

**LA REFORMA DEL MERCADO DE TRABAJO Y SU INCIDENCIA EN LA LEY
SOBRE INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL**

por

Dolores Sánchez Cubel

Inspectora de Trabajo y Seguridad Social

2.º Premio Revista Estudios Financieros 1994.

Modalidad: Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. El sistema de colocación.
 1. Obligaciones de los empresarios.
 2. La mediación en la colocación.
- III. La cesión de trabajadores: régimen sancionador de las empresas de trabajo temporal.
- IV. La nueva regulación de las modalidades contractuales.
 1. Análisis de sus beneficios económicos.
 2. El problema de la elección del tipo de infracción.
 3. Cuestiones de orden sancionador.
- V. Algunos aspectos de la reforma laboral: su repercusión en la Ley de Infracciones y Sanciones.
 1. El contrato de trabajo: la obligación de información del empresario.
 2. El tiempo de trabajo.
 3. El trabajo de menores.
 4. La movilidad geográfica.
 5. La modificación sustancial de las condiciones de trabajo.
- VI. El alta en la Seguridad Social.
- VII. Las prestaciones de la Seguridad Social: imputación de responsabilidades sancionadoras.

VIII. Las prestaciones por desempleo.

1. Infracciones de los empresarios.
2. Infracciones de los trabajadores.

IX. La obstrucción a la labor inspectora.

X. Sanciones.

XI. Atribución de competencias sancionadoras.

XII. La nueva disposición adicional tercera de la LISOS: el Cuerpo Nacional de Inspección de Trabajo.

XIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCION

La coyuntura que motiva los cambios institucionales del Derecho del Trabajo se enmarca, con suficiencia y no por ello sin polémica, en políticas económico-sociales encaminadas al mantenimiento y creación de empleo y de lucha activa contra el fraude en prestaciones del sistema público de Seguridad Social. En el actual y no agotado debate de la llamada «reforma del mercado de trabajo», no pretende el presente estudio reflexionar sobre la transformación del sistema de Inspección Laboral -salvo la breve consideración que más adelante haremos en relación a la transformación de la naturaleza del Cuerpo de Inspección que realiza el artículo 25 de la Ley 14/1994, reformando la LISOS- sino que el objetivo prioritario de este análisis se centrará en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Ley 8/1988, de 7 de abril (LISOS en lo sucesivo) en aquellas materias cuyos preceptos quedan afectados o alterados, modificados o derogados por el conjunto integrado por las normas de la reforma laboral.

La reforma se inicia, como se sabe, con el Real Decreto-Ley 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación [R.D.-L. en lo sucesivo] (BOE 7-12-93, en vigor desde el día siguiente al de su publicación, disp. final 2.^a) (1) y su correspondiente reglamento por el Real Decreto 2317/1993, de 29 de diciembre, por el que se desarrolla los contratos en prácticas y de aprendizaje y los contratos a tiempo parcial (BOE 31-12-91 entrada en vigor al día siguiente, disp. final 2.^a). Por orden cronológico, la segunda pieza normativa es la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Reforma del Régimen Jurídico de la Función Pública y de Protección por Desempleo (BOE 31-12-93, entrada en vigor el 1-1-94, disp. final 2.^a, excepto para la autorización prevista en la disp. adic. 14.^a referente al Texto Refundido de la LGSS), Ley Financiera de «acompañamiento» a la de Presupuestos Generales del Estado, Ley 21/1993, de 29 de diciembre (2). De otro lado, con la misma razón que inspira la reforma, se promulga la Orden Ministerial de 17 de enero de 1994, sobre presentación de las solicitudes de afiliación y alta de los trabajadores en la Seguridad Social y de afiliación, altas y bajas relativas a determinados trabajadores contratados a tiempo parcial (BOE 24-1-1994, vigencia desde el 1-2-1994). Aparece el segundo «paquete normativo» con la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación (LMUFO, en adelante) (BOE del 23, entrada en vigor el 24 de mayo, disp. final 2.^a) que deroga el R.D.-L., cuyo texto incorpora añadiendo y/o modificando algunos aspectos y mantiene la vigencia del Real Decreto 2317/1993 en lo que no se oponga a la citada ley. Simultáneamente, se promulga la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y el Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (entrada en vigor el 13-06-1994). Por otra parte, el régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal se establece en la Ley 14/1994, de 1 de junio (BOE 2-6-1994, entrada en vigor el 22 de junio).

Una vez completada la profunda reforma del marco legislativo regulador de las relaciones laborales, en este nuevo tratamiento sólo nos detendremos en algunos aspectos relevantes al revisar, en su conjunto, la norma sancionadora. El presente estudio se desenvuelve en la fase previa del procedimiento sancionador que, propiamente dicho, se inicia con el acta propuesta o, en su caso, promovida por los funcionarios que integran el Sistema de Inspección, Inspectores y Controladores, que actúan como investigadores e instructores de aquel procedimiento.

(1) La Resolución de 28 de diciembre de 1993 del Congreso de los Diputados ordena la publicación de acuerdo de convalidación, BOE 31 de diciembre de 1993, que decide al propio tiempo su tramitación como proyecto de ley, de acuerdo con el artículo 86 de la Constitución (CE en adelante).

(2) Esta opción de política legislativa, técnica y formalmente se adecua a las previsiones de los artículos 66.2 y 134 de la CE y así se presenta como instrumento que cumple las orientaciones de política económica que el Gobierno marca en la Ley Presupuestaria.

II. SISTEMA DE COLOCACION

El modelo de colocación vigente hasta la promulgación de la LMUFO, procedente del R.D.-L., queda alterado con la reforma. De una parte, desaparece la obligación de los empresarios de solicitar de la Oficina de Empleo los trabajadores que necesite, obligación legal y supuestos tasados de exclusión contenidos en los artículos 42.1 de la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo, artículo 16.1 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, Estatuto de los Trabajadores (en adelante LBE y ET, respectivamente) y el artículo 7 del Real Decreto-Ley 1/1986, de 14 de marzo. De otra, se posibilita la existencia de agencias de colocación sin fines lucrativos, hasta ahora prohibidas por el artículo 16 ET y el artículo 40.2 LBE y, además, el modelo de colocación se completa al permitir las empresas de trabajo temporal de actividad ilegal a la luz del artículo 43 ET pero, de hecho, toleradas (derogación expresa de los preceptos citados, disp. derog. única de la LMUFO).

1. Obligaciones de los empresarios.

La anterior intervención del INEM pierde su carácter de obligatoria y exclusiva en la fase previa de colocación. Con carácter general, el empresario no está obligado a contratar a través del INEM, ahora bien, ¿qué ocurre con aquellas contrataciones cuya norma reguladora lo exige? En la actualidad, se dispone de esta obligación en la contratación de trabajadores minusválidos (art. 8 del R.D. 1451/1983, de 11 de mayo) y la contratación indefinida de trabajadores desempleados en favor de los colectivos que señala el punto 1 del artículo 2 de la Ley 22/1992, de 30 de junio, y en la contratación temporal como medida del fomento del empleo durante el año 1994 (art. Uno. 1. disp. adic. 6.ª LMUFO). En esta última disposición se prevén dos tipos de fomento del empleo, uno, al que podemos referirnos como «general», para la contratación de mayores de 45 años y minusválidos, cuyo único beneficio es de tipo jurídico en cuanto a la posibilidad de celebrar contratos con carácter temporal en cualquier rama de la actividad y sin necesidad de causa específica y otro, el fomento de empleo «incentivado», establecido para beneficiarios de prestaciones por desempleo que, cumpliendo los requisitos que señala la disposición adicional 6.ª LMUFO, además del beneficio jurídico de carácter general, se les dota de un beneficio económico plasmado a través de reducciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social. En ambos casos, general e incentivado, se exige que la empresa contrate a los trabajadores a través de la Oficina de Empleo correspondiente.

En el tipo «general» la oferta de empleo puede ser nominativa, mientras que en la contratación «incentivada» se exige una oferta genérica de empleo. Esta última exigencia, que no cuenta con precedente en ninguna otra modalidad de fomento de empleo, supone un requisito más gravoso a la empresa. Es pues, el INEM quien proporciona los trabajadores. Es de

suponer que serán elegidos entre desempleados de larga duración o con prestaciones reconocidas en torno a los plazos máximos, para, de esta forma, dar satisfacción a uno de los objetivos de la reforma, el ahorro del gasto público que, en este caso, teóricamente se compensa con las reducciones de cuotas a la Seguridad Social.

Para las contrataciones con subvenciones y bonificaciones de las cuotas de la Seguridad Social en las que, como condicionante exigido para su concesión, se incumpla la obligación de solicitar los trabajadores de las Oficinas de Empleo, dicha infracción se tipifica y califica en materia de empleo como infracción muy grave en el artículo 28.3 LISOS, con la devolución de la subvención o bonificación indebidamente obtenida (art. 45.1 LISOS), precepto tipificador al que dedicaremos una atención especial. Distinto tratamiento sancionador merece la falta de solicitud mediante oferta presentada en las oficinas de empleo, como requisito previo a la contratación temporal «general» efectuada al amparo de la disposición adicional 6.^a LMUFO. En esta modalidad, cuya finalidad es la generación de nuevos empleos y no lleva aparejado beneficio económico, la infracción comentada se tipifica en el artículo 27.4 LISOS, que acoge los incumplimientos de las normas dictadas en virtud de lo dispuesto en el artículo 17.3 ET como medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo.

En materia de empleo interesa contemplar las infracciones leves del artículo 26 punto 1 (3) y el punto 5 (4) LISOS con la obligación legal de los empresarios, artículo 1.1 LMUFO, de registro en la Oficina Pública de Empleo, en un plazo de diez días, de aquellos contratos que deban celebrarse por escrito o, en el mismo plazo, comunicar las contrataciones en las que no exista la obligación legal de formalizar por escrito. La obligación ha de cumplirse en un plazo de diez días hábiles (5). Los días se contabilizan desde el inicio de la relación laboral cuando ésta es anterior o simultánea a la suscripción del contrato o cuando carece de forma escrita o, en otro caso, desde la fecha del contrato escrito si la prestación de servicios se inicia con posterioridad. El derogado artículo 16.3 ET disponía la obligación de registro sin determinar un tiempo para su cumplimiento. Si los contratos se presentan para su registro fuera de este plazo limitativo, es una irregularidad que queda al margen del tipo definido por el artículo 26.5 LISOS. La dicción del precepto parece limitarse sólo a los supuestos de falta absoluta de registro, con exclusión del cumplimiento tardío. Esta interpretación restrictiva nos la proporciona la lectura del artículo 14.1.2 LISOS (6), infracción grave en materia de seguridad social,

- (3) Artículo 26.1 LISOS: No comunicar a la Oficina de Empleo las contrataciones realizadas en los supuestos en que estuviera establecido.
- (4) Artículo 26.5 LISOS: La falta de registro en la Oficina de Empleo del contrato de trabajo en los casos en los que estuviera establecida la obligación de registro.
- (5) Artículo 48 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPC).
- (6) Artículo 14.1.2 LISOS: *No solicitar, en tiempo* y forma, la afiliación, así como no comunicar en iguales términos el alta de cada trabajador que ingresa a su servicio.

donde expresa y claramente contempla el supuesto de las altas en la Seguridad Social presentadas fuera del plazo reglamentario. Por otro lado, el registro de un contrato en el INEM debe ir acompañado de una copia básica del mismo firmada por los representantes legales de los trabajadores si los hubiere (7), cuyo incumplimiento constituye infracción grave en sede laboral, artículo 7.6 LISOS, compatible con la comentada infracción leve en sede de empleo.

Por último, indicar que derogadas las normas sustantivas que recogen obligaciones (el art. 16, punto 1 y 2 del ET, art. 42.1 y 44.2 de la LBE) y con la nueva regulación introducida en esta materia, correlativamente se derogan, expresamente, de la LISOS los preceptos sancionadores de sus incumplimientos. Por la disposición derogatoria única del R.D.-L., actualmente de la LMUFO, desaparecen los siguientes: artículo 26.3 (no hacer constar en anuncio el número de la oferta de empleo y su identificación), artículo 26.4 (publicidad de una oferta sin visado previo), artículo 27.1 (contratación directa sin previa oferta de empleo ante el INEM), artículo 27.2 (no comunicar a la oficina de empleo correspondiente la convocatoria de pruebas de acceso).

2. La mediación en la colocación.

Las primeras normas de la reforma legalizan la actividad privada de colocación sin fines lucrativos siempre que concurren determinados requisitos (art. 1.1 R.D.-L.). En aquel momento, por un descuido legislativo, la norma sancionadora no se revisa al compás de las novedades. El artículo 28.1 LISOS tipificaba la conducta de mediación privada en la colocación, de cualquier clase y ámbito funcional, que tuviera por objeto la contratación laboral de todo tipo. El precepto sancionador nos remitía a la norma material en términos inequívocos y constreñidos, el artículo 16.2 ET. La derogación de esta norma sustantiva por el R.D.-L. podía plantear la no aplicación del artículo 28.1 LISOS (8). Aunque este precepto no estaba expresamente derogado ni modificado por alguna de las disposiciones del primer paquete normativo de la reforma, acaso, podría entenderse que quedaba afectado por la genérica derogación normativa contenida en la disposición derogatoria única del mencionado R.D.-L., en cuanto a la actividad de agencias de colocación sin fines lucrativos. Al mantenerse la prohibición respecto de la mediación lucrativa, su inobservancia implicaba la comisión de la infracción contenida en el artículo 28.1 LISOS, ya que, de otra forma, en esta primera fase, la prohibición quedaría como una pura declaración de principios si no se permitía el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Laboral.

(7) Artículo 1.1 de la Ley 2/1991, de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación.

(8) Artículo 28.1 LISOS: Ejercer actividades de mediación privada en la colocación, de cualquier clase y ámbito funcional, que tenga por objeto la contratación de todo tipo, prohibidas en el párrafo 1.º del artículo 16.2 del ET.

La anterior deficiencia se corrige con el artículo 22 de la Ley 11/1994, por el que se introducen diversas modificaciones en el Capítulo IV de la LISOS. La nueva redacción del artículo 28.1 LISOS (9) recoge dos supuestos ilícitos diferenciados. De un lado la actividad de mediación en la colocación con fines lucrativos y, de otro, realizar esta actividad, con o sin fines lucrativos, sin obtener, previamente, la autorización administrativa. La primera conducta ilícita viene dada por referencia a la breve regulación que contiene el artículo 1.2, primer párrafo de LMUFO, entre tanto alcance su desarrollo reglamentario. En efecto, se mantiene la prohibición de agencias de colocación con fines lucrativos de cualquier clase y ámbito funcional. Prohibido el carácter lucrativo de la actividad, de manera absoluta y sin excepciones (10), la prohibición se perfila al limitar la remuneración que reciban del empresario o del trabajador a «los gastos ocasionados por los servicios prestados» (11). La comprobación de que la remuneración se limita a gastos por los servicios vendrá dada por las condiciones que establezca el convenio de colaboración que corresponde adoptar al Servicio Público de Empleo. Junto a este carácter no lucrativo, la actividad permitida es la de colocación, término que de forma genérica describe el artículo 38.1 LBE al referirse a la política de colocación como aquel conjunto de «acciones tendentes a proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado y facilitar a los empleadores la mano de obra necesaria para el normal desenvolvimiento de sus actividades productivas». Habrá que estar a las circunstancias del caso concreto para apreciar extralimitación de la actividad propia de colocación, que de ser ésta la de cesión ilegal de trabajadores encaja en la tipificación del artículo 8.2 LISOS, infracción muy grave en materia laboral. Respecto al segundo supuesto infractor, sólo indicar que para el desarrollo de la actividad de colocación sin fines lucrativos se requiere la concesión de la autorización administrativa, discrecional para el Servicio Público de Empleo, y la celebración del correspondiente convenio de colaboración. La falta de autorización deriva en una actividad ilícita, por ser un trámite del que depende la existencia de la agencia de colocación.

Junto a las cuestiones planteadas, pueden presentarse otras irregularidades, propias del funcionamiento de este tipo de agencias, que, con la nueva redacción del artículo 28.1 LISOS, quedan fuera del procedimiento sancionador por falta de tipificación. Por ello, en un futuro próximo, se hace necesaria la aparición de un listado de infracciones singulares para los incumplimientos de la agencia de colocación en relación con el Servicio Público de Empleo y con sus usuarios, así como normas sancionadoras específicas de tipo corrector o de intervención.

(9) Artículo 28.1 LISOS: Ejercer actividades de mediación con fines lucrativos, de cualquier clase y ámbito funcional, que tenga por objeto la colocación de trabajadores, así como ejercer actividades de mediación sin fines lucrativos, sin haber obtenido la correspondiente autorización administrativa.

