

# ACERCA DE LOS CRITERIOS TÉCNICOS DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

JUAN SEBASTIÁN FERNÁNDEZ-SIMAL FERNÁNDEZ

*Inspector de Trabajo y Seguridad Social*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Fernando SUÁREZ GONZÁLEZ, don Francisco Javier AIBAR BERNAD, don Joaquín GARCÍA MURCIA, doña Beatriz LOSADA CRESPO, doña Magdalena NOGUEIRA GUASTAVINO y don José Antonio PANIZO ROBLES.

## **Extracto:**

EN España, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se configura como un servicio público al que le compete la vigilancia, el favorecimiento y la exigencia del cumplimiento de las normas socio-laborales.

La actual Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social define un Sistema de Inspección integral e integrado de carácter global que se asienta conjuntamente en el ámbito del Estado y de las Comunidades Autónomas, en función de sus respectivas competencias y bajo el principio de colaboración interinstitucional.

Desde esta perspectiva, en su actuación, la Inspección de Trabajo debe aplicar una normativa muy amplia, no exenta de dificultades en su interpretación, existiendo por tanto un margen de discrecionalidad administrativa para ello.

La Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, desde el año 1997 con el fin de orientar la labor inspectora en orden a la unificación de criterios de actuación de los funcionarios del sistema, con independencia de su ámbito territorial de actuación y de su dependencia orgánica, elabora una serie numerada de criterios técnicos y operativos.

El estudio efectúa un análisis jurisprudencial y doctrinal en torno a la naturaleza jurídica de estos criterios y reflexiona sobre su carácter vinculante y sobre el ámbito competencial para su elaboración, expresando la necesidad de que aquellos que afecten a materias cuya ejecución ha sido transferida a las Comunidades Autónomas, sean acordados con las autoridades laborales competentes.

Incide asimismo en aspectos relacionados con la evolución de su proceso de elaboración y en la distinción entre los criterios, en función de que su contenido sea de carácter técnico u operativo, valorando positivamente la reciente publicidad de los mismos como requisito necesario para que puedan alcanzar carácter normativo.

Estas cuestiones adquieren especial interés en un momento caracterizado por el reciente traspaso de parte de los funcionarios del Sistema de Inspección a la Generalitat de Cataluña, encontrándose en proceso nuevos trasposos a otras Comunidades Autónomas.

De esta manera, el Criterio Técnico se constituye como un pilar básico para el mantenimiento de un Sistema de Inspección único, integral e integrado que contribuya a la aplicación uniforme del derecho otorgando seguridad jurídica en beneficio de los diversos sujetos de las relaciones individuales y colectivas de trabajo.

**Palabras clave:** Criterio/s Técnico/s, Inspección de Trabajo y Seguridad Social, jurisprudencia, competencia y efectos normativos.

# ABOUT TECHNICAL CRITERIA OF THE LABOUR INSPECTION AND SOCIAL SECURITY

JUAN SEBASTIÁN FERNÁNDEZ-SIMAL FERNÁNDEZ

*Inspector de Trabajo y Seguridad Social*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Fernando SUÁREZ GONZÁLEZ, don Francisco Javier AIBAR BERNAD, don Joaquín GARCÍA MURCIA, doña Beatriz LOSADA CRESPO, doña Magdalena NOGUEIRA GUASTAVINO y don José Antonio PANIZO ROBLES.

## **Abstract:**

**I**N Spain, the Labour Inspection and Social Security system is established as a public service with the competence of surveying, promoting and ensuring the fulfilment of the social-labour normative.

The current Law 42/1997 of 14th November, regulating the Labour Inspection and Social Security system, defines an integral Inspection System of a global character that is founded in both the Spanish State and the Autonomous Communities, depending on their respective competences and under the principle of interinstitutional collaboration.

From this perspective, in the performance of its duties, the Labour Inspection must apply a very wide normative, which is not exempt of difficulties in its interpretation, existing therefore an associated margin of administrative discretion.

Since 1997, the Central Authority of the Labour Inspection and Social Security system elaborates a series of numbered technical and operative criteria, with the aim of guiding the inspection activities in order to unify the criteria of the civil servants, independently of his territorial area of action and of his organic dependency.

The study performs a jurisprudential and doctrinal analysis around the juridical nature of these criteria and reconsiders over his binding characteristic and over the competency area for his elaboration, expressing the need of approaching the competent authorities for those actions affecting matters which execution has been transferred to the Autonomous Communities.

It contains likewise aspects related to the evolution of its elaboration process and in the discrimination between the criteria, depending on which its content is of technical or operative characteristic, rating positively the recent advertisement of them as a necessary requirement in order that they could reach normative range.

These questions acquire special interest in a moment characterized by the recent transfer of part of the civil servants of the Inspection System to the Catalanian Autonomous Community (Generalitat), and to further transfers to other Autonomous Communities in progress.

Subsequently, the Technical Criteria is constituted as a basic pillar for the maintenance of a single Inspection System, integral and integrated, contributing to the uniform treatment of the law, granting juridical security in benefit of the diverse subjects of the individual and collective working relations.

**Keywords:** Technical Criteria, Labour Inspection and Social Security, jurisprudence, competence and regulatory effects.

# Sumario

- I. Introducción.
- II. Competencia para la elaboración de los Criterios Técnicos.
  - A. Atribución legal de competencias a la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
  - B. Competencia por razón de la materia.
  - C. El principio de unidad de función y actuación.
- III. El proceso de elaboración de los Criterios Técnicos.
- IV. Alcance y contenido de los Criterios Técnicos.
- V. Diferenciación entre lo técnico y lo operativo.
- VI. El camino hacia la publicidad de los Criterios Técnicos: su divulgación.
- VII. Naturaleza jurídica de los Criterios Técnicos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
  - A. Regulación de las instrucciones y circulares.
  - B. Normatividad de las circulares.
- VIII. Efectos *ad intra* de los Criterios Técnicos.
  - A. Su carácter vinculante para los funcionarios del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
  - B. Los Criterios Técnicos y Operativos *versus* autonomía técnica y funcional de los funcionarios del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
- IX. Efectos *ad extra* de los Criterios Técnicos.
- X. Los Criterios Técnicos y el interés general.
- XI. Atribución legal de la facultad normativa.
- XII. Las Comunidades Autónomas y la elaboración de los Criterios Técnicos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
- XIII. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

En nuestro ordenamiento jurídico, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS en lo sucesivo) se configura como un servicio público al que corresponde ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas de orden social y exigir las responsabilidades correspondientes en caso de infracción o incumplimiento.

Sin perjuicio de esa labor de vigilancia y control, la ITSS actualmente asume un papel esencial a través de sus funciones de información y asesoramiento acerca del mejor cumplimiento de la legislación de orden social y de conciliación, mediación y arbitraje en los conflictos o situaciones de tensión que se producen en el ámbito de las relaciones laborales.

El Sistema de la ITSS en nuestro país, que en su estructura y funcionamiento se adecua a los Convenios 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo, se configura como un sistema global, que actúa sobre la legislación socio-laboral en su sentido más amplio, asumiendo el control y vigilancia de las normas sobre relaciones laborales, prevención de riesgos laborales, Seguridad Social, empleo, formación profesional, trabajo de extranjeros o cooperativas.

La ITSS no solamente desarrolla su actuación mediante la adopción de medidas sancionadoras, sino que preferiblemente orienta su actuación hacia el favorecimiento del cumplimiento voluntario de la norma a través de medidas como la recomendación, la advertencia o el requerimiento, otorgando en este caso un plazo para el cumplimiento de la norma. Esta labor la desarrolla a través de los dos cuerpos que integran el Sistema de la ITSS: el Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y el Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social.

En la fase de investigación y comprobación de hechos, el inspector o subinspector actuante forma criterio, debiendo en muchos casos desarrollar una labor de interpretación de la norma para valorar la correcta aplicación de la misma. Por tanto, se convierte en un operador jurídico cuya decisión va a tener efectos jurídicos directos en el sujeto inspeccionado. Si este criterio de actuación se extiende a la actuación del colectivo de los funcionarios que integran el Sistema de la ITSS, estos efectos se despliegan hacia la totalidad de los sujetos obligados al cumplimiento de la norma.

Estos criterios de actuación pueden pronunciarse sobre diversos aspectos; entre otros, que una determinada percepción pase a formar parte o no de la base de cotización a la Seguridad Social, que

se deba entregar determinada documentación a los representantes legales de los trabajadores o si una determinada conducta empresarial puede ser constitutiva de acoso laboral. El funcionario actuante, como más adelante se detallará, goza de autonomía técnica y funcional en la práctica de la función inspectora, si bien a su vez en el ejercicio de la misma está sometido al principio de jerarquía y por tanto a los criterios e instrucciones dadas por la Autoridad de la ITSS. De no ser así, en determinados supuestos, una interpretación individualizada de la norma a aplicar por parte de cada actuante nos llevaría a una discrecionalidad absoluta y a la adopción de criterios dispares ante situaciones iguales o semejantes, con los perjuicios consiguientes para los ciudadanos. De ahí la importancia de la elaboración de unos Criterios Técnicos u Operativos (más adelante se detallará la diferencia entre ambos) que orientando la laboral inspectora, contribuyan a una aplicación uniforme del derecho y consecuentemente favorezcan la seguridad jurídica.

Los referidos criterios, si bien se adoptan por parte de la Autoridad Central de la ITSS radicada actualmente en la Dirección General de la ITSS (DGITSS en lo sucesivo), órgano dependiente de la Administración General del Estado (AGE en lo sucesivo), deben adoptarse en sintonía con las Autoridades Laborales de las Comunidades Autónomas (CC.AA. en lo sucesivo) competentes por razón de la materia sobre las que versa su contenido. No podemos olvidar que el Sistema de la ITSS en España, se configura como un conjunto institucional integrado, cuyas funciones se ejercitan de acuerdo con el ámbito de competencias propio del Estado y de las CC.AA., por lo que se establecen las condiciones de participación de dichas Comunidades en el desarrollo del Sistema de la ITSS, de forma que los inspectores y subinspectores desarrollen la totalidad de los cometidos que legalmente tienen encomendados, cualquiera que fuera la Administración titular de la competencia, en aras de las indudables ventajas que comporta la coincidencia en unos mismos funcionarios de los cometidos y funciones cuyas materias son competencia del Estado y de las CC.AA., actuando funcionalmente en uno y otro caso como Administración del Estado y Administración Autonómica, respectivamente, como pone de relieve el Tribunal Constitucional en su Sentencia 185/1991.

Consecuentemente, la actual Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (LOITSS en lo sucesivo) define un sistema institucional de ITSS que se asienta conjuntamente en el ámbito del Estado y de las CC.AA., en función de sus respectivas competencias y bajo el principio de colaboración interinstitucional y sin que tal configuración pueda cerrarse a eventuales modificaciones posteriores ni impedir el ejercicio de las competencias autonómicas en la línea establecida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En este mismo contexto normativo, integrada en la estructura del Ministerio de Trabajo e Inmigración se ubica la DGITSS, actual Autoridad Central de la Inspección. Las competencias de esta Autoridad Central se regulan de forma expresa en el artículo 18.3. de la LOITSS. La facultad de elaboración de Criterios Técnicos y Operativos por parte de la misma viene recogida en los apartados 3.7 y 12 del artículo 18 de la precitada LOITSS, que establece como competencia de la Autoridad Central de la ITSS la definición de los Criterios Técnicos Operativos comunes para el desarrollo de la función inspectora en aplicación de los objetivos de carácter general que defina la Conferencia Sectorial (3.7) y la definición de los principios interpretativos técnicos comunes a la actuación del sistema de ITSS, sin perjuicio de las facultades que en las materias transferidas tienen, en este aspecto, las autoridades autonómicas (3.12).

## II. COMPETENCIA PARA LA ELABORACIÓN DE LOS CRITERIOS TÉCNICOS

### A. Atribución legal de competencias a la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Como se ha indicado, nuestra legislación atribuye a la Autoridad Central de la ITSS, la facultad de dictar Criterios Técnicos y Operativos. A su vez el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ROFIT en lo sucesivo) señala en su artículo 9.1 que los funcionarios de la ITSS servirán con objetividad los intereses generales y actuarán de acuerdo a los principios constitucionales de eficacia y jerarquía, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con sujeción a los criterios técnicos y directrices establecidas por las autoridades competentes. En el artículo 47.5 del mismo reglamento se señala, entre las competencias de la Autoridad Central, la de adoptar las medidas para la efectividad del principio de unidad institucional de criterio técnico e interpretativo en las actuaciones de la ITSS, así como definir los criterios técnicos y operativos comunes para la función inspectora en desarrollo de los objetivos generales que defina la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales.<sup>1</sup>

Conforme a lo indicado en el párrafo anterior:

- a) Es competencia exclusiva de la Autoridad Central de la ITSS la definición de los Criterios Técnicos y Operativos comunes para el desarrollo de la función inspectora y la actuación del Sistema de la ITSS, debiendo ser los mismos, comunes para todos los funcionarios del Sistema.
- b) Es igualmente competencia de la Autoridad Central la adopción de las medidas para la efectividad del principio de unidad institucional de Criterio Técnico e interpretativo en las actuaciones de la ITSS.
- c) Se establece la sujeción de los funcionarios de la ITSS a los Criterios Técnicos y directrices establecidos por las autoridades competentes. Este control a la discrecionalidad del actuante se condiciona al acatamiento de «criterios técnicos y directrices». ¿Debe existir una línea divisoria entre ambos términos o se debe dar un tratamiento unitario a los mismos? Si no marcamos diferencia entre el Criterio Técnico y la directriz, al referirse el precepto a autoridades competentes, tanto la Autoridad Central como cabeza del sistema de ITSS, como las Autoridades Laborales de las CC.AA. competentes por razón de la materia, podrían ser los autores de los Criterios Técnicos. Si entendemos que la norma se está refiriendo a figuras distintas, únicamente la Autoridad Central de la ITSS sería la competente para adoptar Criterios Técnicos (quien por ley tiene atribuida como ya hemos visto con anterioridad tal

<sup>1</sup> El artículo 16 de la LOITSS dispone que «A través de la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales, constituida en el marco del artículo 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, la Administración General del Estado y las de las Comunidades Autónomas arbitrarán las medidas necesarias para garantizar los mecanismos de cooperación requeridos para el ejercicio de las funciones de esta Ley».

competencia) y las directrices estarían referidas al conjunto de instrucciones de carácter general de las autoridades autonómicas sobre las materias cuya ejecución tienen atribuidas. En todo caso, y sin perjuicio de lo expuesto, los Criterios Técnicos deberán estar en línea con los objetivos de carácter general que defina la Conferencia Sectorial, y deben ser elaborados de acuerdo con los criterios de las autoridades autonómicas, en lo que afecte a las materias transferidas.

## B. Competencia por razón de la materia

Como es sabido, la legislación laboral es competencia exclusiva del Estado, estando atribuida su ejecución a las CC.AA. (art. 149.1.7 de la Constitución). De tal manera, en la actualidad las CC.AA. tienen atribuida la referida competencia de ejecución, con independencia de que el control del cumplimiento de la normativa de carácter laboral esté atribuido al Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y en algunos aspectos también al de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social, ambos cuerpos de carácter nacional. Los funcionarios de los cuerpos del Sistema de la ITSS tienen por tanto una doble dependencia: orgánica –de la AGE– a excepción de Cataluña, en la que parte de los Inspectores y Subinspectores dependen orgánicamente de la Generalitat<sup>2</sup> y funcional –de la AGE en las materias no transferidas y de las CC.AA. en aquellas transferidas–. Por tanto, a partir de esta perspectiva, desde algunos posicionamientos se suscita la competencia para la elaboración de criterios de actuación inspectora por parte de quien efectivamente tiene atribuida la competencia por razón de la materia sobre la que se actúa. De acuerdo con la referida línea argumental debieran ser las Autoridades Laborales de las CC.AA. las competentes para la elaboración de criterios técnicos respecto a actuaciones inspectoras referidas a materias cuya ejecución les corresponde; laboral y seguridad y salud en el trabajo, sustancialmente.

Al respecto, cabe señalar por una parte que la labor de interpretación de las disposiciones que se enmarcan en el ámbito de la legislación laboral se lleva a cabo por la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo e Inmigración,<sup>3</sup> y por otra que la legislación sobre ITSS es competencia estatal y por tanto desde esta perspectiva la orientación de su labor inspectora debe hacerse desde la Autoridad Central a la que su propia Ley Ordenadora le atribuye dicha función.

Este argumento de legalidad, en todo caso, no ha sido compartido en ocasiones por parte de alguna Comunidad Autónoma que ha llegado a elaborar bajo la denominación de instrucciones, criterios técnicos de orientación de la labor inspectora, como en epígrafe sucesivo se analizará.

<sup>2</sup> Mediante el Real Decreto 206/2010, de 26 de febrero (BOE de 1 de marzo), se traspa a la Generalitat de Cataluña, en su ámbito territorial, el ejercicio de la función pública inspectora y los servicios de la Inspección de Trabajo, constituido por los órganos, funcionarios y medios materiales que contribuyen al adecuado cumplimiento de las normas del orden social en las materias competencia de la Generalitat, en los términos del artículo 112 del Estatuto de Autonomía de Cataluña. El traspaso de medios humanos de funcionarios de cuerpos del Sistema de Inspección de la ITSS se concreta en 93 inspectores de Trabajo y Seguridad Social y 55 subinspectores de Empleo y Seguridad Social, pasando todos ellos a depender orgánicamente de la Administración Autónoma de Cataluña.

<sup>3</sup> Competencia que asume por el artículo 14.1 n) del Real Decreto 1129/2008, de 4 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo e Inmigración y se modifica el Real Decreto 438/2008, de 14 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

No obstante lo dicho, esta potestad de elaboración de Criterios Técnicos relacionados con la actuación inspectora recientemente se ha atribuido reglamentariamente a la Comunidad Autónoma de Cataluña. Efectivamente, a raíz del reciente traspaso de parte de los funcionarios del Sistema de ITSS efectuado mediante el Real Decreto 206/2010, de 26 de febrero, y con efectividad desde el 1 de marzo de 2010, la Generalitat de Cataluña, mediante su Decreto 25/2010, de 2 de marzo, de organización y estructura de la Inspección de Trabajo de la Generalidad de Cataluña asume la facultad para elaborar Criterios Técnicos y Operativos para orientar la labor inspectora. Dicha potestad se articula a través de la Dirección General de la ITSS de Cataluña en el ámbito de la Inspección de Trabajo de la Generalitat de Cataluña.

### C. El principio de unidad de función y actuación

El principio de unidad de función y acto de la ITSS reconocido en la actual LOITSS<sup>4</sup> es recogido en el mencionado Real Decreto 206/2010, de 26 de febrero, sobre traspaso de funciones y servicios a la Generalitat de Cataluña en materia de Función Pública Inspectora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social,<sup>5</sup> bajo la denominación unidad de función y actuación, en consonancia con el principio de concepción única e integral del sistema que también consagra.

La cohesión del sistema y la unidad de función y actuación requieren de unos criterios uniformes de orientación de la labor inspectora que en definitiva redundan en la eficacia del servicio público que desempeña la ITSS.

De tal manera, la homogenización de la actuación inspectora a través de criterios únicos de actuación para todo el territorio nacional constituye una garantía jurídica no solo para el sujeto inspeccionado, sino también para el ciudadano en general, debiendo ser por tanto una única Autoridad la que dicte los mismos.

## III. EL PROCESO DE ELABORACIÓN DE LOS CRITERIOS TÉCNICOS

Después de reflexionar sobre la competencia para la elaboración de Criterios Técnicos de la ITSS y antes de abordar aspectos esenciales como su carácter vinculante para aquellos que deben aplicarlos y la creación de un régimen de obligaciones para quienes deben cumplir la normativa

<sup>4</sup> El artículo 6.2 de la LOITS dispone que «La especialización funcional que regula esta Ley será compatible con los principios de unidad de función y de acto».

<sup>5</sup> El Real Decreto 206/2010, de 26 de febrero, sobre traspaso de funciones y servicios a la Generalitat de Cataluña en materia de Función Pública Inspectora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social recoge como anexo el acuerdo de traspaso de funciones y servicios a la Generalitat de Cataluña en materia de Función Pública Inspectora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social alcanzado en la sesión plenaria de la Comisión Mixta de transferencias, celebrada el día 25 de febrero de 2010, el cual, en su apartado B. 3 señala que «De acuerdo con la normativa reguladora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el traspaso se realiza sobre la base de una concepción única e integral del Sistema de Inspección, del principio de unidad de función y actuación de los funcionarios del Sistema y del principio de eficacia en la ejecución de la función inspectora».

socio-laboral, lo que nos lleva a plantearnos su posible carácter normativo, es preciso detenernos en su actual proceso de elaboración.

En abril de 1997, la DGITSS inició la elaboración de una serie numerada de Criterios Técnicos sobre actuación inspectora que sirviera de referencia para la adopción de pautas y criterios comunes de interpretación, en la misma línea que después incorporó la LOITSS.

Si bien en un primer momento, tanto las razones de oportunidad como el proceso de elaboración exclusivamente interno, es decir, tanto la iniciativa como la elaboración del texto desde el primer borrador hasta el definitivo se desarrollaba en el seno de la propia DGITSS, sin participación de agentes externos, el procedimiento de elaboración de los mismos ha cambiado sustancialmente, desde su mismo origen hasta su elaboración definitiva, proceso en el que participan tanto órganos de la propia AGE como las Autoridades Laborales de las CC.AA.

Como en cualquier trámite legislativo, tras una fase de elaboración de un primer borrador, el texto se remite al órgano competente por razón de la materia a fin de que efectúe las observaciones oportunas. Los criterios se remiten, según la materia que tratan, en el ámbito de la AGE, a la Dirección General de Trabajo o a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, fundamentalmente, y si se trata de materia transferida, a las Autoridades Laborales de las CC.AA. o simultáneamente a todos ellos si el criterio afecta conjuntamente a materias de ámbito estatal y de las CC.AA. Determinados borradores son remitidos asimismo a los agentes sociales para su informe.

Son cauces habituales para el trámite de consulta, los instrumentos de participación institucional con los agentes sociales como con las CC.AA.; Comisión de Trabajo para la Inspección de Trabajo y Seguridad Social<sup>6</sup> y Comisión Consultiva Tripartita de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social<sup>7</sup> respectivamente.

Dado que son criterios dimanantes de la Autoridad Central, los informes emitidos por aquellos no tendrán un carácter vinculante, si bien son tomados en especial consideración dada la competencia de los órganos consultados sobre la materia en la que debe actuar la ITSS.

#### IV. ALCANCE Y CONTENIDO DE LOS CRITERIOS TÉCNICOS

La labor de orientación de la labor inspectora a través de Criterios Técnicos se inició, como ya se indicó, en abril de 1997, con anterioridad a la LOITSS, habiéndose elaborado hasta la fecha,

<sup>6</sup> El artículo 43 del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, en aplicación del artículo 18.3.4 de la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, regula la Comisión de Trabajo para la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como un órgano propio y delegado de la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales. De acuerdo con este precepto, dicha Comisión estará integrada por representantes con rango orgánico de director general de la AGE y de cada Comunidad Autónoma.

<sup>7</sup> La Orden TAS/3869/2006, de 20 de diciembre, configura la Comisión Consultiva Tripartita de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como órgano colegiado asesor, adscrito a la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en cuya composición junto a representantes de la AGE figuran las asociaciones empresariales y sindicales más representativas.

computando tanto los de carácter técnico como los de carácter operativo (diferencia no banal de la que con detalle se tratará con posterioridad), un total de 84 criterios. El primero de ellos (N.º 1/1997) bajo el título «Criterios Técnicos interpretativos sobre las actas de infracción por obstrucción», versaba sobre diversos aspectos relacionados con el contenido de las actas de infracción levantadas por obstrucción a labor inspectora. Desde entonces, los criterios han ido afectando a cuestiones siempre conexas con la práctica inspectora y que inciden en aspectos relacionados con la normativa laboral, de prevención de riesgos laborales, Seguridad Social, empleo, extranjeros, así como a cuestiones específicas de procedimiento y actuación inspectora.

Los criterios de la ITSS nacen con la vocación de orientar la labor inspectora mediante la interpretación de las normas cuya vigilancia tiene encomendada la ITSS o bien aquellas otras que regulan directamente su organización, funcionamiento o procedimiento de actuación. Nótese que su primera denominación, al menos en los siete primeros fue la de «Criterios Técnicos interpretativos sobre...», si bien se fueron introduciendo otros que incorporan aspectos no eminentemente jurídicos, sino más bien relacionados con el desarrollo de una actuación inspectora desde el punto de vista operativo, cuestión que entendemos merece un análisis independiente, que se efectúa en el siguiente epígrafe.

Por otra parte, es preciso en este momento hacer alusión al artículo 11.1.1 l) del ya referido Real Decreto 1129/2008, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo e Inmigración, mediante el que se atribuye a la DGITSS, la función de asistencia técnica de la actuación inspectora, a través de Criterios Técnicos, instrucciones y consultas. En este sentido, han de señalarse –al margen de los Criterios Técnicos y Operativos– como mecanismos habituales del ejercicio de esa función asesora la elaboración de instrucciones e informes de contestación a consultas que las Jefaturas de las Inspecciones Provinciales formulan con ocasión del ejercicio de la función inspectora. Ambos instrumentos jurídicos tienen un componente de instrucción interna; las instrucciones tienen un contenido de interés general para los funcionarios del Sistema de la ITSS y las contestaciones a consultas se circunscriben a un supuesto concreto de actuación.

Por tanto, en atención a su contenido y alcance, que va más allá de los meros efectos internos, los Criterios Técnicos de la ITSS deben ser considerados como algo más que una instrucción cualificada.

## V. DIFERENCIACIÓN ENTRE LO TÉCNICO Y LO OPERATIVO

De los criterios de actuación elaborados por la ITSS hasta la fecha sería difícil concretar con acierto cuántos tienen un contenido técnico jurídico y cuántos un contenido operativo.

Se aprecia cierta preocupación a partir de 2008, por parte de la DGITSS en orden a normalizar los criterios dimanantes de la misma, tanto en lo que concierne a su proceso de elaboración como a la divulgación de los mismos.

Desde entonces, se observan las siguientes modificaciones en cuanto a la elaboración y difusión de los Criterios Técnicos y Operativos:

En primer lugar, se busca la identidad de los criterios delimitando los que tienen un carácter técnico jurídico de aquellos otros que tienen un contenido meramente operativo.

De tal manera, los denominados Criterios Operativos estarán dirigidos a ordenar la praxis inspectora en su mecánica de actuación. En ciertas ocasiones mediante un Criterio Operativo se ha abordado la forma de realización de una campaña específica de actuación.

Por su parte, los llamados Criterios Técnicos no determinan una operatividad a partir de lo ya regulado, sino que se pronuncian sobre lo ya normado, es decir, desde una perspectiva jurídica efectúan una interpretación de normas circunscrita al desarrollo de la actuación inspectora.

## VI. EL CAMINO HACIA LA PUBLICIDAD DE LOS CRITERIOS TÉCNICOS: SU DIVULGACIÓN

Es significativo el hecho de que a partir de enero de 2009 se proceda a divulgar los Criterios Técnicos, es decir, a dar publicidad de los mismos al ciudadano a través de la propia página web de la ITSS. Esta decisión da respuesta a una demanda del ciudadano y especialmente de los sujetos inspeccionados en orden a la falta de seguridad jurídica al producirse cierta opacidad en la actuación de la ITSS. Esta falta de conocimiento del contenido de los Criterios Técnicos ha venido alegándose como causa de indefensión en diversos escritos de alegaciones presentados frente a actas de infracción en las que invocándose un determinado Criterio Técnico no se reproducía el contenido del mismo.

En todo caso, si bien se inicia una nueva etapa de transparencia en relación con los criterios que la ITSS fija para orientar las actuaciones de sus funcionarios en la aplicación de la vigente normativa, surge el siguiente interrogante: ¿por qué la medida no tiene carácter retroactivo, es decir, por qué no se da la misma publicidad a los anteriores a enero de 2009?

La respuesta a tal cuestión ha de centrarse en torno a los siguientes argumentos; el hecho de no dar publicidad a criterios anteriores obedece a una simple razón de contenido y sistemática jurídica. Como ya se ha expuesto con anterioridad, la ITSS ha puesto esmero en sus últimos criterios, expresamente a partir de 2009, en delimitar su contenido, es decir «etiquetando adecuadamente el producto». Los que implican una interpretación de normas se denominan Criterios Técnicos y los que establecen unas pautas de actuación sin llevar a cabo esa labor interpretativa se denominan Criterios Operativos. En los años precedentes era usual la interrelación de contenidos bajo el mismo título. Habitualmente el contenido operativo se subsumía en el técnico, llegándose incluso en alguna ocasión a denominar criterio jurídico operativo.<sup>8</sup>

En definitiva, con esta publicidad de los Criterios Técnicos a través de la página web de la ITSS, se da un paso más en orden a posibilitar que los mismos gocen de carácter normativo, circunstancia de cabal importancia que será objeto de reflexión en epígrafes posteriores.

<sup>8</sup> V.g. el Criterio Técnico Operativo n.º 58 sobre el plazo de caducidad para dictar resoluciones sancionadoras por infracciones en el orden social, de fecha 21 de diciembre de 2007.

## VII. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CRITERIOS TÉCNICOS DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

### A. Regulación de las instrucciones y circulares

A la hora de abordar la cuestión sobre la naturaleza jurídica de los Criterios Técnicos de la ITSS, como hipótesis de partida hemos de entender que participan de la consideración de instrucciones o circulares.

A través de las circulares e instrucciones se viene realizando una labor normativa de rango inferior a las normas reglamentarias. Con esta práctica se controla la discrecionalidad de la Administración. Al tener este rango inferior en principio no pueden imponer obligaciones *ad extra* para los ciudadanos ni tampoco crear derechos. No obstante, algunas de estas disposiciones a través del mecanismo de la publicación pueden llegar a adquirir la categoría de normas jurídicas subordinadas y adquirir carácter normativo, como se detallará con posterioridad.

La antigua Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio 1957 disponía de forma clara y concisa en sus artículos 23 y 27 que las instrucciones y circulares eran disposiciones de carácter general.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ/PAC en lo sucesivo) no es clara al respecto e introduce modificaciones al omitir el término circular y al referirse únicamente a la instrucción bajo la rúbrica «instrucciones y órdenes de servicio», regulación que efectúa a través de los artículos 21.1 y 37.1, extramuros de las disposiciones de carácter general.

El mencionado artículo 21.1 establece que «Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio. Cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el periódico oficial que corresponda».

En su regulación actual llama poderosamente la atención, en primer lugar, la desaparición de la figura de la circular, circunstancia que vuelve a repetirse en la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

De esta manera, se puede llegar a deducir que el legislador intencionadamente omite cualquier mención a la circular al estimar que la misma tiene un contenido general y la instrucción y orden de servicio un contenido más concreto y específico. Podemos observar como da un tratamiento unitario a instrucciones y órdenes de servicio sin marcar una frontera o línea divisoria entre ambas. Se está refiriendo a disposiciones con un destinatario concreto en un ámbito de funcionamiento interno. Así, puede entenderse que la circular tiene un contenido general que interpreta una disposición normativa y que puede afectar directamente a derechos y obligaciones del ciudadano.

En definitiva, el legislador ha obviado la regulación de la circular pese a su extendida práctica administrativa, figura cuyo régimen jurídico siempre ha sido controvertido. En todo caso, sigue siendo práctica habitual de las Administraciones Públicas la elaboración de circulares.

## B. Normatividad de las circulares

### 1. Posiciones doctrinales

José Vicente MOROTE SARRIÓN, autor en nuestro derecho del primer tratado completo sobre las circulares que él mismo denomina administrativas, efectúa un análisis detallado de la evolución de la doctrina<sup>9</sup> de la que destacamos de forma sintetizada aquellas posturas que abogan por el carácter normativo de determinadas circulares de la Administración Pública, entre las que tienen cabida los Criterios Técnicos de la ITSS.

BENEDICENTI se manifiesta abiertamente por el reconocimiento de la circular como perteneciente a la potestad normativa de la Administración y como fuente del ordenamiento objetivo: «Mientras que la doctrina hasta ahora ha negado que las circulares puedan ser fuente, ni siquiera indirecta de derecho objetivo, la jurisprudencia más reciente... parece que lo afirme. Nos parece poder afirmar que tal teoría esté en la verdad y que deba, por tanto, reconocerse a las circulares eficacia normativa».

Ciertas construcciones doctrinales atraían parcialmente a la circular al sistema de fuentes. En Italia y en España se ha situado en ocasiones a la circular en el grupo de fuentes *extra ordinem*. SÁNCHEZ PEDROCHE pone de relieve este fenómeno: «En relación con los órganos de la Administración encargados de la aplicación de los tributos es dudoso que las circulares tengan un valor vinculante...». No obstante y abandonando el plano puramente teórico, no puede desconocerse en el práctico la extraordinaria importancia de las circulares tanto en los órganos de la Administración como en instancias no estrictamente administrativas, ya que las circulares expresan, como ha señalado algún autor italiano (DE MITA), el derecho vivo de la Administración. Otra línea doctrinal conforma la teoría de los elementos normativos desgajados, entendiendo que para la elaboración de estos elementos desgajados no es necesario seguir los trámites de elaboración de disposiciones de carácter general. En este sector doctrinal se encuentra ROMEO CASABONA: «Esta construcción de los elementos normativos desgajados, consagrada por nuestra jurisprudencia,<sup>10</sup> de los que ha dicho, tienen contenido de norma y envoltura de acto, lo que permite eludir la rigidez de la total aplicación de las normas legales sobre elaboración de reglamentos...».

Cuando se niega la naturaleza normativa a la circular, late una concepción negativa de las normas de la Administración que, como apunta el profesor SANTAMARÍA, no tiene justificación. No tiene explicación tal postura arcaizante dado que la Administración contemporánea por su alto grado de intervención y por la tecnificación de la actividad normativa necesita dictar este tipo de disposiciones.

<sup>9</sup> MOROTE SARRIÓN, J.V.: *Las circulares normativas de la Administración Pública*, Tirant Lo Blanch, 2002, págs. 195 a 225.

<sup>10</sup> Entre otras, SSTs de 20 de septiembre de 1988, y de 24 de mayo y 29 de septiembre de 1989.

## 2. Posiciones jurisprudenciales

### La circular como resolución administrativa sin efectos normativos

Como expresa Mar MORENO REBATO,<sup>11</sup> de la jurisprudencia del alto tribunal extraemos que con carácter general las instrucciones y circulares no son reglamentos o, mejor, no pueden ser, en ningún caso, una «manifestación de la potestad reglamentaria» (STC 26/1986). El alto tribunal realiza, por tanto, una delimitación negativa de estos actos jurídicos de la Administración.

Este posicionamiento se refleja en recientes sentencias del Tribunal Supremo, v.g., STS de la Sala Tercera de 16 de julio de 2009. «... desde muy antiguo la jurisprudencia de esta sala, así las Sentencias de 24 de mayo y 27 de noviembre de 1989, y 10 de febrero de 1997 entre otras, viene afirmando que las circulares e instrucciones constituyen resoluciones administrativas que se engarzan en el ámbito propio de organización administrativa con base en el principio de jerarquía que gobierna su estructura, con un contenido y finalidad específicos en cuanto actos y directrices no incluíbles en el ejercicio de la potestad reglamentaria» consolidando el criterio fijado en anterior Sentencia de la misma sala de 7 de junio de 2006».

### La circular como disposición administrativa con carácter normativo: criterios delimitadores

La jurisprudencia, no obstante, ha ido consolidando unos criterios que podemos considerar delimitadores del carácter normativo de las circulares administrativas. Así podemos citar y desarrollar como tales criterios, el contenido, la competencia, los destinatarios de la decisión y la publicidad.

#### a) El criterio del contenido.

Si bien la doctrina mayoritaria ha venido entendiendo que las circulares no son fuente de derecho, la jurisprudencia más reciente apunta en dirección contraria, en tanto y cuanto estas gocen de determinado contenido. En este sentido se pronunció la STS del 20 de diciembre de 1983 –Liquidación de cuotas a la Seguridad Social–: «... la citada circular no es una instrucción de servicio o régimen interior, al contener disposiciones que alcanzan a los intereses y derechos de los administrados fuera de la esfera de actuación de los subordinados en las oficinas y servicios administrativos, teniendo por tal razón carácter normativo de disposición general...».

La STS de 5 de julio de 1995 –cotizaciones adicionales por horas extraordinarias–, pone asimismo el acento en el contenido de la circular: «La sentencia apelada establece que el oficio-circular que acaba de citarse no tiene valor normativo alguno. Esta afirmación no puede compartirse por la sala, pues si bien las circulares tienen normalmente en nuestro Derecho el carácter de instrucciones internas de servicio, en numerosas ocasiones, como sucede en el caso de autos, no se limitan a la organización interna de los servicios dependientes del órgano del que emana la circular, sino que son, bien auténticas

<sup>11</sup> MORENO REBATO, M.: «Circulares, Instrucciones y ordenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico», *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Presidencia del Gobierno, pág. 173, septiembre 1998

normas reglamentarias que regulan derechos y deberes de los particulares, bien normas interpretativas de la legislación de carácter general que vinculan desde luego a la Administración en cuanto a sus actos administrativos concretos posteriores». Obviamente, el tribunal marca el acento sobre el contenido del oficio circular para determinar que este no es una instrucción interna de servicio, recogiendo la doctrina establecida, meses antes, en la STS de 28 de febrero del mismo año: «... para indagar cuándo la circular es un acto o una disposición de carácter general se puede acudir a criterios formales no siempre fiables, y materiales, es decir, analizar su contenido; así se suele afirmar que es una disposición general si la circular en cuestión crea una nueva sujeción o garantía para el administrado o da reglas imperativas nuevas, o se atiende al ámbito *ad intra*, si es acto, *ad extra* si es reglamento, o si la decisión que encierra es de carácter general seguida de ulteriores medidas de ejecución, pudiéndose afirmar que las circulares no son verdaderos reglamentos en cuanto se limitan a regular un servicio administrativo...».<sup>12</sup>

b) El criterio de la competencia.

La STC 27/1983, de 20 de abril, resolvió un conflicto de competencia que presentó el Gobierno contra una circular dictada por el Departamento de Trabajo de la Generalitat de Cataluña, sobre interpretación y aplicación del artículo 2 del Real Decreto 1858/1981 por el que se incrementa la cotización adicional por horas extraordinarias.

En el conflicto existió conformidad entre las partes en orden a la competencia exclusiva del Estado para dictar normas en materia de régimen económico de la Seguridad Social. De tal manera, en sus fundamentos jurídicos argumenta que la única cuestión planteada consiste en determinar si la circular origen de conflicto ha de calificarse o no como una de tales normas, pues en el primer caso la competencia corresponderá al Estado y en el segundo a la Generalitat, que ha asumido la gestión del régimen económico de la Seguridad Social.

En definitiva, la solución del conflicto exige determinar si la mencionada circular tiene o no el carácter de norma en materia de régimen económico de la Seguridad Social.

A continuación argumenta que en nuestro ordenamiento la forma de acto jurídico de la Administración no es relevante en todos los casos para determinar su naturaleza.

Si la forma no es un criterio que permite determinar la naturaleza de la circular, lo normal será que tal calificación pueda realizarse a partir de su contenido.

Sucede sin embargo, que en ocasiones un mismo contenido puede calificarse como norma o como acto interno, por lo que en tal caso resulta necesario acudir al criterio de la competencia, de especial trascendencia en un Estado compuesto, en el que la potestad normativa y la de ejecución con relación a una materia, pueden no corresponder normalmente a la misma entidad.

Si el órgano del que emana la circular tiene competencia normativa (Estado) habrá que atribuirle carácter de norma ya que de lo contrario sería nula; por la misma razón si el órgano solo tiene potestad jerárquica (Generalitat) y no normativa habrá que atribuirle el valor de un acto interno.

<sup>12</sup> MORENO REBATO, M.: «Circulares, Instrucciones...», *op. cit.*, pág. 180.

Por ello no hay inconveniente en entender que el Estado pueda dictar este tipo de instrucciones y circulares interpretativas y reductoras de la discrecionalidad, lo que no impide que la Comunidad Autónoma dentro de lo que son aspectos organizativos también pueda dictar instrucciones y circulares ya que ejerce también parte del poder ejecutivo.<sup>13</sup>

En esta línea se ha manifestado el Tribunal Constitucional al resolver diversos conflictos de competencias. Especialmente significativa es su Sentencia 249/1988 de 20 de diciembre (ponente Rodríguez Piñero). La Generalitat de Cataluña promueve Conflicto positivo de competencias frente a la Circular P-117, de 14 de julio de 1983, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, sobre «Sanciones, Infracciones laborales de los empresarios y Actos de obstrucción» que establece unas normas sobre las infracciones laborales de los empresarios y las escalas de sanciones posibles. El objetivo de la sentencia es determinar si la referida circular tiene carácter normativo y, por tanto, queda dentro de la competencia que el artículo 149.1.7 de la Constitución atribuye al Estado en materia de legislación laboral o entra dentro de la esfera de la Generalitat de Cataluña en virtud de la competencia sobre ejecución de dicha legislación. La Generalitat entiende que el Estado ha dictado una circular únicamente con efectos *ad intra* y, por tanto, ha invadido la competencia autonómica de ejecución.

El tribunal, frente a las alegaciones de la Generalitat, reconoce, sin dejar espacio a la duda, la naturaleza normativa de esta circular. Dice que el Estado puede hacer uso de su competencia normativa a través de un reglamento con todos los requisitos necesarios o a través de una circular. En este caso –afirma el tribunal– no puede entenderse que esa circular tenga únicamente efectos internos, sino que contiene normas jurídicas y, por tanto, el Estado usó bien de sus competencias dictándola y que al contener preceptos con carácter normativo sustancial, la Generalitat no hubiera podido hacerlo ya que no era competente para ello.

c) El criterio de los destinatarios de la decisión.

Se ha utilizado en diversos pronunciamientos judiciales como criterio determinante para fijar el carácter normativo de una circular el alcance y significación de dicha decisión en relación directa con los destinatarios de la misma. De ello derivarán sus efectos *ad intra* o *ad extra* que es lo que definitivamente le otorgue eficacia normativa. El Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, en Sentencia de 16 de julio de 2009, se pronunció en este sentido.

La jurisprudencia de esta sala<sup>14</sup> viene afirmando que las circulares e instrucciones constituyen resoluciones administrativas que se engarzan en el ámbito propio de organización administrativa con base en el principio de jerarquía que gobierna su estructura, con un contenido y finalidad específicos en cuanto actos y directrices no incluibles en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

En esta línea, la Sentencia de 7 de junio de 2006 precisó que «el carácter normativo o no que haya de atribuirse a una determinada decisión de un órgano administrativo no depende solo de la clase de materia sobre la que verse. Lo verdaderamente decisivo es el alcance y significación que su

<sup>13</sup> MOROTE SARRIÓN, J.V.: *Las circulares...*, *op. cit.*, pág 324.

<sup>14</sup> Entre otras las Sentencias de 24 de mayo y 27 de noviembre de 1989, y de 10 de febrero de 1997.

autor otorgue a dicha decisión. Esto último comporta que, cuando la decisión tenga como únicos destinatarios a los subordinados del órgano administrativo, y exteriorice por ello pautas para la futura actuación administrativa que dichos subordinados hayan de realizar, habrá de admitirse que lo que se está dictando no es un acto normativo con eficacia externa para los ciudadanos sino una de esas instrucciones u ordenes de servicio que autoriza y regula el citado artículo 21 de la LRJ/PAC. En este segundo caso se tratará, como apunta el recurso de casación, de simples directrices de actuación, dictadas en el ejercicio del poder jerárquico, con el fin de establecer los criterios de aplicación e interpretación jurídica que habrán de ser seguidos en futuros actos administrativos. Y, paralelamente, la correspondiente decisión tendrá una eficacia puramente interna y carecerá de valor vinculante para las personas cuya situación jurídica resulte afectada por esos posteriores actos administrativos que puedan dictarse, las cuales podrán combatir, a través de los correspondientes recursos administrativos y jurisdiccionales, la validez de los criterios que hayan sido aplicados en esos concretos actos administrativos que individualmente les afecten».

En consecuencia, si la decisión no tiene como únicos destinatarios a los subordinados del órgano administrativo del que emana, sino que extiende su alcance a terceros, en tanto y cuanto crea efectos *ad extra*, está posibilitando su carácter normativo. En este sentido argumenta Mar MORENO REBATO<sup>15</sup> al expresar que el Tribunal Supremo, cuando atribuye naturaleza reglamentaria, con efectos *ad extra* de la organización, a las circulares –y, por ende, a las instrucciones– atiende exclusivamente al contenido de las mismas. De tal forma que cuando el tribunal entiende que la circular crea una nueva sujeción o garantía para el administrado o da reglas imperativas nuevas, las califica como normas reglamentarias.

#### d) El criterio de la publicidad.

Otro elemento diferenciador utilizado por la jurisprudencia para delimitar la eficacia *ad intra* o *ad extra* de una circular y por tanto su carácter normativo ha sido la publicidad de la misma. La línea jurisprudencial predominante entiende que es requisito *sine qua non* la publicidad de las mismas para que estas puedan desplegar efectos normativos. En este sentido cabe citar la STS de 20 de diciembre de 1983 –liquidación de cuotas a la Seguridad Social– ya mencionada con anterioridad, que si bien en función de su contenido se pronunciaba a favor del carácter normativo de la circular, finalmente no le otorga tal carácter debido a su falta de publicidad: «... la citada circular no es una instrucción de servicio o régimen interior, al contener disposiciones que alcanzan a los intereses y derechos de los administrados fuera de la esfera de actuación de los subordinados en las oficinas y servicios administrativos, teniendo por tal razón carácter normativo de disposición general; pero al no haberse publicado en el "Boletín Oficial" carece de validez y eficacia, según viene declarando esta sala con notoria reiteración y hoy corroborado por el principio básico –la publicidad de las normas– garantizado por la Constitución en su artículo 9.3».

En esta misma línea, se manifiesta la STS de 20 de diciembre de 1993 y la STS de 18 de marzo de 1996 que estiman que la circular, al no haberse publicado en el «Boletín Oficial», carece de validez y eficacia.

<sup>15</sup> MORENO REBATO, M.: «Circulares, instrucciones...», *op. cit.*, pág. 195.

La STS de 9 de abril de 1992 –intercambio de tonelaje entre petroleros españoles y extranjeros– declara la eficacia normativa de una circular pese a su falta de publicidad al entender que el conocimiento personal de la misma por parte de sus destinatarios (un número reducido) suple tal requisito: «... una vez interpretados los términos de la resolución bajo consideración, se ha de pasar a lo que deviene fundamental para la adecuada decisión del tema del litigio: cuál sea la naturaleza y alcance de la Circular 9/1977, de 23 de junio, por la cual la Dirección General de Navegación (Ministerio de Comercio) dicta "Normas a aplicar en los intercambios de tonelaje entre petroleros españoles y extranjeros"; pues bien, respecto de tal circular su consideración de disposición administrativa de carácter general, deviene indubitadamente atendida su índole normativa y la calificación que de estas circulares se hace como tales disposiciones generales en el artículo 27 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado; no perdiendo en el presente caso dicha circular su eficacia por el mero hecho de no haber sido publicada en el Boletín Oficial del Estado, en relación con el artículo 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pues al tratarse de un número reducido y conocido de destinatarios de dicha circular (fundamentalmente las refinerías nacionales y, en tono menor, los navieros dedicados al transporte marítimo de petróleo), el conocimiento personal del contenido de dicha circular suple con creces la ausencia de publicación en los periódicos oficiales, de tal modo que esta infracción de falta de publicación no puede ser alegada por quien dicho defecto no solo no le causó indefensión alguna sino, como ocurre con (...), ejercita su inicial pretensión de 9 de julio de 1981 justamente a los efectos de obtener el correspondiente devengo de toneladas/milla producido por el (...) como si de un buque de pabellón español se tratase, ello, evidentemente, a los efectos del intercambio de tonelaje que la circular en cuestión regula, y bajo cuya normativa se va a producir el Acuerdo de la Dirección General de la Marina Mercante de 10-7-1981 cuya legalidad (...) defiende; postura procesal *non valet* determina la ya avanzada conclusión del carácter normativo y plena eficacia, en el presente caso, de la circular de referencia...».

Tal como reseña Mar MORENO,<sup>16</sup> mucho más sorprendente –y disparatada– es la STS de 9 de abril de 1992, que, pese a haber atribuido naturaleza reglamentaria a una circular de la Dirección General de la Marina, entiende que por el simple hecho de no haber sido publicada no pierde por ello su eficacia, pues sus destinatarios tenían conocimiento personal de la misma y este hecho, establece la sentencia, «suple con creces la ausencia de publicación en los periódicos oficiales».

En definitiva, a nivel jurisprudencial parece quedar claro y manifiesto (salvo excepciones) que la publicidad de la circular se convierte en requisito necesario para que esta llegue a tener eficacia normativa.

## VIII. EFECTOS *AD INTRA* DE LOS CRITERIOS TÉCNICOS

### A. Su carácter vinculante para los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social

No cabe duda, no siendo esta cuestión controvertida, que los Criterios Técnicos y Operativos de la ITSS tienen unos claros efectos *ad intra* en tanto y cuanto a través de los mismos se lleva a cabo

<sup>16</sup> MORENO REBATO, M.: «Circulares, instrucciones...», *op. cit.*, pág. 196.

una autoorganización interna de sus servicios. En este sentido, al igual que una instrucción, tiene un carácter vinculante para su destinatario interno directo; el inspector de Trabajo y Seguridad Social y el subinspector de Empleo y Seguridad Social.

El artículo 18 de la LOITSS atribuye de forma expresa a la Autoridad Central de la ITSS la facultad de dirección del Sistema de la ITSS, siendo el artículo 9.1 del ROFIT, expresión manifiesta del principio de jerarquía administrativa al indicar que «Los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social servirán con objetividad los intereses generales y actuarán de acuerdo con los principios constitucionales de eficacia y jerarquía, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con sujeción a los criterios técnicos y directrices establecidos por las autoridades competentes».

Bajo este principio de jerarquía, los funcionarios que integran el sistema, deberán dar cumplimiento a las órdenes de servicio dadas por sus superiores jerárquicos en sus ámbitos territoriales de actuación con sometimiento en sus actuaciones a los Criterios Técnicos y Operativos dictados por la Autoridad Central.

La normativa de desarrollo de la LOITSS incide en el aspecto de que la actuación inspectora se desarrolle siempre de conformidad con los criterios técnicos, otorgando a las jefaturas y órganos de supervisión de inspección activa del Sistema de la ITSS, la facultad de devolución de aquellos expedientes que se aparten de los mismos. El artículo 12.1 párrafo segundo del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social (RGISOS en lo sucesivo) dispone que los jefes de las Inspecciones Provinciales y de sus Unidades especializadas podrán devolver las actas incompletas o defectuosas o que contraríen los criterios técnicos e interpretativos comunes establecidos para el desarrollo de la función inspectora, para que se corrija el defecto.<sup>17</sup> El párrafo segundo del mismo precepto atribuye las mismas facultades al inspector que supervisa una actuación de un subinspector de Empleo y Seguridad Social.

## **B. Los Criterios Técnicos y Operativos *versus* autonomía técnica y funcional de los funcionarios del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social**

El artículo 24 del ROFIT prevé que los inspectores dispongan de la autonomía técnica y funcional que se reconoce en la ley, que se fundamenta en la objetividad y rigor técnico de cada actuación, en el respeto a los principios de eficacia y jerarquía que se materializan en las instrucciones y criterios técnicos establecidos en la ley. Por tanto, de los inspectores puede predicarse su autonomía técnica y funcional, pero en ningún caso su independencia.<sup>18</sup> En todo caso, esta autonomía técnica y funcional del inspector de Trabajo queda supeditada al cumplimiento de las Instrucciones y Criterios Técnicos emanados de la Autoridad Central. De forma expresa se pronuncia al respecto el número 2

<sup>17</sup> También el artículo 53 c) del ROFIT como cometido de los jefes de las Inspecciones Provinciales de la ITSS especifica: «Supervisar y controlar la diligencia en la cumplimentación de servicios por unidades, inspectores y equipos de inspección, y la calidad de sus resultados, devolviendo para su corrección los que resulten insuficientes, defectuosos o que contraríen los criterios técnicos establecidos al efecto».

<sup>18</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 78, diciembre 2008, pág. 148.

del precitado artículo 24 del ROFIT al disponer que «La autonomía técnica no exime al inspector de su obligación de actuación cuando corresponda, de cumplimentar en plazo las órdenes de servicio que se le encomienden, ni de los controles que se establezcan en cuanto a rendimiento, cumplimiento de objetivos y adecuación de su actuación a las normas, criterios e instrucciones aplicables».

Sobre esta cuestión se pronunció la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de febrero de 2003 dictada con ocasión del recurso contencioso-administrativo contra el ROFIT presentado por la Unión Progresista de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social. La corte suprema entendió que el sometimiento de los funcionarios de la Inspección a los Criterios Técnicos y a las directrices que fijen las autoridades competentes no vacía de contenido la autonomía ni la independencia que les atribuye la ley: «No compartimos la interpretación que hace la recurrente. El artículo 11.1 del reglamento no incurre en las infracciones que menciona la demanda. Someter a los funcionarios de la Inspección a los Criterios Técnicos y a las directrices que fijen las autoridades competentes no vacía de contenido la autonomía ni la independencia que les atribuye la ley. Al contrario, es razonable pensar que si el legislador ha configurado la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como un sistema (art. 1 LOITSS), la unidad de cuya función predica sin perjuicio de la especialización necesaria (art. 6), al tiempo que proyecta en su organización ese sentido unitario e integral (art. 15) y, además, expresa su dependencia de la Autoridad Central (art. 18.2), disponiendo que funcione observando el principio de trabajo programado y en equipo (art. 19.1) y pretende garantizar su actuación coherente (art. 21.3) y eficaz (art. 15.3), sean imprescindibles el establecimiento y la observancia de Criterios Técnicos comunes y la determinación de directrices sobre la forma de actuación. Y la propia ley lo prevé en su artículo 18.3.7 sin que deba entenderse que solamente ofrece cobertura a las normas del artículo 24 del reglamento, pues mientras este artículo enfoca la autonomía técnica y funcional de los inspectores al regular el desarrollo de su actuación, el artículo 9.1 lo hace al tratar de las obligaciones de los miembros de la Inspección. Además, el artículo 18.3.12 aporta elementos adicionales en este mismo sentido cuando se refiere a la definición de los principios interpretativos y técnicos comunes a la actuación del sistema de la Inspección de Trabajo que compete hacer a la Autoridad Central. En definitiva, el conjunto de la regulación legal y la previsión expresa del artículo 18.3.7 y 12 ofrecen a la norma reglamentaria cuestionada la cobertura suficiente y, desde luego, el artículo 9.1 no incurre aquí en exceso respecto de ellos. Ni siquiera por lo que la actora considera indeterminación de la expresión –autoridades competentes–, pues por ellas no puede entenderse otra cosa que las que la propia LOITSS establece en la estructura que define y desarrolla el reglamento en preceptos que no han sido recurridos».

## IX. EFECTOS *AD EXTRA* DE LOS CRITERIOS TÉCNICOS

Es obvio que la plasmación directa del contenido de los Criterios Técnicos se produce en la esfera de la actuación inspectora, en el momento en que el inspector o subinspector adopta una medida, como puede ser la extensión de un acta de infracción o una paralización de actividades por riesgo grave e inminente. Si bien no cabe duda de que este acto de aplicación produce efectos jurídicos, también es cierto que aquel Criterio Técnico que condicionó aquel, al contener disposiciones que alcanzan a los intereses y derechos de los ciudadanos, produce efectos jurídicos por sí mismo y más allá de ser una mera instrucción de servicio o de régimen interior puede adquirir un carácter normativo.

Como ya se expuso con anterioridad, la jurisprudencia más reciente reconoce el carácter normativo de las circulares si sus disposiciones alcanzan a los intereses y derechos de los administrados fuera de la esfera de actuación.

Asimismo, la jurisprudencia reconoce que la circular puede producir efectos jurídicos sin necesidad de esperar a los actos de aplicación. Así lo ha establecido la STC de 23 de mayo de 1994: «Es indudable que las instrucciones aprobadas el 2 de julio de 1986 por los subsecretarios de Trabajo e Interior afectaban plenamente a los trabajadores y empleadores de las Ciudades de Ceuta y Melilla, aun cuando formalmente sus únicos destinatarios fuesen los directores provinciales de Trabajo en dichas localidades (...) solo desde una interpretación rigurosamente formalista cabría entender necesario esperar a que los funcionarios, vinculados por las interacciones, produjeran actos concretos en su aplicación, para tomar nota de su existencia (...). Los tribunales del orden social no podían ignorar la existencia y efectos de estas instrucciones conjuntas de 1986, decisivas para enjuiciar la vulneración del derecho fundamental a la igualdad alegada entre ellos por la trabajadora demandante, la posibilidad de impugnar judicialmente, tanto las circulares, como los actos administrativos que se separen de lo dispuesto en ellas (...)».

El Tribunal Supremo, cuando atribuye naturaleza reglamentaria, con efectos *ad extra* de la organización, a las circulares –y por tanto a las instrucciones–, atiende exclusivamente al contenido de las mismas. De tal forma que cuando el tribunal entiende que la circular crea una nueva sujeción o garantía para el administrado o da reglas imperativas nuevas, las califica como normas reglamentarias.<sup>19</sup>

Los Criterios Técnicos contienen disposiciones que alcanzan a los intereses y derechos de los administrados fuera de la esfera de actuación de los subordinados en las oficinas y servicios administrativos y por tanto establecen reglas imperativas nuevas, por lo que pueden gozar de esa eficacia normativa que a determinadas circulares atribuye el Tribunal Supremo, sin necesidad de esperar a sus actos de aplicación.

## X. LOS CRITERIOS TÉCNICOS Y EL INTERÉS GENERAL

De acuerdo con el artículo 103 de la Constitución, la Administración Pública de España sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Por otra parte, el artículo 1.2 de la LOITSS configura la ITSS como un servicio público al que corresponde ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas de orden social y exigir las responsabilidades pertinentes.

La clave del servicio público en cualquiera de sus variantes es pues la presencia siempre del interés general capaz de otorgar soporte a la opción concreta para la organización de la satisfacción

<sup>19</sup> MORENO REBATO, M.: «Circulares, Instrucciones...», *op. cit.*, pág. 194.

de las necesidades sociales. El interés general es así el elemento explicativo y justificativo del ente servicio público en tanto que legitima y determina la intervención de diverso alcance y siempre conforme con el orden constitucional-comunitario europeo, del poder público y por tanto la organización de la referida satisfacción de la necesidad colectiva; la forma de provisión o prestación de los bienes y servicios; y por tanto el régimen jurídico exorbitante del común que sea preciso (en términos del principio de proporcionalidad) para asegurar la continuidad, regularidad, calidad y adecuación al progreso técnico de tal provisión o prestación, así como el acceso a ellas en igualdad de condiciones y a precio asequible a todos los ciudadanos.<sup>20</sup>

Hemos de priorizar por tanto la atención al interés general en el servicio público que desempeña la ITSS. La satisfacción de un interés general debe llevar implícita una aplicación uniforme del derecho que evite efectos distintos en la aplicación de la norma a consecuencia de una interpretación diferente de quienes tienen encomendada el control de su aplicación.

Esto hace necesario armonizar la actuación inspectora en orden a la unificación de sus criterios de actuación, lo que se hace aún más necesario en el actual momento en el que se inicia un proceso de traspaso de parte de los efectivos del sistema de inspección a las CC.AA.

En definitiva, una actuación inspectora orientada por un criterio de actuación dimanante de su Autoridad Central, facilita una uniforme aplicación de la norma por parte de los inspectores y subinspectores en cualquiera que sea su territorio de actuación, lo que en definitiva redundará en beneficio del interés general y consecuentemente en la seguridad jurídica del ciudadano.

En este sentido, es muy ilustrativo el fundamento de derecho 106 de la reciente Sentencia 31/2010 de 28 de junio, del Tribunal Constitucional, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 8045-2006, interpuesto por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, relativo al artículo 170.2 del mencionado estatuto.

El referido precepto dispone que «corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva sobre la función pública inspectora en todo lo previsto en este artículo. A tal efecto, los funcionarios de los Cuerpos que realicen dicha función dependerán orgánica y funcionalmente de la Generalitat. A través de los mecanismos de cooperación previstos en el Título V se establecerán las fórmulas de garantía del ejercicio eficaz de la función inspectora en el ámbito social».

Los demandantes objetan a la adscripción orgánica y funcional de los funcionarios a que se refiere el precepto que buena parte de las tareas que tienen asignadas dichos funcionarios siguen correspondiendo al Estado de acuerdo con la legislación laboral.

El Tribunal Constitucional desestima la impugnación de este artículo, si bien efectúa precisiones jurídicas de interés al precisar que «Olvidan (los demandantes) al respecto, sin embargo, que asumida por la Generalitat de Cataluña la competencia de ejecución de la legislación laboral, le corresponde por consecuencia también la autoorganización de los servicios correspondientes, es decir,

<sup>20</sup> PAREJO ALFONSO, L.: *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2.º semestre 2004, pág. 21

el establecimiento del sistema de organización y funcionamiento de la acción inspectora y sancionadora orientada al cumplimiento de dicha legislación, lo que incluye la posibilidad de establecer que los funcionarios encargados de tales funciones estén adscritos orgánica y funcionalmente a la Generalitat (STC 249/1988, de 20 de diciembre, FJ 3). Esta regulación estatutaria no impide, pero tampoco implica, que se mantenga la actual dualidad de funciones de los funcionarios del cuerpo nacional de la ITSS, en la medida en que se sigan atribuyendo a los mismos cometidos y funciones correspondientes a materias tanto de competencia autonómica como de competencia estatal. Al mismo tiempo, tampoco implica necesariamente la ruptura de la unidad del cuerpo nacional de funcionarios ni impide su mantenimiento, lo que constituye una opción legal compatible con la regulación estatutaria. A lo que habría que añadir que tal opción no viene exigida por la necesidad de garantizar «la igualdad básica de las condiciones de trabajo de todos los españoles así como el igual tratamiento ante la ley de los empresarios», pues es a la legislación laboral –competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.7 CE)–, y no a una determinada modalidad de organización de la acción inspectora, a la que corresponde garantizar dicha igualdad».

Los Criterios Técnicos de la ITSS posibilitan esta igualdad de las condiciones de trabajo para todos los trabajadores y el tratamiento igualitario de los empresarios en relación con el cumplimiento de la normativa socio-laboral.

## XI. ATRIBUCIÓN LEGAL DE LA FACULTAD NORMATIVA

En la inmensa mayoría de las sentencias del Tribunal Supremo en las que otorga carácter normativo a las circulares, el alto tribunal no fundamenta su decisión en la atribución normativa expresa de la potestad reglamentaria del órgano que la dictó ni en el procedimiento legalmente establecido para elaborar las disposiciones administrativas generales, esto es, si para su adopción se siguió el procedimiento previsto en los artículos 129 y siguientes de la LRJ/PAC.

La facultad de la DGITSS para dictar Criterios Técnicos está fuera de duda. Como órgano de la AGE tiene atribuida tal competencia,<sup>21</sup> la cual es reflejo de la asumida a través del artículo 18 de la LOITSS.

El hecho de que determinadas leyes otorguen de forma expresa la atribución normativa a determinadas instituciones no debe llevarnos a concluir a sensu contrario que aquel organismo que no la tenga atribuida no tiene facultad normativa alguna.

Esta atribución legal de la facultad normativa se viene otorgando a entidades como el Banco de España, la Comisión Nacional de Energía o la Comisión Nacional del Mercado de Valores,<sup>22</sup> entidades de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada.

<sup>21</sup> El artículo 18 del Real Decreto de estructura del Ministerio de Trabajo e Inmigración dispone en su artículo 11 que la DGITSS como Autoridad Central lleva a cabo «la asistencia técnica a la actuación inspectora a través de instrucciones, criterios técnicos y consultas, en coordinación con las autoridades competentes por razón de la materia».

<sup>22</sup> La Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España (BOE del 2), en su artículo 3 dispone expresamente que «... El Banco de España podrá dictar las normas precisas para el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 7.3 desarrolladas en la sección 1.ª y el artículo 15 del capítulo II de esta ley, que se denominarán "Circulares monetarias"». Asimismo,

En este sentido, la doctrina viene hablando de la facultad normativa de las Autoridades Administrativas Independientes (AAI en lo sucesivo).

Por ello, cuando se admite la potestad reglamentaria de las AAI se añade que esta potestad debe tener carácter excepcional, y se exige que exista una habilitación legal precisa que delimite el alcance de la misma.<sup>23</sup>

En el caso del Criterio Técnico de la ITSS, la Autoridad que lo dicta no tiene la condición de AAI, sino que es un órgano dependiente orgánicamente de un departamento ministerial con capacidad reglamentaria plena, por lo que consecuentemente no necesita tal atribución expresa para poder desarrollar una facultad normativa.

## XII. LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y LA ELABORACIÓN DE LOS CRITERIOS TÉCNICOS DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Como se ha expuesto con anterioridad, la LOITSS atribuye de forma expresa a la Autoridad Central de la ITSS la potestad de elaborar Criterios Técnicos para el ejercicio de la función inspectora. Incluso a través del RGISOS, le confiere la facultad de dirigirse a los órganos resolutorios que reiteradamente se desvíen de los Criterios Técnicos.<sup>24</sup>

para el adecuado ejercicio del resto de sus competencias, podrá dictar las disposiciones precisas para el desarrollo de aquellas normas que le habiliten expresamente al efecto. Tales disposiciones se denominarán "Circulares". Asimismo dispone que «Unas y otras disposiciones serán publicadas en el Boletín Oficial del Estado y entrarán en vigor conforme a lo previsto en el apartado primero del artículo 2 del Código Civil. Se elaborarán, previos los informes técnicos y jurídicos que preceptivamente deberán emitir los servicios competentes del Banco y aquellos otros informes y asesoramientos que este estime conveniente solicitar. No les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, si bien, en el caso de las Circulares, deberán ser oídos los sectores interesados» y que «Las disposiciones dictadas por el Banco de España serán susceptibles de impugnación directa ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional». De esta manera el Banco de España cuando actúa en el ejercicio de las potestades administrativas que le confiere la ley está sometido al ámbito de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1. 2 de la Ley 13/1994. La disposición adicional undécima, apartado tercero, punto 1, función séptima, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, establece que la Comisión Nacional de Energía podrá dictar las Circulares de desarrollo y ejecución de las normas contenidas en los Reales Decretos y las Órdenes del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio que se dicten en desarrollo de la normativa energética, siempre que estas disposiciones le habiliten de modo expreso para ello. Estas Circulares serán publicadas en el Boletín Oficial del Estado.

En el supuesto de la CNMV, la disposición final única del Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los Fondos de Titulización de Activos y las sociedades gestoras de Fondos de Titulización, establece que el ministro de Economía y Hacienda y, con su habilitación expresa, la CNMV, podrán dictar reglas específicas relativas a la contabilidad, formato y contenido de las cuentas anuales e informes de gestión de los Fondos, al alcance y contenido de los informes especiales de auditores u otros expertos independientes, sin perjuicio de lo establecido en la Ley 19/1988, de 12 de julio, de auditoría de cuentas, y a las obligaciones de información de los Fondos de Titulización y sus sociedades gestoras. La Orden EHA/3536/2005, de 10 de noviembre, recoge la habilitación a la que se refiere dicho real decreto.

<sup>23</sup> TORNOS MAS, J.: «La potestad normativa de las autoridades administrativas independientes. El caso del Consell Audiovisual de Catalunya», *Revista Derecho Privado y Constitución*, Universidad de Barcelona, núm. 17, enero-diciembre 2003.

<sup>24</sup> Artículo 4.6 del Real Decreto 928/1998: «La autoridad central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá dirigirse al órgano de la Administración del Estado que en sus resoluciones se desvíe reiteradamente de los criterios interpretativos técnicos a que se refieren los artículos 18.3.7 y 18.3.12 de la Ley 42/1997, poniéndole de manifiesto lo que

Pese a esta atribución expresa y las cautelas previstas en el RGISOS, en alguna ocasión, por parte de la Administración Laboral de las CC.AA. se han dictado Criterios Técnicos que orientan la labor inspectora en su ámbito competencial y territorial. Es significativo el Criterio Técnico sobre *mobbing* de 12 de mayo de 2006, de la Dirección General de Relaciones Laborales del Departamento de Trabajo de la Generalitat de Cataluña.

La articulación de competencias del Estado y de las CC.AA. en orden a la elaboración de Criterios Técnicos de la ITSS ha de determinarse a partir del contenido del mismo ya que cuando implique una interpretación de normas adquirirá un carácter normativo y por tanto entrará en la esfera de la legislación y no de la ejecución. En esta línea, se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional siendo significativas su Sentencias 27/1983 de 20 de abril y 249/1988 de 20 de diciembre, las cuales fueron objeto de valoración con anterioridad.

Por tanto, como argumenta José Vicente MOROTE SARRIÓN,<sup>25</sup> en materias de competencia exclusiva del Estado o de la Comunidad Autónoma no se plantean problemas dado que cualquier intromisión del otro ente territorial se entendía como vulneradora de tal competencia y viceversa. El problema se plantea cuando existe la colaboración o cuando entran en juego o bien la ejecución autonómica de legislación estatal o bien la figura de la delegación. En el caso de la ejecución de la legislación estatal por parte de la Comunidad Autónoma cabe que el Estado dicte instrucciones y circulares interpretativas de sus propias normas dictadas en ejercicio de las competencias legislativas. La labor de interpretación de las propias disposiciones normativas es una labor normativa, con lo que permanece dentro de la legislación y no entra en el plano de la ejecución. Por ello no hay inconveniente en entender que el Estado pueda dictar este tipo de instrucciones y circulares interpretativas y reductoras de la discrecionalidad ya que una parte del tradicional ámbito del poder ejecutivo entra dentro del concepto de normación que maneja el Tribunal Constitucional en lo relativo a la distribución de competencias. Y a la vez, ello no impide que la Comunidad Autónoma dentro de lo que son aspectos organizativos también pueda dictar instrucciones y circulares ya que ejerce también parte del poder ejecutivo.

En este sentido es de interés traer a colación la ya varias veces citada STC 249/1988 de 20 de diciembre que al resolver un conflicto de competencias entre la AGE y la Generalitat de Cataluña de forma expresa estableció que el Estado puede hacer uso de su competencia normativa a través de un reglamento con todos los requisitos necesarios o a través de una circular y en la que llegó a precisar que «... no puede entenderse que esa circular tenga únicamente efectos internos, sino que contiene normas jurídicas y, por tanto, el Estado usó bien de sus competencias dictándola y que al contener preceptos con carácter normativo sustancial, la Generalitat no hubiera podido hacerlo ya que no era competente para ello».

En el informe sobre diversas cuestiones relacionadas con la adecuación de la ITSS a la configuración autonómica del Estado<sup>26</sup> se pone de manifiesto que «de la jurisprudencia constitucional se

proceda. Asimismo, y mediante escrito razonado, podrá dirigirse a órganos de las Administraciones autonómicas con las sugerencias que estime convenientes».

<sup>25</sup> MOROTE SARRIÓN, J.V.: *Las circulares...*, *op. cit.*, pág 323.

<sup>26</sup> Informe elaborado en septiembre de 2005 por el despacho Uría-Menéndez a petición del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pág. 27.

infiere la conveniencia de dictar disposiciones interpretativas de naturaleza normativa y con eficacia vinculante *ad extra* o frente a terceros. Así resulta de la Sentencia del Tribunal Constitucional 27/1983, de 20 de abril, que en caso de inactividad normativa del Estado habilita a las CC.AA. a dictar circulares que en materia laboral o de régimen económico de la Seguridad Social que no tendrían carácter normativo sino que serían simples actos de eficacia interna».

Sin perjuicio de la competencia de la AGE para elaborar las circulares interpretativas, es obvio, en el supuesto de los Criterios Técnicos de la ITSS, que las autoridades laborales de las CC.AA. en sus ámbitos competenciales, deben tener una participación activa en su proceso de elaboración, como hasta la fecha viene ocurriendo.

Por todo ello, han de establecerse los instrumentos adecuados para mantener y en su caso reforzar esta participación de las CC.AA. a fin de posibilitar en la medida de lo posible la elaboración consensuada de Criterios Técnicos entre la DGITSS y las CC.AA.

Esta elaboración de Criterios Técnicos únicos para todo el sistema de la ITSS al margen de la dependencia orgánica de los funcionarios que lo integren, pudiera ir al traste en caso de hacerse uso por parte de la Generalitat de Cataluña de la habilitación normativa que le confiere el Decreto 25/2010, de 2 de marzo, de organización y estructura de la Inspección de Trabajo de la Generalidad de Cataluña.<sup>27</sup>

El artículo 4 b), de la referida disposición, atribuye a la DGITSS de Cataluña, a través de su Subdirección General de Asistencia y Coordinación la función de dar soporte y asistencia técnica a los órganos de la Inspección de Trabajo en el desarrollo de sus funciones inspectoras, y a los técnicos habilitados de la Dirección General de Relaciones Laborales, para la comprobación y control de las condiciones materiales y técnicas de seguridad y salud laboral mediante el establecimiento de instrucciones, criterios técnicos, operativos, de colaboración y de funcionamiento interno.

En definitiva, si bien es cierto que algunas posiciones se postulan a favor de que sea la Administración Autónoma en el ámbito de su competencia quien tenga la facultad de definir los Criterios de actuación de la ITSS en tanto y cuanto tiene atribuida la ejecución de la legislación laboral, razones de legalidad avaladas por la jurisprudencia y el propio Tribunal Constitucional, así como criterios de coherencia y de aplicación uniforme del derecho nos llevan a la lógica conclusión de que tal práctica podría llevar a interpretaciones y actuaciones diferentes sobre la misma materia, con base en los criterios propios de cada Comunidad Autónoma, rompiéndose con ello la concepción de un sistema integral e integrado de ITSS y por tanto el principio de unidad institucional, con las consecuencias de todo tipo que podrían producirse.

En este orden de cosas, es preciso citar nuevamente la Sentencia 31/2010 de 28 de junio de 2010, del Tribunal Constitucional, la cual, en su fundamento de derecho 106 expresa que la igualdad básica

<sup>27</sup> En desarrollo del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, mediante el Real Decreto 206/2010, de 26 de febrero, se han traspasado a la Generalitat de Cataluña los servicios y el personal de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Cataluña, en las materias del orden social de su competencia, traspaso que es efectivo a partir del 1 de marzo de 2010, fecha a partir de la cual este personal pasa a depender orgánica y funcionalmente de la Generalidad, en cumplimiento de los artículos 170.2 y 138.2 del Estatuto de Autonomía.

de las condiciones de trabajo de todos los españoles así como el igual tratamiento ante la ley de los empresarios (los Criterios Técnicos de la ITSS orientan la actuación inspectora con dicho objetivo), debe efectuarse a través de la legislación laboral –competencia exclusiva del Estado–.

### XIII. CONCLUSIONES

La ITSS en España se configura como un sistema integral e integrado de carácter global en cuanto a su ámbito competencial que debe vigilar, favorecer y exigir el cumplimiento de la norma. Bajo su concepción de servicio público debe satisfacer el interés general y para ello establece los mecanismos de colaboración y participación institucional entre la Autoridad Central del Sistema y las Autoridades Laborales de las CC.AA. así como con los Agentes Sociales.

Desde esta perspectiva, en su actuación, la ITSS debe aplicar una normativa muy amplia, no exenta de dificultades en su interpretación, existiendo por tanto un margen de discrecionalidad administrativa para ello.

Argumentos de seguridad jurídica a través de una aplicación uniforme del derecho y consecuentemente una limitación de la discrecionalidad de la Administración en su actuación, justifican la elaboración de unos Criterios de actuación que vinculen a todos y cada uno de los funcionarios que integran el Sistema de la ITSS al margen de su dependencia orgánica.

Para garantizar esta actuación armonizada de la ITSS es necesario que estos Criterios sean únicos para todo el sistema y para todo el territorio de aplicación de la norma. Esta uniformidad de actuación solo puede canalizarse a través de la Autoridad Central, que en definitiva es quien a través de la propia ley ordenadora de la ITSS tiene atribuida la competencia. Al margen de esta atribución otorgada por ley, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que el título competencial corresponde a la AGE, al estimar que las circulares interpretativas, de cuya naturaleza participan los Criterios Técnicos de la ITSS, alcanzan un carácter normativo. Por ende, no serán competentes para dictar los referidos Criterios las Administraciones de las CC.AA., debiendo circunscribirse su competencia a la ejecución de dicha legislación y sus circulares e instrucciones ceñirse al ámbito interno de organización de sus servicios (efectos *ad intra*).

Por su parte, el Tribunal Supremo, cuando atribuye naturaleza reglamentaria, con efectos *ad extra* de la organización, a las circulares –y por tanto a las instrucciones–, atiende exclusivamente al contenido de las mismas. De tal forma que cuando el tribunal entiende que la circular crea una nueva sujeción o garantía para el administrado o da reglas imperativas nuevas, las califica como normas reglamentarias. En este sentido, el denominado Criterio Técnico no puede estimarse como una mera instrucción de servicio, ya que no se limita a la organización interna de los servicios dependientes del órgano del que emana, ya que la Autoridad Central de la ITSS, en este caso, al tiempo que da instrucciones de actuación a los funcionarios del Sistema, regula derechos y deberes de los particulares, teniendo por tanto la naturaleza de norma interpretativa de la legislación de carácter general, que vincula desde luego a la Administración en cuanto a sus actos administrativos concretos posteriores.

Respecto a la eficacia directa de los Criterios Técnicos de la ITSS, ha de destacarse que el carácter meramente interno, que a las circulares administrativas otorga la teoría institucionalista, se ha visto superado en la práctica también por la jurisprudencia, lo que posibilita que los Criterios Técnicos de la ITSS puedan producir efectos jurídicos sin necesidad de esperar a los actos de aplicación.

Por otra parte, es importante y significativo el avance que se produce desde el año 2009 en el conocimiento general de los Criterios Técnicos mediante su divulgación a través de la página web de la ITSS, rompiendo la opacidad existente hasta entonces, debiendo ser objeto de valoración en lo sucesivo su publicidad a través del Boletín Oficial del Estado. No debemos olvidar que nuestras normas de procedimiento prevén la publicidad de las disposiciones que puedan desplegar efectos *ad extra*.<sup>28</sup>

En definitiva, entendemos que la adopción de los Criterios Técnicos de la ITSS se encuentra en la esfera de la legislación del artículo 148 de la Constitución Española, por lo que los mismos participan de un contenido normativo, siendo por tanto la Autoridad Central de la ITSS, la única capacitada para su elaboración.

No obstante, y tomando en consideración las competencias de ejecución de la legislación laboral que tienen asumidas las CC.AA., con poder decisorio sobre las materias cuya vigilancia tiene encomendada la ITSS, la elaboración de los Criterios Técnicos debe llevarse a cabo con participación plena de las CC.AA.

<sup>28</sup> El artículo 21.1 de la LRJ/PAC dispone que «Cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el periódico oficial que corresponda». Por otra parte, su artículo 37.10 establece que serán objeto de publicación regular las instrucciones y respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos administrativos que comporten una interpretación del derecho positivo o de los procedimientos vigentes a efectos de que puedan ser alegadas por los particulares en sus relaciones con la Administración.