

DOBLE ACCIÓN FRENTE AL EMPLEO SUMERGIDO: EL PROCESO DE REGULARIZACIÓN Y EL ESTABLECIMIENTO DE MEDIDAS DISUASORIAS A LA OCUPACIÓN IRREGULAR DE TRABAJADORES (RDL 5/2011, DE 29 DE ABRIL)

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Miguel Hernández
Subinspector de Empleo y Seguridad Social (Exc.)*

Extracto:

Con la salvedad del proceso de regularización de la inmigración realizado en el año 2005, no recuerdo que por parte de los responsables del Ministerio de Trabajo tuviera lugar un proceso de regularización de situaciones laborables irregulares, como el que se inicia con el Real Decreto Ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas.

Consiste la medida en dos fases: por un lado, en el periodo 7 de mayo a 31 de julio de 2011 (proceso voluntario de regularización, no de amnistía), se intenta estimular a las empresas que ocupan trabajadores sin haber sido dados de alta en la Seguridad Social, para que reconozcan su situación irregular dando de alta a los trabajadores, sin que se les proponga sanción alguna, con algunas condiciones que deberán cumplir, entre las que se encuentran el ingreso de las cotizaciones de los trabajadores afectados, dando facilidades para ello, mediante la posibilidad de pago aplazado, así como la obligación de suscribir un contrato de trabajo con el trabajador afectado, con una duración mínima de seis meses.

Por otro lado –segunda fase–, a partir del 1 de agosto de 2011, finalizado el periodo voluntario de regularización, se inicia otro muy distinto, consistente en el establecimiento de medidas de carácter estable que disuadan a las empresas en mantener o en iniciar actividades que den lugar al empleo sumergido. Medidas que contemplan –la más llamativa– el incremento hasta cinco veces la cuantía de las sanciones, la clarificación de las distintas conductas infractoras y creación de otras nuevas, la presunción de conductas objeto de infracción por obstrucción a la labor inspectora, la aplicación de sanciones accesorias a infracciones graves que anteriormente no les eran aplicables o, incluso, la exclusión de poder contratar con el sector público por la comisión de una infracción por falta de alta en la Seguridad Social, como consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Se trata, en definitiva, de medidas distribuidas en dos acciones muy diferentes, con muchas dudas en la eficacia de la primera, y con una serie de medidas –segunda acción– que intentan disuadir a las empresas en la opción por el empleo sumergido.

Palabras clave: empleo sumergido, falta de alta, Seguridad Social, regularización y sanciones.

DOUBLE ACTION AGAINST THE SUBMERGED EMPLOYMENT: THE PROCESS OF STABILIZATION AND THE ESTABLISHMENT OF DISSUASIVE MEASURES TO THE IRREGULAR OCCUPATION OF WORKERS (RDL 5/2011, OF APRIL 29)

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Miguel Hernández
Subinspector de Empleo y Seguridad Social (Exc.)*

Abstract:

WITH the reservation, of the process of stabilisation of the immigration realised in 2005, nonmemory that on the part of the people in charge of the Ministry of Work took place a process of stabilisation of irregular workable situations, like that one begins with Real Decree Law 5/2011, of April 29, measures for the stabilisation and control of the submerged employment and promotion of the rehabilitation of houses. The measurement consists of two phases: on the one hand, in the period, 7 of May to 31 of 2011 July (voluntary process of stabilisation, not of amnesty) are tried to stimulate to the companies that workers occupy without to be registered in the Social Security, so that they recognize his irregular situation registering the workers, without sanction sets out to them some, with some conditions that will have to fulfill, between that are, the entrance of the quotes of the affected workers, giving facilities for it, by means of the possibility of postponed payment, as well as the obligation to subscribe a contract of work with the affected worker, with a minimum duration of six months.

On the other hand –second phase–, from the 1 of August of 2011, finalizes east voluntary period of stabilisation and very different, consisting of other begins the establishment of measures of stable character that dissuade to the companies in maintaining or to initiate activities that give rise to the submerged employment. Measures that contemplate –to the most showy increase– up to five times the quantity of the sanctions, the clarification of the different infractoras conducts and creation of other new ones, the presumption of conducts object of infraction by obstruction to the inspecting work, the application of accessory sanctions to serious infractions that previously were not to them applicable or, even the exclusion of being able to contract with the public sector by the commission of an infraction for want of discharge in the Social Security, as a result of the action of the Inspection of Work and Social Security.

One treats, really, of measures distributed in two very different actions, with many doubts in the effectiveness of first, and with a series of measures –second action– that try to dissuade to the companies in the option by the submerged employment.

Keywords: submerged employment, lack of discharge, Social Security, regulation and penalties.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Procedimiento temporal de regularización voluntaria.
 - 1. Efectos en materia de Seguridad Social.
 - 2. Efectos respecto a las modalidades contractuales aplicables y en materia de sanciones.
- III. Medidas estables para combatir el empleo irregular a partir del 1 de agosto de 2011.
 - 1. Comprobación del cumplimiento de las obligaciones de alta en la Seguridad Social de trabajadores en los supuestos de subcontratación.
 - 2. Los cambios en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social.
 - 3. Una nueva causa que prohíbe la contratación con el sector público.
- IV. Reflexiones finales.

I. INTRODUCCIÓN

Conscientes del grave momento de crisis que atraviesa nuestro país en casi todos los ámbitos de la vida, y que afecta a tantas personas en aspectos tan esenciales como la necesidad de poder disponer de los recursos mínimos para llevar una vida digna, uno de los ámbitos que sufre con mayor profundidad la actual situación de precariedad es el de quienes se ven abocados al empleo sumergido.

No es algo desconocido, quizá por la idiosincrasia de nuestra cultura se ha asumido esta forma de trabajar como algo consustancial en determinadas regiones. Realidad que es preciso cambiar, desde luego, comenzando en los primeros años de la educación.

El anuncio por el Consejo de Ministros de la creación de una disposición sobre la lucha contra la economía clandestina despertó reacciones contrarias. Desde el punto de vista de quienes cumplen escrupulosamente con la normativa en materia de Seguridad Social y contratación de sus trabajadores entienden que se trata de una medida necesaria. Y lo es para ellos no solo en este tiempo de crisis económica, porque «los perjuicios del trabajo no declarado se proyectan, de un lado, directamente sobre la competencia desleal que tales situaciones generan respecto de la gran mayoría de las empresas españolas que actúan en el marco de la legalidad común, dificultando sus propias posibilidades de crecimiento dentro de dicho marco».¹

En efecto, hace tiempo que se viene reclamando la adopción de iniciativas que en alguna medida pongan freno a un gran número de situaciones irregulares, especialmente en determinadas actividades que tradicionalmente han sido caldo de cultivo del fraude, concretado en la no declaración ante la Seguridad Social de los trabajadores al servicio de las empresas.

El motivo de tal conducta es el de escatimar unas cotizaciones que lesiona el derecho de los trabajadores a su protección social presente y sobre todo futura.² En este sentido, no pueden desco-

¹ Preámbulo del Real Decreto Ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas (BOE del 6 de mayo), en adelante RDL 5/2011.

² Y es que como continúa señalando el preámbulo del RDL 5/2011, esos perjuicios sobre el trabajo no declarado se proyectan «sobre la disminución, cuando no eliminación, de las posibilidades de protección social de los propios trabajadores afectados y de sus condiciones de vida y de trabajo, en un momento en el que precisamente pueden ser más vulnerables ante las contingencias diversas relacionadas con el ciclo económico».

nocerse los durísimos ajustes que se están preparando en la reforma de la pensión de jubilación,³ que precisarán –no cabe ninguna duda–, de todas las cotizaciones que sean posibles, no solo para mejorar la futura pensión, sino incluso para poder acceder a ella.

En consecuencia, este tipo de conducta irregular es el que se pretende atajar con el nuevo *Real Decreto Ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas* (BOE del 6 de mayo),⁴ cuyo preámbulo reconoce, si bien algo tarde a mi entender, que «existe un consenso generalizado sobre los efectos negativos de la economía sumergida y, en particular, del trabajo no declarado como elementos que distorsionan el mercado y dificultan el sistema de protección social y garantías de los trabajadores. Inconvenientes que cobran especial relevancia en un momento de la economía española, en el que el repunte de la actividad y el crecimiento económico no alcanzan las cotas suficientes para la creación de empleo neto, obstaculizando las propias posibilidades del crecimiento económico».

Si además de no comunicar el alta en la Seguridad Social de los trabajadores que prestan servicios en las empresas, aquellos perciben prestaciones económicas de la Seguridad Social –ya sea por incapacidad temporal, desempleo, maternidad, jubilación...–, se produce la compatibilización indebida de prestaciones con el trabajo por cuenta propia o ajena. Conducta que no por muy criticada, disminuye su frecuencia, por el contrario se está viendo incrementada en estos momentos de crisis económica y de empleo.⁵

No es que no se haya actuado en contra de la economía sumergida, al contrario, se han efectuado múltiples campañas en los últimos años, por parte de los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), que han venido desarrollando una labor excelente pese a los obstáculos que conlleva su labor de investigación, acometiendo –como apunta el preámbulo del RDL 5/2011–, diversas y continuas acciones en planes dirigidos al control y lucha contra la economía irregular y el empleo sumergido, de manera regular y permanente. Otras iniciativas que se han adoptado son, por ejemplo, la constitución del Observatorio del fraude para el análisis y corrección de las irregularidades en materia laboral y de Seguridad Social entre la Tesorería General de la Seguridad Social y la propia ITSS; el Plan de acción sobre empresas ficticias y altas fraudulentas adoptado por ambos organismos; y el Plan

³ Como es sabido, se debate en estos momentos en el Congreso de los Diputados el «Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social», que tuvo su origen en el «Acuerdo Social y Económico» firmado el 2 de febrero de 2011 por el Gobierno, CEOE, CEPYME, UGT y CC.OO. Proyecto que presumiblemente se convertirá en ley que entrará en vigor el 1 de enero de 2013, y que provocará con carácter general el retraso en la edad ordinaria de jubilación, así como una sensible disminución en el importe de las pensiones de jubilación, si bien todo ello se llevará a cabo de forma gradual hasta el año 2027 en que se aplicará en toda la letra de la ley.

