



Las nuevas infracciones en el orden social y el reforzamiento del papel de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social

por Alejandra Selma Penalva

Controlar la excesiva temporalidad es espíritu rector de la nueva reforma. Y no hay manera mejor de conseguir este resultado que encarecer los costes vinculados a la contratación temporal, en general, y a la contratación temporal irregular, en particular. De esta forma, si resultase que la cotización adicional para contratos de menos de 30 días no fuese suficiente para contener la elevada temporalidad (el tiempo lo dirá), la intensificación de las sanciones sí tendrá, sin duda, importantísimos efectos disuasorios.

Respecto a las novedades que se han introducido en la LISOS, hay al menos dos cuestiones sobre las que es fundamental insistir:

1. No ha sido una, sino que han sido varias las normas con rango de ley que, en los últimos 12 meses, han modificado la redacción literal de la LISOS con el fin de incluir nuevas infracciones laborales. Con ello se pretende, en virtud del principio de tipicidad, mejorar la necesaria concordancia que ha de existir entre las obligaciones laborales que han ido surgiendo en el seno de normativas de contenido muy variado y las consecuencias sancionadoras derivadas de su incumplimiento. La adaptación de la LISOS se convierte así en una pieza imprescindible para dotar a la normativa laboral de efectividad real. Y es que, posiblemente, no haya existido hasta ahora un año en el que hayan entrado en vigor tantas modificaciones del texto de la LISOS como ha ocurrido ahora: el RD-Ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo (con la que se permite la utilización del *Big data* en los expedientes sancionadores de la Inspección de Trabajo, a los que hace referencia el art. 53.1a *in fine* LISOS de importancia fundamental); la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 (con la que se incluye una nueva sección 5 en el Capítulo III de la LISOS, dedicado a Infracciones de las Mutualidades de Previsión Social autorizadas para actuar como alternativas al Régimen especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos); el RD-Ley 7/2021, que, entre otras materias, incluye novedades en la reformulación del desplazamiento de trabajadores en el seno de una prestación transnacional de servicios; la LO 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (con la que se intenta evitar que las empresas den ocupación a personas con antecedentes penales de naturaleza sexual en actividades relacionadas con menores de edad); la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (con la que se empieza a sancionar la no formalización del acuerdo de trabajo a distancia y la omisión de otros derechos y garantías vinculados al teletrabajo), y, por supuesto, el RD-Ley 32/2021, de 28 de

diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, con el que, entre otras cuestiones, se intensifica la protección de la estabilidad en el empleo y la persecución de la contratación temporal irregular.

A todas ellas se han sumado, hace escasos días, las modificaciones operadas por el RD-Ley 3/2022, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, con las que se intenta evitar el desplazamiento fraudulento de personas trabajadoras por empresas de trabajo temporal.

2. Pero, quizá, la aportación más importante del legislador no es ya la introducción de nuevas infracciones laborales, sino la redefinición de infracciones clásicas, o, mejor dicho, la reformulación de las consecuencias derivadas de la comisión de infracciones ya conocidas. La realidad, cada año, se ocupaba de demostrar que la cuantía de la sanción prevista para los supuestos de abuso o fraude en la contratación laboral no tenía la entidad suficiente como para producir el efecto disuasorio deseado. Ésta, sin duda, ha sido una de las causas que ha llevado a nuestro legislador a elevar la cuantía de las sanciones previstas en la LISOS. La reforma laboral de diciembre de 2021 se ocupa de completar e intensificar los pasos que el legislador había dado solo unos meses antes. Y es que, a estos efectos, la Ley 10/2021, de trabajo a distancia, aprobada el 9 de julio, se aprovechó también para modificar el art. 40 de la LISOS, intensificando ya las cuantías de las sanciones a empresas. En concreto, en aquel momento, y con efectos de 1 de octubre de 2021, se aprobó un incremento de un 20% de todas las sanciones previstas para infracciones laborales. Así, el RD-Ley 32/2021 no hace más que continuar la escalada iniciada unos meses antes, aunque esta vez centrando el incremento sancionador en las infracciones vinculadas a la utilización abusiva de la contratación temporal, tanto por empresas ordinarias como por empresas usuarias o empresas de trabajo temporal (adviértase que, las infracciones graves señaladas en los artículos 7.2, 7.14, 18.2.c), 19.2.b), 19.2.e), 19 bis.1.b), 19 ter.2.b) y 19 ter.2.e) a las que el nuevo art. 40.1.c bis reserva una sanción reforzada, están todas ellas vinculadas a la transgresión de los límites a la contratación laboral temporal).

