeres (la perspectiva de género). Ello supone estudiar de forma sistemática la dimensión de la igualdad en todas las medidas y políticas y tener en cuenta esos posibles efectos al definir las y aplicarlas<sup>1</sup>.

De acuerdo con el Consejo de Europa, el *mainstreaming* de género puede definirse como:

La organización (la reorganización), la mejora, el desarrollo y la evaluación de los procesos políticos, de modo que una perspectiva de igualdad de género se incorpore en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las etapas, por los actores normalmente involucrados en la adopción de medidas políticas<sup>2</sup>.

Ello implica que la perspectiva de género se tomará en consideración en todas las campañas y actuaciones que se deban planificar, tomando en especial consideración si las situaciones de

<sup>1</sup> Comisión Europea (1996). [Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias, COM\(1996\) 67 final](#).

<sup>2</sup> Consejo de Europa (1998). *Mainstreaming de género. Marco conceptual, metodología y presentación de buenas prácticas*. Estrasburgo.



abuso o de fraude detectados responden a esa cuestión o si tienen una especial incidencia sobre las mujeres, tal como indicábamos al referirnos al tiempo parcial, o en lo que se refiere a los camareros de pisos, profesión que está fuertemente feminizada.

Con independencia de esta consideración de la perspectiva de género, el plan director prevé acciones específicas en relación con una serie de cuestiones:

Como principal, se plantea la de la discriminación salarial. Sobre la base de que la diferencia salarial entre hombres y mujeres en España es de un 22,4% —el problema se agrava en las edades adultas, 25% entre los 20 y los 59 años, frente al 18% entre los 25 y los 34—, el plan director opta por una intensificación en las actuaciones sobre esta materia, para lo que se crea una Unidad de Lucha contra la Discriminación en el seno del organismo autónomo de la ITSS y se prevé la especialización de inspectores en las distintas instancias territoriales.

Sobre esta cuestión de la denominada brecha salarial hay que significar que nos encontramos ante un fenómeno multidimensional en el que no solo cabe apreciar la existencia de discriminaciones, ya que estas consisten en abonar salarios inferiores por el mismo trabajo; es ahí donde se produce la genuina intervención de la ITSS con la consiguiente exigencia de responsabilidades por la infracción calificada como muy grave en el artículo 8.12 de la LISOS. No obstante, en un sentido amplio, la brecha salarial se produce normalmente por la adscripción de las mujeres a los puestos de trabajo que tienen establecida en los propios convenios colectivos una menor retribución. Ocurre, por ejemplo, en los distintos convenios del sector de limpieza, que prevén una retribución superior para los limpiadores de cristales que para el resto del personal; el efecto inverso viene producido porque la práctica totalidad de los trabajadores que realizan esa tarea son varones, sin que por ello quepa hablar de discriminación. Igual consideración se podría efectuar en relación con los almacenes de comercialización de cítricos, en los que las mujeres realizan las tareas de encajado de la fruta, con una remuneración inferior a la de los mecánicos, conductores o carretilleros, generalmente de sexo masculino.

En muchos casos, nos encontramos, por tanto, ante una cuestión social, que requiere soluciones de otro tipo. No obstante, ello no quiere decir, ni mucho menos, que no quepa una actuación decidida por parte de la ITSS en los casos —que efectivamente existen— de supuestos discriminatorios. Así, no es extraño encontrar empresas que abonan unos determinados complementos salariales a los varones y no a las mujeres, u otras que, con total descaro, ofrecen a sus clientes un precio por hora de trabajo distinto según sea «precio hora/hombre» o «precio hora/mujer». Evidentemente, estos casos y otros similares son objeto de propuesta de sanción.

En el refuerzo de estas actuaciones, cuyo aumento prevé el plan director, se van a poner en juego todos los medios técnicos disponibles, especialmente la potente herramienta de análisis de lucha contra el fraude con la que cuenta la ITSS, y con la que, a través del estudio de los datos fiscales, de Seguridad Social y de todo tipo de información, se pretende obtener información relevante de casos de discriminación salarial. Para ello, también se estudian los distintos convenios colectivos en pos de detectar posibles supuestos que nos lleven a casos de discriminación.

No obstante lo anterior, sería de gran interés que los sindicatos comunicasen a la ITSS, a través de las correspondientes denuncias, los casos de discriminación que conocieren; ellos que tienen, a través de sus representantes, una presencia permanente en los centros de trabajo, con el caudal de conocimiento de situaciones irregulares que ello supone. Desgraciadamente, el número de denuncias por esta materia que se presentan es muy escaso, cuando no irrelevante. Conviene recordar que la profundización en este tipo de acciones no puede ser una tarea exclusiva de la ITSS, ya que, sin la colaboración de los agentes sociales, todos los esfuerzos de la Administración pueden resultar baldíos.

Se potencia la protección de la maternidad mediante la exigencia del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 26 de la [Ley de prevención de riesgos laborales](#). Igualmente, se protegerá el derecho al mantenimiento de las condiciones de trabajo con posterioridad al parto. En este sentido, conviene destacar que un número importante de las situaciones de acoso moral o por razón de sexo tienen su origen en el hecho de la maternidad.

En relación con el acoso sexual y por razón de sexo, junto a la reacción ante las denuncias –necesariamente singulares– que se puedan presentar, se prevé que se realicen campañas a través de las cuales se exija el cumplimiento de una obligación generalmente ignorada, cual es la de arbitrar un procedimiento específico para la prevención del acoso y la tramitación de denuncias y reclamaciones en la materia, tal como establece el artículo 48 de la [Ley orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres](#). Aunque en la actualidad la práctica totalidad de las empresas ignora esta obligación (que presenta carácter incondicionado), confiamos en que la generalización de su exigencia conduzca a la extensión de su cumplimiento.

A propósito de la discriminación en el acceso al empleo, nos corresponde estar atentos a la realidad social, con el seguimiento continuo de las ofertas a través de los distintos medios en las que se plantean, con el fin de reaccionar, como la Inspección ha venido haciendo hasta la fecha, ante las clásicas exigencias de «mecánico» y «dependienta» o ante aberraciones tales como pedir trabajadoras con determinada talla de ropa o «camareras sin novio celoso». Solo con una acción decidida y enérgica podremos construir una sociedad más sana en la que no quepa este tipo de prácticas.