⁴ Convalidado el 26 de mayo de 2011, por el Congreso de los Diputados.

⁵ Son diversas las conductas fraudulentas de compatibilización indebida del trabajo con las prestaciones, entre ellas se encuentra la de quienes en connivencia con los trabajadores suscriben contratos temporales con ellos, y en los periodos en que son dados de baja en la Seguridad Social y perciben prestaciones por desempleo, continúan prestando servicios para la empresa sin solución de continuidad, de modo que perciben un sobresueldo (el de la prestación por desempleo y el salario de la empresa) y además se continúa cotizando a la Seguridad Social por las contingencias comunes (entre las que se encuentra la pensión de jubilación) mientras perciben la prestación. Asimismo en los periodos en que se activa el contrato de trabajo se generan cotizaciones para lucrar nuevas prestaciones por desempleo. Se trata de conductas que siendo detectables mediante una mirada en la vida laboral de los trabajadores, es preciso que se constate la realidad de la compatibilización indebida de trabajo-prestación mediante la oportuna visita inspectora.

integral de prevención y corrección del fraude fiscal, laboral y a la Seguridad Social, aprobado por el Consejo de Ministros del 5 de marzo de 2010.

Junto a ello, y en colaboración con la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, se vienen realizando, desde febrero de 2011, una serie de campañas de colaboración encaminadas a aflojar empresas clandestinas.

Sobre estos últimos planes, mis noticias no son especialmente alagüeñas, pues no se han obtenido resultados especialmente relevantes, ya que cada organismo ha ido sobre todo a cumplir sus propios objetivos particulares, en lugar de realizar una labor verdaderamente conjunta de detección de empresas sumergidas pues en muchos casos se visitaban aquellas que no presentaban a priori indicios de clandestinidad, provocando el malestar de las empresas visitadas. En ese sentido, se ha echado de menos una unidad de actuación por parte de quienes han tenido la responsabilidad de dirigir las actuaciones de los funcionarios (tanto agentes tributarios como de la ITSS).

Quizá los escasos resultados obtenidos con tales planes han conducido a la adopción de medidas más directas. En particular, a través de una mayor clarificación de las conductas que serán objeto de infracciones por falta de alta en la Seguridad Social por un lado, así como de endurecimiento de las sanciones previstas;⁶ todo ello será objeto pormenorizado del presente análisis.

Si acaso, quisiera adelantar tres aspectos que me llaman la atención de esta nueva regulación:

El primero hace referencia al establecimiento de un periodo de regularización con objeto de que voluntariamente las empresas afloren su situación irregular. La forma en que se prevé no parece que signifique un auténtico periodo que facilite esa salida de la clandestinidad, pues como se verá, esa posibilidad siempre ha estado abierta por las empresas sin ningún tipo de sanción, salvo claro está que se intente regularizar con carácter retroactivo situaciones de periodos anteriores, posibilidad que parece contemplar el RDL 5/2011, si bien de forma poco convincente.

El segundo es una eterna reivindicación en la mejora de la normativa que deben aplicar los funcionarios de la ITSS, en relación con la equiparación entre la falta de alta en la Seguridad Social detectada por la actuación de la ITSS y el simple retraso del alta de los trabajadores. Conductas que hasta ahora venían aplicando indistintamente el mismo precepto sancionador, si bien la novedad incorporada incide en mantener la misma sanción por falta de alta «cuando no mediare actuación inspectora» además de establecer una leve mejoría en lo que afecta al número de trabajadores afectados, que ya no se considerará una infracción por cada trabajador no dado de alta en tiempo y forma, en los casos en que no haya existido actuación inspectora. En realidad, la novedad consiste en incrementar la sanción en el caso de que la falta de alta se haya comprobado a través de actuación inspectora, considerándose una infracción por cada trabajador afectado.

⁶ En ese sentido la Nota informativa sobre las Medidas para la Regularización y el Control del Empleo sumergido (RDL 5/2011), de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, pág. 3, atendiendo a que la regulación del empleo sumergido es una prioridad, se anuncia a los funcionarios del Sistema de la ITSS, que «... en los próximos días, la Dirección General de la ITSS reelaborará la planificación de 2011, teniendo en cuenta la necesidad de su intensificación y profundidad, con objeto de aumentar la eficacia de las actuaciones inspectoras».

El tercer aspecto hace referencia a una costumbre que por habitual, no parece ser la más adecuada a los efectos de técnica jurídica. Y es la de incluir dentro de una misma norma materias que no tienen nada que ver entre ellas, como es en este caso, el de la economía sumergida y la mejora en la deducción por rehabilitación de vivienda en el IRPF. Creo que hubiera sido más limpio, que cada materia se hubiera plasmado en una norma independiente, ¿qué importa que figuren en dos decretos leyes en lugar de uno? Quizá se ha decidido así por la escasa entidad de la modificación de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre (IRPF). Se trata de un ejemplo de los muchos que refleja una forma de legislar que puede ser mejorada en el futuro.

Por otro lado, la urgencia con la que debe justificarse la adopción de la figura del decreto ley es adecuada, dadas las circunstancias. Sin embargo, esa urgencia es palmaria desde hace varios años, lo que hace sospechar sobre la verdadera finalidad de la medida en estos momentos de carestía en las arcas públicas.

En fin, con independencia de los motivos que han impulsado al ejecutivo a la adopción de medidas más decididas contra el empleo clandestino, son dos las acciones que se han abierto para ello.

La primera tiene que ver con la advertencia a las empresas con trabajadores sin dar de alta en la Seguridad Social, de que deben regularizarse, por así decir, «por las buenas», porque si no lo hacen y se detecta su situación irregular –segunda acción–, se verán sometidas «por las malas» a sanciones, hasta cinco veces mayores a las actuales. En esta segunda vía se incluye, por primera vez, la obligación por parte de las empresas de que comprueben el cumplimiento de las obligaciones de alta en la Seguridad Social de los trabajadores que presten servicios en las empresas con las que contraten o subcontraten.

La forma en que se intenta llevar a cabo esta medida, pese a sus buenas intenciones, sin embargo no creo que tenga éxito, en particular la primera de las acciones, porque no estimula suficientemente a las empresas para emerger de su situación. Es más, mi pronóstico es que seguirán sumergidas en la clandestinidad, si bien, como es lógico, adoptarán mayores precauciones para no ser descubiertas, lo que hará más dificultosa la paciente labor de los funcionarios encargados de vigilar el cumplimiento de la normativa laboral y de Seguridad Social.

Pero realicemos con mayor detenimiento el análisis de las nuevas medidas.

II. PROCEDIMIENTO TEMPORAL DE REGULARIZACIÓN VOLUNTARIA

No acabo de comprender que se intente convencer a las empresas para que salgan del empleo clandestino voluntariamente, y a continuación se les imponga una serie de condiciones que sin duda hacen más gravosa su situación que si no procedieran de la economía sumergida, cuando de otro modo sin reconocer su clandestinidad pueden emerger al mundo de la legalidad, sin las consecuencias negativas que ello comporta, como si se tratara de empresas ajenas a cualquier tipo de irregularidad, y sin que se cuelgue sobre ellas la etiqueta de empresas sospechosas de prácticas laborales clandestinas.

Insisto, creo que si no se ofrece algo más, va a ser difícil que por las buenas, como parece que se intenta, las empresas entren al trapo que se les ofrece.

Concretamente, las primeras medidas van dirigidas, como señala el capítulo I del decreto ley que las regula, a empresas que se acojan voluntariamente al procedimiento de regularización respecto de aquellos trabajadores ocupados de manera irregular.

En esta primera etapa que denominamos coloquialmente: «por las buenas», se establece por el artículo 1, del RDL 5/2011, que «los empresarios que ocupen trabajadores de manera irregular por no haber solicitado su afiliación inicial o alta en la Seguridad Social, podrán regularizar la situación de los mismos desde la entrada en vigor» del Real Decreto Ley y hasta el 31 de julio de 2011, de conformidad con lo dispuesto en el capítulo I.

Es decir, que este periodo de regularización abarca desde el día 7 de mayo hasta el 31 de julio de 2011, apenas tres meses para que las empresas se decidan a regularizar su situación de forma voluntaria. Plazo escaso a mi entender y que finaliza con la llegada del periodo de vacaciones, circunstancia esta que tampoco resulta propicia para animar a las empresas a declarar su situación.

No obstante, en nota dirigida a los funcionarios de la ITSS, se les indica que deberán llevar las acciones en dos fases. La primera, la denomina: periodo de regularización, que se extenderá hasta el 31 de julio. En ella «la ITSS participará en cuantas acciones puedan contribuir al mejor conocimiento de estas medidas».⁷

El RDL 5/2011 distingue en los efectos de la regularización dos vertientes:

- Efectos que se refieren a materia de Seguridad Social, es decir, lo que afecta al tratamiento de las cotizaciones de aquellos trabajadores que no fueron dados de alta en la Seguridad Social al inicio de su relación laboral.
- Efectos laborales y sancionadores de la falta de alta en la Seguridad Social.

1. Efectos en materia de Seguridad Social

El artículo 2 del RDL 5/2011 explica cuáles serán los efectos en materia de Seguridad Social de quienes se acojan a este proceso de regularización. Y así, –señala el artículo 2.1 del decreto ley–, «las empresas deberán solicitar el alta de los citados trabajadores en el correspondiente régimen de la Seguridad Social dentro del plazo señalado».

Debemos presumir que en la casilla de la fecha de inicio de la actividad deberá indicarse la que corresponda al comienzo efectivo y real de la prestación de servicios, y no la de la fecha de presentación del parte de alta, como sin duda se haría si se pretendiera dar de alta a los trabajadores que llevan

⁷ Nota informativa sobre las Medidas para la Regularización y el Control del Empleo sumergido (RDL 5/2011), *op. cit.*, pág. 2.

tiempo sin dar de alta en la empresa y no existiera el proceso de regularización, pues si se declarara la fecha real automáticamente se incurriría en el alta fuera del plazo reglamentariamente establecido.

Precisamente, la regularización implica sobre todo, como luego se verá, la inaplicación de sanciones cuando tales situaciones afloren voluntariamente durante el proceso de regularización.

Siguiendo con los efectos en materia de Seguridad Social, al mismo tiempo se advierte –art. 2.2–, que el ingreso de las cotizaciones a la Seguridad Social y por los conceptos de recaudación conjunta correspondientes a las citadas altas que procedan con arreglo a la legislación vigente de la Seguridad Social, podrá ser objeto de aplazamiento en los términos reglamentariamente establecidos.

No resultan claros los términos de este mecanismo, pues no se especifica si ello incluye periodos anteriores, y en ese caso las condiciones del aplazamiento. Así por ejemplo, el problema del ingreso de las cotizaciones, que podría ascender a cuantías importantes y a las que no renuncia ni debe eximir la normativa por tratarse de derechos de los trabajadores, pues prevé expresamente que se darán facilidades para su pago mediante el aplazamiento del pago en los «términos reglamentariamente establecidos», es decir, con los correspondientes recargos que prevé la normativa de Seguridad Social,⁸ lo que en la situación actual de crisis económica no parece que anime a las empresas a entrar por esta vía.

No obstante, quizá se publique alguna disposición que desarrolle las condiciones del aplazamiento en este caso especial, y teniendo en cuenta el breve periodo para regularizarse, deberán darse prisa para que se conozca con la mayor antelación posible. Mientras tanto, se aplicará la normativa vigente en materia de aplazamientos de deudas con la Seguridad Social.⁹

En definitiva, no se observan a los efectos de esta vertiente sobre las cotizaciones a la Seguridad Social, diferencias significativas a situaciones no declaradas que reconozcan periodos trabajados sin haber sido dados de alta en la Seguridad Social, pues en cualquier caso –encontrándose o no dentro del periodo previsto del proceso de regularización–, habrá que ingresar las deudas por las cotizaciones con sus recargos e intereses, según la normativa vigente. Eso sí, la única ayuda, si se puede decir así, es la de poder aplazar la deuda.

Algo que también podría aplicarse fuera de los procesos de regularización, cuando existe voluntad de pago por parte del deudor y alegue y acredite que su situación económica financiera y demás circunstancias concurrentes le impidan efectuar el ingreso de la deuda en el plazo reglamentario.¹⁰

Una medida que quizá podría haberse incluido en este proceso excepcional de regularización es la de suprimir los recargos de mora e intereses de la deuda, como estímulo para que las empresas se animaran a acogerse al proceso de regularización. De ese modo, el trabajador no perdería el dere-

⁸ En los términos del artículo 27 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), así como el artículo 10 del *Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social*.

⁹ Sobre el aplazamiento de pago de deudas con la Seguridad Social véase el artículo 20 de la LGSS así como el capítulo VII, artículos 31 a 36 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio.

¹⁰ Como señala el artículo 31.1 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio.

cho a la cotización y la empresa cumpliría con su obligación sin tener que abonar además los recargos y demás gastos que conlleva el ingreso de las cotizaciones fuera del plazo establecido.

Recuérdese además, que esas cotizaciones incluyen la cuota correspondiente al trabajador que deberá asumir la empresa a su cargo, como responsable del cumplimiento de la obligación suya y de sus trabajadores, por no haberla descontado presumiblemente (en el mejor de los casos) en el momento de hacer efectiva la retribución al trabajador (art. 104.2 LGSS).

2. Efectos respecto a las modalidades contractuales aplicables y en materia de sanciones

En lo que afecta a otros aspectos tales como la modalidad de contrato que deberá suscribir el empresario con el trabajador ocupado de forma irregular o el régimen de las sanciones durante el proceso de regularización, se observan tanto iniciativas positivas como medidas mejorables.

2.1. Modalidad contractual

El artículo 4.1 del RDL 5/2011 establece que los empresarios que se hayan acogido al procedimiento de regularización «deberán formalizar un contrato de trabajo con el trabajador, mediante cualquier modalidad contractual indefinida o temporal o de duración determinada, incluidos los contratos formativos, siempre que se reúnan los requisitos exigidos para su celebración, de acuerdo con la legislación laboral».

Sin embargo cuando se trate de contratos de carácter temporal o de duración determinada, el decreto ley exige como condición que «su duración inicial prevista no podrá ser inferior a seis meses desde la fecha de solicitud del alta en la Seguridad Social».

2.1.1. Extinción del contrato por su propia naturaleza anterior a los seis meses del alta en la Seguridad Social

Uno de los inconvenientes que pueden presentarse con esta exigencia de que la duración del contrato sea como mínimo de seis meses desde la fecha de solicitud del alta, lo constituye el hecho de que la actividad que realice el trabajador sea de tal naturaleza, que no admita un desarrollo en el tiempo que alcance los seis meses desde la fecha de la solicitud del alta en la Seguridad Social.

Me refiero a la posibilidad de determinados contratos de obra o servicio determinado, en los que una vez finalizada la obra o el servicio se extingue el contrato de trabajo. Me pregunto qué sentido tendría por ejemplo, que una vez finalizada la obra a los dos meses del alta en la Seguridad Social, se siga manteniendo al trabajador durante cuatro meses más con el único objeto de cumplir con esta obligación, si en la realidad el contrato cumplió su objetivo y sobre todo finalizó la obra o el servicio sin posibilidad de continuar.

O la posibilidad –en el contrato de interinidad–, de un trabajador interino que sustituye a otro trabajador, si este se reincorporara con anterioridad al plazo de los seis meses desde la solicitud del alta en

la Seguridad Social. Si esa fuera la realidad de la relación laboral, no tendría sentido prolongar el contrato de interinidad pues, en principio, se extinguió con la reincorporación del trabajador al que se sustituye.

No se olvide que el precepto no exige que el trabajador permanezca en la empresa durante seis meses –lo que permitiría cambiar la modalidad de contratación–, sino que la duración inicial del contrato, es decir, de un solo contrato, no podrá ser inferior a seis meses.

Se trata de situaciones que no se han previsto, quizá por la premura en su redacción, pero que pueden poner en dificultades a la empresa, pues en el caso de que prolongara ficticiamente la actividad de los trabajadores en cumplimiento de la exigencia de la norma, podría entenderse como un intento de fraude para lucrar prestaciones de Seguridad Social, sobre todo si se demostrara que no realizó el trabajador actividad, a causa de la naturaleza de los contratos.

Este problema podría haberse solventado incluyendo en la disposición adicional primera.1 párrafo 2.º del RDL 5/2011, junto con las otras excepciones a las que se harán referencia más tarde (despido disciplinario declarado procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad total, absoluta o gran invalidez del trabajador) las aquí mencionadas, en particular respecto de la contratación por obra o servicio y de interinidad.

2.1.2. Consideración del periodo de prueba

Otro problema que podría plantearse con esta exigencia de la duración mínima, en parte resuelto, se encuentra en el periodo de prueba, ya que si se reconoce la relación laboral desde el inicio real, y esta se hubiera producido, pongamos por caso, cinco meses antes de la solicitud del alta en la Seguridad Social, en el caso de que se exija –de acuerdo con categoría del trabajador–, como máximo un periodo de prueba de dos meses,¹¹ al haber transcurrido un plazo igual al que legalmente hubiera podido fijarse para el periodo de prueba, podría entenderse que adquirirían la condición de trabajadores fijos según establece el artículo 15.2 del ET, lo que de alguna manera perjudicaría las expectativas del empresario que en principio solo pensaba contratar al trabajador de forma temporal.

Para eludir este inconveniente, el artículo 4.2 del RDL 5/2011 excluye de forma expresa la aplicación del artículo 15.2 del ET, sobre la adquisición de la condición de fijos de los trabajadores contratados mediante las modalidades contractuales temporales o de duración determinada, ahora bien, siempre que se cumplan los requisitos previstos en el proceso de regularización.

Por otro lado, nada se dice en el caso de que la empresa reconociera un periodo de antigüedad del trabajador lo suficientemente amplio como para que se considerara indefinido o incluso lo tuviera que reconocer expresamente el empresario según la reforma del mercado de trabajo de 2010.¹² Lo que,

¹¹ Sobre el periodo de prueba véase el artículo 14 del *Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores* (ET), así como artículo 11.1 d) del ET respecto de los contratos en prácticas.

¹² En particular me refiero a la nueva obligación del empresario de facilitar por escrito en los 10 días siguientes al cumplimiento de los plazos indicados, un documento justificativo sobre su nueva condición de trabajador fijo de la empresa en aquellos supuestos en que sobrepase la duración del contrato de obra o servicio (hasta 3 años ampliable a 12 meses más por convenio colectivo) o para los demás contratos de temporales que en un periodo de 30 meses hubieran estado con-

con toda probabilidad, y unido a la obligación de ingresar las cotizaciones atrasadas, restringirá el reconocimiento de la antigüedad del trabajador en el caso de que pudiera suponer la condición de trabajador fijo de la empresa. Sobre esta última posibilidad también se podría haber previsto alguna salida para la empresa.

Finalmente, señala el apartado 3 del artículo 4 del RDL 5/2011 que en el contrato de trabajo se hará constar expresamente que el mismo se acoge al proceso de regularización, sin perjuicio de la restante normativa laboral que resulte de aplicación en función de la modalidad de contratación utilizada.¹³

2.2. Sanciones

La idea es –ese parece ser el sentido del art. 3.1 RDL 5/2011– que durante el proceso de regularización no se propongan sanciones por la ITSS por no haber dado de alta las empresas a sus trabajadores, siempre y cuando, naturalmente, se hayan acogido voluntariamente al proceso y se cumplan las condiciones que establece el propio decreto ley.

2.2.1. Inaplicación del procedimiento de regulación (excepciones)

El precepto establece tres excepciones que implican la posibilidad de que, aun acogándose voluntariamente al proceso de regularización, el empresario pudiera ser sancionado y de que pierda los beneficios que lleva consigo aquel.

Las dos primeras excepciones se contienen en la disposición adicional primera del RDL 5/2011 y son las siguientes:

1. Empresarios que no reúnan los requisitos establecidos en el proceso de regularización que se acaban de examinar.
2. Cuando pese a reunir los requisitos del proceso de regularización, hubieren procedido a la extinción del contrato de trabajo de los trabajadores afectados por la regularización antes de seis meses, cualquiera que fuera la modalidad de contratación utilizada.¹⁴

tratados durante un plazo superior a 24 meses (art. 15.9 ET, según la reforma de la *Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*). Por cierto, el incumplimiento de esta obligación por parte del empresario supondrá la comisión de infracción leve, según el artículo 6.4 bis del *Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la ley sobre infracciones y sanciones en el orden social* (TRLISOS), en la redacción del artículo 1.Ocho de la *Ley 35/2010*.

¹³ En la práctica, el Servicio Público de Empleo Estatal ha puesto a disposición de los usuarios: https://www.redtrabaja.es/es/redtrabaja/contenidos/empleo_formacion.do?pagina=/Empleo/ah01030511.html, un anexo específico (PE/225) al «contrato acogido al procedimiento de regularización y control del empleo sumergido», que se adjuntará al contrato que corresponda, ya sea indefinido o temporal, de duración determinada o formativo.

¹⁴ Se exceptúa tal previsión y por tanto no será objeto de sanción ni de ninguno de los efectos en caso de incumplimiento, «las extinciones por despido disciplinario declarado como procedente, o por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador». Quizá podrían haberse incluido otros supuestos como la fina-

En cualquiera de ambos supuestos, se producirán las siguientes consecuencias:

- a) Perderán automáticamente el derecho a acogerse a los beneficios y efectos establecidos específicamente durante el procedimiento de regularización y con efectos desde la fecha de la misma.
- b) Deberán reintegrar las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, obtenidos como consecuencia de esta contratación.
- c) Se deberá proceder al ingreso de las cuotas de Seguridad Social que procedan (parece que se refiere al ingreso inmediato de las cotizaciones debidas sin posibilidad de aplazamiento).

La tercera excepción por la que no resultará aplicable el proceso de regularización hace referencia a situaciones en las que «ya se hubiere iniciado una actuación en la empresa en materia de Seguridad Social, que tenga por objeto o afecte a las situaciones de hecho» en las que se haya solicitado el alta de trabajadores en el marco del procedimiento de regularización, «o hubieren tenido entrada en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social denuncias, reclamaciones o escritos de cualquier naturaleza relacionados con tales situaciones en la misma empresa, o demandas ante la Jurisdicción Social» (art. 3.2 RDL 5/2011).

Previsión, que se ha concretado en las actuaciones de los funcionarios de la ITSS en el sentido de que «no será posible proceder a extender Actas de Infracción con la correspondiente propuesta de sanción respecto de aquellas empresas que hayan procedido a solicitar la afiliación o el alta en la Seguridad Social de sus trabajadores en situación irregular durante el periodo del 7 de mayo al 31 de julio de 2011, siempre que dichas solicitudes se hayan producido antes de que se inicien las actuaciones inspectoras de comprobación al respecto y no existieran denuncias o reclamaciones presentadas ante la ITSS, o demandas en la jurisdicción social, con anterioridad a dicha solicitud de alta».¹⁵

Es una manera de que la Administración no quede atada en determinadas circunstancias por lo dispuesto en el proceso voluntario de regularización.

A este respecto se contemplan dos posibilidades:

- La primera se refiere a aquellas situaciones en las que habiéndose iniciado una actuación inspectora, la empresa viéndose en peligro de ser sancionada, solicita acogerse al procedimiento de regularización, con lo que en cierta medida pierde ese carácter de voluntariedad del proceso de regularización.
 - Desde otro punto de vista podría producirse el problema de que se solicitara la regularización de trabajadores cuya situación irregular no hubiera sido detectada por los funcio-

lización de un contrato de obra o la reincorporación del trabajador sustituido de un contrato de interinidad, con anterioridad a los seis meses del alta en la Seguridad Social.

¹⁵ Nota informativa sobre las Medidas para la Regularización y el Control del Empleo sumergido (RDL 5/2011), *op. cit.*, pág. 3

narios de la ITSS, en cuyo caso es verdad que la solicitud de la regularización pudiera venir motivada por la actuación inspectora, pero podría suceder que sin esa voluntad de acogerse a la regularización, no se detectaran otros trabajadores de la empresa en situación irregular, pese al inicio de las actuaciones inspectoras.

- La segunda posibilidad hace referencia a posibles reclamaciones de terceros, ya se trate de denuncias ante la ITSS o de demandas ante la Jurisdicción Social, pues una vez iniciados los respectivos procedimientos –administrativo o judicial–, si no se adoptara esta medida, el interesado podría paralizarlos a través de este proceso excepcional aun sin tener intención en un principio de acogerse al mismo.
 - Quizá el inconveniente sería que se produjera la casualidad de que el afectado (empresa) no conociera que se hubiera iniciado un procedimiento administrativo o judicial y que fuera real su intención de acogerse voluntariamente al proceso de regularización, con lo que podría sentirse injustamente tratado.
- También pudiera suceder que iniciado el proceso voluntario de regularización, dando de alta a los trabajadores, sin embargo, estos no estuvieran de acuerdo con las antigüedades reconocidas por la empresa y procedieran a denunciarla. En el caso de que la Jurisdicción de lo Social reconociera mayores antigüedades que las admitidas por la empresa, habría que extender las oportunas actas de liquidación e infracción correspondientes a los periodos no reconocidos por la empresa, con lo que al no cumplirse con las condiciones del proceso voluntario de regularización, pues finalmente se comprobó un reconocimiento incorrecto, se considerará como un incumplimiento del régimen jurídico de la regularización, con las consecuencias que se acaban de enumerar anteriormente y que figuran en la disposición adicional primera del RDL 5/2011.

Como se desprende de lo que se acaba de analizar, el proceso voluntario de regularización de los trabajadores tiene algunas aristas que pueden perjudicar a aquellas empresas que en un principio tienen intención de acogerse de buena fe al proceso de regularización. De ahí la importancia de conocer bien la redacción del precepto que lo regula para no caer en alguna de las situaciones anteriores que podrían echar por tierra ese proceso iniciado con la sana intención de emerger desde la contratación irregular de los trabajadores.

III. MEDIDAS ESTABLES PARA COMBATIR EL EMPLEO IRREGULAR A PARTIR DEL 1 DE AGOSTO DE 2011

Si las previsiones antes analizadas, sobre el procedimiento voluntario de regularización del empleo irregular, tienen un carácter transitorio, en el sentido de que únicamente se aplican durante un periodo determinado –desde el 7 de mayo hasta el 31 de julio de 2011–, las medidas que contempla el capítulo II del RDL 5/2011 suponen una sustancial modificación de las normas en materia de infracciones y sanciones en el orden social con carácter permanente.

Se trata de la fase segunda, dirigida a los funcionarios de la ITSS, en la que se contemplan medidas de disuasión, que se iniciarán el 1 de agosto, atendiendo a que la regularización del empleo sumergido es una prioridad.¹⁶ Y es que, según manifestó el ministro de Trabajo, a partir de esa fecha se intensificarían los controles y tanto la plantilla de los inspectores, como sus actuaciones, se incrementarían un 10 por 100.¹⁷

Diversas son las líneas de actuación elegidas para hacer frente al empleo sumergido, que se concretan, en primer lugar, en una nueva exigencia a los empresarios que contraten o subcontraten con otras empresas de la misma actividad, de comprobar que se ha dado de alta a los trabajadores que hayan sido ocupados por estas (art. 5). En segundo lugar, se modifica el *Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de Infracciones y Sanciones en el Orden Social* (LISOS), con el objetivo de intentar clarificar con mayor detalle las diversas conductas y circunstancias cuyo resultado es la falta de alta en la Seguridad Social. Se han incrementado las sanciones hasta cinco veces, respecto a la cuantía anterior en determinados supuestos de comprobación de falta de alta en la Seguridad Social e incompatibilidad indebida del trabajo con prestaciones de la Seguridad Social. Asimismo, se han incorporado otras medidas de dudosa aplicación con criterios de seguridad jurídica relacionadas con obstrucciones a la actuación inspectora, y, finalmente, se ha modificado el elenco de sanciones accesorias.

A las anteriores medidas se añade una última, que tiene que ver con la prohibición a las empresas de contratar con el sector público, cuando mediante actuación inspectora se haya comprobado la falta de alta de sus trabajadores en la Seguridad Social.

1. Comprobación del cumplimiento de las obligaciones de alta en la Seguridad Social de trabajadores en los supuestos de subcontratación

Como señala el artículo 42.1 del ET, «los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social». Para realizar la comprobación, el empresario deberá recabar por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de 30 días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante.

Pues bien, junto a ello, una nueva obligación incorpora el artículo 5 del RDL 5/2011 para el empresario que contrata o subcontrata con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos o que se presten de forma continuada en sus centros de trabajo. Esa obligación nueva no se reduce solo a la de comprobar que se encuentra al corriente de sus cotizaciones (art. 42 ET),

¹⁶ Véase Nota informativa sobre las Medidas para la Regularización y el Control del Empleo sumergido (RDL 5/2011) *op. cit.*, pág. 3.

¹⁷ <http://www.tt.mtin.es/periodico/ministro/201105/MIN20110526.htm>

sino algo de mayor gravedad como es la de que «deberán comprobar, con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad contratada o subcontratada, la afiliación y alta en la Seguridad Social de los trabajadores que estos ocupen» en los centros de trabajo. A este respecto, el ministro de Trabajo manifestó que era en la subcontratación donde se concentraba más empleo irregular.¹⁸

1.1. Problemas que plantea la obligación de comprobación

Dos cuestiones a mi modo de ver, se plantean en la obligación de la empresa de comprobar que las empresas contratistas o subcontratistas tienen dados de alta en la Seguridad Social a sus trabajadores: por un lado, al igual que en el caso del artículo 42 del ET, deberá tratarse la obra o el servicio de la empresa contratista de la propia actividad de la empresa principal.¹⁹ Pero en este caso se incluyen, además, aquellos otros servicios que se presten de forma continuada en sus centros de trabajo. Luego, podría tratarse de empresas contratadas o subcontratadas con otras actividades, con una cierta permanencia en el desempeño de actividades para la empresa principal y en su centro de trabajo. También en estos supuestos deberá comprobar el empresario principal que los trabajadores subcontratados están dados de alta en la Seguridad Social.

Sobre esta primera cuestión me planteo a su vez otros dos interrogantes. El primero es el propio concepto de «prestación de forma continuada» de la empresa contratista en el centro de trabajo de la empresa principal. Es decir, se plantea, cuándo debe entenderse que se trata de una actividad cuya prestación es realizada «de forma continuada». Y si debe reconocerse al principio de la contrata, en cuyo caso se entiende a priori que la relación se va extender en el tiempo. Sería propio de la prestación de servicios (vigilancia, jardinería, limpieza...) ²⁰ o, si se incluyen actividades que en un principio no tienen ese carácter de permanencia pero que se prolongan en el tiempo y adquieren cierta continuidad y, en este caso, surge el segundo interrogante: en qué momento debe considerarse que existe esa continuidad, y por tanto, cuándo debe el empresario realizar la comprobación. Sobre esta cuestión sería deseable una mayor concreción.

¹⁸ <http://www.tt.mtin.es/periodico/ministro/201105/MIN20110526.htm>

¹⁹ En principio, la doctrina científica mayoritaria entiende, con un criterio amplio, que la propia actividad de la empresa a que se refiere este artículo son las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa; nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado esta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial. En este sentido, la doctrina es partidaria de una aplicación amplia del concepto de contratas correspondientes a la propia actividad de la empresa. Solo quedarían fuera las obras o servicios contratados que estén desconectados de su finalidad productiva y de las actividades normales de la misma.

²⁰ Es la conocida como actividad indispensable, que coincide con el criterio amplio según el cual son actividades propias de la empresa principal, además de las que constituyan su ciclo de producción, todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo, con lo que las actividades complementarias (vigilancia, limpieza, etc.) formarían parte de estas actividades indispensables, al estar, además, conexionadas de modo estructural (habitual) con la obtención de los fines de la actividad de la empresa. Solo quedarían excluidas las actividades totalmente desconectadas de la actividad normal de la empresa. Otro criterio, más restrictivo, es el llamado de las actividades inherentes, según el cual únicamente se integran dentro del concepto «propia actividad» aquellas actividades que corresponden a la esencia del ciclo productivo, quedando fuera las actividades complementarias. El punto de interés se sitúa en la conexión o correlación con la finalidad productiva de la empresa principal incluyendo únicamente las actividades inherentes a la misma, y excluyendo las parcelas accesorias no específicas de la actividad principal, pese a su normalidad, habitualidad e indispensabilidad. Serían descartadas, por ejemplo: limpieza y vigilancia, atención sanitaria, comedores, informática, etc.

La segunda cuestión hace referencia al procedimiento de comprobación. A diferencia de las comprobaciones previstas del artículo 42 del ET sobre la situación de los contratistas en relación con el pago de sus cotizaciones a la Seguridad Social, nada se dice respecto al procedimiento de comprobación que debe seguir el empresario principal. Se trata, por otro lado, de una obligación delicada, por tratarse de información confidencial, y no parece que deba actuar identificando a los trabajadores del contratista y exigiéndole a este que le presente la documentación de aquellos, función específica de la ITSS.

Además, el contratista puede asegurarle que tiene a todos los trabajadores dados de alta en la Seguridad Social e incluso firmárselo en un documento, pero eso no garantiza la comprobación efectiva. Ni tampoco, como especifica el precepto, que la comprobación se realice «con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad», pues sabiendo –como lo sabe el contratista–, esperará a que se haya producido la comprobación para, en el caso de que tenga intención de ello, ocupar a trabajadores sin estar dados de alta en la Seguridad Social.

No veo, por tanto, la forma de que el empresario principal pueda comprobar que el contratista o subcontratista tenga a los trabajadores dados de alta en la Seguridad Social, pues esa comprobación entiendo que es competencia exclusiva de la ITSS. Parece más un intento de trasladar al empresario principal la responsabilidad de comprobar situaciones que a mi modo de ver solo deberían ser objeto de comprobación por parte del organismo encargado de ello, como es la ITSS.

En consecuencia, parece que al no establecer ningún procedimiento, ni siquiera se prevé reglamentariamente, se deja a la intemperie al empresario principal que se encuentra, en gran medida, a expensas de la conducta de la empresa contratista o subcontratista. Y es que si se produjera una visita de la Inspección de Trabajo y se detectara que alguna de estas ocupan a trabajadores sin estar dados de alta, podría salpicar esta conducta a la empresa principal si se entiende que no ha comprobado la situación de la empresa contratista respecto a sus trabajadores no dados de alta en la Seguridad Social.

1.2. Exclusiones

Al igual que el artículo 42.2 del ET, la citada obligación de comprobación, con carácter previo al inicio de la prestación del deber de afiliación y alta en la Seguridad Social de los trabajadores de empresas contratadas o subcontratadas «no será exigible cuando 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» (art. 5.2 RDL 5/2011).

1.3. Descripción de la conducta infringida

Pese a las dificultades que plantea la comprobación de la situación de alta en la Seguridad Social de los trabajadores de empresas contratadas o subcontratadas, finalmente se ha optado por incluir su omisión como una infracción en materia de Seguridad Social.

De ese modo se ha incorporado un nuevo apartado, el número 12 al artículo 22 de la LISOS, según el cual, es infracción grave: «no comprobar por los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos o que se presten de forma continuada en sus centros de trabajo, con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad contratada o subcontratada, la afiliación o alta en la Seguridad Social de los trabajadores que estos ocupen en los mismos, considerándose una infracción por cada uno de los trabajadores afectados».

Y la cuestión que se plantea sigue siendo la misma: ¿cómo puede comprobarse el alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad contratada o subcontratada?

La sanción que se aplica es la común a las infracciones graves del artículo 22 de la LISOS que no tienen alguna circunstancia especial por la que figuren incrementadas. Es decir, que se sancionará con multa, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros; en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros [art. 40.1 b) LISOS]:

2. Los cambios en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social

El artículo 6 del RDL 5/2011 contempla las modificaciones que se han incorporado en la LISOS sobre infracciones en materia de Seguridad Social, así como las específicas sanciones que se aplicarán a partir del 1 de agosto de 2011, una vez agotado el tiempo del proceso de regularización del empleo sumergido.

En esencia, esos cambios se refieren a nuevos criterios en la tipificación de las conductas consideradas como infracciones por falta de alta en la Seguridad Social, el incremento de las sanciones en tales supuestos, la creación de una nueva clase de obstrucción a la labor inspectora, y un retoque a las sanciones accesorias para incluir su aplicación a determinadas comprobaciones de falta de alta en la Seguridad Social.

2.1. *Aplicación de nuevos criterios (conductas infractoras y sanciones) respecto a la comprobación de la falta de alta de los trabajadores en la Seguridad Social*

En temas de comprobación de la situación del alta en la Seguridad Social de los trabajadores, las diversas manifestaciones de tal conducta objeto de sanción hasta el día 31 de julio de 2011 se incluyen en un mismo apartado, el número 2 del artículo 22 de la LISOS, sin distinguir otros matices. Las modificaciones del RDL 5/2011 sobre esta cuestión separan acertadamente, en mi opinión, unas conductas de otras, y se traducen en la diversificación de las infracciones y en la aplicación de la correspondiente sanción, atendiendo a la gravedad de aquellas.

Quienes durante muchos años hemos desempeñado labores inspectoras nos ha parecido que en materia de falta de alta en la Seguridad Social, se debía distinguir entre quienes han incumplido

su obligación de dar de alta a los trabajadores y son detectados como consecuencia de una visita de inspección, y aquellas otras situaciones, en las que la empresa por las razones que fueran, daba de alta al trabajador, si bien fuera del plazo reglamentario establecido para ello.

Resulta obvio que ambas conductas son esencialmente diferentes, siendo más grave la primera. Pues bien, el régimen sancionador siempre ha sido el mismo para las dos conductas, e incluso para casos en los que incluso dando de alta al trabajador, en tiempo y forma, no se hacía, en determinados supuestos, por los medios informáticos establecidos.²¹ De modo que la sanción era calificada como grave, siendo su cuantía en grado mínimo entre 626 y 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros, y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros [art. 40.1 b) LISOS].

Esta distinción, por fin, se ha recogido en el artículo 6.Uno y Dos del capítulo II del RDL 5/2011, al establecer diferentes consecuencias, según se realice o no actuación inspectora.

2.1.1. Con actuación inspectora

La nueva redacción del artículo 22.2 de la LISOS por el artículo 6.Uno del RDL 5/2011 contempla dos conductas:

1. «No solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio».
2. «Solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido».

En realidad se trata de la misma infracción: la falta de alta en la Seguridad Social. La única diferencia consiste en que en el primer caso, la empresa omite dar de alta al trabajador, siendo la Inspección de Trabajo la que procederá al comunicado del alta de oficio a la Tesorería General de la Seguridad Social, y a extender las correspondientes actas de infracción y liquidación correlativas. Mientras que en el segundo supuesto, la empresa, una vez comprobada por la Inspección de Trabajo la falta de alta del trabajador, le da de alta como consecuencia de la actuación inspectora, ya sea a través de visita o por expediente administrativo.

En suma, lo esencial es que la existencia de la situación de falta de alta de los trabajadores (hayan sido o no dados de alta con posterioridad a la actuación inspectora) se haya detectado precisamente por la ITSS. Esta es la circunstancia que agrava la sanción.

En efecto, esa diferencia provoca asimismo el nuevo incremento en la sanción aplicable, pese a ser calificada como grave, de acuerdo con la nueva letra e) 1.º del artículo 40.1 de la LISOS, incorporada por el artículo 6.Cuatro del RDL 5/2011, al establecer que «la infracción grave del artículo 22.2

²¹ La redacción anterior del apartado 2 del artículo 22 de la LISOS vigente hasta el 31 de julio de 2011 es la siguiente: «No solicitar, en tiempo y forma, la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio o su no transmisión por los obligados o acogidos a la utilización de sistemas de presentación por medios informáticos, electrónicos o telemáticos. A estos efectos, se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados».

se sancionará con la multa siguiente: en su grado mínimo de 3.126 a 6.250 euros, en su grado medio de 6.251 a 8.000 euros, y en su grado máximo de 8.001 a 10.000 euros».

Como puede apreciarse, se incrementa hasta cinco veces la sanción anterior, y sin embargo se conserva la calificación de infracción grave.

A este respecto, quizá hubiera sido aconsejable incluir esta infracción entre las muy graves, desde luego, más coherente con la gravedad de la conducta y con la cuantía incrementada que se acerca más a las muy graves.

En estos supuestos –finaliza el apartado 2 art. 22 LISOS– «se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados».

Con ello se mantiene un aspecto tradicional en la comprobación de las infracciones por falta de alta en la Seguridad Social, al considerarse una infracción por cada trabajador sin haber sido dado de alta, lo que unido al incremento de la sanción elevará la sanción total de forma sustancial.

2.1.2. Sin actuación inspectora

La nueva redacción del artículo 22.2 de la LISOS, al describir la conducta infringida en los supuestos de falta de alta en la Seguridad Social detectados como consecuencia de actuación inspectora, obliga a dar respuesta a aquellos supuestos en los que no haya habido actuación inspectora. Para ello, se ha incorporado un nuevo apartado, el número 11 al artículo 22 de la LISOS, en donde tipifica también como infracción grave: «la solicitud de afiliación o del alta de los trabajadores que ingresen a su servicio fuera del plazo establecido al efecto, cuando no mediare actuación inspectora».

Así pues, dependiendo de si existe o no actuación inspectora en sus diversas formas (visita, requerimiento o expediente administrativo), la conducta por falta de afiliación inicial o de alta en la Seguridad Social estará tipificada en el apartado 2 o en el 11 del artículo 22 de la LISOS.

En estos supuestos, al no mediar actuación inspectora, se sanciona de acuerdo con lo previsto con carácter general en materia de Seguridad Social para infracciones graves, es decir, con multa, en su grado mínimo de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros, y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros [art. 40.1 b) LISOS].

A diferencia del supuesto anterior que lo especifica, en estos casos en que no media actuación inspectora no se considera una infracción por cada trabajador afectado. Si acaso podría considerarse su número a los efectos de la graduación de la sanción, de acuerdo con el artículo 39.2 de la LISOS.

Sobre esta cuestión, a mi parecer, creo que hubiera sido mejor recolocar esta infracción como leve, en lugar de mantenerla como grave, disminuyendo la sanción correspondiente,²² pues se trata

²² Según el artículo 40.1 a) de la LISOS, las infracciones en materia de Seguridad Social se sancionarán: «Las leves, en su grado mínimo, con multas de 60 a 125 euros; en su grado medio, de 126 a 310 euros; y en su grado máximo, de 311 a 625 euros».

de solicitud de altas en la Seguridad Social que no suponen en principio ningún tipo de malicia o intencionalidad de no dar de alta al trabajador, simplemente se ha cometido un error o un olvido, lo que podría asimilarse a conductas similares calificadas como leves, tal como la de «no comunicar en tiempo y forma las bajas de los trabajadores que cesen en el servicio de la empresa así como las demás variaciones que les afecten» del artículo 21.3 de la LISOS.

2.2. Incumplimiento de la obligación de utilizar determinados sistemas informáticos, electrónicos o telemáticos en la solicitud de alta de los trabajadores

Como es sabido, el artículo 28 de la Orden TAS/1562/2005, de 25 de mayo (BOE del 1 de junio), por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, fija de conformidad con lo previsto en el artículo 30 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la obligación de todas las empresas, agrupaciones de empresas y demás sujetos responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar, de incorporarse de manera efectiva al Sistema RED en los plazos y condiciones establecidos en su disposición adicional quinta; disposición que habiendo sido añadida por la Orden TIN/2777/2010, de 29 de octubre (BOE del 30), establece que «las empresas, agrupaciones de empresas y demás sujetos responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar, encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social, deberán estar incorporados de forma efectiva al Sistema RED el 1 de enero de 2011, cualquiera que sea el número de trabajadores que mantengan en alta».

La cuestión que se ha venido planteando hasta el momento es la de cómo debe considerarse la infracción del incumplimiento de esta obligación. En efecto, hasta el 31 de julio de 2011 se ha incluido en el mismo apartado que la infracción de falta de alta en la Seguridad Social, sin apenas distinguirse las consecuencias de una y otra infracción, tal como la de considerarse una infracción por cada trabajador afectado. Así puede apreciarse en el apartado 2 del artículo 22.2 de la LISOS, cuando se establece que es infracción grave:

«No solicitar, en tiempo y forma, la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio o su no transmisión por los obligados o acogidos a la utilización de sistemas de presentación por medios informáticos, electrónicos o telemáticos. A estos efectos, se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados.»

Verdaderamente, parece desproporcionada la equiparación de ambas infracciones con la calificación de «grave». Si bien, es verdad que en caso de no dar de alta con carácter previo en la actividad al trabajador en la Seguridad Social solo se propondría la sanción principal, es decir, por falta de alta, sin propuesta de sanción por no utilizar los sistemas informáticos, electrónicos o telemáticos que tengan obligación de utilizar en la transmisión, por el principio non bis in idem.²³ Es lógico que si no se le ha dado de alta al trabajador, menos aún lo habrá sido por tales medios.

²³ A este respecto, el artículo 4.4 del *Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora* (BOE del 9), establece que «en defecto de regulación específica estable-

En consecuencia, la propuesta de sanción únicamente cabría en el caso de que se haya dado de alta al trabajador por medios convencionales, en lugar de utilizar los medios informáticos, electrónicos o telemáticos en los casos previstos.

No obstante, este caso ha creado ciertos problemas de aplicación, pues por un lado, al establecerse en el primero de los supuestos del artículo 22.2 de la LISOS que la presentación de la afiliación inicial y el alta deben ser en «forma», y puesto que la «forma» para los obligados y acogidos al sistema RED ha de ser por este medio, la no utilización de esta «forma» constituye ya en sí misma una infracción calificada como grave aunque se hubiera presentado la afiliación y el alta por los medios convencionales.²⁴

Se trata de un criterio exigente, pues no deja de ser un requisito formal, comparado con la obligación de dar de alta al trabajador al inicio de su actividad.

Por otro lado, y de la literalidad del citado apartado, resulta que el incumplimiento afecta a cada trabajador contratado, es decir, se considera una infracción por cada trabajador, de modo que si se hubieran dado de alta a 15 trabajadores por medios convencionales, estando obligada la empresa a utilizar los medios informáticos, electrónicos o telemáticos, se debería considerar 15 infracciones. Lo que significa que se podría sancionar igual que si hubieran estado sin dar de alta. Algo que parece a todas luces desproporcionado.

Quizá por ello, sobre este asunto, la Dirección General de Trabajo dictó un criterio en donde se especifica: «con todo, el aspecto de la "forma" no guarda relación directa con el trabajador afectado, sino con la eficacia de la aplicación del sistema RED en el ámbito de las relaciones de Seguridad Social, por lo que la infracción por no utilización del sistema RED ha de aplicarse sin tener en cuenta el inciso final del precepto, pues no se trataría de una infracción distinta por cada trabajador afectado, sino de una única infracción sin perjuicio de que el número de trabajadores afectados pueda ser considerado a efectos del graduación del artículo 39 del TRLISOS».²⁵

Para solucionar estos problemas se ha optado por incluir esta obligación, a partir del 1 de agosto de 2011, cuando proceda, en el apartado 11 del artículo 22 de la LISOS, al igual que en el supuesto antes comentado, de la falta de alta de los trabajadores fuera de plazo cuando no medie actuación inspectora. Con ello se equiparan ambas situaciones, de modo que se sanciona de acuerdo con lo previsto con carácter general en materia de Seguridad Social para infracciones graves, es decir, con multa, en su grado mínimo de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros, y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros [art. 40.1 b) LISOS].

Asimismo, desaparece el problema de considerar una infracción por cada trabajador afectado, pudiendo considerarse su número a los efectos de la graduación de la sanción, de acuerdo con el artículo 39.2 de la LISOS.

cida en la norma correspondiente, cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida».

²⁴ Criterio técnico núm. 46/2006, de 18 de julio, sobre sanciones a las empresas por incumplimiento de las normas sobre Remisión Electrónica de Datos (RED) de la Seguridad Social.

²⁵ Apartado 3.º criterio técnico núm. 46/2006, de 18 de julio, *op. cit.*

En conjunto, se ha mejorado la regulación de esta disposición en lo que atañe a las consecuencias de su incumplimiento, pero reitero lo que señalé en su momento sobre el supuesto de solicitud de alta en la Seguridad Social fuera del plazo, sin actuación inspectora: creo que hubiera sido mejor recolocar esta infracción, como leve, en lugar de mantenerla como grave, disminuyendo la sanción correspondiente,²⁶ pues se trata de una obligación formal en materia de Seguridad Social, que no supone en principio ningún tipo de malicia o intencionalidad de perjuicio al trabajador, pudiendo esa conducta reconducirse a otras similares calificadas como leves, tal como la de «no transmisión por los obligados o acogidos a la utilización de sistema de presentación por medios informáticos, electrónicos o telemáticos» del artículo 21.3 de la LISOS.

2.3. La compatibilidad indebida entre el trabajo y las prestaciones de Seguridad Social

La tercera conducta infringida que contempla el RDL 5/2011, la mantiene sin retocarla. Me refiero a la que supone que la empresa da «ocupación como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad» [art. 23.1 a) LISOS].

Se trata de una conducta que pese a no estar nada bien vista, tanto por la falta de solidaridad con los verdaderos desempleados, como por la delicada situación de crisis que estamos atravesando, parece que tiene éxito, habida cuenta del número de actuaciones de la ITSS que sancionan esta conducta.

Se califica como infracción muy grave, cuya propuesta de sanción hasta el 31 de julio de 2011 es la común para todas las infracciones muy graves en materia de Seguridad Social, es decir: se sanciona con multa, en su grado mínimo de 6.251 a 25.000 euros, en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros, y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros [art. 40.1 c) LISOS].

Si ya de por sí es importante la sanción que se puede proponer hasta el 31 de julio de 2011, el RDL 5/2011 incrementa la cuantía de las sanciones a partir del día siguiente, estableciendo –al igual que se ha visto para las faltas de alta en la Seguridad Social cuando media actuación inspectora– una sanción específica de acuerdo con la nueva letra e) 2.º del artículo 40.1 de la LISOS incorporada por el artículo 6.Cuatro del RDL 5/2011, al establecer taxativamente:

«La infracción muy grave del artículo 23.1 a) se sancionará con la multa siguiente: en su grado mínimo, de 10.001 a 25.000 euros; en su grado medio, de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo, de 100.006 a 187.515 euros.»

Medida acertada a mi entender, para intentar disuadir a las empresas sobre el empleo de trabajadores que se encuentran percibiendo prestaciones de la Seguridad Social.

²⁶ Según el artículo 40.1 a) de la LISOS, las infracciones en materia de Seguridad Social se sancionarán: «Las leves, en su grado mínimo, con multas de 60 a 125 euros; en su grado medio, de 126 a 310 euros; y en su grado máximo, de 311 a 625 euros».

2.4. La propuesta de obstrucción según el destino de la comprobación inspectora

Mucho me extraña que se haya dictado una disposición en materia sancionadora en el ámbito social basada, al parecer, en meras presunciones como la que se ha incluido en el RDL 5/2011. En efecto, esa es la conclusión a la que debe llegarse partiendo del análisis de la nueva letra f) añadida al artículo 40.1 de la LISOS por el artículo 6.Cuatro del RDL 5/2011, al referirse a la sanción que debe aplicarse a determinadas conductas de obstrucción de las empresas, distinguiendo respecto a su gravedad, no ya tanto de la propia conducta de la empresa, sino dependiendo de la presunta comisión de la infracción, según fuera a investigarse si se encontraba dado de alta el trabajador o si prestaba servicios en la empresa compatibilizando indebidamente alguna prestación de la Seguridad Social.

Esa es la interpretación que debe darse al establecer la citada letra f) que «cuando la actuación inspectora de la que se derive la obstrucción fuera dirigida a la comprobación de la situación de alta de los trabajadores que presten servicios en una empresa y el incumplimiento de las obligaciones del empresario pudiera dar lugar a la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 22.2 (falta de alta con actuación inspectora) y 23.1 a) (ocupar a trabajadores perceptores de prestaciones de la Seguridad Social incompatibles con el trabajo sin haberlos dado de alta en la Seguridad Social), las infracciones por obstrucción se sancionarán:

- 1.º Las calificadas como graves:²⁷ en su grado mínimo, con multa de 3.126 a 6.250 euros; en su grado medio, de 6.251 a 8.000 euros y, en su grado máximo, de 8.001 a 10.000 euros.
- 2.º Las calificadas como muy graves:²⁸ en su grado mínimo, con una multa de 10.001 a 25.000 euros; en su grado medio, de 25.001 a 100.005 euros y, en su grado máximo, de 100.006 a 187.515 euros.»

La cuestión central es la de determinar, con independencia del origen de la actuación, cómo puede saber el funcionario actuante, en el caso de que el trabajador no haya podido identificarse, si estaba sin dar de alta, o si además era perceptor de prestaciones incompatibles con el trabajo.

Debe tenerse en cuenta que en las actas e informes dirigidos fuera del ámbito interno de la Inspección de Trabajo, no procede aludir al origen de las actuaciones, por eso tampoco se podría fundamentar, como parece que predica la citada letra f), que la obstrucción deba derivarse a priori de según qué tipo de actuación comprobatoria.

Y es que, si no se ha podido identificar al trabajador, menos aún se podrá comprobar si estaba sin dar de alta en la Seguridad Social o si además percibía indebidamente prestaciones de la Seguridad Social. ¿Cómo se puede sancionar, entonces por obstrucción, si como consecuencia de tal conducta se desconocen los datos personales del trabajador y su situación laboral?

Distinto sería si el funcionario actuante lograra identificar al trabajador, en cuyo caso aplicaría directamente los citados artículos 22.2 (según la redacción RDL 5/2011) o 23.1 a) de la LISOS, según las comprobaciones realizadas.

²⁷ Debemos entender que se refiere a la infracción del artículo 22.2 de la LISOS en la redacción del RDL 5/2011.

²⁸ En este caso, debemos entender que se refiere a la infracción del artículo 23.1 a) de la LISOS.

En consecuencia, con la redacción de la citada letra f) veo muy difícil que la nueva agravación de las sanciones por obstrucción, fundamentada en tales presunciones, pueda ser correctamente aplicada, porque puede producir indefensión en las empresas, ya que –con la nueva normativa– la única base sobre la que se fundamentarán las actas de obstrucción será la de que el incumplimiento de las obligaciones del empresario «pudiera dar lugar a la comisión» de la falta de alta con actuación inspectora, o de ocupar a trabajadores perceptores de prestaciones de la Seguridad Social incompatibles con el trabajo sin haberlos dado de alta en la Seguridad Social.

La expresión entrecomillada alude a una posibilidad que puede no ser real, ni siquiera a una probabilidad, y creo que tales actuaciones con resultado sancionador no deben basarse en meras posibilidades, salvo que se comprueben fehacientemente, y si se comprueban nos encontramos ya no tanto ante una obstrucción sino ante las conductas citadas, a las que debe aplicarse la correspondiente sanción, pero no por obstrucción, sino por falta de alta o por compatibilizar indebidamente trabajo-prestación de Seguridad Social.

2.5. *La publicidad en determinadas sanciones*

Como si de una sanción accesoria se tratara, el artículo 6.Cuatro añade un último párrafo al artículo 40.1 de la LISOS, en donde se dispone que determinadas sanciones, «una vez firmes se harán públicas en la forma que se prevea reglamentariamente».

Las sanciones a las que se refiere son precisamente las incorporadas en el RDL 5/2011. Concretamente, las que corresponden a la letra e) del artículo 40.1 de la LISOS que sancionan las conductas de falta de alta con mediación inspectora en su comprobación, o por compatibilizar indebidamente trabajo-prestación de Seguridad Social, así como las conductas por obstrucción que se acaban de analizar en el anterior epígrafe de la letra f) del mismo precepto legal.

2.6. *Modificación en las sanciones accesorias a los empresarios*

Hasta la vigencia del capítulo II del RDL 5/2011, las sanciones accesorias (artículo 46) establecidas por la LISOS a los empresarios solamente se contemplan respecto del artículo 16 (infracciones muy graves en materia de empleo) y del artículo 23 (infracciones muy graves en materia de Seguridad Social).²⁹

El artículo 6.Cinco del RDL 5/2011 modifica el artículo 46 de la LISOS ampliando la aplicación de las sanciones accesorias a la conducta de la falta de alta en la Seguridad Social como consecuencia de actuación inspectora del también modificado artículo 22.2 de la LISOS, del siguiente modo:

²⁹ La redacción del artículo 46 de la LISOS, vigente hasta el 31 de julio de 2011 es la siguiente: «Sin perjuicio de las sanciones a que se refiere el artículo 40.1 y salvo lo establecido en el artículo 46 bis) de esta ley, los empresarios que hayan cometido infracciones muy graves tipificadas en los artículos 16 y 23 de esta ley en materia de empleo y protección por desempleo:

1. Perderán automáticamente las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción.
2. Podrán ser excluidos del acceso a tales beneficios por un periodo máximo de un año.
3. En los supuestos previstos en los apartados 3 y 4 del artículo 16, quedan obligados, en todo caso, a la devolución de las cantidades obtenidas indebidamente y las no aplicadas o aplicadas incorrectamente».

- En el caso de que se compruebe la conducta del artículo 22.2 de la LISOS,³⁰ se aplicarán (además de la publicidad antes aludida) algunas de las medidas que se aplican a las sanciones muy graves. Concretamente serán las siguientes:
 - Perderán automáticamente las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción.
 - Podrán ser excluidos del acceso a tales beneficios por un periodo máximo de un año (en lugar de dos como prevé la norma para el supuesto de los arts. 16 y 23 LISOS).
 - No obstante, en caso de reiteración de la conducta tipificada en el artículo 22.2, el plazo de exclusión se ampliará a dos años.³¹

3. Una nueva causa que prohíbe la contratación con el sector público

Nuevamente la renovada infracción del apartado 2 del artículo 22 de la LISOS en la redacción del RDL 5/2011 se erige en protagonista de la norma, pues se incluye como una causa más³² por las que el empresario no podrá contratar con el sector público.

Por lo que, a la publicidad de la sanción en los casos de la infracción del modificado artículo 22.2 de la LISOS en la forma que se prevea reglamentariamente, así como la aplicación de sanciones accesorias, se añade este nuevo castigo al empresario de no poder contratar con las Administraciones Públicas que se incluye entre otras causas que prohíben la contratación con el sector público contenidas en el artículo 49.1 c) de la *Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*.

Sobre el periodo durante el cual el empresario no podrá contratar con el sector público, el artículo 50.2 de la citada *Ley 30/2007, de 30 de octubre*, prevé que «la duración de la prohibición no excederá de cinco años, con carácter general, o de ocho años en el caso de las prohibiciones que tengan por causa la existencia de una condena mediante sentencia firme».

Me sorprende que no se incluya también en la prohibición la conducta muy grave del artículo 23.1 a) de la LISOS, pues supone un escalón mayor en gravedad, ya que a la comprobación de la falta de alta en la Seguridad Social del trabajador, se añade que este es perceptor de prestaciones de la Seguridad Social incompatibles con el trabajo por cuenta de la empresa. Y no debe pensarse que si la infracción del artículo 23.1 a) de la LISOS incluye la del artículo 22.2 de la LISOS, debería interpretarse que también se extiende a aquella infracción muy grave, porque la norma señala espe-

³⁰ El artículo 46.2 de la LISOS puntualiza: «con independencia del número de trabajadores afectados».

³¹ «Se producirá la reiteración cuando entre la comisión de dicha infracción y la anterior no hayan transcurrido más de 365 días. A estos efectos, no tendrá la consideración de reiteración la conducta empresarial que dé lugar a una pluralidad de infracciones por afectar a más de un trabajador» (art. 46.2, último párrafo, LISOS en la redacción del RDL 5/2011).

³² Las diversas causas por las que no se podrá contratar en el sector público –entre las que figura desde el 1 de agosto de 2011, la conducta que se refleja en el art. 22.2 LISOS–, se contiene en el artículo 49.1 c) de la *Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*.

cíficamente que deberán haber sido sancionadas las empresas por la infracción grave prevista en el artículo 22.2 de la LISOS y ninguna referencia se alude a la conducta del artículo 23.1 a) de la LISOS.

IV. REFLEXIONES FINALES

Son muchas las reflexiones que se agolpan a la vista del análisis acerca de la nueva norma, que parece intenta atajar el problema del empleo sumergido en España.

La idea es buena: distinguir un periodo en el que se dan facilidades a las empresas para que aflore el empleo irregular, y otro, en el que transcurrido el primero, se establecen medidas que agravan las sanciones; se distinguen con mayor claridad unas conductas de otras, y se adicionan otras medidas disuasivas.

a) El proceso de regularización

Sin embargo, respecto al proceso de regularización, creo que los estímulos que se ofrecen al empresario no son los suficientemente atractivos como para animarle a su incorporación al proceso. Y no lo son porque, pese a que no se le sancionará administrativamente, siempre que no tenga la mala fortuna de que haya sido denunciado a la ITSS o figure demandado ante la Jurisdicción Social, no se le ahorra –como no puede ser de otra manera–, la deuda pendiente en materia de cotizaciones con los trabajadores. Pero es que, ni siquiera se le condonan los correspondientes recargos e intereses por los aplazamientos en el pago de la deuda con la Seguridad Social. Es más, como se analizó anteriormente, la exigencia de que formalice un contrato de trabajo de duración mínima de seis meses desde la formulación del alta en la Seguridad Social del trabajador, puede terminar por convencer al empresario por no acogerse al proceso, sobre todo si lo contrató en régimen de interinidad para sustituir a otro trabajador que tenga prevista su reincorporación antes de los seis meses, o de trabajos temporales cuya finalización esté próxima.

Por otro lado, la exigencia de que se haga constar que se acoge al proceso de regularización, puede desalentarle aún más, pues queramos o no, supone una marca que figurará impresa en el anexo del contrato (Mod. PE-225) y una nueva situación de causa de alta –la 17–, en el parte de alta, y a nadie le gusta que se le etiquete como una empresa que ha sido clandestina por las sospechas que infunde en el futuro.

Sobre esta primera fase –la de regulación–, creo que quien ocupe irregularmente a trabajadores sin haberlos dado de alta y decida emerger de su clandestinidad, lo más probable es que sus asesores le aconsejen que en tal caso lo haga dando de alta en la Seguridad Social a los trabajadores como si iniciaran la actividad en la fecha que figure en el parte de alta en la Seguridad Social, cumpliendo con el plazo reglamentario de solicitud con carácter previo al inicio en la actividad, haciendo total abstracción del procedimiento previsto de regularización voluntaria.

Con ello, se evitan todas las exigencias anteriores, pues al fin y al cabo, incluso aunque se acoja al proceso de regularización, si reconociera, pongamos por caso, tres meses en tal situación, el

trabajador afectado podría aprovechar y denunciarle si logra acreditar una antigüedad mayor en la empresa, digamos dos años, con lo que el proceso de regularización se quedaría, dicho en forma coloquial en «agua de borrajas».

Un último obstáculo para acogerse a este proceso es, sin duda, el poco tiempo de duración de este proceso. Ni siquiera alcanza los tres meses, y al llegar el día 31 de julio coincide con las vacaciones, lo que puede hacer dudar al empresario y «aguantar» un tiempo más en su clandestinidad, si bien desaparece a partir de entonces el proceso voluntario de regularización.

b) La reordenación de las infracciones y sanciones

A diferencia del proceso voluntario de regularización, creo que la segunda parte de la norma, –la que se ocupa de la clarificación de las infracciones (distinguiendo con mayor precisión las actuaciones de la ITSS y las conductas del empresario); establecimiento de nuevas sanciones así como el incremento de las mismas–, supone un conjunto de medidas disuasorias para aquellos que tengan intención de sumergirse en la clandestinidad. Pero también para aquellos que se encuentran en ella. Por ello se les abre un periodo –digamos de reflexión– para que decidan si prefieren acogerse voluntariamente al proceso de regularización o, en caso de ser detectados una vez transcurrido el 31 de julio de 2011, sufran las consecuencias que se han analizado por su conducta irregular.

También en este caso la idea me parece acertada, y además creo que las medidas adoptadas, si bien en algunos casos podrían haberse mejorado técnicamente como se desprende del minucioso análisis realizado, en conjunto se han materializado razonablemente bien. En particular, creo que la clarificación de las infracciones en materia de falta de alta, distinguiendo las conductas que figuran en los apartados 2 y 11 del artículo 22 de la LISOS y las correspondientes sanciones, ayudarán a una aplicación más equitativa de las normas sancionadoras.