Al respecto, las elevadísimas cifras de temporalidad que cada año registraban las estadísticas de empleo llevaban a nuestra doctrina a sugerir la oportunidad de que el legislador se replanteara la propia tipificación de la infracción, bien pasando a conceptualarla como infracción muy grave (en lugar de grave), bien concretando su amplia redacción literal. En virtud de la inconcreción de sus términos (cfr. 7.2 LISOS), recuérdese que, hasta ahora, únicamente se estaba sancionando la incorrecta utilización de las modalidades contractuales temporales en general (constituyendo una única infracción para la empresa independientemente de cuál hubiese sido el número de falsos contratos temporales concertados), en lugar de constatar una infracción autónoma (con su correspondiente sanción) por cada contrato incorrectamente formalizado. Precisamente, sobre esta cuestión se echaba en falta una regulación similar a la prevista para los casos de contratación a tiempo parcial. Y es que la Instrucción de la Inspección de Trabajo 3/2016, sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias (completada, posteriormente, por el Criterio técnico 101/2019, sobre control del registro de la jornada de trabajo), por si no quedaba del todo claro atendiendo a la redacción literal del art. 7.5 LISOS, se ocupa de concretar que se cometerá una infracción por cada contrato en el que se constate la transgresión de las normas relativas al tiempo de trabajo incluidas en el Estatuto de los Trabajadores, pero, pese a su identidad de razón, no existía hasta ahora una regulación equivalente para la contratación temporal.

Son, precisamente, estas reclamaciones las que atiende la reciente reforma laboral, aprobada por el RD-Ley 32/2021 (BOE 30 de diciembre 2021), en las que, junto a la reformulación de las reglas que fijaban los límites a la contratación temporal, se aprueba también un endurecimiento de las sanciones a las empresas que las infrinjan. De hecho, se crea un nuevo apartado 40.1.c bis en la LISOS con el fin de recoger unas sanciones específicas para ciertas infracciones graves que considera merecedoras de una sanción reforzada. De esta forma, si hasta ahora las penalizaciones

para la empresa incumplidor ascendía, en global, a un máximo de 7.500 euros, a partir de ahora serán individualizadas y podrán alcanzar los 10.000 euros por trabajador (cfr. nueva redacción del art. 7.2 y el contenido del nuevo art. 40.1.c. bis LISOS).

Aunque la infracción en sí misma se siga calificando como infracción grave (y no como muy grave, como reclamaba un sector de la doctrina), se trata éste de un cambio de tremenda importancia cuantitativa, teniendo en cuenta que, de acuerdo con la regulación anterior, solo se cometía una infracción con independencia del número de trabajadores afectados. Y en esto (y no ya en el incremento de la cuantía sancionadora) radica la verdadera intensificación de la potestad sancionadora y del efecto disuasorio de las multas impuestas. Cabe destacar que aunque en virtud del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, no se pueden sancionar de acuerdo con la nueva norma las infracciones cometidas con anterioridad a su entrada en vigor, esto no quiere decir que los contratos vigentes, en los que se aprecie fraude o falsedad en la causa temporal alegada, aunque se hubiesen suscrito con anterioridad a la entrada en vigor de estas modificaciones, no puedan, a partir de ahora, ser sancionados con la dureza que muestra la nueva regulación, por lo que se las empresas deberían proceder a su recalificación inmediata, si no quieren incurrir en una conducta sancionable de tal magnitud. Adviértase que la modificación del régimen sancionador, tanto en lo que respecta a la tipificación de las infracciones como a la cuantía sancionadora, entró en vigor al día siguiente de la publicación de la norma (esto es, el 31 de diciembre de 2021). A estos efectos, permanece sin modificaciones el art 39 TRLISOS, en el que se expresan los criterios de graduación de las sanciones, y en el que se detalla que la “negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada”, por lo que en el caso de que sean muchos los trabajadores de una misma empresa afectados por la situación de falsa o excesiva contratación temporal, las empresas no solo habrán cometido una infracción por cada trabajador afectado, sino que se enfrentan, además, dentro de la horquilla fijada por el legislador en la cuantificación de estas infracciones graves “reforzadas” a la imposición de la sanción en su cuantía máxima.