(10) El artículo 5 del Convenio núm. 96 de la OIT (1949), sobre agencias retribuidas de colocación (ratificado por España, BOE 23-5-1972), sí que permite excepcionar respecto de aquellas categorías cuya colocación no pueda efectuarse satisfactoriamente por el Servicio Público de Empleo, previa consulta a las organizaciones de empleadores y de trabajadores.

(11) El artículo 1.b del Convenio núm. 96 de la OIT, refiere a «un derecho de entrada, una cotización o una remuneración cualquiera», «habida cuenta estrictamente de los gastos ocasionados», artículo 6.

Con las novedades legislativas de la Ley 11/1994, la coordinación de la LISOS aparece, de nuevo, con posterioridad a los cambios de la norma sustantiva. Al artículo 2 LISOS, dedicado a listar, en particular, los sujetos responsables de la infracción, se adiciona un nuevo número 7: «las agencias de colocación» (art. 20 Ley 11/1994). Por la actividad que desarrollan son sujetos responsables en materia de colocación; por su condición de empresarios pueden ser responsables en las infracciones laborales, de seguridad y salud laboral, de seguridad social, de empleo y protección por desempleo, de emigración y trabajo de extranjeros (12), en las mismas condiciones que cualquier otra empresa.

En la materia que nos ocupa, el artículo 22 Ley 11/1994, mantiene la vigencia del artículo 28.2 LISOS, infracción muy grave, que tipifica las conductas que vulneran la prohibición de no discriminación en el acceso al empleo, aun cuando modifica los factores de discriminación. Desaparecen las circunstancias de «ascendencia y parentesco» y se introducen la «edad, estado civil, condición social y lengua dentro del Estado» (13). En esta ocasión, la reforma aprovecha para adecuar el precepto sancionador a las normas sustantivas [art. 4.2 c) y art. 17.2 ET]. No obstante, con el factor que elimina deja, de alguna manera, sin fuerza coercitiva la circunstancia de «vínculos de parentesco con otros trabajadores de la Empresa» que el artículo 17.2 ET estima apreciable como posible discriminación en el acceso al empleo o, una vez empleado, en las demás condiciones de trabajo.

III. LA CESION DE TRABAJADORES: REGIMEN SANCIONADOR DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

En materia laboral, el artículo 8.2 LISOS tipifica como infracción muy grave, «la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente». Con esta remisión genérica nos situamos en el tiempo. Antes de la promulgación del R.D.-L., el artículo 43 ET contemplaba el tráfico ilegal de mano de obra, tanto la actividad de intermediación en el mercado de trabajo («reclutamiento»), como la de interposición, toda contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa. Con cierta deficiencia técnica, el R.D.-L. deroga el artículo 43 ET, sin dotarle de nueva redacción, y la institución pasa al artículo 2, LMUFO (antes R.D.-L.). Con la nueva regulación, la prohibición de las cesiones temporales se

(12) Respecto a la materia de colocación, el artículo 22, Ley 11/1994, da nueva redacción al artículo 25 LISOS para incluir, expresamente, a las agencias de colocación como responsables de las acciones tipificadas como infracción. En consonancia, también se citan en la nueva denominación de la Sección 1.ª del Capítulo IV, artículo 26 a 28 LISOS, «Infracciones de los empresarios y de las agencias de colocación en materia de empleo, ayudas de fomento del empleo, en general, y formación profesional ocupacional». Por el resto de materias que se citan, en su condición de empresario, respectivamente, corresponden a los artículos 5, 12, 25 y 31 LISOS.

(13) Artículo 28.2 LISOS: Establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de raza, sexo, edad, estado civil, religión, opinión política, afiliación sindical, origen, condición social y lengua dentro del Estado.

mantiene con una única excepción, se introduce la figura de las empresas de trabajo temporal (en adelante ETT). Salvo esta excepción, todos los supuestos de cesión ilegal que contempla el artículo 43 ET, referido ahora al artículo 2.1 LMUFO, permanecen como ilícito administrativo, artículo 8.2 LISOS, calificada de ilegal la cesión a través de las diversas figuras de interposición que engloba el concepto de «empresario aparente».

El concepto legal de la ETT lo proporciona el artículo 1 de la Ley 14/1994 como «aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria (en adelante EU) con carácter temporal trabajadores por ella contratados». La que se llama «relación triangular» vincula al trabajador temporal con cada una de las empresas, éstas entre sí y respecto de aquél. Este entramado de derechos y obligaciones, de acuerdo con la ley que las regula, se rige por el contrato de trabajo celebrado entre el trabajador temporal y la ETT, y por el contrato de puesta a disposición por el que las empresas formalizan la cesión del trabajador. En la actualidad, permitida la actividad que desarrollan las ETT, han de ajustarse a su régimen regulado por la Ley 14/1994, que dispone, a su vez, de un catálogo de infracciones y sanciones específicas (Cap. V, arts. 18 a 21). Este listado merece la primera crítica, debió integrarse en la LISOS a fin de evitar una dispersión normativa sancionadora que, precisamente, es una de las razones que motivaron la promulgación de aquella norma sancionadora. Veamos, pues, su régimen.

El artículo 18, Ley 14/1994, establece la responsabilidad de la ETT y de la EU por las acciones u omisiones contrarias a esta norma. El mismo artículo efectúa una remisión general a la LISOS, de aplicación en lo no previsto por la Ley 14/1994, remisión que también realiza el artículo 21 en cuanto al procedimiento sancionador. Los artículos 19 y 20, Ley 14/1994 tipifican las infracciones, respectivamente, de las ETT y de las EU (14). Llama la atención cómo

(14) Artículo 19 LISOS: Infracciones de las empresas de trabajo temporal.

1. Infracciones leves:

- a) No cumplimentar, en los términos que reglamentariamente se determine, el contrato temporal o contrato de puesta a disposición.
- b) No incluir en la publicidad de sus actividades u ofertas de empleo su identificación como empresa de trabajo temporal y el número de autorización.

2. Infracciones graves:

- a) No formalizar por escrito los contratos de trabajo o contratos de puesta a disposición, previstos en esta Ley.
- b) No remitir a la autoridad laboral competente, en los términos que reglamentariamente se establezcan, la información a que se refiere el artículo 5 de esta Ley o no comunicar la actualización anual de la garantía financiera.
- c) Formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos no previstos en el artículo 6.2 de esta Ley.
- d) No destinar a la formación de los trabajadores temporales las cantidades a que se refiere el artículo 12.2 de esta Ley.
- e) Cobrar al trabajador cualquier cantidad en concepto de selección, formación o contratación.

3. Infracciones muy graves:

- a) No actualizar el valor de la garantía financiera, cuando haya obtenido una autorización administrativa indefinida.
- b) Formalizar los contratos de puesta a disposición para la realización de actividades y trabajos que por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud se determinen reglamentariamente.

quedan sancionadas las extralimitaciones en la utilización del contrato de puesta a disposición. Para cubrir necesidades permanentes de la EU o temporales fuera de los supuestos tasados del artículo 6.1, en relación con el 7.1, Ley 14/1994, o las contrataciones para los casos excluidos por el artículo 8, en ambos casos, necesariamente, ha de tratarse la contratación que formaliza la cesión como ilegal, sometida al régimen de responsabilidades solidarias previstas en los artículos 2 y 16.3, Ley 14/1994, sin perjuicio de las sanciones administrativas que correspondan. En estos concretos aspectos, propongo mantener un principio general de tratamiento igualitario como inspirador en la aplicación de las responsabilidades sancionadoras que se deriven. Como es lógico, en toda cesión de trabajadores actúan dos empresas, la cedente-ETT y la cesionaria-EU. El acto que formaliza la cesión ha de calificarse lícito o ilícito según resulte del juego de los artículos 6 y 8 de la Ley 14/1994. La misma calificación ha de predicarse de la conducta de cada empresa responsable del mismo acto. Dicho de otro modo, calificada de ilícita la utilización de un contrato de puesta a disposición, la sanción administrativa ha de imponerse, por el principio de igualdad, a cada una de las empresas, cedente y cesionaria, por su respectiva concurrencia en el acto ilícito. Una manifestación de ese principio general se plasma en los artículos 19.2 c) y 20.2 b), Ley 14/1994, que califican de grave la formalización del contrato de puesta a disposición en los supuestos no previstos en el artículo 6.2, con la duración que permite el artículo 7.1 (15).

Artículo 20. Infracciones de las empresas usuarias.

1. Infracciones leves:

- a) No cumplimentar, en los términos que reglamentariamente se determine, el contrato de puesta a disposición.

2. Infracciones graves:

- a) No formalizar por escrito el contrato de puesta a disposición.
- b) Formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos no previstos en el artículo 6.2 de esta Ley.
- c) Las acciones u omisiones que impidan el ejercicio por los trabajadores puestos a su disposición de los derechos establecidos en el artículo 17 de esta Ley.
- d) La falta de información al trabajador temporal en los términos previstos en el artículo 16.1 de esta Ley.

3. Infracciones muy graves:

- a) Los actos del empresario lesivos del derecho de huelga, consistentes en la sustitución de trabajadores en huelga por otros puestos a su disposición por una empresa de trabajo temporal.
- b) La formalización de contratos de puesta a disposición para la realización de actividades y trabajos que por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud se determinen reglamentariamente.

(15) Artículo 6.2, en relación con el artículo 7.1, Ley 14/1994: Podrán celebrarse contratos de puesta a disposición cuando se trate de satisfacer necesidades temporales de la EU en los siguientes supuestos:

- a) Para la realización de una obra o servicio determinado cuya ejecución aunque limitada en el tiempo es, en principio, de duración incierta.
- b) Para atender las exigencias circunstanciales de mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa (duración máxima de seis meses).
- c) Para sustituir a trabajadores de la empresa con derecho a reserva de puesto de trabajo.
- d) Para cubrir de forma temporal un puesto de trabajo permanente mientras dure el proceso de selección o promoción (duración máxima de tres meses. En los demás casos durante el tiempo que subsista la causa que lo motiva).

Se observa una incoherencia legal: los incumplimientos de las exclusiones tasadas en el artículo 8, Ley 14/1994, no se tipifican en base a aquel principio general salvo la infracción muy grave de la «formalización de contratos de puesta a disposición para la realización de actividades y trabajos que por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud se determinen reglamentariamente». Es el único caso excluido [art. 8 b), Ley 14/1994] donde el tratamiento sancionador igualitario se establece, expresamente, para la ETT [art. 19.3 b)] y para la EU [art 20.3 b)].

La Ley 14/1994 presenta una insuficiencia tipificadora: los demás casos excluidos en el artículo 8 no cuentan con una colección de tipos en el listado excepto el relativo a la sustitución de trabajadores en huelga en la EU [art. 8 a)] que se tipifica únicamente en las infracciones muy graves de la EU [art. 19.3 a)], además, sin respeto del principio general. La prohibida cesión de trabajadores entre las propias ETT [art. 8 d)], o la medida legislativa tendente a frenar un proceso sustitutorio de trabajadores de la EU por trabajadores externos de las ETT (16), cuenta con un vacío tipificador en la Ley 14/1994.

En los casos que carecen de una total tipificación o es parcial por la no aplicación del tan mencionado principio general, me inclino por mantener el tipo general del artículo 8.1 LISOS, que califica de muy grave la cesión ilegal de trabajadores. La genérica remisión a la LISOS que realiza el artículo 18, Ley 14/1994, evita situar a las exclusiones en buenas declaraciones de lo que debe ser si, a falta de tipo especial, se aplica el tipo general.

De orden sancionador queda alguna cuestión por reflexionar. ¿Qué ocurre con la utilización ilegal del trabajador temporal cedido a través de un correcto contrato de puesta a disposición? Al concertar el contrato civil o mercantil, la ETT debe vigilar que se trata de cubrir necesidades temporales tasadas en el artículo 6 y que el puesto de trabajo a ocupar no sea de los prohibidos por el artículo 8. Puede ocurrir que la EU destine al trabajador temporal a otro puesto de trabajo, diferente del que se ha comprometido formalmente, vulnerando los artículos 6 y 8, Ley 14/1994. ¿Responde la ETT por estos posteriores incumplimientos de la EU? Resulta excesivo exigir a la ETT una vigilancia y seguimiento de cada contrato que celebra. Esta misma intención parece brindar la tipificación de la Ley 14/1994. Una interpretación restrictiva del término «la formalización de», limita la conducta reprochable de la ETT al momento de la celebración según las cláusulas que se estipulen en el contrato.

En cuanto a la actividad que desarrollan las ETT, tienen prohibido dedicarse a otra cosa que no sea la propia de cesión temporal de trabajadores por ella contratados [art. 2.1 b), Ley 14/1994]. Es de imaginar un fácil funcionamiento como agencia de colocación; esta posible,

(16) Artículo 8 c), Ley 14/1994: «Cuando en los doce meses inmediatamente anteriores a la contratación la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que se pretendan cubrir por despido improcedente o por las causas previstas en los artículos 50, 51 y 52 c) ET, excepto en los supuestos de fuerza mayor».

de hecho, actividad de mediación en el mercado de trabajo impide, inicialmente, obtener la preceptiva autorización administrativa como ETT, nunca la obtendrían como empresa de colocación [art. 2.1 b) Ley 14/1994]. Si a ello se dedican, constituye infracción muy grave en materia de empleo según el artículo 28.1 LISOS, precepto comentado en otro apartado. Por lo demás, la actividad de contratar trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa, sólo puede realizarse a través de las ETT debidamente autorizadas. La falta de autorización de la que depende su legal existencia, implica un incumplimiento de la legislación vigente, de la que deriva el tipo general de cesión ilegal, artículo 8.2 LISOS.

Finalmente, el listado de la Ley 14/1994, artículo 21.2, introduce una norma específica. En el caso de ETT reincidente en la comisión de infracciones muy graves, puede imponerse la suspensión de actividades durante un año. Para su proposición hay que tener en cuenta que, entre la anterior infracción cometida y la que ahora se sanciona, no haya transcurrido un año a contar desde la declaración por resolución firme de aquélla y, en todo caso, ambas se traten de los tipos del artículo 19.3, Ley 14/1994. Estos son los criterios que proporciona el artículo 131.3 LPC. En el mismo sentido, el artículo 38 LISOS dispone la apreciación de reincidencia para la determinación de la cuantía de las sanciones (17), sanción económica acumulable a la medida accesoria de suspensión de actividades. Con independencia de la cuantía de la sanción, en el acta de infracción con propuesta de suspensión de actividades, resuelve el Ministro de Trabajo o, en su caso, el equivalente en las CC. AA.; atribución de competencia que puede alterar el orden general del artículo 47 LISOS. Automáticamente no se reanuda la actividad, tras el plazo de suspensión la ETT tendrá que solicitar nueva autorización. Impuesta este tipo de sanción específica en dos o más ocasiones, impide obtener nueva autorización [art. 2.1 e), Ley 14/1994].

IV. LA NUEVA REGULACION DE LAS MODALIDADES CONTRACTUALES

Los contratos formativos y el contrato a tiempo parcial se regulan por el R.D.-L. y su desarrollo en el Real Decreto 2317/1993, de 29 de diciembre. Con alguna alteración, el texto se incorpora a la LMUFO que mantiene la vigencia del Real Decreto 2317/1993 en lo que no se oponga. En los contratos formativos se distinguen los contratos en prácticas y el nuevo contrato de aprendizaje, cuyo nexo de conexión es su elemento causal, coincidencia formativa

(17) Artículo 38 LISOS: Existe reincidencia cuando se comete una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción anterior en el plazo de los 365 días siguientes a la notificación de ésta; en tal supuesto se requerirá que la resolución sancionadora hubiere adquirido firmeza.

Si se apreciase reincidencia, la cuantía de las sanciones consignadas en los apartados anteriores podrá incrementarse hasta el duplo del grado de la sanción correspondiente a la infracción cometida, sin exceder en ningún caso del tope máximo de 15.000.000 de pesetas.

e instrumento idóneo de integración laboral de los jóvenes. De la regulación del contrato a tiempo parcial destacamos el especial régimen de cotización y el alcance de la protección social que otorga a los distintos tipos o especies, especialmente al que se ha denominado contrato «marginal». Estas modalidades cuentan con un complejo régimen jurídico de Derecho transitorio (18).

Respecto a la contratación temporal como medida de fomento de empleo la LMUFO deroga el Real Decreto 1989/1984, de 17 de octubre (disp. derog. única) y crea los contratos de fomento de empleo durante el año 1994 (disp. adic. 6.^a). Por su parte, la Ley 11/1994 expresamente posibilita a la negociación colectiva entrar en algunos aspectos de los contratos de duración determinada [art. 15.1 a) y b), ET].