En idénticos términos, también, la individualización de la infracción por cada persona trabajadora afectada llega a la configuración de las infracciones graves tanto para ETT (18.2 LISOS) como para empresas usuarias (19.2 LISOS), especificándose que formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos distintos a aquéllos en los que se justificaría recurrir a un contrato de duración determinada, se considerará una infracción por cada persona trabajadora afectada, y serán merecedoras también de la sanción reforzada prevista en el art. 40.1.c bis LISOS.

Como otra de las novedades acaecidas a lo largo del año 2021, que versa precisamente sobre la relación que existe entre las sanciones cometidas por ETT y por empresas usuarias, aunque no se trate de un cambio normativo en sentido estricto, teniendo en cuenta el importantísimo papel que desempeña la doctrina judicial en la interpretación y aplicación del derecho, resulta muy interesante traer a colación la argumentación jurídica que utiliza la recentísima STS, Sala de lo Social, de 2 de diciembre de 2021 (rec. 4701/2018). En esta ocasión, se discutía si, ante un episodio de utilización de contrato de puesta a disposición para atender necesidades permanentes de una empresa usuaria se había producido o no un episodio de cesión ilegal de trabajadores, y si, en ese caso, resultaba la conducta sancionable como infracción muy grave en materia de relaciones laborales (8.2 LISOS) o como infracción solamente grave en materia de ETT (18.2 LISOS). Adviértase que tipificarla de una u otra forma da lugar a importantísimas diferencias no solo en la cuantía de la sanción impuesta, sino también a la aplicación o no de las consecuencias previstas en el art. 43 ET, esto es, la posibilidad de la persona trabajadora de adquirir la condición de fijo no solo en la empresa contratante (en este caso ETT), sino también en la empresa cesionaria (en este caso, empresa

usuaria), que solo se contempla para fenómenos de cesión ilegal y no para otros supuestos de utilización abusiva de las modalidades de contratación temporal. Se trata de una interesantísima sentencia en la que se valora si, el principio de especialidad que ha de regir la tipicidad de las sanciones se refiere a infracciones cometidas por ETT (en cuyo caso, se aplicará el art. 18.2 LISOS) o respecto a los fenómenos de cesión ilegal (resultando, por tanto, aplicables las consecuencias previstas en el art. 8.2 LISOS y en el art. 43 ET), tomando finalmente partido por esta última opción, entendiendo que, si no fuera así, “la cesión ilícita de trabajadores ejecutada por una ETT, quedaría reducida a falta grave”, con el efecto perverso que esto puede producir, insistiendo en que la infracción muy grave tipificada en el art. 8.2.b LISOS (antes 8.2.c LISOS) puede perfectamente ser cometida también por ETT. Aunque no se trata de un tema que quede claramente perfilado en la citada sentencia, debe entenderse que, dado que la empresa usuaria ha participado igualmente en el acto de cesión ilegal, también incurriría en la misma infracción y sería merecedora de la misma sanción.

Adviértase que por mucho que el RD-Ley 32/2021 haya incrementado la cuantía de las sanciones derivadas de la utilización abusiva de la contratación temporal agravando de forma particularmente intensa cierto tipo de infracciones graves (como ocurre respecto a la utilización por parte de ETT y de empresas usuarias de contratos de puesta a disposición en supuestos distintos a los previstos en la legislación laboral), la cuantía prevista para las infracciones muy graves, sigue siendo sustancialmente más elevada. A modo de ejemplo, repárese en un simple dato: mientras las infracciones graves cualificadas previstas ahora en el art. 40.1.c bis LISOS se pueden llegar a sancionar, en su grado máximo, con multas hasta 10.000 euros, las muy graves en materia de relaciones laborales (como ocurriría con la cesión ilegal) podrían incluso alcanzar los 225.018 euros. Ahora bien, resulta fundamental destacar que mientras que las sanciones graves reforzadas se imponen, desde 31 de diciembre de 2021, por cada persona trabajadora afectada, la sanción por cesión ilegal procede por el episodio en sí mismo, considerado como un todo indivisible (compruébese que el propio supuesto de hecho del art. 8.2 LISOS se redacta directamente en plural, “cesión ilegal de trabajadores”), por lo que, con la nueva regulación, si son muchos los trabajadores afectados, la diferencia sancionadora entre ambos tipos legales podría, incluso, resultar imperceptible.