Las modalidades de contratación laboral que aparecen con la reforma exigen un análisis valorativo de las consecuencias que, en orden sancionador, se derivan de la vulneración de sus normas reguladoras, especialmente en su tipificación, con baile que conjuga los artículos 27.4, 28.3, ambos en sede de empleo, y 7.5, en sede laboral, de la LISOS. La tipificación que se realiza de una determinada infracción en estas materias, deviene así fundamental, tanto para los controladores laborales, cuya actuación en materia laboral es ajena a los cometidos que les atribuye el Real Decreto 1667/1986, de 26 de mayo, como en la atribución de competencia sancionadora en las Comunidades Autónomas con competencias transferidas (que ostentan la competencia si la infracción es laboral, pero no si se tipifica como de empleo).

En primer lugar, se analizan los beneficios económicos que contienen las nuevas modalidades contractuales, para seguir con las pautas diferenciales del tipo de infracción aplicable y, finalmente, considerar algunos aspectos prácticos de orden sancionador y liquidatorio.

(18) De la disposición transitoria 2.^a y 3.^a, disposición final 2.^a y derogatoria única del R.D.-L. 18/1993; disposición transitoria única y disposición final 2.^a del Real Decreto 2317/1993; disposición transitoria 2.^a y 3.^a, derogatoria única y disposición final 2.^a de la LMUFO, el esquema breve de las normas de aplicación de los contratos formativos y contratación a tiempo parcial puede exponerse de la siguiente forma:

- Las contrataciones celebradas entre el 8-12-1993 y el 31-12-1993, les será de aplicación el R.D.-L. 18/1984 y Real Decreto 1992/1984.
- Las contrataciones celebradas entre el 1-1-1994 y el 23-5-1994, les será de aplicación el R.D.-L. 18/1993, el Real Decreto 2317/1993 y los artículos 7, 8 y 11 a 14 del Real Decreto 1991/1984 (para el contrato del relevo).
- Las contrataciones celebradas a partir del 24-5-1994, les será de aplicación la Ley 10/1994, el Real Decreto 2317/1993 y los preceptos citados del Real Decreto 1991/1984, normas que son de aplicación a las contrataciones que se celebraron entre el 31-12-93 y el 24-5-1994 [a excepción de lo establecido en el art. 3.2 d), Ley 10/1994].

Con anterioridad a la reforma, los contratos celebrados continúan rigiéndose por la normativa a cuyo amparo se concertaron.

1. Análisis de sus beneficios económicos.

Las figuras contractuales que introduce la reforma proporcionan beneficios económicos. Como veremos, se trata de alguno de los que, específicamente en materia de empleo, la norma sancionadora proporciona en la configuración del tipo del artículo 28.3 LISOS, infracción muy grave «... exenciones, bonificaciones o reducciones en las cuotas de la Seguridad Social, subvenciones u otras ayudas de fomento del empleo y formación profesional ocupacional, establecidas para las distintas modalidades de contratación o programas de apoyo a la creación de empleo».

El nuevo contrato de aprendizaje y la inusitada exclusión legislativa de determinadas contingencias del sistema de la Seguridad Social a los trabajadores con prestación de servicios inferior a doce horas a la semana o cuarenta y ocho al mes [en adelante, 12 h/s o 48 h/m], dispone una *exención* de cuotas a la Seguridad Social cuyo detalle interesa, especialmente, en la configuración del artículo 28.3 LISOS.

El contrato de aprendizaje contiene una exención total en incapacidad laboral transitoria, por contingencias comunes, prestaciones por desempleo y formación profesional, y parcial por la diferencia en cuota que resulta de aplicar los tipos generales y la cuota única que se establece para el resto de contingencias (19). En contratación con prestación de servicios inferior al límite citado, 12 h/s-48 h/m, exención total en contingencias comunes (20) excepto que es parcial respecto de la asistencia sanitaria derivada de estas contingencias por la cuota reducida en aplicación del coeficiente 0,30 previsto en el artículo 31 de la Orden Ministerial de 19 de enero de 1994, sobre normas de cotización.

El contrato de aprendizaje contiene así, en su regulación, una exención objetiva en las cuotas a la Seguridad Social que traen su fundamento en su doble causa, de un lado la inserción laboral de jóvenes con falta de formación específica, ya que representan más de la tercera parte de la población parada, y, de otro, la formación de los recursos humanos sin cuya adecuada calificación nunca serán competitivas nuestras empresas (Exposición de Motivos, LMUFO). Las modalidades contractuales con prestación de servicios inferior a 12 h/s o 48 h/m contienen una exención de tipo subjetivo dirigida a colectivos cuyo trabajo puede considerarse de tipo marginal y que no constituyen medio fundamental de vida (21).

(19) Cuota única de 3.780 pesetas mensuales, de las que 3.300 pesetas son por contingencias comunes, distribuidas de la siguiente manera: 2.750 pesetas a cargo del empresario y 550 pesetas a cargo del trabajador, 480 pesetas son por contingencias profesionales a cargo del empleador; cuota única de 270 pesetas mensuales por la cotización al Fondo de Garantía Salarial, artículo 14 del Real Decreto 2317/1993.

(20) La cotización comprende las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, asistencia sanitaria por contingencias comunes y Fondo de Garantía Salarial, artículo 4.3 LMUFO.

(21) En este sentido, la exclusión que permite el artículo 2.1 b) de la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966, Normas de aplicación y desarrollo en materia de campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación en período voluntario en el Régimen General: «Quedarán igualmente excluidas las personas cuyo trabajo por cuenta ajena, en atención a su jornada o a su retribución pueda considerarse marginal y que no constituya medio fundamental de vida».

La LMUFO, en su disposición adicional 2.^a, introduce una reducción de cuotas empresariales en los contratos formativos celebrados con trabajadores minusválidos, un 50% en las previstas para los contratos de aprendizaje y en el mismo porcentaje se reducen las cuotas empresariales por contingencias comunes en el contrato en prácticas a tiempo completo. Para fomentar la creación de empleo, la disposición adicional 6.^a de la citada ley, permite reducciones de cuotas empresariales por contingencias comunes en un 50%, 75% o 100%, según los casos (22), en las contrataciones temporales con beneficiarios de prestaciones por desempleo.

Normalmente, en la exención total y en la parcial o reducción, no hay organismo que corra a cargo de las diferencias por lo que la Tesorería General ve reducidos sus ingresos, mientras que en las bonificaciones, las cuotas que los sujetos obligados dejan de ingresar, corren a cargo de otro organismo, generalmente el INEM, por lo que la Tesorería General va a recaudar la misma cantidad que con carácter general se establece.

Puesto que la doctrina tradicional sostiene la naturaleza jurídica de la cuota como tributo, pasemos al examen del beneficio con argumentos de esta índole. Caracteriza a la exención su excepcionalidad, en cuanto modifica el ámbito objetivo o subjetivo de aplicación de la cotización a que se refiera mediante una norma, llamada de exención, que evita el nacimiento de una obligación de cotizar. Al existir dos normas, la de sujeción (23) y la correspondiente

(22) Estas contrataciones incentivadas deben cumplir los requisitos generales para el fomento del empleo, contrato en modelo oficial y duración mínima de doce meses y máxima de tres años, prórrogas mínimas de doce meses, prohibición de contratar temporalmente al amparo de la referida disposición adicional 6.^a, para las empresas que hayan amortizado el puesto de trabajo por despido improcedente, por las causas de los artículos 51 y 52 c) ET, con posterioridad al 31 de mayo de 1994. Además de éstos, los específicos son: oferta de empleo genérica y contratación a jornada completa y en cada caso los siguientes:

1. Las empresas, cualquiera que sea su número de trabajadores, que contraten a beneficiarios de percepciones por desempleo mayores de 45 años o minusválidos tienen derecho a una reducción del 75% de las cuotas empresariales.
2. Las empresas de hasta 25 trabajadores que contraten a beneficiarios de prestaciones por desempleo, menores de 45 años, inscritos al menos un año como desempleados en la Oficina de Empleo tienen derecho a una reducción de las mismas cuotas en un 50%.
3. Se prevé la elevación de dichas reducciones al 100% y al 75%, respectivamente, para el primer trabajador contratado por empresas, cualquiera que fuera su forma jurídica, que no tengan trabajador alguno a su servicio desde el 1 de enero de 1994.

A efectos de evitar su utilización fraudulenta o abusiva, se excluyen de la posibilidad de aplicar tales reducciones los contratos celebrados con trabajadores que hayan estado contratados en la empresa después del 31 de mayo de 1993, los contratos de aprendizaje y las contrataciones con los sujetos excluidos por el artículo 5 de la misma ley: «cónyuge o familiares por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, del empresario o de quienes ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, así como las que se produzcan con estos últimos».

Durante la vigencia de estas contrataciones se establece una cautela: La empresa que amortizase puestos de trabajo por despido improcedente, expediente de regulación de empleo o por la causa prevista en el apartado c) del artículo 52 ET perderá automáticamente el derecho a las reducciones de cuotas desde la fecha de tales situaciones o ceses en el trabajo.

(23) Artículos 100.4, 103.1, 107, 108 y 109 del 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, LGSS, (BOE 29 de junio, entrada en vigor el 1-9-1994), en su caso, los preceptos reguladores del trabajo por cuenta ajena en los distintos regímenes especiales de la Seguridad Social, en relación con el artículo 104 de la Ley 21/1993, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1994.

norma de exención (24), junto con la circunstancia de realizarse la prestación de servicios que genera la relación obligatoria (25), surgirá la obligación de cotizar ante la inexistencia o incumplimiento de la norma de exención.

En la mención genérica a «*otras ayudas de fomento de empleo*» se subsume en este objetivo la calificación que merece la retribución del trabajador en prácticas rebajada al 60% o 75%, según primer o segundo año de contrato, del salario fijado en convenio colectivo para el mismo o equivalente puesto de trabajo, siempre que se respete el salario mínimo interprofesional. Este rebaje salarial sólo podrá utilizarse cuando la norma convencional no disponga expresamente la retribución para la condición de ser trabajadores en prácticas [art. 3.1 e) de la LMUFO y art. 4 del R.D. 2317/1993]. Pues bien, esta ventaja económica de coste salarial reducido implica, en su disfrute, el cumplimiento de las reglas legales relativas a esta modalidad contractual.

2. El problema de la elección del tipo de infracción.

La transgresión de las normas de contratación nos lleva a calificar y tipificar la infracción con cierta actividad o valoración jurídica en la aplicación de la norma. Desde el perfil del alcance y naturaleza del hecho o acto impugnado se determina si la falta administrativa se subsume o encuadra en el tipo de infracción previsto en la norma correspondiente. Para ello, resulta necesario tener presente el tipo del ilícito administrativo y ciertas consideraciones en su configuración.

De un lado, en materia de empleo, la LISOS dispone de dos preceptos, el artículo 27.4, infracción grave, para los incumplimientos a las modalidades contractuales dictadas al amparo de los artículos 17.2 y 17.3 del ET, y el artículo 28.3, infracción muy grave, específicamente para las modalidades que cuentan con ayudas económicas. Este último tipo requiere, en todo caso, la efectiva obtención o el efectivo disfrute indebido de beneficios; no basta, pues, el simple ánimo defraudador en la utilización de la modalidad contractual. De otro lado, en materia laboral el artículo 7.5 LISOS, infracción grave, tipifica la transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, pero no cualquier irregularidad ya que la conducta ilícita se limita, exclusivamente, a supuestos de «utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal o reglamentariamente, o mediante convenio colectivo, cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva (26)».

(24) Artículos 3.2 g) y 4.3 de la LMUFO, respectivamente en aprendizaje y en prestaciones de servicios inferior a 12 horas semanales o 48 horas mensuales.

(25) Artículos 97 y 106 de la LGSS en el Régimen General y, en su caso, las normas reguladoras de los Regímenes Especiales.

(26) Modificación introducida por el artículo 21.4 de la Ley 11/1994, al compás de las posibilidades que establecen las normas sustantivas: artículo 15.1 a), y b) del ET, artículo 3.1 b) y 3.2 b) de la LMUFO.

Las dudas que plantea la aplicación de los tipos de empleo o el laboral, de alguna manera se despejan con la Sentencia del TC 249/88, de 20 de diciembre, conforme a cuya doctrina la consideración de una infracción como laboral o de empleo vendrá determinada en la medida en que las infracciones cometidas afecten prioritariamente al propio contenido de la relación laboral en menoscabo de los derechos de los trabajadores o a la ordenación del mercado de trabajo. De acuerdo con este criterio diferenciador (legislación dirigida a la ordenación del mercado de trabajo), los supuestos legales de contratación temporal de trabajo, con su clásica distinción, quedan amparados por la LISOS de la siguiente manera:

- a) La contratación temporal de carácter estructural, integrada por los cuatro supuestos causales contenidos en el artículo 15.1 ET, solamente en el artículo 7.5 de la LISOS (contrato para la realización de obra o servicio determinado, contrato de eventuales por circunstancias de la producción, contrato de trabajadores interinos y contrato para el lanzamiento de nueva actividad -objeto de desarrollo reglamentario a través del R.D. 2104/1984, de 21 de noviembre-).
- b) La contratación temporal de carácter coyuntural, vinculada a la contratación en fomento de empleo de acuerdo con el artículo 17.3 del ET, se calificará como infracción en materia de empleo muy grave, artículo 28.3 LISOS, si implica y se disfrutan beneficios económicos, y, en caso contrario, grave, artículo 27.4 LISOS, bien por su no disfrute efectivo, bien por no contener ventaja económica el marco regulador de la modalidad de que se trate.
- c) Los contratos formativos y el contrato a tiempo parcial, por ofrecer circunstancias peculiares, se tratarán más extensamente en el siguiente apartado.

Para la contratación indefinida al amparo del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos, y de la Ley 22/1992, de 30 de julio, de Medidas Urgentes sobre Fomento del Empleo y Protección por Desempleo, la obtención indebida del beneficio económico será, igualmente, el criterio diferenciador en la calificación de grave o muy grave de la infracción cometida en materia de empleo.

3. Cuestiones de orden sancionador.

En la fiscalización de las nuevas modalidades de contratación, de acuerdo con sus exigencias legales y reglamentarias, nos gustaría resaltar los siguientes aspectos:

1. En la contratación en prácticas, la utilización del ilícito administrativo del artículo 28.3 LISOS solamente será viable cuando al trabajador, por ausencia de previsión convencional, se le retribuya por debajo del salario convenio para el puesto de trabajo que ocupa y por encima, al menos, del 60% o 70% de aquél, según año de vigencia de su contrato, que puede discurrir en varias empresas en base a una misma titulación, retribución que en todo caso supera el salario mínimo interprofesional. En este caso la constatación de incumplimientos de las reglas legales establecidas, con las salvedades que expondremos, dará lugar al inicio del procedimiento sancionador (27) y del procedimiento liquidatorio (28) de cuotas por la diferencia salarial entre la retribución real y la que corresponda por convenio colectivo. La misma consideración tiene la indebida aplicación de cuotas reducidas en el contrato en prácticas de trabajadores minusválidos.

2. Con carácter general, los incumplimientos empresariales de las obligaciones configuradoras de régimen del contrato de aprendizaje genera un disfrute indebido del beneficio otorgado. En este caso, la actuación se concreta en la extensión o promoción de acta de infracción en materia de empleo, por tanto, según la tipificación del artículo 28.3 LISOS, y acta de liquidación de cuotas por diferencia de cotización resultante de la exención indebidamente aplicada en cuotas a la Seguridad Social y, en su caso, del pago de un salario inferior al debido. Esta regla general sancionadora cuenta con una curiosa excepción, la previsión tipificadora del último párrafo del artículo 3.2 e) LMUFO que a continuación se analiza.

3. El incumplimiento empresarial de «sus obligaciones en relación con la formación teórica ha sido sancionado por el nuevo régimen con el deber de abonar al trabajador, en concepto de indemnización, una cantidad igual a la diferencia que exista entre el salario percibido por el trabajador, en virtud del tiempo de formación teórica pactada en el contrato, y el salario mínimo interprofesional o el pactado en convenio colectivo, sin perjuicio de la sanción que proceda de acuerdo con lo previsto en el artículo 7.5 LISOS». Un sucinto análisis crítico nos lleva a las siguientes consideraciones.

Un enfoque civilista parece inspirar esta cláusula. Nos recuerda la teoría general de contratos, donde el incumplimiento de obligaciones se sustituye mediante el resarcimiento de daños y perjuicios, esto es, mediante una indemnización. Este planteamiento no cierra otras consideraciones jurídicas propias de la esfera laboral. Así resulta si tenemos en cuenta la declaración general del artículo 15.3 ET y, específicamente, el artículo 17.2 Real Decreto

(27) Artículo 51 a) LISOS, el procedimiento se inicia por acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

(28) Artículo 82 del Real Decreto 1517/1991, de 11 de octubre, Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social y artículo 31 LGSS, corresponde extender acta de liquidación de cuotas, por los descubiertos originados por falta de afiliación o de alta, así como los debidos a diferencias de cotización por trabajadores que figuren dados de alta.

2317/1993 (29). Al no cumplirse el deber formativo, falta uno de los elementos causales del contrato. Conviene advertir que la doctrina mayoritaria judicial que se elabora ante el incumplimiento del requisito de la formación del anterior Real Decreto 1992/1984, por tratarse de un elemento esencial y causal de contrato, hacía convertir el simulado contrato para la formación en otro por tiempo indefinido, por considerar que el contrato se había celebrado en fraude de ley.

En el contrato de aprendizaje, el elemento formativo pierde protagonismo ante la inclinación del legislador por el otro aspecto causal del contrato, fomentar el empleo juvenil. Un indicio de esta referencia lo proporciona la aplicación del principio de tipicidad; los incumplimientos sobre la obligación de formación teórica, tipificada como infracción grave en el artículo 7.5 LISOS, obtienen una sanción mucho más rentable que la del tipo general, infracción muy grave del artículo 28.3 LISOS, de utilización en el resto de incumplimientos (30).

En otro orden de consecuencias, la indemnización que se debe cotiza a la Seguridad Social (31) por todas las contingencias y tipos generales, mediante una liquidación complementaria, sin perjuicio de la liquidación de cuota por la exención indebidamente aplicada.

4. La aplicación de las disposiciones del contrato de aprendizaje plantea cuestiones diversas, especialmente la escala del artículo 7.3 del Real Decreto 2317/1993 que limita el número máximo de aprendices a contratar según un criterio ocupacional por centro de trabajo (32). La solución a cada una de ellas, como limitativa del número máximo de aprendices a contratar, vendrá motivada por una opción ampliadora, en fomento de empleo juvenil, o reductora, en consideración a los beneficios económicos que se otorgan y la fuerte restricción de prestaciones que el trabajador aprendiz padece en comparación con un trabajador ordinario.

- (29) Artículo 15.3 ET: Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley.
Artículo 17.2 Real Decreto 2317/1993: Adquirirán la condición de trabajadores fijos los contratados en aprendizaje cuando dichos trabajadores no reúnan los requisitos legalmente establecidos para su celebración.
- (30) De acuerdo con el artículo 37 LISOS, las infracciones graves se sancionan con multa de 50.000 pesetas a 500.000 pesetas, las infracciones muy graves en cuantía de 500.000 pesetas a 15.000.000 pesetas.
- (31) El artículo 109.2 b) LGSS excluye del cómputo en la base de cotización, únicamente, las indemnizaciones por fallecimiento, traslados, suspensiones y despidos.
- (32) Si se observa directamente la escala del artículo 7.3 Real Decreto 2317/1993, en el nivel ocupacional por centro de trabajo a partir de los 100 trabajadores (tramos 101-250, 251-500, más de 500) se introducen dos criterios alternativos (ambos, respectivamente, a cada tramo) para la limitación del número de aprendices a contratar, uno en cifras absolutas (10, 20, 30) y otro en cifras porcentuales (8%, 6%, 4% de la plantilla). La elección de uno u otro criterio proporciona una reducción o ampliación del límite máximo de aprendices. La norma no aporta regla adicional para la elección de uno u otro criterio. Esta discrecionalidad puede resolverse de la siguiente forma: Se utiliza siempre el criterio porcentual limitativo salvo que al aplicar el correspondiente porcentaje al número de trabajadores por centro, el resultado fuera inferior a la cifra absoluta del respectivo nivel ocupacional, en cuyo caso, juega el límite de la cifra absoluta. Esta formulación se sostiene por el absurdo de utilizar el límite absoluto a partir de un determinado nivel ocupacional (desde 750 trabajadores, el 4% siempre supera el límite absoluto de 30) donde la misma cantidad de aprendices se podría contratar con una ocupación de mil trabajadores que con otra de tres mil. Además, esta formulación coincide con la que se presenta como primera finalidad legislativa: Utilización de esta figura contractual en fomento de empleo juvenil y en detrimento de su causa formativa.

5. La regulación del contrato de aprendizaje dispone de una cuota única (art. 14 R.D. 2317/1993) para las contingencias profesionales no exentas de cotización y protección (accidentes de trabajo y enfermedad profesional y Fondo de Garantía Salarial). En este punto una cuestión queda por agitar, ¿cómo cotizan las horas extraordinarias? Con carácter general, la retribución por horas extraordinarias integra la base de cotización por contingencias profesionales y, en consecuencia, forma parte de la base reguladora a tomar para el reconocimiento de las prestaciones que se deriven. El artículo 14.4 del Real Decreto 2317/1993 establece una especial regla para el reconocimiento de prestaciones: se toma como cotizado el 75% de la base mínima de cotización que corresponda en función de la edad que tiene el trabajador durante la vigencia de su contrato de aprendizaje. Con esta especialidad la respuesta negativa a su cotización se detiene en el carácter de cuota única y base reguladora de prestaciones que se fijan, en todo caso, con independencia de los salarios que correspondan. La obligación de cotizar por la retribución debida por un trabajo efectivo realizado fuera de la jornada ordinaria es, a mi juicio, la respuesta satisfactoria. Puede afirmarse que el divorcio salario-cotización-prestación sólo se dispone en atención a un combinado tiempo de trabajo (a su vez de formación práctica) y de formación teórica. El sumatorio de estos tiempos ha de respetar la jornada máxima prevista en convenio colectivo (art. 11 R.D. 2317/1993). Si la combinación quiebra por la realización de un trabajo efectivo fuera de la jornada ordinaria, también deberían excepcionarse las reglas de cotización y su estimación en el reconocimiento de las prestaciones, esto es, a la cotización por horas extraordinarias se le aplican las reglas generales, bases y tipos, y pasan a integrar la base reguladora de las contingencias profesionales protegidas en esta modalidad.

Con independencia de la anterior proposición, las remuneraciones por horas extraordinarias se gravan con una cotización adicional que no computa a efectos de determinar la base reguladora de las prestaciones (33). Desde que en 1979 se introduce esta cotización adicional, su finalidad es penalizar la realización de horas extraordinarias en aras a fomentar la contratación de trabajadores desempleados. En cualquier caso, procede esta cotización adicional, pues de lo contrario un ahorro de estas cuotas es injustificado.

6. La superación del período de duración máxima de los contratos formativos, conforme establecen los artículos 3.1 b) y 3.2 c) de la LMUFO y en relación con el artículo 3 y el artículo 8 del Real Decreto 2317/1993, en cuanto que implique el disfrute indebido de la ventaja económica que disponen, nos lleva a la sanción administrativa, tipo general, y la liquidación de cuotas en los términos expuestos en el apartado segundo.

No obstante, puesto que para estas modalidades formativas los contratos se conectan a la vida laboral de los trabajadores, con la condición de ser contratados por la misma o distinta empresa sin superar su duración máxima [art. 3, apartado 1, párrafo c) y apartado 2, párrafo d)

(33) Artículo 104.3 de la Ley 21/1993, de 29 de diciembre, de PGE para 1994: la cotización adicional por horas extraordinarias, motivadas por fuerza mayor, y las estructuradas, se efectuará al 14%, del que el 12% será a cargo de la empresa y el 2% a cargo del trabajador. Las que no tengan esta consideración se efectuará al 29,3%, el 24,4% de la empresa y el 4,9% del trabajador.

de la LMUFO], se faculta a las empresas para recabar del INEM certificación que acredite contratación en prácticas o en aprendizaje anterior a la contratación que se pretende y exonera de responsabilidad si dicha certificación no se emite en el plazo de diez días. Entendemos que el alcance de esta exoneración se limita a la responsabilidad administrativa que deriva del procedimiento sancionador e impide que éste se inicie, pero no afecta a los expedientes liquidatorios que deberán practicarse si con la superación del límite máximo de duración se aplican beneficios económicos.

7. Los incumplimientos de la obligación de registrar las prórrogas en los contratos formativos en un plazo de diez días (art. 15.2 R.D. 2317/1993) o a la terminación de los contratos formativos la expedición de la correspondiente certificación (art. 5 y art. 12 del R.D. 2317/1993) no disponen de cobertura legal que tipifique estas infracciones, al carecer en sede de empleo (Cap. IV, Secc. 1.ª de la LISOS) de una cláusula general para infracciones formales o documentales. Tampoco es sancionable por el artículo 7.5 LISOS, en materia laboral, pues su utilización solamente se refiere a los supuestos específicos allí delimitados. Estas cuestiones quedan, de esta forma, desvalorizadas y sin fuerza coercitiva en el control y verificación de incumplimientos que, incluso, merecen su estimación de sustanciales, tanto por lo importante que para el colectivo afectado le puede representar en su futura vida laboral la acreditación de unas prácticas o de un aprendizaje profesional como del otro incumplimiento, falta de registro de prórrogas, que no facilita a la Administración la efectiva vigilancia y seguimiento de estos contratos inicialmente registrados en la Oficina Pública de Empleo.

8. Respecto de los trabajadores contratados con prestación de servicios efectiva inferior a 12 h/s o 48 h/m, la atención de vigilancia y control debe acentuarse en la constatación de no superar este número de horas. Si se detectan jornadas que habitualmente superan este límite queda desvirtuada la causa contractual (por razón del carácter marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida), que es la que evita la obligación de cotizar en las contingencias exentas. Con los medios de prueba que se disponga en la constatación de estos hechos procede iniciarse el procedimiento sancionador, con acta de infracción en materia de empleo, artículo 28.3 LISOS, y expediente liquidatorio por las cuotas que corresponden de la exención indebidamente aplicada.

9. La LMUFO, en su artículo 4.3, introduce una declaración de importante trascendencia: «Tendrán la consideración de horas extraordinarias a todos los efectos, incluidos los de Seguridad Social, cada hora de trabajo que se realice sobre la jornada ordinaria de trabajo efectivo en el contrato a tiempo parcial». La lectura pacífica de este apartado no precisa comentario adicional, ahora bien, una cosa es lo que las partes dicen en el contrato de trabajo y otra distinta la que hacen en su ejecución. ¿Qué sucede con una práctica, continuada y de largo prolongada en el tiempo, por la que se realizan, sistemáticamente, más horas de las que constan en el contrato a tiempo parcial y en el parte de alta a la Seguridad Social? Una estricta

interpretación de aquel apartado califica de extraordinarias las horas de esta forma realizadas. En contra de esta proposición, en mi opinión, la normalidad y habitualidad de esta situación de hecho destruye la calificación jurídica de horas extraordinarias con sus consecuencias derivadas.

La jornada ordinaria de trabajo es la pactada en el contrato (art. 34 ET). El exceso de esta jornada deja de tener la calificación de ordinario para pasar a tener el carácter de horas extraordinarias (art. 35 ET). Lo extraordinario, por contraposición, alude a lo que no es habitual y normal. Al comprobar la enunciada situación de hecho, su valoración jurídica atiende a la materia de la jornada, por tratarse de un exceso de jornada ordinaria que incumple el artículo 34 ET, infracción tipificada en el artículo 7.3 LISOS, calificada de grave en materia laboral, «la transgresión de las normas y los límites legales o paccionados en materia de jornada». En torno a la cotización, se debe regularizar las diferencias que resultan, pues al tener el carácter de ordinarias, la retribución de estas horas forma parte de la base por contingencias comunes. Estas circunstancias deben comunicarse a la Tesorería General de la Seguridad Social para que proceda a corregir la permanencia en alta, según los días u horas efectivamente trabajados como ordinarios y como tales no cotizados. Esta comunicación ha de surtir efecto en el cómputo de los períodos de carencia y cálculo de la base reguladora para el reconocimiento de prestaciones de seguridad (34).

10. Finalmente, nos detendremos en la consideración a las actas de liquidación que se han citado anteriormente para cada uno de los supuestos contemplados. El punto de partida se sitúa en el artículo 80.1.1 de la Orden Ministerial de 8 de abril de 1992 que desarrolla el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, Real Decreto 1517/1991, de 11 de octubre, conforme al cual no procede extender acta de liquidación por diferencias si las deducciones improcedentes no aparecen reflejadas o se deducen de los documentos de cotización. No alcanzamos a imaginar más de dos supuestos en los que se deducen de los propios documentos (35). La indebida exención de cuotas en el contrato de aprendizaje y en el de prestación de servicios inferior a 12 h/s o 48 h/m, por aplicación de aquel precepto reglamentario, impediría su exigencia a través de acta de liquidación. Además, no está determinado el instrumento de comunicación por parte de la Inspección a la Tesorería para que ésta pueda reclamar la exención indebida mediante «notificación de la liquidación», por no ser, a nuestro juicio, válida la utilización del comunicado de descubierto de cuotas, que

(34) El artículo 4.3 LMUFO establece un cómputo exclusivo de horas o días efectivamente trabajados a efectos de determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo. Este criterio limitado por el tiempo efectivamente trabajado, cuenta con reglas de aplicación establecidas en la disposición adicional 9.ª del Real Decreto 2317/1993, de 29 de diciembre, sobre revalorización de pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones de protección social pública para 1994 (BOE de 31 de diciembre).

(35) Serían los casos de contrataciones efectuadas fuera de la vigencia temporal de la norma a la que se acoge, y de no estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social cuando ello es exigible.

canaliza, en colaboración con la Tesorería General de la Seguridad Social, los descubiertos de cuotas que se incluyen en los requerimientos que expide aquella entidad (art. 79 del R.D. 1517/1991), requerimientos cuya procedencia y tramitación difiere de la «notificación de la liquidación» que prevé el Reglamento General de Recaudación en su artículo 96.1. No es, ahora, nuestra pretensión el resolver esta cuestión, no obstante creemos que sería deseable que los tribunales declararan la nulidad del artículo 80 de la Orden Ministerial de 8 de abril de 1992 por su extralimitación en el desarrollo del artículo 82 del Real Decreto 1517/1992. La otra solución adoptada es la práctica en algunas inspecciones provinciales de extender directamente acta de liquidación por diferencias deducidas de bonificaciones o reducciones improcedentes. En el contexto en que se expone la ayuda económica del contrato en prácticas (salario por debajo del convenio colectivo) se incluiría en acta de liquidación por diferencias salariales que no queda afectada por el tan cuestionado artículo 80 de la Orden Ministerial 8 de abril de 1992.

V. ALGUNOS ASPECTOS DE LA REFORMA LABORAL: SU REPERCUSION EN LA LEY DE INFRACCIONES Y SANCIONES

La ley de reforma, Ley 11/1994, altera la esencia o forma de, prácticamente, la totalidad de las instituciones laborales. La intención no es exponer estos cambios, ni siquiera a mero título descriptivo. Desde la óptica de la LISOS se expone su adecuación o modificación, acompañada con la regulación sustantiva.

1. El contrato de trabajo: La obligación de información del empresario.

Por el artículo 21, Ley 11/1994, se añade un apartado, ocupa el número 5, al artículo 6 LISOS, infracciones leves en materia laboral. La conducta sancionada es la de «no información por escrito al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, en los términos y plazos establecidos reglamentariamente». La obligación se refiere a todas las contrataciones de duración superior a cuatro semanas siempre que aquellos elementos y condiciones no figuren en el contrato formalizado por escrito. Esta información ha de respetar lo dispuesto en la Directiva 91/533/CEE, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral. La Directiva comunitaria establece los elementos mínimos de información (identificación de las partes, lugar y puesto de trabajo, duración y fecha de comienzo, preavisos de la finalización del contrato, vacaciones, retribuciones, jornada, convenios o acuerdos colectivos aplicables: art. 2.2), el plazo máximo de entrega (dos meses desde el comienzo del trabajo o de un mes desde cualquier modificación de elementos esenciales: art. 3.1). De momento, hay que esperar el desarrollo reglamentario de la obligación contenida en el artículo 8.4 ET.

2. El tiempo de trabajo.

El citado artículo 21, Ley 11/1994, da una nueva redacción al artículo 7.3 LISOS, infracción grave en materia laboral: «la transgresión de las normas y los límites legales o paccionados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo a que se refiere la Sección Quinta, Capítulo II, Título I del ET y el artículo 22 de la misma ley». La referencia al trabajo nocturno es el aspecto de nueva inclusión en este precepto.

La reforma de los artículos 34 al 36 ET impone nuevas obligaciones empresariales: descanso de quince minutos por cada seis horas de trabajo; compensación con tiempo de descanso dentro de los cuatro meses siguientes a la realización de horas extraordinarias, salvo pacto, colectivo o individual en contrario; en trabajo nocturno, la obligación de informar a la autoridad laboral de la realización de trabajos en período nocturno, trabajo nocturno limitado por 8 horas diarias de promedio en 15 días y prohibición de realización de horas extraordinarias; obligación de realizar, a los trabajadores a turnos, una evaluación gratuita de su salud antes del inicio y después, a intervalos regulares; el deber de tener en cuenta la adaptación del trabajo a la persona, en la organización del trabajo con un cierto ritmo.

3. El trabajo de menores.

El trabajo de menores de dieciocho años se rige por nuevos límites estatutarios: límite diario de ocho horas de trabajo efectivo, incluidos los tiempos dedicados a la formación y según horas realizadas para varios empresarios (art. 34.3 ET); descanso de treinta minutos en jornada continuada que exceda de cuatro horas y media (art. 34.4 ET); descanso semanal mínimo de dos días ininterrumpidos (art. 37.1 ET). Junto a estas limitaciones, recordar la prohibición de realizar trabajos nocturnos y horas extraordinarias (art. 6.2.3 ET). Asimismo, la prohibición de admisión al trabajo a los menores de dieciséis años a excepción de la intervención en espectáculos públicos (art. 6.1 y 4 ET).

El nuevo número 4 del artículo 8 LISOS, infracción muy grave en materia laboral, queda redactado en términos de genérica remisión: «la transgresión de las normas sobre trabajo de menores contempladas en el ET». Se trata de una adecuación tipificadora que, además de los incumplimientos de las reglas del artículo 6 ET, al que reenvía la originaria redacción del artículo 8.4 LISOS, da entrada a las nuevas obligaciones brevemente expuestas.

4. La movilidad geográfica.

El nuevo régimen de traslados distingue entre los colectivos (según reglas del art. 40.2) y los individuales (los restantes, por exclusión). Prácticamente desaparece el intervencionismo administrativo, excepto para los colectivos. La diferencia procedimental radica en la obligación empresarial de mantener un período de consultas con la representación de los trabajadores, de duración no inferior a 15 días. Durante este período consultivo, el legislador presiona para que se consiga un acuerdo, obliga a negociar de buena fe. Tanto la apertura de las negociaciones como la posición de las partes tras su conclusión deben ser notificadas a la autoridad laboral para su conocimiento. A la vista de las posiciones de las partes y siempre que las consecuencias económicas o sociales de la medida así lo justifiquen, la autoridad laboral puede ordenar la ampliación del plazo de incorporación de 30 días y la consiguiente paralización de la efectividad del traslado por un período de tiempo que, en ningún caso, podrá ser superior a seis meses. La adopción de esta decisión es bastante discrecional, con cierto margen de maniobra cuenta la Administración Laboral fundada en genéricas referencias a consecuencias económicas o sociales. El incumplimiento de esta orden de paralización de la efectividad del traslado se tipifica como infracción muy grave en materia laboral con el nuevo apartado 13 añadido al artículo 8 LISOS (art. 21, Ley 11/1994).

La vulneración de otros aspectos procedimentales se tratan como un supuesto de los tipificados en el artículo 7.4 LISOS, infracción grave, que se comenta en el punto siguiente, por remisión al artículo 41 ET y éste, a su vez, al régimen específico del artículo 40 ET para las modificaciones en materia de traslados.

5. La modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Tras la reforma del artículo 41 ET, la lectura del artículo 7.4 LISOS, infracción grave en materia laboral, cuenta con un diferente sentido. La conducta que tipifica es la imposición unilateral por el empresario de una modificación de las condiciones sustanciales de trabajo, con remisión al artículo 41. Al amparo de este artículo, en su redacción originaria, el empresario no podía imponer unilateralmente una modificación sustancial. Salvadas las discrepancias doctrinales, tanto las modificaciones individuales como las colectivas requerían el acuerdo con los representantes de los trabajadores o, en su defecto, autorización de la autoridad laboral competente.

En la actualidad, puede el empresario modificar unilateralmente las condiciones sin más exigencias que someterse a un procedimiento diferenciado, según sean de carácter colectivo o individual. Este principio general contiene una importante salvedad: en todo caso y sólo por el acuerdo con los representantes de los trabajadores, pueden modificarse las condiciones sustan-

ciales fijadas en convenio colectivo estatutario, cuando tales condiciones afecten, exclusivamente, a las materias de horario, trabajo a turnos, sistemas de remuneración y rendimiento, no a otras distintas de las expresadas con independencia del número de trabajadores afectados. Con esta previsión no le queda a la Administración ningún supuesto por decidir cuando se trata de condiciones establecidas por convenio colectivo (de esta forma no se contradice el sentido estricto de la STC 92/1992).

Al margen de esta excepción, aun cuando la decisión empresarial puede ser impuesta unilateralmente, ha de respetar unas normas procedimentales. Para ello es preciso diferenciar entre modificación de carácter individual o colectiva (36). El primer tipo está exento de consulta con los representantes de los trabajadores, basta con notificar, con antelación mínima de 30 días a la fecha de su efectividad, simultáneamente al afectado y a sus representantes. En las colectivas es necesario abrir y agotar un verdadero período de consultas, no inferior a 15 días, con la obligación de negociar de buena fe. Finalizado este período consultivo, con o sin acuerdo con la representación unitaria o sindical, la decisión se notifica con 30 días de preaviso. Pues bien, el no respeto de estas normas mínimas procedimentales (notificaciones y períodos de consultas) contraviene el actual artículo 41 ET, precepto que expresamente configura el tipo del artículo 7.4 LISOS, a pesar de las dudas que pueda ofrecer el inciso de este precepto. Desde luego, no estaría de más un pequeño retoque al citado artículo sancionador.

VI. EL ALTA EN LA SEGURIDAD SOCIAL

Del conjunto de normas promulgadas en la primera fase de la reforma laboral cabe señalar, por su importancia, la Orden Ministerial de 17 de enero de 1994 sobre presentación de las solicitudes de afiliación y altas de los trabajadores en la Seguridad Social y de afiliación, altas y bajas relativas a determinados trabajadores contratados a tiempo parcial (BOE 24-1-1994).

La finalidad de esta norma es evitar prácticas abusivas, que con cierta picaresca, propiciaba la normativa anterior en esta materia, al fijar plazos posteriores al inicio de la actividad determinante de la afiliación o el alta, en concreto, cinco días naturales a partir del siguiente al del inicio en el trabajo, plazo señalado por el hoy derogado artículo 17.2 de la Orden

(36) Esta diferenciación no resulta tan fácil. La tipología que proporciona el precepto es caótica, combina criterios materiales y numéricos, límites temporales y de trabajadores afectados según escala (último párrafo del punto 2 del art. 41). Así ocurre con las modificaciones funcionales o de horario, que con independencia de su origen o forma de establecimiento, su calificación de colectiva o individual depende de su desarrollo en 90 días y de afectar a un número de trabajadores por encima o por debajo de la escala. Sin embargo, otras materias, aunque estén por debajo de estos límites temporales y numéricos de trabajadores afectados, son colectivas si por su origen se reconoce este carácter colectivo, acuerdo o pacto colectivo, decisión unilateral del empresario de efectos colectivos.

Ministerial de 28 de diciembre de 1966. Mediante esta norma se establece una nueva regulación en la presentación de las solicitudes de afiliación y de altas, de modo que las mismas se formalicen con anterioridad al comienzo de la prestación de servicios por parte del trabajador.

En este sentido, es interesante y deseable que las Administraciones de la Seguridad Social dejen constancia, en los propios partes, de la hora de su presentación. Con ello se garantiza el control del cumplimiento regular de la obligación para el caso de inicio del horario previsto, por ejemplo: turno de tarde, a lo largo del mismo día en que es admisible el alta en plazo.

Por otra parte, de esta orden interesa destacar la fórmula flexible que permite el artículo 1 en su punto 2 y, de ella, el incumplimiento de la obligación que dispone el último párrafo. Esta fórmula, caracterizada por su excepcionalidad, se limita en su aplicación a los supuestos tasados, que deberán concretarse en cada caso (37).

Con carácter excepcional, la solicitud de afiliación y/o alta puede comunicarse a la Dirección Provincial de la TGSS o sus Administraciones mediante la remisión por medios informáticos de los datos mínimos identificativos del trabajador y del empresario, con indicación de fecha y hora de inicio de la prestación de servicios. Así solicitada la afiliación y/o el alta, su eficacia queda condicionada por la obligación de formalizar debidamente los documentos establecidos al efecto en el primer día hábil siguiente a la prestación de servicios. De esta forma, se introduce una condición suspensiva o inicial de la que depende el nacimiento de la relación jurídica de Seguridad Social. Si los datos se comunican por medios informáticos y dentro del plazo citado del primer día hábil se presentan los partes de afiliación y/o alta, se da cumplida la condición suspensiva, la obligación de afiliación y/o alta adquiere plena eficacia y se constituye la relación jurídica de Seguridad Social cuyos efectos se retrotraen al momento del inicio de la prestación de servicios. El análisis de la anterior obligación nos lleva a tipificar su incumplimiento en el artículo 14.1.2 LISOS, infracción grave. A tal efecto se distingue entre:

- a) El alta presentada fuera de plazo. La presentación de los documentos pasado el primer día hábil siguiente a la prestación de servicios implica un alta con efectos sólo desde el día en que se formule la solicitud, sin perjuicio de las responsabilidades que se derivan en orden a las prestaciones (art. 96 de la LGSS) y la sanción que resulta del ilícito administrativo del recién citado artículo de la LISOS.

(37) Artículo 1.2 Orden Ministerial de 17 de enero de 1994, casos excepcionales:

- El no poder prever con antelación suficiente la iniciación de la prestación de servicios.
- Que el día o días anteriores fueran inhábiles.
- Que la prestación de servicios se inicie en horas inhábiles con independencia del carácter hábil del día o días anteriores.

- b) La falta de alta. Comunicados los datos por medios informáticos, si con posterioridad no se cumple la formalización de los documentos, la condición suspensiva llega a faltar y la afiliación y/o el alta se tiene por inexistente. Con la constatación de estos hechos, se dará cuenta a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que adoptará las providencias propias de una falta absoluta de alta.

Para finalizar, en la aplicación del tipo del artículo 14.1.2 LISOS habrá que tener en cuenta el principio temporal de la infracción. En los procedimientos sancionadores que se insten se citará esta orden para las faltas de alta con prestación de servicios iniciada con posterioridad a la fecha de entrada en vigor (1-2-94) o iniciada con anterioridad si la infracción se desarrolla y permanece en el tiempo con dos normas procedimentales en cuanto a plazos para la presentación de afiliación y/o alta.

VII. LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL: IMPUTACION DE RESPONSABILIDADES SANCIONADORAS

La disposición adicional decimoctava de la Ley 22/1993 añade un nuevo apartado, número 7, al artículo 15 LISOS, que tipifica las infracciones muy graves en materia de Seguridad Social. Merecen un análisis detenido los aspectos contenidos en sus tres párrafos, al introducir un especial régimen de imputación de responsabilidades.

El párrafo primero dispone que, en la comisión de infracciones muy graves, el empresario incurre en una infracción, con *imputación individualizada* por cada trabajador que obtenga o disfrute fraudulentamente prestaciones de Seguridad Social. Esta disposición está prevista para el empresario partícipe en la obtención o disfrute indebido de prestaciones. A tal efecto, el artículo 15 recoge las acciones u omisiones que facilitan esta práctica indebida:

1. Dar ocupación como trabajadores a beneficiarios de pensiones y otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social.
2. Incurrir en convivencia con sus trabajadores o con los demás beneficiarios para la obtención de prestaciones indebidas o superiores a las que procedan en cada caso, o para eludir el cumplimiento de las obligaciones que a cualquiera de ellos correspondan.
3. Incrementar indebidamente la cotización del trabajador a los efectos de conseguir mejoras en las prestaciones.

El número de trabajadores afectados en la comisión de las restantes infracciones del artículo 15 LISOS es el criterio que atenúa o agrava la sanción resultante (art. 36.1 LISOS).

La reforma se decanta por introducir esta imputación individualizada de infracción muy grave en el ámbito de la Seguridad Social y en el de protección por desempleo que, con idéntica técnica, lleva a cabo el artículo 40 de la Ley 22/1993 al añadir un nuevo apartado, el 3.5, al artículo 29 LISOS, infracciones muy graves de los empresarios.

Esta tendencia, completa el cuadro de infracciones muy graves, junto con el trabajo de extranjeros (art. 35.1 LISOS), en las que con claridad y rigor técnico la imputación de la infracción y su sanción se condiciona a tantos cuantos trabajadores sean afectados en el ilícito administrativo. Al margen queda la consideración de la redacción del tipo descrito en el artículo 14.1.2 LISOS que con la expresión «de cada trabajador» en la falta de alta en la Seguridad Social se mantiene la tesis de individualizar la infracción, criterio que sostiene la práctica administrativa de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la Dirección General del Régimen Jurídico de la Seguridad Social. Este asunto no deja de contar con pronunciamientos contrarios sostenidos, seguramente, en una interpretación restrictiva de este artículo que carece de la formulación clara e inequívocamente otorgada en otras sedes de la LISOS. Por lo demás, una interpretación restrictiva y no analógica, es acorde con el principio de legalidad y tipicidad que limita el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración (art. 129 LPC).

El párrafo segundo establece la responsabilidad solidaria del empresario en la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por el trabajador siempre que sea partícipe en la comisión de las infracciones muy graves transcritas de los apartados 1, 3 y 5 del artículo 15 LISOS. Esta previsión es coherente con el nuevo planteamiento que la LISOS efectúa y que, como veremos, también se proyecta en materia de protección por desempleo (art. 29.3.5 LISOS).

Es novedoso para la LISOS exigir al empresario responsabilidad en el reintegro de prestaciones indebidas de Seguridad Social. Con anterioridad la responsabilidad era de carácter subsidiario por aplicación del artículo 56.2 LGSS, hoy derogado por su oposición a la responsabilidad solidaria establecida en el número 7 del comentado artículo de la LISOS (disp. derog. única de la Ley 22/1993).

La actuación de la Inspección, en orden a exigir de las empresas la responsabilidad solidaria, dependerá de la infracción que se cometa:

- a) La infracción del artículo 15.1, trabajo de beneficiarios, tiene su correlativa para los trabajadores beneficiarios en la tipificación del artículo 17 LISOS. Basta con que la Inspección comunique los hechos constatados para que la Entidad Gestora proceda, por ser a quien le corresponde (art. 46.4 LISOS), a imponer la sanción de pérdida de la prestación o pensión durante un período de tres meses (art. 46.1.2 LISOS) y a solicitar el reintegro de la prestación indebidamente percibida por el procedimiento que establece el artículo 95 del Real Decreto 1517/1991, de 11 de octubre, Reglamento General de Recaudación, todo ello sin perjuicio del acta de liquidación de cuotas por el tiempo de prestación de servicios sin alta ni cotización a la Seguridad Social.
- b) La infracción del artículo 15.3 LISOS, connivencia, lleva, necesariamente, pareja el acta de infracción del trabajador o beneficiario tipificada en el artículo 18 LISOS, muy grave. La imposición de la sanción de pérdida de seis meses de pensión (art. 46.1.3 LISOS) se tramita con el procedimiento general previsto en el artículo 51.1 a) LISOS; el acta de infracción que se extienda al trabajador beneficiario debe contener, por aplicación del artículo 15.7 LISOS, la responsabilidad solidaria del empresario en la devolución de las cantidades percibidas indebidamente desde la fecha en que se perfecciona el ilícito administrativo.
- c) La infracción del artículo 15.5 LISOS, incremento indebido de cotización, no implica, forzosamente, la participación del trabajador. Según las circunstancias concretas la actuación de Inspección se desenvuelve bien mediante comunicación de hechos constatados, bien por acta de infracción, artículo 18 LISOS, según se expresa en el párrafo anterior.

*El párrafo tercero del nuevo número 7, al igual que en protección por desempleo ocurre con el nuevo artículo 29.3.5 LISOS, introduce uno de los principales ejes reformados de la LISOS. Establece la *responsabilidad solidaria del empresario llamado principal* siempre que se dé la doble condición:*

- Que se trate de empresas que contratan o subcontratan la realización de obras o servicios, correspondientes a la propia actividad (38).
- Que durante el período de vigencia de la contrata el empresario contratista o subcontratista ocupe a trabajadores beneficiarios de prestaciones de la Seguridad Social sin haberlos dado previamente de alta en la Seguridad Social (comisión de la infracción del art. 15.1 LISOS).

(38) La expresión «propia actividad» es admitida por la jurisprudencia con un criterio amplio extensible a aquella que resulta accesoria o complementaria de la industria o negocio básico del empresario principal, Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sentencia de 30 de diciembre de 1991, entre otras.

Con estos requisitos pasamos, pues, a realizar algunas reflexiones.

1. El fin pretendido con este sistema de responsabilidad es el mismo que motiva la reforma, reforzar los instrumentos contra las contrataciones irregulares de beneficiarios de prestaciones públicas. Se introduce un mecanismo de garantía en el cumplimiento de una obligación de alta en la Seguridad Social para trabajadores que ostentan la condición de beneficiarios. La garantía se extiende en la responsabilidad solidaria del empresario principal respecto de la obligación contraída por su contratista y los subcontratistas de este último, y el contratista respecto de la empresa con la que, a su vez, subcontrate aspectos de la obra o servicios objeto de la contrata general.

2. Se trata de una obligación principal, dar de alta, cuyo cumplimiento corresponde al empresario directo en la relación laboral y en la de Seguridad Social. El incumplimiento de esta obligación en trabajadores beneficiarios origina una sola infracción con una pluralidad de sujetos responsables.

Esta regulación contiene una responsabilidad administrativa, denominada *in vigilando*, de los empresarios implicados en el deber de prevenir el incumplimiento por otros de las obligaciones que impone la ley (39). Junto a la obligación principal del empresario directo, el nuevo punto 7 del artículo 15 articula otra obligación: «un deber anejo de conducta» (40) que exige del garante, empresario principal, la adopción de cuantas medidas estén a su alcance para evitar la infracción.

3. Para este tipo de ilícito administrativo no hay mecanismo que exonere la imputación de responsabilidad solidaria de la infracción cometida por un hecho ajeno. Es sostenible la exclusión de responsabilidad en la infracción, en el supuesto de que la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial, ya que en estos casos el artículo 42.2 ET los exonera de responsabilidad por las obligaciones y, en coherencia, habrá que entender exonerados de responsabilidad por las infracciones.

(39) Es éste el sentido que contiene el último párrafo del punto 3 del artículo 130 de la LPC: «Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley que conllevan el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, cuando así lo determinen las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores».

(40) ALEJANDRO NIETO, «Derecho Administrativo Sancionador», pág. 329, Editorial Tecnos, 1993.

4. Cada uno de los responsables solidarios, lo es frente a la Administración Laboral competente, quien podrá dirigirse libremente contra uno de los responsables por el importe total de la sanción, cuyo pago efectivo libera a los demás responsables que podrán exigirse, en virtud de sus relaciones internas, el prorrateo o participación en lo ya pagado por uno de ellos.

5. En sanciones, la LISOS dispone de norma específica, artículo 40, para exigir responsabilidad del empresario principal por el incumplimiento de obligaciones de seguridad e higiene que transcurran durante el período de vigencia de la contrata o subcontrata de obras o servicios de la propia actividad, con independencia de los trabajadores afectados. Al examinar la articulación del nuevo precepto comentado parece faltar la exigencia limitativa del ilícito administrativo que refiere el artículo 40 LISOS, «siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo del empresario principal». Con esta carencia ¿sería exigible la responsabilidad solidaria respecto de contratistas que, además, emplean trabajadores beneficiarios sin darlos de alta fuera o en otros centros de trabajo ajenos al empresario principal? Si se trata de trabajadores fuera del círculo director y organizativo del empresario garante, ¿cómo puede conocer y adoptar medidas para evitar la infracción? La interpretación plausible limita la exigencia de responsabilidad solidaria a la comisión de infracciones de tal naturaleza únicamente respecto de los trabajadores beneficiarios que se empleen sin asegurar en el centro de trabajo donde se ejecuta la obra o servicio objeto de la contrata y durante su vigencia.

Por lo demás, el supuesto analizado en Seguridad Social difiere, sustancialmente, de la técnica del artículo 40 LISOS, donde no se contemplan principios de solidaridad. El mecanismo posibilita una sola infracción dirigida al empresario principal, por su conducta culpable *in vigilando*, que deriva de la responsabilidad directa por aplicación del artículo 40 LISOS, infracción independiente o paralela a la infracción del empresario en la relación laboral, sujeto responsable del artículo 2.1 LISOS, cuando a éste corresponda adoptar las medidas de seguridad e higiene. En definitiva, por el mismo hecho infractor permite instar procedimientos independientes con distintas responsabilidades en las que, ahora sí, puede entrar el juego diferenciado de los criterios de graduación de la sanción.

6. Para finalizar con el comentario del nuevo régimen de responsabilidad solidaria del artículo 15.7 LISOS, conviene reparar en que el principio de la unidad del título de imputación dificulta la agravación de la sanción. No hay que olvidar que, una vez calificada la infracción, los criterios de graduación de la sanción son los tasados por el artículo 36 LISOS. Utilizar estas circunstancias referidas al sujeto responsable del incumplimiento de la obligación material principal, implica, en la práctica, la imposibilidad de agravar la sanción, pues en la mayoría de los casos difícilmente los criterios son aplicables a todos los sujetos responsables de la infracción que, repetimos, siempre es única.

VIII. LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO

1. Infracciones de los empresarios.

El artículo 40 de la Ley 22/1993 modifica el contenido del artículo 29.3 LISOS, da nueva redacción al apartado 3.2 y añade el apartado 3.5. De acuerdo con la nueva redacción del artículo 29.3.2 LISOS constituye una infracción empresarial muy grave los tres supuestos de hecho diferenciados:

1.1. La connivencia con los trabajadores para la obtención indebida por parte de éstos de las prestaciones por desempleo.

En este punto, aprovechamos la ocasión para detener la atención en algunos aspectos de la figura de la connivencia, sus medios de prueba y supuestos propios de esta materia.

El marco en el que se desenvuelve la connivencia y la virtualidad en la aplicación de este apartado cobra su sentido, especialmente, en la generación de situaciones legales de desempleo, fraudulentas, para acceder a las prestaciones por desempleo. A título de ejemplo, ceses voluntarios con simulación de despidos conciliados ante los servicios administrativos, o seguidos de breves contrataciones o de resoluciones contractuales por no superar el período de prueba. Esta última práctica se corrige por el artículo 31 de la Ley 22/1993, al añadir una nueva redacción al artículo 6.1, uno g) de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, Ley de Protección por Desempleo, (LPD) [actualmente art. 208.1 g) LGSS], de tal forma que el acceso a la situación legal de desempleo en el supuesto de extinción por resolución de la relación laboral durante el período de prueba a instancia del empresario se producirá «siempre que la extinción de la relación laboral anterior se hubiera debido a alguno de los supuestos contemplados en este número», que ni se modifican ni ampara el cese voluntario, salvo los supuestos de los artículos 40, 41 y 50 ET, «o haya transcurrido un plazo de tres meses desde dicha extinción o desde la sentencia que declaró el despido precedente.»

La connivencia es una forma determinada de fraude de ley que, para los presentes supuestos, se concreta como aquella actitud claramente defraudatoria por parte de los sujetos que intervienen en la relación laboral, ambos de común acuerdo, y con una intención simulada, utilizan una técnica aparentemente formal y ordenada de resolución del contrato de trabajo que favorezca la obtención, por parte del trabajador y en forma indebida, de prestaciones por desempleo. Se legitima una situación de fraude y se facilita, de forma impropia, el acceso a las prestaciones que cubre la contingencia del paro forzoso e involuntario (41).

(41) Es éste el sentido que se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, Sala 5.ª, Sentencia del 18 de octubre de 1988 y del 26 de octubre de 1988.

El artículo 1 LISOS describe las infracciones administrativas como las acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables tipificados y sancionados en la presente ley según las materias a que se refieran. Esta responsabilidad, intrínsecamente objetiva, presenta su excepción en el ilícito de la connivencia donde se requiere la intencionalidad administrativa del resultado como elemento esencial y constitutivo en la configuración legal de la conducta ilícita sancionada.

Empresarios y trabajadores conniventes crean una situación artificiosa y ficticia de necesidad, buscada a propósito, a fin de que el trabajador pueda ser calificado en situación legal de desempleo, posibilitando, en fraude de ley, bajo apariencia de licitud al amparo de la legalidad vigente, la obtención de un resultado contrario a la finalidad de la LPD, ley que da cobertura a una situación de necesidad a la que, específicamente, alude el artículo 41 de la Constitución.

La prueba de presunciones es la que acredita la connivencia. Por la propia dinámica en la comisión de este tipo de infracción, es difícil la obtención de una prueba directa y plena cuando los propios implicados tratan de ocultar conductas fraudulentas específicamente definidas por el artículo 6.4 del Código Civil. Entre los distintos medios probatorios, el Código civil regula el de las presunciones cuya compatibilidad con el Derecho sancionador es admitida por el Tribunal Constitucional que, en su Sentencia del 9 de marzo de 1988, cuestiona la traslación automática de la eficacia del artículo 25 de la Constitución desde el ámbito penal al de la potestad sancionadora de la Administración. Se afirma, en efecto, que el principio de legalidad excluye la existencia de presunciones y de condenas por indicios. Sin embargo, es reiterada la doctrina de este Alto Tribunal de admitir la prueba indiciaria siempre que se cumplan ciertas condiciones: es necesario que el hecho del que ha de deducirse esté completamente acreditado y entre aquél y el deducido haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (arts. 1.249 y 1.253 del Código Civil).

En la connivencia, la prueba de presunciones no sienta una presunción de culpabilidad contraria al derecho a la presunción de inocencia que recibe respaldo constitucional en el artículo 25. La presunción se concreta en que han ocurrido unos determinados hechos que pueden ser desvirtuados mediante la oportuna prueba, bien dirigida a los hechos del supuesto inicial o de base, bien contra el hecho presunto derivado que proviene razonablemente de los hechos iniciales, o bien la prueba se dirige contra la labor de adecuación del hecho presunto en el ilícito administrativo.

1.2. La connivencia con los trabajadores para eludir el cumplimiento de las obligaciones que les correspondan.

La aplicación práctica de este supuesto es, quizás, más limitativa. Puede pensarse en aquel beneficiario de prestaciones de desempleo que es enviado por el INEM para cubrir una oferta de empleo. Directamente, solicita, sin más, del empresario que firme el justificante de su comparecencia, pretensión a la que se accede sin someterlo, previamente, a ningún tipo de prueba o consideración del puesto de trabajo ofertado.

1.3. Dar ocupación a trabajadores titulares «o solicitantes» de prestaciones por desempleo cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de la relación laboral.

La nueva redacción introduce la tipificación de emplear solicitantes de prestaciones por desempleo. De otro lado, suprime la presunción de connivencia, para este caso, deducida de la falta de inscripción previa en el Libro de Matrícula del Personal.

La anterior redacción, «dar ocupación a trabajadores titulares», en una interpretación concorde con la infracción muy grave del trabajador, «compatibilizar el percibo de prestaciones por desempleo con el trabajo por cuenta propia o ajena», artículo 29.3.2 LISOS, limitaba la infracción en la consideración de una coexistencia previa de prestaciones por desempleo, dejando al margen a los trabajadores solicitantes durante el tiempo que transcurre hasta que se dicta resolución por la que el INEM reconoce tales prestaciones. Hasta ese momento sólo existe una expectativa de derecho pendiente del acuerdo de la Entidad Gestora, eso sí, los efectos económicos tienen carácter retroactivo a la fecha de la situación legal de desempleo si la solicitud se formula en plazo reglamentario. La problemática, así planteada, queda ahora resuelta explícitamente con la nueva redacción del precepto comentado.

La eliminación de la presunción *iuris tantum* contenida en la anterior redacción, resulta obligada si se tiene en cuenta que la conducta tipificada en la nueva redacción se refiere a no dar de alta con carácter previo al inicio de la relación laboral, eliminación que se justifica conforme al razonamiento que pasamos a exponer.

La aplicación temporal de esta infracción se sitúa en fecha 1 de enero de 1994 (disp. final 2.^a, Ley 22/1993) y la Orden Ministerial de 17 de enero de 1994, alta previa al inicio de la prestación de servicios, entra en vigor el 1 de febrero de 1994, con la que se suprime el plazo de los cinco días. ¿Qué sucede en este mes de diferencia? Al responder a esta pregunta es necesario traer a colación los pronunciamientos del Tribunal Supremo y el juego de la anterior presunción legal relativa. De este modo, en el caso de beneficiarios de prestaciones por desempleo «el alta en la Seguridad Social ha de preceder necesariamente a su nueva ocupación» (Sala 3.^a, S. del 10-5-1991), ya que dar validez al alta con fecha del día de la visita de la Inspección «no sólo representaría el encubrimiento de una ilegalidad, sino también el ofrecer a eventuales infractores una fórmula que les serviría de cobertura al ser descubierto su ilícito proceder» (S. del 8-3-1988).

Es difícil imaginar que empresario y trabajador declaren, espontáneamente, o reconozcan una prestación de servicios anterior al acto de la visita inspectora al centro de trabajo, por ser conniventes y conscientes de la irregularidad que cometen. Para estas situaciones, la constatación de la falta de inscripción en el Libro de Matrícula o la falta de éste en el centro de trabajo beneficiaba a la actuación de la Inspección en la comprobación del ánimo defraudador.

torio y presumible intencionalidad. En otro caso, al comprobar el Libro de Matrícula con la efectiva inscripción y firma en el mismo momento de iniciar la prestación de servicios (42), es cuando entra en juego el transcurso del plazo de cinco días establecido en la normativa anterior.

No obstante el artículo 17.2 de la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966 es el precepto sustantivo vigente entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de enero de 1994. Por ser más favorable, será de utilización para hechos acaecidos en este período siempre que, respetando su plazo reglamentario para presentar el alta, no se acredite el ánimo defraudatorio, en cuyo caso es de aplicación la comentada jurisprudencia.

El apartado 3.5 establece normas de imputación de responsabilidad respecto de las infracciones muy graves que figuran en los apartados anteriores. Su redacción coincide con la tipificación de las infracciones muy graves de los empresarios en materia de Seguridad Social. Dado que la finalidad político-legislativa es coincidente, a fin de evitar reiteraciones en la exposición, nos remitimos a las consideraciones expuestas en el análisis del artículo 15.7 LISOS. Solamente mencionar que la imposición de una sanción por cada uno de los trabajadores afectados era una circunstancia que ya aparecía en el artículo 29.1 LPD, sanciones a los empresarios, derogado por la disposición final 1.ª LISOS.

2. Infracciones de los trabajadores.

El artículo 41 de la Ley 22/1993 da una nueva redacción al artículo 30.1 y 2 y al apartado 3.2 de la LISOS. La reforma de la LISOS en materia de protección por desempleo y la tipificación de nuevas infracciones para los trabajadores o beneficiarios es coherente con las obligaciones introducidas en la LPD. Este conjunto coordinado de obligaciones e infracciones pretende combatir el disfrute indebido de prestaciones por desempleo y garantizar la involuntariedad en la situación de desempleo, especialmente en la permanencia en dicha situación, tendencia legislativa que ya se detecta en la nueva y peculiar definición de colocación adecuada dada al artículo 10.3 LPD por la Ley 22/1992 (43). A continuación se exponen las modificaciones introducidas que afectan a las infracciones leves, graves y muy graves.

(42) Artículo 101.1 LGSS y artículo 19.2 de la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966, regulan esta obligación.

(43) Por colocación adecuada se entenderá «aquella que se corresponda con la profesión habitual del trabajador o cualquier otra que ajustándose a sus aptitudes físicas y formativas implique un salario equivalente al establecido en el sector en el que se le ofrezca el puesto de trabajo, con independencia de la cuantía de la prestación a que tenga derecho, y no suponga cambio de su residencia habitual, salvo que tenga posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar del nuevo empleo. En todo caso, se entenderá por colocación adecuada la coincidente con la última actividad laboral desempeñada».

2.1. Leves.

El punto 1 contiene la anterior mención a la falta de comparecencia, previo requerimiento de la Entidad Gestora. Se añade la no renovación de la demanda en la forma y fecha que determine la Entidad Gestora, salvo causa justificada. Corresponde el añadido a la, también, obligación incorporada en el artículo 26 a) LPD por el artículo 38 Ley 22/1993. La periodicidad en la renovación queda al arbitrio del INEM, a concretar en la tarjeta de demanda, frente a la previsión de renovación mensual contenida en el Proyecto de Ley (publicado en el BOCG, CD, de 11-10-1993).

El punto 2 tipifica el incumplimiento, salvo causa justificativa, de la obligación dispuesta en el añadido apartado g) del artículo 26 LPD que se materializa en la devolución al INEM, en el plazo de cinco días, del correspondiente justificante de haber comparecido en el lugar y fecha indicados para cubrir las ofertas de empleo que se faciliten por dicho Instituto. Es, pues, ésta la segunda de las obligaciones que en esta materia se impone a los trabajadores por el artículo 38 de la Ley 22/1993. Ambas obligaciones son exigibles a demandantes de empleo sean o no beneficiarios de prestaciones por desempleo.

La obligación de comparecer para cubrir las ofertas de empleo facilitadas por el INEM abarca tanto a demandantes inscritos perceptores de prestaciones de empleo como para quienes no son beneficiarios de aquéllas y utilizan los servicios del Instituto como instrumento de colocación. Sin embargo, las consecuencias que se derivan de su incumplimiento difieren según el supuesto concreto de que se trate, conforme a la tipificación de la conducta que proponemos.

1. La inscripción como desempleado de quienes no son solicitantes o titulares de prestaciones por desempleo e incumplen la obligación de comparecer o la de entregar la justificación de su comparecencia [art. 26 g) LPD] serán sancionadas por la Entidad Gestora, artículo 46.4 LISOS, con la previsión contenida en el nuevo apartado 1.2 del artículo 46 LISOS, esto es, queda sin efecto la inscripción como desempleados determinando la pérdida de derechos que como demandantes de empleo tuvieran reconocidos.
2. La preceptiva inscripción como desempleados de quienes son solicitantes o ya titulares de prestaciones por desempleo e incumplan la obligación dispuesta en el artículo 26 g) LPD, su tipificación dependerá del supuesto de hecho concreto:

- La falta de comparecencia en el lugar y fecha, salvo causa justificada, implica una conducta deliberada de rechazo de la oferta de empleo facilitada por el INEM. No es objeto de protección la voluntariedad, así evidenciada, en la permanencia de la situación de desempleo (44). La comprobación de esta actitud tipificada como infracción grave en la nueva redacción dada al artículo 30.2.1 LISOS, rechazo de oferta de empleo, supone la extinción de la prestación o subsidio como sanción que impone la Entidad Gestora, artículo 46.1.2 y 4 LISOS.
- Si la comparecencia se realiza y justifica formalmente y con los medios de prueba admitidos en Derecho se acreditan situaciones conniventes con el empresario (45), la conducta ilícita se subsume en el nuevo tipo diseñado para las infracciones muy graves, artículo 30.3.2, prolongar el disfrute indebido de prestaciones. Recordar que la connivencia en el momento de la obtención cuenta con una tipificación propia, artículo 30.3.3 LISOS. En este caso, la propuesta de sanción es la extinción de la prestación o subsidio, artículo 46.1.3 LISOS y el procedimiento para su imposición se inicia con el acta de infracción extendida al beneficiario y la extendida al empresario connivente, artículo 29.3.2 LISOS, ya que la connivencia obliga a sancionar ambos para no vulnerar el principio de igualdad consagrado en la Constitución.

Así resulta una propuesta de solución sancionadora para situaciones que en la actualidad no dejan de ser frecuentes, ya que de otro modo resultaría ventajoso no presentar la justificación de comparecencia, calificada como infracción leve.

2.2. Graves.

En el punto 1 de este apartado se reunifican las infracciones tipificadas con anterioridad en los apartados 2.1 y 2.2, sin variar su contenido. Tipifica la conducta de rechazar una oferta de empleo con remisión al concepto de colocación adecuada que proporciona el artículo 10.3 LPD. Junto a este supuesto, la unificación en este punto contiene, sin variar su anterior redacción, la conducta ilícita de «negarse a participar en trabajos de colaboración social, programas de empleo, o en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales, salvo causa justificada».

(44) La contingencia protege a «quienes pudiendo y queriendo trabajar» pierden su empleo o ven reducida su jornada, artículo 1 LPD.

(45) Por ejemplo: pedir que se firme el justificante, a lo que accede la empresa sin someter a consideración el puesto ofertado.

El punto 2 se incorpora para el incumplimiento del artículo 26 e) LPD, que con la nueva redacción concreta la obligación del trabajador de solicitar la baja en las prestaciones por desempleo cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos para su percepción, siempre que la causa implique el percibo indebido de prestaciones. Claro es, que si la suspensión o extinción del derecho deriva del trabajo realizado por cuenta propia o ajena, la subsunción del ilícito se califica como infracción muy grave en el artículo 30.3.1 LISOS.

2.3. Muy graves.

Del punto 1 interesa destacar que el tipo descrito se concreta con el régimen de incompatibilidades que el artículo 37 de la Ley 22/1993 introduce con la nueva redacción al artículo 18.1 LPD (en la actualidad art. 221 LGSS), de tal forma que la compatibilización en el percibo de prestaciones con el trabajo por cuenta propia se concreta como ilícito administrativo «aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en algunos de los regímenes de la Seguridad Social». Con esta dicción en la LPD se despejan algunas dudas razonables en la aplicación del tipo infractor. La incompatibilización de prestaciones con el trabajo por cuenta ajena tiene una excepción, de admisión, para el caso del trabajo a tiempo parcial.

Punto 2. Junto a la obtención fraudulenta de prestaciones indebidas o superiores a las que correspondan, se adiciona el «prolongar el disfrute de éstas indebidamente mediante la aportación de datos o documentos falsos, o la omisión de declaraciones legalmente obligatorias u otros incumplimientos que ocasionen percepciones fraudulentas». Parece perfilarse un tipo diferenciado para aquellas acciones u omisiones que, si bien encajan en el apartado 2.2, no comunicar bajas, merecen ser calificadas por el legislador como muy graves en atención a su ánimo defraudador.

IX. LA OBSTRUCCION A LA LABOR INSPECTORA

A través del artículo 43 de la Ley 22/1993 se da nueva redacción al artículo 49 LISOS con un objetivo, en palabras de la Exposición de Motivos de aquella, la supresión de «las dificultades formales que podían impedir un mejor funcionamiento de la Inspección Laboral», dentro del objetivo que caracteriza la reforma de facilitar la lucha contra el fraude en prestaciones del sistema público de Seguridad Social. Pasemos, pues, a la exposición de las novedades introducidas al hilo de cada uno de sus apartados.

El *apartado primero* respeta la estructura de la anterior redacción del artículo 49 LISOS y la definición de «infracciones por la obstrucción a la labor inspectora». Se mantiene la *regla general* de calificar como infracciones *graves* y se tipifican las excepciones leves y muy graves. La regla general contiene una alusión genérica al conjunto de «acciones u omisiones que perturban, retrasan o impiden el ejercicio de las funciones encomendadas a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y a los Controladores Laborales». Las conductas constitutivas de infracción por obstrucción pueden darse respecto de las diversas formas de ejercicio de los cometidos y atribuciones para la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convenios colectivos reconocidos legalmente.

El *apartado segundo* considera *leves*, en los propios términos de su antecesor artículo 49, «aquellos supuestos que implican un mero retraso en el cumplimiento de obligaciones de información, comunicación o comparecencia». A continuación incluye una salvedad, aportada por la reforma, que canaliza la infracción en su calificación de grave, «salvo que dichas obligaciones sean requeridas en el curso de una visita de Inspección y estén referidas a documentos o información que deban obrar o facilitarse en el centro de trabajo».

Con esta redacción se amplía el elenco de infracciones graves por obstrucción de la labor inspectora. La aplicación excepcional de este nuevo tipo de infracción requiere, acumulativamente, la concurrencia de las siguientes circunstancias:

- Que se trate de documentos sobre los que existe la obligación para las empresas de disponerlos en los centros de trabajo (46).
- Que la Inspección solicite expresamente su exhibición por ser de utilidad al buen y eficaz desarrollo del acto de la visita.
- Que su falta de disponibilidad perturbe, retrase o impida la labor de inspección y control en las materias propias de actuación en el centro de trabajo.
- Que sean requeridos formalmente, mediante citación entregada en mano o por diligencia extendida en el Libro de Visitas, para ser presentados en posterior comparecencia.
- Que llegado el día de la citación, tales documentos no se aportan a la Inspección.

(46) Los documentos sobre los que recae la obligación de su disposición en el centro de trabajo son:

- Libro de Visitas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (art. 1 de la O.M. 9-5-1974).
- El calendario laboral (art. 34.4 ET en su nueva redacción de acuerdo con el art. 8 del R.D.-L. 1/1986), con expresión de su contenido mínimo en el artículo 4.3 del Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio.
- Los documentos de cotización (TC1 y TC2) del mes siguiente al que corresponda el ingreso de cuotas (art. 95 de la O.M. 8-4-1992).
- El Libro de Matrícula de Personal (art. 101, LGSS y art. 2 de la O.M. 7-7-1967).

La tipificación de esta nueva infracción supone la presencia de dos hechos o acciones diferentes que infringen distintos preceptos, en cuyo caso las sanciones serán independientes. Permite, de un lado, la infracción por obstrucción calificada como grave, artículo 49.3.1, y de otro, la infracción leve en materia laboral, artículo 6.1 LISOS, para el Libro de Visitas y el artículo 6.2 para el calendario laboral y/o la infracción grave en materia de Seguridad Social, artículo 14.1.3 LISOS, para el Libro de Matrícula.

Mención aparte merece la falta de exposición de los documentos de cotización, ya que esta obligación puede sustituirse con «su puesta de manifiesto» a los representantes del personal (art. 95 de la O.M. 8-4-1992). Su infracción se tipifica como leve en el artículo 13.2 LISOS, con la que se pretende concretar la labor de vigilancia en el cumplimiento de las normas en materia de Seguridad Social que encomienda el artículo 64.1.8 a) del ET a los órganos de representación unitaria. Al tratarse de una obligación de la que, prioritariamente, se benefician, en su función de vigilancia, los representantes de personal habrá que estar en el caso concreto de la visita y preguntar a éstos si la «puesta de manifiesto» es realmente efectiva para la disposición de los documentos.

La referencia a la información que debe facilitarse en el centro de trabajo es un concepto genéricamente enunciado, por lo que en cada caso habrá que determinar si la conducta puede incluirse. Será necesario que la información o el dato fáctico que se desconoce se solicite en el acto de la visita, concurra una relativa obligación de la empresa en ostentar el conocimiento de dicha información, se trate de una información que perturbe o impida el desarrollo eficaz de la labor de inspección y control y, además, no se aporten con posterioridad a la Inspección previo requerimiento en forma.

Con la introducción de esta técnica se pretende reforzar el acto de la visita en la mayor eficacia a obtener en el resultado de la actuación de inspección y control, que se alcanzará si se consigue con la aplicación de estos medios sancionadores y la concienciación de la obligación de disponer de estos documentos en los centros de trabajo.

El *nuevo apartado 3* del artículo 49 LISOS rectifica la imprecisión del apartado 2 anterior a la reforma, tipificando, con mayor detalle, las infracciones que merecen la calificación de *muy grave*, a su vez con diferencia en sus dos puntos que pasamos a comentar.

El *punto primero* se reconduce, exclusivamente, a la comisión de conductas ilícitas por obstrucción a la actuación inspectora y de control que se desarrollan mediante visita a centros de trabajo. Este punto se introduce, con bastante acierto, en evitación de forzadas fórmulas de encaje en el supuesto descrito por la anterior redacción que, en ocasiones, entorpecía la inclusión, con la debida suficiencia, de hechos propios y muy habituales en las visitas de la Inspección.

En la comisión de la infracción que tipifica, los *sujetos activos* son:

- a) *El empresario*: persona física o jurídica o comunidades de bienes que es el sujeto responsable de la infracción (art. 2, párr. 1.º LISOS).
- b) *Sus representantes*: por derecho, los legales que correspondan, o de hecho, encargados, directores, mandos intermedios o quienes en tal condición de representar a la empresa así se presenten al Inspector o Controlador actuante, ya sean del empresario familiares, amigos o socios.
- c) *Personas de su ámbito organizativo*: trabajadores propios (art. 1.1 ET), trabajadores cedidos legalmente a través de ETT (art. 2.1 del LMUFO y Ley 14/1994 que las regula), a través de contrata, bien con contrato de ejecución de obra (art. 1.588 del CC), bien con contrato de arrendamiento de servicios (art. 1.544 del CC), incluso estas dos modalidades de contrato de empresa para verdaderos trabajadores autónomos. Dentro de esta última categoría de «verdaderos» autónomos están conectados aquellos que prestan sus servicios a la actividad económica organizada que despliega el empresario, vinculados a través del contrato de agencia (art. 1.2.9.19 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo), o del contrato de transporte (arts. 1.601 ó 1.603 del CC y arts. 349 a 379 del C. de Co.), o la figura del socio industrial en el contrato de sociedad (art. 1.665 CC) o en la mercantil colectiva o comanditaria simple (arts. 138, 141 y 148 del C. de Co.), o el socio trabajador en las cooperativas de trabajo asociado que hubieran optado por la inclusión en el sistema de Seguridad Social, al asimilarse como trabajadores por cuenta propia o autónomos en el Régimen Especial que corresponda en razón de la actividad que desarrollan (disp. adic. 4.ª de la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas y R.D. 225/1989, de 3 de marzo).

La *conducta* constitutiva del ilícito administrativo recoge los siguientes supuestos:

- a) *Impedir la entrada o la permanencia en el centro de trabajo*. Podríamos decir que se trata de una infracción de resultado, requiere que, una vez identificados y acreditados como funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, no se les deje entrar o se les haga salir del centro de trabajo. Las conductas que entorpezcan la actuación, pero que, finalmente, permitan la entrada o permanencia en el centro se calificarán como graves en la regla general contenida en el apartado 1 del artículo 49 LISOS, salvo que en el transcurso del acto de la visita este tipo de actitud obstructora permanezca a pesar de las advertencias de ser constitutiva de una infrac-

ción por obstrucción a la labor inspectora susceptible de ser sancionada, en cuyo caso el supuesto se subsume en el inciso final del apartado 3, infracción muy grave, punto 2, esto es, «la reiteración en las conductas de obstrucción calificadas como graves».

- b) *La negativa a identificarse o a identificar.* La negativa o falsedad en los datos de identificación pueden cometerla tanto las personas presentes en el centro de trabajo, sea cual sea la actividad que desarrollen, como el empresario, como sus representantes o personas de su ámbito organizativo. No presenta dificultad que unos mínimos datos se obtengan en la visita y en posterior comparecencia, el empresario, requerido para ello, complete la identificación.
- c) *La negativa a dar razón de su presencia sobre las personas que se encuentren en dicho centro realizando cualquier actividad.* Cabe destacar una observación, no sólo a título de curiosidad sino para perfilar y comprender el tipo que se describe. En el Proyecto de Ley no se contempla la mención a «personas» sino que se limitaba el tipo a la negativa en la identificación de trabajadores («así como la negativa a identificarse o identificar a los trabajadores que se encuentren en dicho centro realizando cualquier actividad»). Esta opción del Proyecto de Ley implicaba, en la actuación inspectora, probar los hechos de los que han de deducirse la condición de trabajador. Probar la existencia de las notas características del contrato de trabajo es prácticamente imposible, especialmente y por su carácter esencial, el elemento retributivo ante la negación que de ello hacen cuando la Inspección entrevista a los trabajadores que compatibilizan prestaciones y al empresario o personas del entorno infractor, para quienes parece configurarse, en exclusiva, la infracción introducida con la reforma.

Así las cosas, la labor de inspección y control resulta de la siguiente manera. Las circunstancias fácticas observadas en el acto de la visita son los hechos constatados que permiten convencer de que aquellas operaciones o tareas son las propias de una «persona» trabajadora de la que se tiene que obtener, en primer lugar, su identificación y, después, su razón de presencia. Se obtenga o no la identificación entra en juego el artículo 8.1 del ET, al que la jurisprudencia atribuye el carácter de presunción de la existencia de un contrato de trabajo y, en caso de duda razonable, habrá que calificar como laboral el supuesto fáctico observado. Conforme a este carácter de presunción, opera el traslado de la carga probatoria en el curso de las actuaciones o, en su caso, en el procedimiento sancionador. Será la empresa la que deberá probar la inexistencia de un contrato de trabajo. Es en este punto cuando conviene tener presente que lo anómalo, excepcional y extraordinario [así aparece como supuesto de exclusión del contrato laboral en el art. 1.3 d) del ET] es la gratuidad y el carácter amistoso o de benevolencia (según criterio sostenido por el TS y el TCT).

Lo cierto es que, en el diseño de esta figura sancionadora, parece ser que el legislador ha tenido en mente los casos reales de las visitas de la Inspección. Con la anterior redacción del artículo 49 LISOS, en el caso de connivencia entre empresarios y trabajadores a los que ocupa, perceptores de prestaciones del régimen público de la Seguridad Social, si no se proporcionaba identificación de estos últimos, el hecho ocasionaba una sanción grave, mucho más rentable que el permitir constatar unos hechos infractores calificados como muy graves, bien en sede de Seguridad Social, artículo 15.1 LISOS, bien en sede de prestaciones por desempleo, artículo 29.3.2 LISOS. En este sentido, esta nueva tipificación es adecuada al principio de proporcionalidad que conforma las infracciones y sanciones administrativas (47).

El *punto segundo* que introduce la reforma mantiene los supuestos de coacción, amenaza o violencia. Desaparece la referencia a desacato o cualquier otra forma de presión. Técnicamente, suprimir el desacato como infracción administrativa parece correcto puesto que, por un lado, no se conoce norma que sostenga cuál es la reverencia o el respeto que se debe por la condición cualificada de ser Inspector o Controlador y, por otro, la figura delictiva de los desacatos (calumnias, injurias, insultos o amenazas) en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas ya está prevista en los artículos 240 y 245 del Código Penal para Inspectores y Controladores, respectivamente.

El *inciso final* de este punto tipifica como infracción muy grave «la reiteración en las conductas de obstrucción calificadas como graves». Aunque novedosa, su redacción no deja de ser imprecisa en técnica jurídica sancionadora, al igual que el anterior apartado 2, que consideraba infracción muy grave «los supuestos de resistencia reiterada». ¿Se trata de una figura infractora en la que se da un conjunto de acciones u omisiones ilícitas o en la que se da una persistencia en el incumplimiento? A la primera opción responde la infracción múltiple, esto es, un mismo hecho que incumple al propio tiempo diversos preceptos tipificados y calificados en la LISOS, eligiéndose la sanción que corresponde a la infracción más grave de acuerdo con los criterios del artículo 71 del Código Penal. La opción válida que se propone consiste en la persistencia o continuidad del sujeto infractor en su actitud infractora, mismo hecho, incluso una vez ha sido advertido o requerido (48). Por lo demás, es una modalidad de reincidencia distinta a la del artículo 38 de la LISOS (49).

(47) Principio que recoge el artículo 131.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LPC: «El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas».

(48) El concepto de infracción continuada se introduce en el artículo 3 del Real Decreto 2347/1985, de 4 de diciembre, que desarrollaba el artículo 57 del ET y que fue declarado nulo por la Sala 3.ª del Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de noviembre de 1986, por ser contrario al principio de legalidad y tipicidad.

(49) Exigencia de «cometer una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción anterior en el plazo de los 365 días siguientes a la notificación de ésta; en tal supuesto se requerirá que la resolución sancionadora hubiera adquirido firmeza».

El análisis del artículo 49 ha centrado su atención en las novedades introducidas en sus apartados 2 y 3. Para finalizar, indicar que los nuevos apartados 4 y 5 coinciden literalmente con sus respectivos precedentes 3 y 4.

X. SANCIONES

En materia de sanciones de protección por desempleo y Seguridad Social, el artículo 42 de la Ley 22/1993 da una nueva redacción al artículo 46.1.2 que, en definitiva, endurecen las sanciones en la comisión de infracciones leves y graves. Del cotejo con su antecesor apartado resultan las siguientes consideraciones:

- Las graves en materia de Seguridad Social, artículo 17 LISOS: permanece inalterada la sanción de pérdida de la prestación o pensión durante un período de tres meses.
- De conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 1/1992, de 3 de abril, y artículo 8 de la Ley 22/1922, es causa de extinción de las prestaciones por desempleo el rechazo de una oferta de empleo adecuada o negativa a participar en trabajos de colaboración social, programas de empleo, o en acciones de promoción, formación y reconversión profesional, salvo causa justificada. En este punto, la comisión de las dos infracciones graves diferenciadas en la anterior redacción de la LISOS, que no fue modificado por el R.D.-L. 1/1992, se sancionaba de la siguiente forma:

Con anterioridad al 8 de abril de 1992, la sanción de pérdida de la prestación o subsidio durante seis meses era de aplicación sólo a la infracción del punto 1, apartado 2, del artículo 30 LISOS, negativa a participar en acciones de promoción. Para el punto 2, rechazo de una oferta o negativa en trabajos de colaboración social y para la reincidencia en la comisión del punto 1, la sanción resultante era la extinción de las prestaciones por desempleo.

Con posterioridad al 8 de abril de 1992, las dos infracciones graves se sancionan, en todo caso, con la extinción, sanción que recoge la reforma de la LISOS para la comisión de infracciones graves, artículo 30 apartado 2.º en su punto 1 y para el nuevo punto 2 en la unificación de las dos infracciones citadas.

La sanción de extinción también alcanza a la reincidencia en las infracciones leves en materia de desempleo, artículo 30.1 LISOS.

La sanción de dejar sin efecto la inscripción como desempleados y pérdida de derechos que como demandantes de empleo tuvieran reconocidos, se dispone para la comisión de infracciones graves, al igual que con anterioridad, y se extiende para las infracciones leves.

Por otra parte, la disposición derogatoria única de la Ley 22/1993 expresamente deroga el artículo 45.3 LISOS que señalaba en los supuestos de comisión de infracciones muy graves, artículo 29.3 LISOS en materia de desempleo, el empresario, en caso de insolvencia del trabajador para devolver las cantidades indebidamente percibidas, respondía subsidiariamente de dicha deuda. Al desaparecer este artículo la sanción deja de tener carácter de accesoria y pasa, en todo caso, a la responsabilidad solidaria, ya comentada, que introduce el nuevo apartado 3.5 del artículo 29 LISOS.

Respecto del empresario llamado principal, no parece defendible extender la responsabilidad en la devolución de cantidades indebidamente percibidas en un pretendida analogía con la responsabilidad solidaria de la infracción resultante (arts. 15.7 y 29.3.5 LISOS). La responsabilidad solidaria no puede presumirse, debe estar establecida legalmente, pues la responsabilidad administrativa que deriva de las infracciones sólo es exigible a título individual y personal.

Antes de concluir con la exposición de las sanciones específicas, nos detendremos en otra medida legislativa que se incorpora al control y lucha contra el fraude en prestaciones. A tal efecto, los trabajadores por cuenta propia o autónomos que se encuentran en incapacidad laboral transitoria están obligados a presentar ante el INSS declaración sobre la persona que gestiona el establecimiento de cualquier naturaleza del que son titulares o, en su caso, el cese temporal o definitivo de la actividad.

La Resolución de 1 de marzo de 1994, de la Dirección General del INSS, se dicta para el cumplimiento de esta obligación dispuesta en la disposición adicional 10.^a del Real Decreto 2319/1993, de 29 de diciembre, sobre revalorización de pensiones del sistema de la Seguridad Social, y de otras prestaciones de protección social pública para 1994.

La falta de declaración o la presentación fuera de los plazos previstos en esta norma (50) originará la suspensión cautelar de la prestación. Con ello se introduce una medida de carácter imperativa y automática. Este carácter difiere de la potestad facultativa de suspensión cautelar que el artículo 46.3 LISOS otorga a la Entidad Gestora para los incumplimientos de obligaciones que dan derecho a prestaciones.

(50) Un plazo de 10 días desde la recepción por el interesado del requerimiento de la Entidad Gestora o de 15 días desde el inicio de la situación de incapacidad laboral transitoria para quienes se encuentren en la misma después de la entrada en vigor de la Resolución, esto es, el 6 de marzo de 1994.

Para finalizar con las reformas y afectaciones de la norma sancionadora que venimos comentando, en su aplicación hay que tener presente el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, artículo 9.3 de la Constitución, salvo que las propias leyes dispongan lo contrario, previsión con la que no se cuenta.

XI. ATRIBUCION DE COMPETENCIAS SANCIONADORAS

La Ley 11/1994, a través de su artículo 24, también aprovecha la ocasión para establecer una nueva regla de imputación de competencia sancionadora que altera el criterio de la única eliminación de la cuantía por el total de las sanciones propuestas. Por la redacción dada al artículo 47.1 LISOS, el apartado a) dispone este criterio general en los mismos términos que su anterior: «La competencia para sancionar las infracciones en el orden social corresponderá a los Directores provinciales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social hasta 1.000.000 de pesetas; al Director general competente por razón de la materia, hasta 5.000.000 de pesetas; al Ministro de Trabajo y Seguridad Social, hasta 10.000.000 de pesetas; y al Consejo de Ministros, a propuesta del de Trabajo y Seguridad Social, hasta 15.000.000 de pesetas». Tampoco es novedosa la redacción del apartado c), las infracciones continúan sancionándose a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

La regla adicional del apartado b) pretende evitar que por el sumatorio de sanciones propuestas por distintas infracciones de la misma materia se salten varios niveles competenciales y, en su caso, de la mayoría de procedimientos sancionadores tenga que conocer, al menos, de Dirección General hacia arriba. Por ello, en los supuestos de varias infracciones de la misma materia incluidas en una sola acta de infracción, de todas ellas resuelve el órgano que tenga atribuida la competencia por razón de la sanción de mayor cuantía.

XII. LA NUEVA DISPOSICION ADICIONAL TERCERA DE LA LISOS: EL CUERPO NACIONAL DE INSPECCION DE TRABAJO

La Ley 11/1994 incluye en su artículo 25 el redactado de una nueva disposición adicional tercera a añadir a la LISOS, con un contenido que, en principio, resulta extraño al contenido general de la ley. Esta nueva disposición adicional dice así:

«Se establece el carácter de Cuerpo Nacional para el Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social a los efectos previstos en los artículos 28 y 29 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico.

De acuerdo con las Comunidades Autónomas, se regularán las condiciones de participación de las mismas en la selección, formación y perfeccionamiento, así como en la provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario de los funcionarios de dicho Cuerpo Superior, e igualmente la adscripción orgánica y funcional de dichos funcionarios a las Administraciones Autonómicas, en el número que de común acuerdo se fije.

Los funcionarios del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, no obstante su adscripción orgánica y funcional, podrán desarrollar la totalidad de los cometidos que dicho Cuerpo tiene encomendados, cualquiera que fuere la Administración Pública a la que estuvieren adscritos».

Para aclarar el contenido de esta disposición adicional es necesario precisar el sentido de la expresión «Cuerpo Nacional». Cuerpos o Escalas Nacionales son aquellos cuyas funciones propias deberán ser desempeñadas en las Comunidades Autónomas por funcionarios procedentes de los mismos (art. 28 de la Ley 12/1983, del Proceso Autonómico). La posibilidad de creación de este tipo de Cuerpos fue considerada adecuada a la Constitución por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto de 1983, que declara que «pueden existir razones de interés general que legitimen constitucionalmente la configuración como nacionales de determinados Cuerpos o Escalas de funcionarios». El Tribunal entiende, pues, que no constituye *a priori* una intromisión en la competencia de las CC.AA. para organizar su propia burocracia la creación de un Cuerpo Nacional, siempre y cuando existan razones de interés general, que en su caso deberán valorarse para cada supuesto concreto. El carácter de nacional se atribuye a un Cuerpo o Escala de funcionarios por ley del Estado.

Aclarado el concepto, lo primero que llama la atención del precepto es su carácter extraño al contenido de la LISOS. Efectivamente, se trata de una norma de Derecho puramente funcional, que modifica la situación administrativa de un Cuerpo de funcionarios, pero lo hace desde una norma de Derecho sancionador laboral, incluida a su vez en una norma más amplia de reforma del Derecho del Trabajo.

La inclusión de esta norma en la LISOS puede explicarse teniendo en cuenta que el recurso de inconstitucionalidad frente a la LISOS planteado por el Gobierno Vasco en 1988 (y pendiente todavía de resolución por el TC), incluye como motivo el carácter, adscripción y competencias del Cuerpo de Inspección. «Concretamente -dice el recurso- resultarían inconsti-

tucionales los artículos 1.2, 11.3, 36.1, 42.1, 46.4, 47.1, 48, 49 y 52, en la medida en que refieren la actividad inspectora al servicio dependiente de la Administración del Estado de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y no a los correspondientes Servicios de Inspección de las CC.AA.».

De forma simplificada, el argumento del recurso, en lo relativo a este punto, es el siguiente:

1. La función de inspección, en parte, es una competencia de ejecución de la legislación laboral, por lo que, conforme a la Constitución, corresponde a las Comunidades Autónomas.
2. Como función propia, corresponde realizarla a través de la organización burocrática propia.
3. La Inspección de Trabajo depende orgánicamente de la Administración General del Estado, aunque funcionalmente, en las materias transferidas, lo hace de las CC.AA.
4. En consecuencia, son inconstitucionales los artículos que atribuyen competencia en el procedimiento sancionador y en relación a materias transferidas a un Cuerpo de funcionarios que depende orgánicamente del Estado.

La disposición que comentamos salva estos obstáculos del siguiente modo:

1. Declara el Cuerpo de Inspección como Cuerpo Nacional, por lo que las funciones de inspección serán siempre desarrolladas por funcionarios procedentes de dicho Cuerpo, que mantiene así su unidad. Ello permite mantener también la declaración ulterior de la propia disposición sobre la «unidad de competencias», necesaria toda vez que la Inspección atiende competencias transferidas y competencias no transferidas.
2. Prevé la adscripción orgánica de Inspectores a las CC.AA. en el número que de común acuerdo se fije. Con ello se salva el obstáculo aludido de la dependencia administrativa en la actuación.

La anterior es, a nuestro juicio, la razón de la inclusión de la citada disposición adicional. Disposición que a su vez plantea serios interrogantes en torno al futuro del Cuerpo de Inspectores, al dejar abiertas las posibles fórmulas organizativas de coordinación entre las distintas Administraciones implicadas para cumplir lo dispuesto en la misma, a la vez que parece prefigurar un reparto competencial entre Administraciones cerrado en torno al actual desarrollo estatutario.

XIII. CONCLUSIONES

1. La reforma laboral fija los pilares básicos del sistema de colocación. El INEM pierde su preceptiva y exclusiva mediación en la colocación de trabajadores, se permite la actuación de las agencias de colocación no lucrativas y de las ETT. El desarrollo legislativo de las primeras normas laborales aborda la regulación de las ETT. El mismo texto, Ley 14/1994 dispone, de un lado, los derechos y obligaciones mínimos que han de gobernar el complejo entramado de relaciones jurídicas entre los implicados y, de otro, el catálogo de infracciones de las empresas que intervienen en esta cesión temporal de trabajadores. La conveniencia de un texto único sancionador en el orden social quiebra de esta forma, máxime si se tiene en cuenta que es deficitaria la Ley 14/1994, como norma sancionadora para acoger sus propios incumplimientos. Esta insuficiencia nos lleva a un constante ir y venir de la norma sancionadora general, LISOS, a la norma sancionadora específica, Ley 14/1994. Con todo, peor panorama presentan las agencias de colocación; una vez autorizadas, carecen de norma general sancionadora para las irregularidades de su propio funcionamiento, precisan una dedicación singular, tipificar y sancionar con medidas específicas sus incumplimientos con el Servicio Público de Empleo y con los usuarios.

2. El objetivo de las nuevas modalidades contractuales parece erigirse, especialmente, como instrumento para integrar en el mercado de trabajo a colectivos con especiales dificultades y para un ajuste de las necesidades empresariales de índole económica, en el menor coste social de estos contratos. Si bien esta finalidad es visible, los condicionantes en la utilización de estas modalidades no son tan claros. Las inconcreciones y vacíos normativos dificultan una respuesta unívoca en muchas de las cuestiones que suscitan. Las no pocas dudas que plantean comienzan a ser analizadas, pero lo cierto es que el buen criterio de los autores o de los órganos administrativos laborales no puede constituirse en la norma previa que se vulnera de donde ha de surgir una infracción.

Las infracciones a la normativa de contratos cuenta, en la LISOS, con una tipificación indirecta o por remisión tácita y ello nos lleva a la labor de integración en el tipo de los elementos que aparecen en la norma sustantiva. Es por ello que algunos de estos presupuestos oscuros en la aplicación de la norma dificultan que puedan ser objeto de sanción administrativa. Habrá que esperar a que, con el tiempo, maduren los primeros criterios interpretativos de la nueva regulación y aparezcan los pronunciamientos de los Tribunales.

3. Adecuar la tipificación legal de infracciones al compás de los recientes caminos legislativos no parece ser una labor prioritaria del legislador de la reforma laboral. Así ocurrió con las agencias de colocación lucrativas; las primeras normas de la reforma derogan el precepto que prohibía su existencia pero éste se mantiene, con la misma prohibición, en la LISOS, hasta

que el segundo paquete normativo corrige este olvido. En otros casos, el desfase no es ya tanto temporal como material o de fondo, así sucede con la redacción originaria del precepto de la LISOS dedicado a la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos preceptos de la LISOS piden su revisión acomodada a las presentes normas, sustancialmente diferentes a las vigentes hace siete años, cuando llega su promulgación.

4. Entre las distintas manifestaciones de la reforma, en la Ley de Infracciones penetran, profundamente, las que persiguen el fraude en prestaciones del régimen público de Seguridad Social. Se establece un peculiar y duro régimen de imputación de responsabilidades de índole sancionador para quienes emplean a beneficiarios de prestaciones, con principios de solidaridad en la infracción para los empresarios implicados en la misma actividad donde ocurre el hecho infractor, y entre empresarios y trabajadores en la devolución de prestaciones indebidas.

Las medidas antifraude imponen a los beneficiarios de prestaciones por desempleo mayores obligaciones materiales. Para todos los beneficiarios de prestaciones se produce un considerable endurecimiento de las sanciones. La sanción de extinción de prestaciones amplía la cobertura de casos infractores en desempleo, antes no afectados por esta modalidad de sanción.

5. Se respaldan las funciones de inspección y control a cargo de los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y Controladores Laborales al reformar la infracción por obstrucción dando cabida a figuras que, hasta ahora, quedaban fuera del ámbito sancionador (como sucedía cuando el acto concreto de obstrucción no procedía de los órganos de la empresa). Asimismo, se endurecen las sanciones por obstrucción en el curso de la visita evitando, así, sanciones más ventajosas que propiciaba la anterior regulación en los supuestos de trabajo fraudulento por beneficiarios de prestaciones. En definitiva, las reformas comentadas favorecen al real y eficaz cumplimiento de la función de vigilancia y control de la legalidad vigente.