En cualquier caso, resulta fundamental insistir en que, como se ha adelantado, las últimas reformas del régimen sancionador del orden social no se limitan únicamente a intensificar la persecución de la contratación temporal irregular elevando la cuantía sancionadora y redefiniendo el tenor literal del supuesto de hecho tipificado. También se intenta optimizar los recursos existentes en la investigación y constatación de la contratación laboral irregular. Así pues, partiendo posiblemente de la premisa de que los recursos humanos actualmente existentes, a nivel nacional, en la Inspección de Trabajo, son claramente insuficientes para realizar una labor de comprobación presencial minuciosa de todos los supuestos de contratación temporal (habida cuenta de la desmedida utilización que esta modalidad contractual ha experimentado en los últimos tiempos), se empiezan a implantar los primeros intentos de digitalización del proceso sancionador. Se trata de una versión posiblemente maximizada de la implantación de la administración electrónica, en la que se utiliza una fórmula quizá similar a la de las clásicas presunciones *iuris tantum*, en virtud de la cual, la mera constatación de una serie de datos fácticos deducidos de la información a la que puede acceder la Administración pública se considera demostrativa de la existencia de una conducta sancionable. Aunque quizá los medios de comunicación no le hayan prestado la importancia que este enorme cambio se merece, procede insistir en que, desde el 27 de enero de 2021 (fecha de entrada en vigor del RD-Ley 2/2021, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo), se permite emitir actas de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (53.1.a LISOS) sin necesidad de que éstas reflejen los hechos constatados personalmente por un Inspector o Subinspector de Trabajo, puesto que también se admite extender actas de infracción en

el marco de actuaciones administrativas automatizadas, simplemente en virtud de los hechos que se presumen constitutivos de la infracción cometida deducidos de los datos, antecedentes e informes obrantes en poder de la Administración pública. Completando las genéricas previsiones incluidas en el citado art 53 LISOS, el RD 688/2021 incluye un nuevo capítulo IX, dedicado exclusivamente a regular “el procedimiento sancionador promovido por actuación administrativa automatizada en el ámbito de la Administración General del Estado” en el RD 928/1998, 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 (cfr. arts.43-48).

Ahora bien, aunque la actuación inspectora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social pueda realizarse íntegramente a través de medios electrónicos, pudiendo reflejar el acta incluso hechos que no hayan sido constatados personalmente por un Inspector o Subinspector de trabajo (44.1 RD 928/1998), siempre que estas actas indiquen expresamente que se trata de una actuación administrativa automatizada (art. 45.2 RD 928/1998), no quiere decir que se trate de procedimientos sancionadores tramitados totalmente al margen de cualquier tipo de intervención humana, sino simplemente que la intervención del personal con funciones inspectoras se ha producido de forma indirecta (43.1 RD 928/1998). Y es que, si se formularan alegaciones en las que se invoquen hechos o circunstancias distintos a los consignados en el acta, insuficiencia del relato fáctico de dicha acta o indefensión por cualquier causa, deberá asignarse el expediente a un actuante con funciones inspectoras para que informe sobre las mismas (47.3 RD 928/1998). En cambio, si el sujeto responsable (o ninguno de los responsables, si fuesen varios) optase por no formular alegaciones y procediese al pago de la sanción propuesta con carácter previo a la resolución y renunciase al ejercicio de cualquier acción, alegación o recurso en vía administrativa, dicho pago llevará implícito el reconocimiento de responsabilidad y el importe de la sanción se reducirá en un 40% (46.2 RD 928/1998). Se trata, sin duda, de un cambio abrumador de paradigma, que altera sustancialmente la configuración de los procedimientos sancionadores que conocemos hasta ahora, redimensionando quizá, hasta máximos hace poco inimaginables, el papel que se confiere a la Administración digital, pero que, en el fondo, no es más que la consecuencia directa de la prácticamente plena digitalización de la sociedad, en la que las bases de datos a las que puede acceder nuestra Administración pública, contienen, sin duda, una información mucho más amplia y variada que la que se pueda constatar a través de cualquier tipo de visita presencial.

Se trata, en resumen, de una importantísima novedad, cuya incidencia práctica real sobre la constatación efectiva de las conductas tipificadas todavía es incierta, en la que la Administración laboral ha demostrado ser pionera, adelantándose incluso a la Agencia tributaria, que todavía no ha implantado procedimientos similares. En cualquier caso, solo el tiempo permitirá conocer cuál es la incidencia real que estas medidas verdaderamente tienen en la prevención del fraude, cuál es el porcentaje de sanciones automatizadas que finalmente adquieren firmeza, cuál su margen de error, qué número de sanciones recurridas son finalmente anuladas, etc., datos todos ellos fundamentales para poder valorar, con conocimiento de causa, la efectividad del sistema.

Alejandra Selma Penalva
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia