

EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN EL ORDEN SOCIAL Y LAS COMPETENCIAS SANCIONADORAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

Elena Moreu Ballonga

*Licenciada en Derecho por la Universidad de Zaragoza
Funcionaria Jefe de Sección de Sanciones y Liquidaciones
en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Zaragoza*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Fernando SAINZ MORENO, doña Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ, don David LARIOS RISCO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ y don Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA.

EXTRACTO

El presente trabajo aborda la normativa sancionadora que, en el orden social, desde el peculiar ángulo de su especialidad, ha reflejado los cambios habidos en el ordenamiento administrativo español en las últimas décadas. Desde el Reglamento Real Decreto 928/1998, de 14 de marzo, vigente aún hoy con diversas modificaciones, el aspecto que más cambios ha experimentado ha sido el de los órganos que ejercen las competencias sancionadoras, por las transferencias habidas desde los que las tenían atribuidas en la Administración periférica del Estado hacia los nuevos creados en las comunidades autónomas. En este artículo se analizan los efectos imprevistos de esa deriva, tales como la dispersión de las competencias en materia de Seguridad Social según los diversos tipos infractores entre varios órganos resolutorios, sin responder a una sistemática racional, creando un panorama competencial de indudable inseguridad jurídica.

Palabras clave: fase de instrucción y de resolución, competencias sancionadoras autonómicas, materia de Seguridad Social, Real Decreto 772/2011, órganos de la Inspección de Trabajo.

Fecha de entrada: 03-05-2012 / Fecha de aceptación: 10-07-2012

MECHANISMS OF WORK SANCTIONS AND SANCTIONING RESPONSIBILITIES IN THE SOCIAL SECURITY ADMINISTRATION

Elena Moreu Ballonga

*Licenciada en Derecho por la Universidad de Zaragoza
Funcionaria Jefe de Sección de Sanciones y Liquidaciones
en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Zaragoza*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Fernando SAINZ MORENO, doña Itz'iar GÓMEZ FERNÁNDEZ, don David LARIOS RISCO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ y don Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA.

ABSTRACT

The present paper focuses on work-related sanction rules in Spanish Law and how its specific evolution reveals changes happened in public service administration system over the last few decades. The regulations included in Real Decreto 928/1998 of March 14 have undergone some modifications but remain mainly valid. Since they were passed, crucial changes have taken place regarding the agencies that have the competence to exercise sanctioning power because of the fact that a large number of administrative responsibilities have been transferred by the Government to the autonomous regions. The paper touches upon unanticipated consequences of this process, such as legal insecurity and lack of rationality derived from the distribution and fragmentation of sanction mechanisms and jurisdiction in Social Security among different decision-making organs according to the category of offence.

Keywords: preliminary enquiry and judgment, administrative responsibilities of autonomous regions, Social Security, Real Decreto 772/2011, Labour inspection agencies.

Fecha de entrada: 03-05-2012 / Fecha de aceptación: 10-07-2012

Sumario

1. Planteamiento
2. La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, primera regulación general de la potestad sancionadora
3. La adaptación de la nueva normativa al ámbito del procedimiento sancionador en el orden social
4. La modificación en las competencias sancionadoras en materia de Seguridad Social que opera el Real Decreto 928/1998: la deslegalización parcial de la atribución de la competencia y la desconcentración entre órganos periféricos
5. El caso de las actas de liquidación: atribución de la competencia para resolver mediante norma de rango legal y fijación de la misma en órganos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social
6. La reforma de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010. Nuevo cambio legal en las competencias sancionadoras de Seguridad Social por empuje de la ampliación de competencias autonómicas
7. Última reforma reglamentaria y nueva atribución de competencias sancionadoras en materia de Seguridad Social: el Real Decreto 772/2011, de 3 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 928/1998
8. Otros aspectos del procedimiento de orden social que han cambiado significativamente con la última reforma del Real Decreto 772/2011
 - 8.1. Fijación de un órgano permanente para instruir en los procedimientos por infracciones en materia de Seguridad Social y expedientes liquidatorios
 - 8.2. La demanda de oficio al Juzgado de lo Social
 - 8.3. Excepcionalidad del procedimiento sancionador en infracciones de trabajadores
9. Conclusiones

NOTA: Estando en prensa la publicación del presente artículo, se publica la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social (BOE 27-12-2012), que modifica numerosos aspectos de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y del Reglamento sancionador. No obstante, en el ámbito de las competencias sancionadoras, aunque se da nueva redacción al artículo 4 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 en el orden social y para los expedientes de cuotas de la Seguridad Social, se mantiene intacta la compleja estructura de competencias analizada en el trabajo, y únicamente se modifica para añadir, entre las competencias atribuidas en el ámbito provincial a la Tesorería General de la Seguridad Social, la nueva que se incluye en esta ley en el apartado k) del artículo 23.1 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

1. PLANTEAMIENTO

El presente trabajo trata de realizar una aproximación a las sucesivas regulaciones del procedimiento sancionador en el orden social y su incidencia particular en las competencias de Seguridad Social, que son las únicas que han permanecido atribuidas a la Administración General del Estado (AGE), por tratarse de una competencia exclusiva estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 149.17 de la Constitución Española de 1978 (CE).

Se considerarán las singularidades del procedimiento especial y la adaptación a las normas básicas de la regulación general.

Estudiaremos la influencia, a nuestros efectos, de los cambios producidos en la estructura organizativa de las Administraciones Públicas, y en particular la pérdida de cometidos de la Administración periférica del Estado, como consecuencia del proceso de institucionalización y funcionamiento de las comunidades autónomas y el trasvase de competencias y servicios estatales a las mismas.

Se pondrá el foco asimismo en la impronta que ha marcado en el procedimiento sancionador en el orden social el hecho de su regulación conjunta con el procedimiento de liquidación de cuotas de Seguridad Social, por la estrecha vinculación con la normativa sobre la relación jurídica de la Seguridad Social (cotización, recaudación) y las relaciones con los organismos que gestionan el sistema.

Para el análisis de la evolución en este ámbito, tomaremos como referencia el marco legal anterior a la reforma en materia sancionadora que instauró la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), marco constituido por diversas normas sustantivas y procedimentales, no ordenadas cronológicamente y coexistentes en el seno de una Administración todavía muy centralizada.

Ese panorama normativo sancionador en 1992 lo conformaban la primera Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social Ley 8/1988, con su Reglamento sancionador Real Decreto 1860/1975, la preconstitucional Ley 39/1962 ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y la Ley General de Seguridad Social de 1974 (Decreto 2065/1974, de 30 de mayo). Paralelamente, en el plano organizativo, tras el trascendental Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo, se había creado la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) como servicio común del sistema de

Seguridad Social, con personalidad jurídica propia, configurándose de forma unitaria una gestión recaudatoria de los recursos financieros, tanto en vía voluntaria como ejecutiva, regulada por el Reglamento de Recaudación Real Decreto 1517/1991.

Tradicionalmente, el mecanismo del procedimiento sancionador y liquidatorio en ese marco legal previo había sido, en líneas generales, el siguiente:

1. Se practicaba por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) el acta de infracción o de liquidación, tras las investigaciones previas realizadas por los funcionarios actuantes.
2. Tras un periodo de alegaciones, se dictaba resolución de primera instancia por el Director Provincial de Trabajo, tanto en infracciones como en liquidaciones.
3. El recurso de alzada al superior jerárquico era resuelto en segunda instancia por la Dirección General del Ministerio competente por razón de la materia.
4. Una vez firme el acto administrativo en esta segunda instancia, se comunicaba a la TGSS para su recaudación, primero en vía voluntaria y en su caso en vía ejecutiva.

Este esquema inicial, válido para todas las competencias de orden social antes de las transferencias a las comunidades autónomas, ha sufrido diferentes cambios en estas dos décadas, paños de las modificaciones en la organización de las Administraciones Públicas.

En el caso particular de las competencias en infracciones de normas de Seguridad Social, que no han sido objeto de transferencia por ser de exclusivo ámbito estatal, han influido también las modificaciones legales en la gestión recaudatoria de las cuotas de Seguridad Social.

2. LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN, PRIMERA REGULACIÓN GENERAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA

Las garantías de orden fundamental hoy consolidadas que atribuyen derechos a los administrados y a la vez se erigen en auténticas obligaciones para la Administración nacen del Estado Social y Democrático de Derecho inaugurado por la CE de 1978. El artículo 25 coloca en pie de igualdad las categorías de los «delitos» y de las «infracciones administrativas», imponiendo en la esfera sancionadora cada una de las exigencias inherentes al principio de legalidad penal. «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan *delito, falta o infracción administrativa* según la legislación vigente en aquel momento».

No hay en la CE un reconocimiento expreso de la potestad sancionadora de la Administración, pero se determina que esa potestad debe ser acorde con los principios y garantías que el propio texto constitucional proclama. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, expresa: «No cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente (...) Nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración sino que, lejos de ello, la ha admitido en el artículo 25, apartado 3.º, aunque, como es obvio, sometiéndole a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos.(...) Los límites, contemplados desde el punto de vista de los ciudadanos, se transforman en derechos subjetivos que consisten en no sufrir sanciones sino en los casos legalmente prevenidos y de autoridades que legalmente puedan imponerlos».

El propio Tribunal Constitucional ha definido la sanción administrativa como «el resultado de la transgresión del ordenamiento jurídico por una conducta ilícita y punible». La sanción se impone en retribución del incumplimiento y participa del poder punitivo del Estado: «Precisamente la función represiva, retributiva y de castigo es lo que distingue a la sanción administrativa de otras resoluciones administrativas que restringen derechos individuales con otros fines (coerción y estímulo para el cumplimiento de las leyes; disuasión ante posibles incumplimientos efectivamente realizados)» (STC 132/2001, de 8 de junio).

En nuestro ámbito de estudio, el Alto Tribunal ha deslindado la definición de las sanciones de otras figuras afines, en concreto, del acta de liquidación en materia de cotización a la Seguridad Social (Providencia de 28 de febrero de 1994 dictada en el recurso de amparo 64/1994). Las liquidaciones se basan más bien en medidas de policía administrativa destinadas a ajustar la actividad de los interesados a las normas reguladoras de cotización a la Seguridad Social. En cambio, las sanciones y las penas se sujetan a principios idénticos fundamentados en el *ius puniendi* del Estado.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha conducido simplemente a la adopción de criterios penales sustantivos en la órbita sancionadora, sino que ha extendido también la exigencia de los derechos y garantías que se contienen en el artículo 24 de la CE (tutela efectiva, no indefensión, información de la imputación, derecho a valerse de medios de prueba, presunción de inocencia). La abundante jurisprudencia constitucional sobre estas garantías fue el antecedente de la reforma de la potestad sancionadora que opera la LRJ-PAC.

El Título IX de la Ley 30/1992, se divide en dos Capítulos, el I sobre los principios de la potestad sancionadora, y el II sobre los principios del procedimiento sancionador.

El primer Capítulo regula los principios informadores que se importan desde el Derecho material penal (legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad y prescripción) al ámbito de la Administración sancionadora. El segundo traslada los principios penales de orden procesal.

De los principios recogidos en el Título IX de la Ley 30/1992 incidiremos solo en dos cuestiones de interés para nuestro estudio: la atribución de competencias y las garantías del procedimiento.

En cuanto a la competencia sancionadora, no es en principio una cuestión de principio de legalidad, aunque se regula en el artículo 127.2 (que lleva ese título y se contiene en el Capítulo I): «El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario».

Lo que exige la norma legal es la predeterminación del órgano sancionador competente, la atribución a un órgano específico perteneciente a una Administración dotada de la potestad. Pero esa fijación de la competencia puede hacerse por vía legal o reglamentaria, no hay reserva legal en esta materia. Y en cuanto a las consecuencias de la falta de competencia, cuando se trate de falta de competencia por razón de la materia o del territorio constituiría una causa de nulidad de pleno derecho (art. 63) y la incompetencia funcional sería causa de simple anulabilidad (art. 63) que se podría convalidar (art. 67.3).

Tampoco hay reserva legal en materia de procedimiento, regulado en el Capítulo II del Título IX de la Ley 30/1992 bajo el epígrafe «Garantía del procedimiento». El artículo 134 de la ley exige un procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de manera que, para poder imponer una sanción, los trámites tienen que estar previstos y ordenados: «En ningún caso se podrá imponer una sanción sin que se haya tramitado el necesario procedimiento». La finalidad es, tanto garantizar al presunto infractor su derecho de defensa, como garantizar que el órgano administrativo disponga de todos los elementos de juicio necesarios para imponer la sanción.

En cuanto a las garantías del procedimiento, el artículo 134.2 proclama como un eje fundamental de traslación de las garantías del orden penal al ámbito de potestad sancionadora, la existencia de la debida separación de las funciones de instrucción y decisión: «Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a órganos distintos».

La traslación de este principio de doble fase del proceso penal ha sido la más debatida en el Derecho administrativo sancionador. La disposición legal quiere operar como una garantía de imparcialidad de la autoridad administrativa que decide y resuelve frente a la que acusa e instruye.

Pero esta separación, plenamente congruente e ineludible en el orden penal entre el juez instructor y el juez o tribunal sentenciador, basada en el principio de independencia de los jueces, no es predicable de la misma manera en la organización administrativa, que se rige por el principio de jerarquía. Esa distorsión o diferencia ha sido reconocida por la propia jurisprudencia constitucional (STC 22/1990) que señala que «el derecho al juez ordinario es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende al procedimiento administrativo porque, sin perjuicio de la interdicción de la arbitrariedad y de la posterior revisión judicial de la sanción, la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable en la misma medida de un órgano administrativo».

A diferencia del orden penal, donde los jueces instructor y sentenciador son cada uno de ellos plenamente independientes orgánica y funcionalmente en la apreciación de la pena, no se puede trasladar en la misma medida esa posición dual a los funcionarios que conducen el procedimiento sancionador, que pertenecen a una misma organización sometida al principio jerárquico. A efectos del procedimiento sancionador, las distintas unidades administrativas se convierten en «órganos», y deben ser distintos los órganos que instruyen que los que deciden.

Esta técnica intenta potenciar la imparcialidad de la autoridad administrativa con el fin de aumentar los índices de acierto en su decisión, aunque quizá, si se extrema el rigor, merma las exigencias de celeridad y simplificación que deben presidir la actuación punitiva de la Administración.

En desarrollo de la Ley 30/1992, se dictó un Reglamento General de la potestad sancionadora muy garantista y meticuloso, el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (RGS). La Exposición de Motivos interpreta la separación de órganos como separación de funciones entre unidades administrativas: «En sede administrativa la traslación de tal principio requiere, para que constituya una verdadera garantía, que el concepto de órgano no sea asimilable al de órgano administrativo meramente organizativo y jerárquico que recogen algunas normas, sino que la capacidad de autoorganización que el artículo 11 de la LRJ-PAC reconoce a las Administraciones Públicas debe traducirse en el ámbito sancionador en una flexibilización al servicio de la objetividad. En consecuencia, el concepto de órgano que ejerce –iniciando, instruyendo o resolviendo– la potestad sancionadora resulta de la atribución de tales competencias a las unidades administrativas que, en el marco del procedimiento de ejercicio de la potestad sancionadora y a sus efectos, se constituyen en órganos, garantizándose que no concurren en el mismo las funciones de instrucción y resolución.»

Este Reglamento General establece tres fases del procedimiento sancionador:

1. Fase de preparación, que consta de actuaciones previas con objeto de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias para la iniciación. Se nombra un instructor, que puede ser recusado por las causas tasadas. Concluye con un acuerdo de iniciación que se notifica a los interesados y en su caso al denunciante.
2. Fase de instrucción, en la que los interesados disponen de un plazo de alegaciones de 15 días y la posibilidad de plantear un periodo de prueba. El instructor elabora la propuesta, que se notifica al interesado, y se vuelve a dar plazo de alegaciones.
3. Fase de decisión. Antes de dictar resolución se pueden proponer actuaciones complementarias, notificando de nuevo este acuerdo, y dando otro plazo de alegaciones.

3. LA ADAPTACIÓN DE LA NUEVA NORMATIVA AL ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN EL ORDEN SOCIAL

La disposición adicional 7.^a de la LRJ-PAC exceptúa de la regulación general el procedimiento sancionador en el orden social y determina que se regirá por su normativa específica y,

subsidiariamente, por las disposiciones de esa ley. Asimismo, el artículo 1.3 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (RGS), excluye de su ámbito general la imposición de sanciones en el orden social, si bien declara el carácter supletorio del mismo.

El Reglamento de imposición de sanciones en el orden social, en ese momento el Real Decreto 1860/1975, ¿cumplía todos los principios generales establecidos por la Ley 30/1992?

Parece lógico que todos los preceptos de la LRJ-PAC relativos a la potestad sancionadora, del 127 al 138, tanto el Capítulo I como el II, que son un mandato de las garantías de un tratamiento común a los administrados, de las «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas» y «del procedimiento administrativo común», que determina el artículo 149.1.18 de la CE como competencia exclusiva del Estado, deben considerarse como básicos y aplicables también al procedimiento especial en el orden social.

La especialidad debe entenderse como una regulación formalizada del procedimiento en un determinado sector, pero no se pueden introducir desviaciones o diferenciaciones en los trámites que vulneren los principios básicos. Especialidad no es excepción.

La breve regulación de la TRLISOS vigente, que es reproducción de la anterior Ley 8/1988, es una formulación muy precisa de lo que es en la práctica el meollo del procedimiento sancionador en el orden social. El artículo 52, con el epígrafe «Principios de tramitación», establece:

«El procedimiento se ajustará a los siguientes trámites:

- a) Se iniciará, siempre de oficio, por acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en virtud de actuaciones practicadas de oficio, por propia iniciativa o mediante denuncia, o a instancia de persona interesada.
- b) El acta será notificada por la citada Inspección al sujeto o sujetos responsables, que dispondrá de un plazo de quince días para formular las alegaciones que estime pertinentes en defensa de su derecho, ante el órgano competente para dictar resolución.
- c) Transcurrido el indicado plazo y previas las diligencias necesarias, si se hubieren formulado alegaciones se dará nueva audiencia al interesado por término de ocho días, siempre que de las diligencias practicadas se desprenda la existencia de hechos distintos a los incorporados en el acta.
- d) A la vista de lo actuado, por el órgano competente se dictará la resolución correspondiente.»

Este artículo 52 de la Ley de Infracciones no contempla en rigor una estricta separación de fases instructora y sancionadora y de ello se ha resentido la regulación reglamentaria del procedimiento.

Para dar respuesta a determinados aspectos de las peculiaridades en el orden social y dar un tratamiento más acorde con las prescripciones constitucionales sobre defensa de los particulares sometidos a la actividad inspectora, se abordó la regulación de un nuevo reglamento, dentro del nuevo marco legal, que derogase el anterior Reglamento Real Decreto 1860/1975.

El Real Decreto 396/1996 aprobó un procedimiento que se acercaba más al general sancionador y delimitaba específicamente la fase de instrucción separándola de la fase inicial y de la de resolución, además de nombrar un Inspector instructor que elaboraba la propuesta de resolución. Sin embargo, en el breve periodo de vigor de ese reglamento –menos de dos años–, la figura del órgano instructor no llegó a cuajar, fundamentalmente porque la mencionada propuesta que dirigía al competente para resolver era un mero trámite interno que no se notificaba a los interesados, por lo que no había efectiva separación entre las dos fases.

Vigente el nuevo reglamento, se publica la LOFAGE, Ley 6/1997, de 14 de abril, de Ordenación y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que se justifica como una racionalización de las estructuras administrativas estatales para reducir la planta de la AGE y evitar duplicidades en la gestión, acometiendo procesos de supresión y simplificación administrativa impuestos por la expansión del proceso autonómico. Se asume que el protagonismo administrativo en el territorio autonómico lo tenga la Administración autonómica, adaptando la Administración periférica del Estado y suprimiendo la figura de los Gobernadores Civiles.

La ley establece que, con el objeto de ordenar la unidad de acción entre la AGE en las comunidades autónomas, todas las estructuras periféricas del Estado que sean necesarias en función de los diferentes ritmos de transferencias competenciales, se integrarán en la nueva figura de la Delegación de Gobierno en la comunidad autónoma y la Subdelegación de Gobierno en la provincia. Se prevé un plazo de 6 meses para que queden suprimidas todas las Direcciones o Delegaciones Provinciales y Territoriales de los Ministerios y de los organismos públicos cuyos servicios se integren. A esas futuras Subdelegaciones de Gobierno se les encomienda «Ejercer las competencias sancionadoras que se les atribuyan normativamente». Por otra parte, se dispone que la organización de los servicios de la Administración periférica que no se integren en las Delegaciones de Gobierno se establecerá por Real Decreto y que dependerán del órgano central competente.

El «protagonismo administrativo en el territorio autonómico» que propugna la LOFAGE obliga también a la Administración laboral. La adaptación a los cambios en la estructura del Estado llega a la ITSS y tiene su plasmación en la nueva Ley ordenadora, Ley 42/1997, de 14 de noviembre, que sustituye a la preconstitucional Ley 39/1962.

El carácter nacional del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y la nueva regulación del Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social configura un servicio público y un sistema integrado de funciones que se ejercitan cualquiera que sea la Administración titular de la competencia. La nueva autoridad central de la ITSS se residencia en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Se crean nuevos órganos funcionales, las Unidades Especializadas, y la Dirección Territorial de la ITSS en el territorio de la comunidad autónoma,

que dependerá de las autoridades central y autonómica, a la vez que órganos de coordinación. La disposición adicional 4.^a anuncia que mediante Real Decreto se regulará el procedimiento especial para la imposición de sanciones y liquidaciones en el orden social.

En su cumplimiento, inmediatamente después de la aprobación de la nueva Ley 42/1997, ordenadora de la Inspección, que entró en vigor en 16 de febrero de 1998, se aprobó el nuevo reglamento sancionador Real Decreto 928/1998, de 14 de marzo (RGISOS), que derogó el 396/1996 y que con diversas modificaciones posteriores sigue vigente en la actualidad.

La Exposición de Motivos de la nueva norma reglamentaria expresaba que: «Tras la necesaria regulación de aspectos referentes a la *fase inspectora previa* y anterior al inicio del procedimiento administrativo sancionador y liquidatorio, este se regula, en base a su especialidad, mediante la aplicación de los principios de celeridad y eficacia administrativas, al tiempo que se extreman las garantías de seguridad jurídica que merecen los ciudadanos. Asimismo, se incorporan normas derivadas de las innovaciones legislativas citadas, y *se prescinde de fórmulas procedimentales que la experiencia ha mostrado como perturbadoras en la realidad práctica*». Igualmente manifiesta el Preámbulo que: «La presente regulación ha de dar respuesta a los cambios que se derivan de la nueva ordenación (...) de los *procedimientos liquidatorios*».

En efecto, la Exposición de Motivos recoge las dos causas de la originalidad y especialidad del procedimiento sancionador en el orden social que tradicionalmente han justificado sus diferencias.

En primer lugar, la entidad y envergadura de la actividad inspectora previa, mucho más importante y completa que la fase preparatoria del Reglamento Sancionador General y que es en sí misma una verdadera instrucción donde el acta de infracción equivaldría más a la propuesta de resolución que al acuerdo de iniciación, haciendo un paralelismo con las fases allí establecidas.

En segundo lugar, las características que le imprime el hecho de regular conjuntamente el procedimiento liquidatorio de cuotas de la Seguridad Social, cuyos principios no son los mismos que los del procedimiento sancionador. Las facultades liquidatorias entrarían más en el concepto de policía administrativa, las sancionadoras responden a la potestad punitiva del Estado y las garantías son más exigentes.

Pero estas singularidades no se plasmaron de una manera coherente y sistemática. Se regula en el Reglamento un Capítulo, el II, dedicado a las actividades previas al procedimiento sancionador, pero en el Capítulo III se dispone que el procedimiento se iniciará, de oficio, con el acta, por lo que la fase de investigaciones queda fuera del procedimiento sancionador. El esquema ideal de las dos fases instructora y resolutoria, que tan analizado ha sido por la jurisprudencia, dio lugar en esta regulación a bastantes ambigüedades, repeticiones y omisiones.

La fase de comprobaciones es sin duda en este procedimiento social la más relevante y en el curso de las investigaciones se han visitado centros de trabajo, realizado comparecencias, se han recabado informes a registros y organismos, se ha citado al presunto responsable y a otros afec-

tados, se ha dado la posibilidad de desvirtuar las imputaciones, y el acta de infracción contiene en sí misma una propuesta motivada de sanción. No es, como en el procedimiento general, una mera fase de diligencias preliminares para un acuerdo de iniciación del procedimiento, sino una verdadera actividad instructora que acumula las pruebas que fundamentan la imputación y que se notifica al interesado. Es significativo que la duración de la fase previa pueda dilatarse hasta nueve meses, sin que quepan interrupciones de más de tres meses, ya que muchas actuaciones son de gran envergadura.

Además de la regulación de esta fase previa al acta en el RGISOS, el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, de Organización y Funcionamiento de la ITSS, realiza una amplia regulación de las actividades comprobatorias antecedentes al acta de infracción o de liquidación. La fase de investigaciones y su conclusión en el acta de infracción contiene la verdadera especialidad de este procedimiento sancionador.

Quizás por esa razón, al tratar de trasladar el principio de la doble fase, en la nueva regulación del reglamento sancionador la fase instructora queda absolutamente desdibujada y borrosa. Las dos fases instructora y decisoria se solapan en los trámites que se realizan desde el acta hasta la resolución, que no pueden durar más de seis meses. El Reglamento evita hablar de «instrucción» del expediente y regula la «tramitación», expresando por otra parte que la «ordenación» corresponde al órgano competente para resolver. La fase hasta la resolución, tal como establece el artículo 52 del TRLISOS, que consiste en definitiva en la notificación de las actas, la recepción de los descargos y la contestación a los mismos por el funcionario actuante en el informe complementario, trámite de audiencia si procede, además de la propia resolución, podrá durar hasta seis meses.

En realidad, tras esa confusa redacción y con una lógica difusa, el reglamento Real Decreto 928/1998, en su versión primera, utiliza una fórmula singular y hace instructor del expediente al funcionario actuante que ha levantado el acta. El artículo 18.3 indicaba que el Inspector o Subinspector que emite el informe complementario a las alegaciones «asumirá las funciones de instructor» y que dicho informe «contendrá la propuesta definitiva de resolución», lo que viene a ser una prolongación de la fase de comprobaciones previas al acta. Pero el instructor de un expediente administrativo es el responsable directo de la tramitación y del cumplimiento de los plazos, debiendo formalizar el expediente incorporando sucesivamente los documentos, testimonios, actos administrativos y diligencias diversas, además de custodiarlo hasta el momento de la remisión de la propuesta de resolución al órgano competente, funciones que obviamente no pueden asumir los funcionarios que practican las actas.

Tras la experiencia del anterior Reglamento sancionador Real Decreto 396/1996, que había instaurado un específico órgano «instructor» que recaía en un funcionario del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo nombrado expresamente para la función y que tras la instrucción del expediente hacía la propuesta al órgano resolutorio, la Exposición de Motivos del Real Decreto 928/1998 razonó que la fórmula no era necesaria, en base a la especialidad del procedimiento del orden social.

Pero la atribución de la función instructora a un Inspector o a un Subinspector que ha realizado las comprobaciones previas y practicado el acta ¿es realmente la atribución a un órgano administrativo? No existe una definición legal de órgano, pero vimos en el Preámbulo del RGS que «el concepto de órgano que ejerce –iniciando, instruyendo o resolviendo– la potestad sancionadora resulta de la atribución de tales competencias a las *unidades administrativas* que, en el marco del procedimiento de ejercicio de la potestad sancionadora y a sus efectos, se constituyen en órganos (...)». Parece que órgano ha de ser, al menos, una unidad administrativa, el ápice de un servicio concreto dentro de la estructura administrativa a la que pertenece y que tiene encomendada una función específica, no un funcionario común sin preeminencia sobre sus iguales.

En cualquier caso, este esquema de atribución de la condición de instructor al Inspector o Subinspector actuante que levanta el acta de infracción que instauró el Real Decreto 928/1998, fue anulado por la STC 51/2006, de 16 de febrero de 2006. La Generalitat de Cataluña había planteado recurso en relación con el artículo 18.3, por entender que las comunidades autónomas poseen competencia en ejecución de legislación laboral, y que ni la regulación estatal del procedimiento sancionador, ni la unidad del sistema de la ITSS, legitiman la atribución a órganos estatales de las funciones de instrucción del expediente sancionador en los casos en que la competencia corresponda por razón de la materia a la comunidad autónoma. Falla la sentencia que, para las materias en las que la competencia sancionadora había sido transferida a la comunidad autónoma, los instructores de los expedientes serán los que determinen sus propias normas procedimentales (no los funcionarios actuantes que «elaboran la propuesta definitiva de resolución» como establecía la redacción original del art. 18), y que el informe complementario del actuante no podrá contener una «propuesta definitiva de resolución», sino una mera propuesta modificando o confirmando la propuesta del acta. La sentencia no pone en cuestión que el funcionario sea o no un órgano administrativo, pero sí que sea «estatal».

En consecuencia, a partir de la citada sentencia, es solo en la materia estatal no transferida, la de Seguridad Social y sus obstrucciones, donde se aplican íntegramente los principios de tramitación regulados en la redacción inicial contenida en el artículo 18 del Real Decreto 928/1998. Para los procedimientos sancionadores de orden social de las comunidades autónomas fue anulado el aspecto fundamental de la regulación reglamentaria sobre la instrucción del procedimiento.

4. LA MODIFICACIÓN EN LAS COMPETENCIAS SANCIONADORAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL QUE OPERA EL REAL DECRETO 928/1998: LA DESLEGALIZACIÓN PARCIAL DE LA ATRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA Y LA DESCONCENTRACIÓN ENTRE ÓRGANOS PERIFÉRICOS

En primer lugar, vamos a definir la materia de la Seguridad Social, entre las restantes de orden social que regula el Reglamento.

En el ámbito material de la Seguridad Social, el artículo 149.1.17 de la CE declara que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de «legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las comunidades autónomas». En relación con la potestad sancionadora en materia de Seguridad Social, la STC 195/1996, de 28 de noviembre, al analizar un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Vasco frente a la Ley 8/1988, determinó que es preciso distinguir, desde el punto de vista competencial, entre la Seguridad Social y su régimen económico, y efectuó el deslinde reservando al Estado, como propia de su competencia en materia de régimen económico, la potestad «sobre aquellas infracciones que recaen directamente sobre la actividad económica de la Seguridad Social, esto es, las que definen ilícitos que se hallan inmediatamente referidos a la percepción de sus ingresos o a la realización de los gastos correspondientes» (FJ 8.º).

Como determinación previa, las infracciones en materia de Seguridad Social son *las reguladas en el Capítulo III del vigente TRLISOS*, comprendidas en los artículos de 20 a 32, y divididas entre:

- a) Las de los *empresarios*, trabajadores por cuenta propia o asimilados.
- b) Las de los *trabajadores* o asimilados, beneficiarios o solicitantes de prestaciones.
- c) Las de las *Mutuas* de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social; y
- d) Las de las *empresas que voluntariamente colaboran* en la gestión.

La Ley 50/1998, de acompañamiento a la de Presupuestos para 1999, ubicó las infracciones en materia de prestaciones por desempleo entre las de Seguridad Social, cuando hasta entonces se habían regulado en Capítulo aparte, como «infracciones de empleo y prestaciones por desempleo». Esta norma modificó la entonces vigente Ley 8/1988, al objeto de acoger la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la *unidad de caja de la Seguridad Social*, según la Exposición de Motivos, y considerar las prestaciones de desempleo como prestaciones de Seguridad Social. Por ello, a partir de esta modificación legal, las infracciones en materia de prestaciones por desempleo quedaban integradas definitivamente en el ámbito de las competencias estatales. Sin embargo, el mantenimiento de la mención aparte y singular de la prestación por desempleo entre las otras prestaciones de la Seguridad Social, como lo era antes de esta modificación, sigue lastrando la redacción de algunos artículos del TRLISOS (como la confusa versión vigente del art. 48 en la redacción de la Ley 26/2009).

Una vez delimitada la materia de Seguridad Social, pasamos a estudiar cómo en este ámbito, el Reglamento, que no había regulado con claridad la doble fase instructora y resolutoria, además, establece que todos los órganos responsables de incoar, instruir y resolver, son órganos de la ITSS.

El Real Decreto 928/1998 entró en vigor el 1 de julio de 1998 y ha sufrido desde su aprobación diversas modificaciones que evidencian las ambigüedades por los cambios normativos que se dilatan en el tiempo respecto de la estructura y complejidad creciente de las Administraciones Públicas y, en particular, de la AGE.

En el momento de la entrada en vigor del RGISOS en 1 de julio de 1998, después de la Ley 42/1997 ordenadora de la Inspección, que ya había adaptado la estructura de la IPTSS a la realidad autonómica si bien de forma incipiente y sin haber consolidado los nuevos órganos, estaba en ciernes la modificación fundamental en la composición y estructura de la AGE, propiciada por la LOFAGE Ley 6/1997, de 4 de abril, como era la desaparición de la Administración periférica del Estado tal como había venido existiendo.

En particular, con la previsión de la LOFAGE de la desaparición de las Direcciones Provinciales de los Ministerios, llegaba a su fin la fijación de las competencias sancionadoras a nivel provincial en el Director Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales, representante en la provincia del Ministerio de Trabajo, que determinaba la entonces vigente Ley 8/1988, de Infracciones y Sanciones.

El traslado de competencias a otro órgano periférico era un ejercicio de la técnica de desconcentración administrativa previsto en el artículo 12.2 de la LRJ-PAC, pero el Reglamento 928/1998 tampoco reguló la materia competencial de forma clara.

En primer lugar, establecía una competencia «para futuro» en la disposición adicional única, para cuando se cumpliera la previsión de la LOFAGE.

Pero en el propio texto de la norma no señalaban los nuevos órganos competentes, que quedaban en una total indeterminación. El artículo 20, titulado «Resolución», menciona solo «el órgano competente para resolver», sin especificar cuál sea este. El artículo 23, sobre «Recursos», señala al «órgano competente por razón de la materia según lo dispuesto en el artículo 4 de este Reglamento». Y el artículo 4 vuelve a referirse a los «órganos a los que normativamente se haya atribuido la potestad sancionadora», sin determinarlos. Además, regula este artículo 4 la competencia en actas de obstrucción, e incluye una regla en el párrafo 6 que no es propiamente sancionadora y de la que se desconoce el alcance: la de que la autoridad central podrá «dirigirse» a los órganos de la AGE o de las comunidades autónomas que en sus resoluciones se desvíen de los criterios interpretativos de la ITSS.

Parece que la regulación reglamentaria de las competencias era intencionadamente ambigua en atención al proceso abierto de cambios en la Administración que se estaba llevando a efecto.

No en las actas de liquidación, como luego veremos, sino en las de infracción, en 1 de julio de 1998 cuando entró en vigor el Reglamento 928/1998, todavía seguía vigente el esquema de la potestad sancionadora ejercida por el órgano periférico ministerial en la provincia, con un recurso de alzada al órgano superior jerárquico en el Ministerio.

Pero el propio Reglamento, en la adicional única, ya preveía que cuando desaparecieran las Direcciones Provinciales (tal como disponía la LOFAGE), asumirían sus competencias sancionadoras en la provincia los Jefes de la ITSS, y en las infracciones de ámbito supraautonómico la autoridad central de la Inspección. Sin embargo, resulta extraño que esta previsión –que implica un cambio fundamental en las funciones inspectoras– no se hubiera contemplado en la precedente LOITSS de 1997 otorgándole rango de ley.

La asunción efectiva de competencias por la ITSS se demoraría hasta 1 de marzo de 1999, por mandato del Real Decreto 2725/1998 (BOE 12 de enero de 1999), dictado en desarrollo de la LOFAGE en este sector sociolaboral, que suprimió definitivamente las Direcciones Provinciales de Trabajo y Asuntos Sociales y mantuvo a la ITSS como servicio no integrado en la Delegación de Gobierno. Es decir, el Real Decreto 928/1998 y el Real Decreto 2725/1998 que hace efectiva la previsión legal de la nueva estructura de la Administración central periférica, declararon a la Jefatura de la ITSS –sin establecer un estatuto jurídico claro, ya que no adquiere todas sus funciones– como «heredera» de la competencia sancionadora de la antigua Dirección Provincial del Ministerio.

La atribución de competencias sancionadoras a la ITSS en materia de Seguridad Social no se hizo de manera abierta, sino ambigua y como oculta. Ese plus, ese «exceso» sobre la tradicional función inspectora, no se reguló en la LOITSS. Se estableció, vía reglamentaria, cuando todavía no se habían suprimido las Direcciones Provinciales del Ministerio, por lo que era una atribución «hacia futuro».

Después, cuando se aprobó el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (TRLISOS), que derogó la antigua Ley 8/1988, el nuevo artículo 48 del Texto Refundido relativo a las competencias sancionadoras, eludió y no recogió expresamente la atribución de la competencia a la ITSS, que ya se había llevado a efecto en 1999. Suprimió la atribución al Director Provincial del Ministerio pero no la sustituyó por el Jefe de la ITSS, estableciendo, con total impropiedad que: «La competencia para sancionar las infracciones del orden social, en el ámbito de la AGE, corresponde, a propuesta de la ITSS, a la *autoridad competente a nivel provincial*». En ese momento ya se sabía que la nueva autoridad competente a nivel provincial era el Jefe de la Inspección provincial, pero no se señala el nuevo órgano de modo claro como hacía la anterior Ley 8/1988, sino que queda sin especificarse.

Del análisis conjunto de estas decisiones normativas podemos concluir que en el momento de la efectividad del traspaso de competencias que fija el Real Decreto 2725/1998, se produce un doble fenómeno en el procedimiento sancionador en el orden social.

Por un lado, la deslegalización parcial de la determinación de la competencia sancionadora (al menos *a nivel provincial*) que hasta entonces venía establecida con rango legal en el artículo 48 de la Ley 8/1988 y en adelante pasa a ser dispuesta por norma de rango reglamentario.

Por otra parte, se trasvasa la competencia de un órgano de la Administración del Estado que ocupaba, con rango estrictamente definido, el escalón inferior de la estructura jerárquica y centralizada de la misma, por otro que queda en un estatuto jurídico nuevo e incierto, el «servicio no integrado» de la ITSS en la Subdelegación de Gobierno. Otras funciones de la Dirección Provincial sí pasaron a integrar un «Área de Trabajo» en la Subdelegación de Gobierno.

El artículo 35 de la LOFAGE había previsto que los servicios no integrados dependerían del «órgano central competente sobre el sector de actividad» en el que aquellos operen, el cual les fijará los objetivos concretos de actuación y controlará su ejecución, así como el funcionamiento de los servicios.

La ITSS tradicionalmente constituía una Dirección General propia, dependiente de la Subsecretaría de Trabajo del Ministerio, mientras que la Direcciones Provinciales eran los órganos administrativos periféricos de la Administración laboral, dependientes de las diversas Direcciones Generales en áreas funcionalmente homogéneas del Ministerio.

Ya hemos visto que la fijación de los órganos competentes para ejercer la competencia sancionadora no es materia sometida a la reserva legal y que puede hacerse por reglamento, por lo que no puede haber objeción a la determinación del Real Decreto 928/1998 del órgano competente. También es legalmente correcta la desconcentración de atribuciones de un órgano a otro de la Administración periférica.

Pero la reforma reglamentaria significó, además, una radical modificación de las funciones de la ITSS, cambió el papel tradicional y típico de la función de vigilancia y exigencia del cumplimiento de la normativa sociolaboral que se había mantenido intacto desde la creación de la ITSS en 1907. Desde 1 de marzo de 1999, pasó a ser también un órgano resolutorio, un órgano que decide sobre las propias actas que levanta tras sus investigaciones.

Resulta llamativo, y evidencia una ausencia de visión sistemática, que esta mutación fundamental en la naturaleza de las funciones inspectoras no se hubiera previsto en la reciente Ley ordenadora de la Inspección de Trabajo, Ley 42/1997, que había entrado en vigor un año antes. La LOITSS no establece ni define para ningún órgano de la ITSS funciones de instrucción o resolución de procedimientos sancionadores.

Sin embargo, de este efecto colateral de la nueva determinación de la autoridad sancionadora en la ITSS, sobre ese doble y nuevo papel de investigar y sancionar de la ITSS, podían plantearse dudas a nivel doctrinal. La STC 76/1990 había validado la fórmula para la Agencia Tributaria, en un caso especial. Los recurrentes contra la norma (art. 140 de la LGT), que atribuía a la Inspección de Tributos la facultad de practicar y resolver liquidaciones tributarias resultantes de las actuaciones de comprobación e investigación, alegaban que nadie puede ser a la vez «juez y parte» en un mismo asunto, y que con la ley que impugnaban se volvía al sistema del Real Decreto 412/1982 cuando esta disposición había sido declarada nula por el Tribunal Supremo, entendiendo que debían separarse convenientemente las funciones de inspección y de liquidación tributa-

ria en cuanto garantía de neutralidad del órgano liquidador frente al contribuyente. La sentencia del Constitucional aclaró que la anulación de dicho Decreto por el Tribunal Supremo se había hecho en base a que tal disposición reglamentaria violaba el principio de jerarquía normativa, y que esa distribución de funciones no podía quedar a la libre discrecionalidad de la potestad organizadora de la Administración «salvo que con norma de rango legal se alterase la situación», como había sucedido con la ley recurrida. En consecuencia, falló que «acerca de la separación o la acumulación de las funciones de inspección y de liquidación tributaria en unos mismos órganos, la opción entre una u otra solución cae dentro del ámbito de la legítima discrecionalidad del legislador, no resulta arbitraria y no produce indefensión alguna». Pero se trataba de un caso de liquidaciones y no de procedimiento sancionador, con principios más exigentes, y validaba la acumulación de funciones de investigar y resolver dentro de la propia sede de la Inspección Tributaria en una norma con rango de ley. No es idéntico supuesto. Incluso en el ámbito del procedimiento sancionador tributario, aun existiendo hoy regulación de rango legal y separación entre las fases de liquidación y sanción, sigue objetándose por parte de algunos autores que se respete la regla contenida en el artículo 134.2 de la LRJ-PAC, según la cual «Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a órganos distintos».

Pero también a nivel práctico podían plantearse dudas de la solución adoptada por el Real Decreto 928/1998, de acumular en la ITSS las funciones de investigar, instruir y también sancionar. Su artículo 12.1, que regula la extensión de las actas de infracción, 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». Es decir, las Jefaturas tienen el cometido de ejercer un control técnico-jurídico previo al levantamiento y la notificación de las actas practicadas por los funcionarios actuantes. ¿Pueden después considerarse en sentido estricto esas mismas Jefaturas un órgano distinto al que ha instruido el expediente a la hora de confirmarlas, modificarlas o anularlas? ¿No podría entenderse que, en alguna medida, han sido «parte» en la extensión de las actas practicadas que en la segunda «fase» han de resolver? ¿No sería lógico que su papel se limitara a ese control técnico que es propio de una organización jerárquica en la que existen conflictos entre la autonomía técnica y funcional que se les reconoce a los Inspectores y la supervisión de la Jefatura? Esas posibles divergencias de criterio «técnico» se evidencian en la curiosa STS de 18 de diciembre de 1999 (4214/2000), que resuelve un recurso de las Asociaciones de Inspectores frente a una norma reglamentaria, también en este caso tributaria, que permitía que la tramitación e instrucción de la propuesta de resolución del expediente pudiera encomendarse «a un funcionario, equipo o unidad, en cuyo caso la propuesta sería suscrita por el jefe del mismo», lo que entendían que vulneraba el artículo 134 de la LRJ-PAC. El Tribunal Supremo avala la posibilidad de una especie de instrucción en equipo y falla que «el precepto en cuestión se refiere exclusivamente a que la fase de instrucción podrá encomendarse a un funcionario o a un equipo de funcionarios y que, en este último caso, la propuesta de resolución será firmada por el Jefe de la Unidad Inspectora, por lo que no puede deducirse de este artículo que rompa la necesaria separación entre las fases instructora y decisoria del expediente, ni que se oculte la identidad de los funcionarios actuantes».

La alteración de funciones, en fin, por la asunción de competencias sancionadoras por parte de los Jefes de la Inspección en 1 de marzo de 1999 podía suscitar dudas también en cuanto al funcionamiento del principio de jerarquía. La LOFAGE y la LOITSS habían instaurado una estructura diferente de la Administración Central y del «servicio no integrado» de la ITSS. Se dislocaba en alguna medida la resolución de los recursos de alzada. ¿El superior jerárquico del Jefe de la Inspección era el Director Territorial de la Inspección en la comunidad autónoma –como había determinado la propia LGSS para las actas de liquidación y las Unidades Especializadas–, era el Director General de la Inspección, la nueva autoridad central, o seguía siendo el Director General del Ministerio por razón de la materia? Recordemos que la «materia» sustantiva estatal era ahora una sola, la de Seguridad Social, porque las demás competencias originarias en materia laboral ya habían sido transferidas a las comunidades autónomas.

Si se planteó duda sobre quién era el superior jerárquico, se entendió que seguían siendo competentes en la resolución de los recursos de alzada las Direcciones Generales del Ministerio, bien la de Ordenación de la Seguridad Social o bien la de Trabajo (esta llevando las tradicionales actas de infracción en materia de prestaciones por desempleo, que también son de Seguridad Social). La nueva estructura territorial de la ITSS creada en la LOITSS, con un Director Territorial de la Inspección en cada comunidad autónoma, ordenó la resolución de los recursos de alzada únicamente en las actas de liquidación (e indirectamente, como veremos, en las infracciones de Seguridad Social coordinadas a estas), pero no en las actas de infracción. Estas también «heredaron» la fijación del superior jerárquico del Director Provincial, las Direcciones Generales del Ministerio, en detrimento de los nuevos órganos territoriales de la ITSS.

En otra acotación sobre las competencias sancionadoras, podemos decir que el Reglamento 928/1998 también había previsto, en la disposición adicional única que fijaba las competencias futuras «cuando se supriman las Direcciones Provinciales», una competencia nueva de la autoridad central de la ITSS para infracciones de empresas de *ámbito supraautonómico*.

Finalmente, las actas de infracción de *mayor cuantía* –las de cuantía superior al fijado para el nivel provincial– seguían estando reguladas por el artículo 48 de la Ley de Infracciones y Sanciones Ley 8/1988, que en ese aspecto no resultó modificada, por lo que se mantenían competentes los órganos superiores del Ministerio.

En la fijación de otro órgano que asumiera la competencia para resolver los expedientes de infracción de normas de Seguridad Social, al desaparecer la Dirección Provincial de Ministerio, podía haberse tomado otra solución, como haber atribuido la competencia sancionadora a las Subdelegaciones del Gobierno (único órgano subsistente de la Administración periférica en la provincia).

Esta solución se dio a las actas en materia de extranjeros, si bien no en un primer momento, sino por causa de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España, que sustrajo la competencia de la ITSS para resolver las actas en materia de extranjería trasladándola a la Subdelegación de Gobierno, cuando con ante-

rioridad todavía se regulaban en la Ley 8/1988 y se resolvían por la ITSS al cumplirse la previsión de la LOFAGE. En adelante, la ITSS realizaría la instrucción del expediente y la propuesta de resolución al Subdelegado de Gobierno. Realmente, esta era la solución más sencilla y la que mejor responde la recomposición de la AGE.

En las actas de Seguridad Social no se articuló esa solución y, sustituyéndose la Dirección Provincial de Trabajo por la ITSS, se mantuvo intacta la anterior estructura jerárquica de órganos provinciales y centrales.

Pero el «protagonismo administrativo en el ámbito autonómico», en palabras de la LOFAGE, y, posiblemente, la progresiva pérdida de funcionarios de los servicios centrales del Ministerio ha hecho que el clásico esquema de la Administración centralista haya perdido eficacia y celeridad también en la práctica, y que los recursos de alzada de todo el territorio nacional resueltos por las Direcciones Generales ministeriales no se resuelvan dentro del plazo legal de tres meses, por lo que los expedientes sancionadores se dilatan excesivamente.

Una previsión más racional del funcionamiento de la Administración estatal después de su pérdida de competencias por el desarrollo de las autonómicas, con visión de conjunto, es seguramente una tarea pendiente.

5. EL CASO DE LAS ACTAS DE LIQUIDACIÓN: ATRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA PARA RESOLVER MEDIANTE NORMA DE RANGO LEGAL Y FIJACIÓN DE LA MISMA EN ÓRGANOS DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Respecto a las actas de liquidación, en el momento de entrada en vigor del Real Decreto 928/1998 había, podría decirse, un estado de excepción para las liquidaciones. Hemos dicho que la TGSS, como servicio común del sistema, había consolidado unas facultades recaudatorias propias, primero en vía voluntaria y después asumiendo para sí también la vía ejecutiva que anteriormente competía a la Hacienda Pública.

La Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, explicando en su Preámbulo que lo hacía en aras a una más eficaz recaudación de los recursos, había cambiado sustancialmente la regulación anterior de las actas de liquidación en la que estas se resolvían en la Dirección Provincial de Trabajo, con alzada a los órganos del Ministerio, y que no eran ejecutivas hasta no ser firmes.

Esta norma modificó el artículo 31 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, Ley General de la Seguridad Social (LGSS), en el sentido de considerar las actas de liquidación más bien actos recaudatorios, casi podríamos decir que urgentes. A partir de la entrada en vigor de dicha modificación, incluso notificaba las actas de liquidación la propia TGSS y no la Inspección

ción de Trabajo (si bien en base a la investigación de esta), declarándose inmediatamente ejecutivas si no eran impugnadas y si no se ingresaba el importe en el plazo de pago concedido –hasta el último día del mes siguiente a su notificación–. Se permitía, no obstante, un recurso ordinario ante la Dirección Provincial de la Tesorería, pero únicamente podía suspenderse la ejecución si se avalaba o consignaba su importe. Es decir, a partir de 1 de enero de 1995 la competencia para resolver las liquidaciones había pasado desde los órganos de la Administración periférica del Estado a los de la Tesorería General.

Una novedad de esa norma fue también el llamado «documento único» para resolver conjuntamente las liquidaciones que llevaran aparejada acta de infracción por los mismos hechos. Se permitía a los funcionarios de la Inspección que practicaran «simultáneamente» ambas actas en un solo documento, con naturaleza de documento público y presunción de certeza. El subsiguiente nuevo Reglamento de Recaudación de los recursos del sistema, aprobado por Real Decreto 1637/1995, estableció igualmente que los «documentos únicos» eran títulos ejecutivos sin necesidad de ser definitivos en vía administrativa. Sin embargo, la puesta en marcha del citado documento se postergó por la propia norma creadora, en la que se establecía una aplicación gradual (disp. adic. 25), y el Reglamento (disp. final 2.^a) insistía en su aplicación «en función de las posibilidades de gestión», por lo que no llegó a aplicarse en la práctica y se derogó finalmente por la Ley 66/1997.

Para la modificación operada por la Ley 42/1994 para las actas de liquidación se habían creado las «Unidades de la Inspección en la TGSS», cuya Jefatura se encomendaba a un Inspector de Trabajo, tratándose sin embargo de un órgano del servicio común y no de la Inspección.

Por ello, desde 1995 hasta la entrada en vigor de la LOITSS, Ley 42/1997, las actas de liquidación las habían resuelto, de manera novedosa, los órganos de la TGSS. La LOITSS, en su disposición adicional 5.^a, vuelve a modificar la redacción del artículo 31 de la LGSS y estipula que a partir de entonces (16 de febrero de 1998, fecha de entrada en vigor de la Ley ordenadora de la ITSS), las liquidaciones se resolverán por las Unidades Especializadas de Seguridad Social, que a partir de entonces vuelven a ser órganos de la Inspección de Trabajo y no de la Tesorería General.

Por lo tanto, respecto a las actas de liquidación, se dio un fenómeno paralelo al de las actas de infracción, y las **atribuciones resolutorias** de elevar a definitivas las actas de liquidación se concretaron también en órganos de la Inspección: el Jefe de la Unidad Especializada de Seguridad Social en primera instancia, y el Director Territorial en los recursos de alzada (cualquiera que sea la cuantía). En este caso, la competencia provenía de la TGSS y no de la Dirección Provincial del Ministerio, como en las infracciones.

La resolución y elevación a definitivas de las actas de liquidación supuso también en este aspecto un cambio en las funciones tradicionales de la Inspección más allá de las de investigación y comprobación, como el estudiado para las actas de infracción, que tampoco se había recogido de forma taxativa en la Ley 42/1997, cuyas referencias a las competencias de las Unidades Especializadas y las Direcciones Territoriales son muy someras.

En el caso de las actas de liquidación, no obstante, la atribución a órganos de la ITSS sí se determinó por norma de rango legal, mediante las sucesivas redacciones de los artículos 30 y siguientes de la LGSS.

Cuando en 16 de febrero de 1998 entró en vigor la Ley 42/1997 ordenadora de la ITSS, que daba nueva redacción al artículo 31 de la Ley General e inauguraba el sistema de «acta provisional/elevación a definitiva por órgano de la Inspección/recurso de alzada ante órgano de la Inspección», no estaban creados tales órganos.

Existía la «Unidad Especializada de Seguridad Social *en* la Tesorería» creada por la Ley 42/1994, como se ha dicho, pero su función desaparecía al sustraerse la competencia de las liquidaciones a la Tesorería General, y la disposición adicional única apartado 2 párrafo 2.º de la propia LOITSS 42/1997 preveía su desaparición «una vez sea desarrollado lo establecido en el artículo 19.1», o sea, la creación de las «Unidades Especializadas de Seguridad Social *de* la Inspección» (las Unidades *en* la TGSS fueron derogadas formalmente con la Ley 52/2003).

La premura en la regulación de la reforma se puso igualmente de manifiesto en la previsión de la disposición transitoria única.4 del Real Decreto 928/1998, que atribuía competencia para resolver los recursos de alzada –entonces llamados «ordinarios»– al Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo en que radique la respectiva capitalidad autonómica, si bien con carácter transitorio «hasta tanto se desarrolle reglamentariamente la figura de un Director Territorial de la ITSS y se proceda a su cobertura». Es decir, la segunda instancia resolutoria de la ITSS tampoco existía en el momento de ponerla en marcha y hubo de asumir sus funciones provisionalmente el Jefe de la Inspección Provincial, que acumuló las funciones de resolver las infracciones y resolver en alzada las liquidaciones.

Una novedad en las actas de liquidación fue que la nueva redacción del artículo 31 de la LGSS surgido de la LOITSS había resucitado el antiguo «documento único» que no había llegado a cuajar en la reforma de 1994, en lo que podría llamarse concepción unitaria de las liquidaciones que lleven aparejada acta de infracción por los mismos hechos.

Seguidamente, el Reglamento 928/1998 reguló en su artículo 34 el procedimiento de las «actas de liquidación concurrentes con actas de infracción», estableciendo la práctica simultánea de las actas, la resolución conjunta por el Jefe de la Unidad Especializada de Seguridad Social y el recurso administrativo ante el Director Territorial de la Inspección, y determinando que el procedimiento aplicable a ambas actas sería el previsto para las actas de liquidación. La ventaja para el sujeto responsable de las actas era la posibilidad de que la sanción se redujese a la mitad si se daba conformidad a la liquidación y se ingresaba en plazo, o sea, una rebaja por aceptación de la liquidación.

Sin embargo, esta absorción (¿y devaluación?) del expediente sancionador, más exigente desde el punto de vista de los derechos de los particulares, por el liquidatorio, planteaba una dificultad teórica y práctica, en cuanto a que el momento de ejecutividad de la sanción y

la liquidación eran distintos. La liquidación era inmediatamente ejecutiva desde su elevación a definitiva en primera instancia, según la redacción del artículo 31 de la LGSS, salvo que se interpusiera recurso de alzada y se garantizase el importe. La sanción, en cambio, siempre «será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa», según el artículo 138.3 de la LRJ-PAC, es decir, cuando sea firme por la resolución de segunda instancia o porque no se formule recurso de alzada.

De modo que, aunque la nueva versión de las «actas coordinadas» de infracción y liquidación establecía que el procedimiento sería el relativo a las de liquidación (ejecutividad de esta al ser elevada a definitiva), no podía ser legal que las infracciones fuesen «directamente ejecutivas» y hubo de prevalecer, en la contradicción de los dos Reglamentos, la disposición del artículo 95 del entonces vigente Reglamento de Recaudación, Real Decreto 1637/1995, de que se emitiría la reclamación de deuda para recaudación de la sanción a partir de la resolución *definitiva* en vía administrativa que impusiera una sanción económica por infracciones de normas de Seguridad Social, se practicase o no simultáneamente acta de liquidación por los mismos hechos. La sanción impuesta por un expediente coordinado no se podía recaudar hasta que no fuese firme y definitiva en vía administrativa. Por ello, la recaudación del acta de liquidación y del acta de infracción siguieron vías, o mejor, tiempos distintos.

Esta contradicción interna de las actas coordinadas en un solo expediente se subsanó con la modificación del artículo 31 de la LGSS por la Ley 52/2003 y el nuevo Reglamento de Recaudación de la Seguridad Social, Real Decreto 1415/2004, que establecieron que el procedimiento de apremio se iniciará siempre con la providencia de apremio, una vez que adquiera firmeza en vía administrativa el acta de liquidación. El acta de liquidación elevada a definitiva dejó de ser título ejecutivo, en adelante solo lo sería la providencia de apremio, una vez agotada la vía administrativa.

No obstante, aunque desapareció el concepto de «recargo de apremio», y todos los recargos serían en adelante de mora, el aplicable a las actas de liquidación elevadas a definitivas si no se ingresaban en el plazo otorgado, era también del 35 %, que se podía suspender por aval o consignación al interponer el recurso de alzada. Es decir, aunque la liquidación definitiva no fuese ejecutiva inmediatamente, sí se elevaba el recargo de mora al 35 %, salvo aval o consignación con interposición de recurso de alzada.

Esta modificación del Reglamento de Recaudación supuso, igualmente, para la Inspección la necesidad de desglosar mes a mes en liquidaciones parciales el periodo completo que se liquidaba, debido a que en vía ejecutiva podían novedosamente exigirse también intereses de demora (además de los recargos), «desde la finalización de plazo reglamentario de ingreso» de la deuda, por lo que tenía que estar separada la liquidación referida a cada mes.

En cuanto a los supuestos concretos en los que son posibles las actas de infracción y liquidación coordinadas «por los mismos hechos», el artículo 14.4 del Real Decreto 928/1998 prevé que sea en caso de infracciones «graves», por lo que solo cabría en los casos de las infracciones

previstas en el artículo 22 del TRLISOS. Si se observan los tipos infractores contenidos en dicho artículo vemos que solo los del 22.2 y el 22.7 (falta de alta y cotización en el Régimen General o en el de Autónomos), el del 22.3 (infracotización) y el nuevo del 22.11 (falta de alta sin intervención inspectora), pueden conllevar acta de liquidación de cuotas simultánea al acta de infracción por los mismos hechos, por lo que solo serán estos tipos infractores los que se podrían adherir al procedimiento liquidatorio.

Sin embargo, la ITSS admitió también, por Consulta de 26 de diciembre de 2007 –La Ley 4398/2007–, aunque no lo preveía el Reglamento, la vinculación con el tipo infractor «muy grave» del artículo 23.1 a), que es dar ocupación sin alta en Seguridad Social a perceptores o solicitantes de prestaciones, por analogía con el tipo 22.2 que es simplemente la falta de alta en Régimen General. De modo que se podía practicar acta de liquidación coordinada con la de infracción muy grave del 23.1 a), siempre que comportara liquidación de cuotas y, al tramitarse conjuntamente, daría lugar a la reducción de la sanción al 50%. Esta interpretación ha sido anulada por la Instrucción de 25 de junio de 2012, número 4/2012, de la Dirección General de la Inspección –la Ley 1915/2012–, que replantea la cuestión (según su argumentario, en base a las nuevas previsiones sobre competencias del RD 772/2011 y la nueva revisión judicial del procedimiento administrativo sancionador que opera la Ley de la Jurisdicción Social, 36/2011, de 10 de octubre), determinando que no existe coincidencia exacta entre el tipo infractor 23.1 a) y el 22.2 por cuanto el hecho objeto de la infracción en el primer caso es la ocupación considerada en sí misma como tendente a preservar el patrimonio del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) al ser incompatible el trabajo y la prestación y, en el procedimiento liquidatorio, lo relevante es la falta de cotización a la Seguridad Social. Por ello, entiende que, en adelante, en ningún caso se podrá coordinar la infracción muy grave del tipo 23.1 a) del TRLISOS con un acta de liquidación.

6. LA REFORMA DE LA LEY 26/2009, DE 23 DE DICIEMBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 2010. NUEVO CAMBIO LEGAL EN LAS COMPETENCIAS SANCIONADORAS DE SEGURIDAD SOCIAL POR EMPUJE DE LA AMPLIACIÓN DE COMPETENCIAS AUTONÓMICAS

El statu quo de las competencias sancionadoras en materia de Seguridad Social y de los expedientes liquidatorios se mantuvo pacífico desde 1998 hasta 2010. Los expedientes sancionadores y liquidatorios, cuya competencia para resolver había derivado en órganos de la ITSS como «herederos» de los de la Administración periférica desaparecida y de la supresión de la competencia de la TGSS, sufren en la reforma de 2010 un fenómeno contrario de sustracción de esas competencias.

El fenómeno es el opuesto, la ITSS pierde competencias en materia de Seguridad Social a favor de otros órganos, sin embargo la causa es la misma: la modificación de la estructura territorial del Estado, en este caso por la transferencia de determinadas competencias y medios humanos de la Inspección de Trabajo a la Generalitat de Cataluña.

La reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, había establecido que corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva sobre la función pública inspectora. La Comisión Bilateral Generalitat-Estado había avanzado diversos acuerdos en la materia que se perfeccionaron en 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 ITSS. Otros Estatutos de Autonomía, como los de Andalucía, Aragón y Extremadura formulaban redacciones parecidas de asunción de competencias ejecutivas inspectoras.

Se configuran unos consorcios mixtos con funcionarios transferidos desde la AGE a la Comunidad, de modo que los servicios de la ITSS se van a prestar en un régimen de cotitularidad de la AGE y las comunidades autónomas, que puede conllevar que un Jefe de ITSS Provincial sea funcionario de estas. El nuevo marco legal está en estudio para una próxima Ley ordenadora de la ITSS, en la que habrá de preservarse la unidad del sistema y evitar que se limite o que se priorice una actuación por razón de los objetivos adscritos a las distintas Administraciones.

Si el servicio de Inspección va a prestarse en adelante tanto por la AGE como por las Administraciones de las comunidades autónomas, no es congruente que se mantengan las correspondientes competencias sancionadoras en manos de la ITSS en materia de normas de Seguridad Social, que es competencia exclusiva del Estado.

La causa de la reforma es que la ITSS ya no es ahora una institución exclusivamente de la AGE.

La Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, modifica el artículo 48 del TRLISOS y el artículo 31 de la LGSS, para otorgar, respectivamente, las competencias sancionadoras en Seguridad Social a las entidades gestoras de la Seguridad Social, y las de elevar a definitivas las actas de liquidación a la TGSS.

Este cambio fundamental efectuado por la Ley de Presupuestos para 2010, de nuevo se realizó apresuradamente y sin visión de conjunto. Las fulminantes modificaciones del artículo 48 del TRLISOS y del 31 de la LGSS se plantearon y tramitaron como enmienda (núm. 2.620) del PSOE al propio proyecto de presupuestos presentado un mes antes por el Gobierno. En este viaje de vuelta se trata de sustraer competencias sancionadoras y liquidatorias a la ITSS ante la inminente transferencia de parte de esta en Cataluña.

La rapidez fue en detrimento de la racionalidad y, en cuanto a las competencias sancionadoras de infracciones a normas de Seguridad Social, la reforma de 2010 queda a medio hacer, puesto que solo se modifican las relativas a trabajadores, no las de empresas, que se mantienen en el Jefe de la ITSS.

El nuevo artículo 48 del TRLISOS dispone que la competencia para imponer las sanciones *a trabajadores* corresponde «a propuesta de la ITSS, **a la entidad gestora o servicio común de la Seguridad Social competente**, salvo que la sanción afecte a las prestaciones por desempleo, en cuyo caso la competencia corresponde a la entidad gestora de estas». Esta confusa

redacción arrastra el concepto anterior de las sanciones relativas a las prestaciones por desempleo cuando estaban encuadradas con las de empleo y no se consideraban de Seguridad Social (hasta la Ley 50/1998, como vimos). La entidad gestora de las prestaciones de desempleo está comprendida en la rúbrica general de «las entidades gestoras competentes» y no requiere ninguna especificación.

A partir de 1 de enero de 2010, de acuerdo con la nueva redacción, la competencia para resolver las actas de infracción a *trabajadores, también las muy graves*, que hasta entonces eran las únicas de competencia del Jefe de Inspección, se atribuye *al INSS, al SPEE o al ISM*, según la prestación de que se trate. La competencia para sancionar las infracciones graves y leves tradicionalmente era ya de las entidades gestoras, por el procedimiento excepcional del Capítulo VII del Real Decreto 928/1998, que más tarde estudiaremos.

En cuanto a las *actas de liquidación*, la nueva modificación del artículo 31 de la LGSS, vuelve a atribuir la competencia de la resolución de actas de liquidación (y de infracción coordinadas) a la TGSS, y no a la Jefatura de Unidad Especializada de Seguridad Social, que es un órgano de la Inspección, como hasta entonces. La nueva redacción del artículo 31 dispone que «Las actas de liquidación extendidas con los requisitos reglamentariamente establecidos, una vez notificados a los interesados, tendrán el carácter de liquidaciones provisionales y se elevarán a definitivas mediante acto administrativo de la Dirección General o de la respectiva Dirección Provincial de la TGSS, a propuesta del órgano competente de la ITSS, preceptiva y no vinculante, tras el trámite de audiencia al interesado. Contra dichos actos liquidatorios definitivos cabrá recurso de alzada ante el superior jerárquico del que los dictó».

Esta atribución de la competencia a la TGSS, si bien de una forma indeterminada en cuanto a la fijación de órgano concreto en cada caso, obliga a una especificación de su ejercicio que propicia el **Real Decreto 639/2010, de 20 de mayo**, por el que se modifica el Real Decreto 1314/1984, regulador del Reglamento General de Estructura Básica de la Tesorería. La norma reguladora original de este servicio común del sistema de Seguridad Social no preveía entre sus competencias la de resolver las actas de liquidación.

Para subsanar la ausencia de previsión, esta modificación reglamentaria atribuye expresamente a la TGSS la nueva competencia por adición del apartado m) del artículo 1.1 del Reglamento y fija entre las competencias generales de la Tesorería: «La elevación a definitivas de las actas de liquidación de cuotas y de las actas de liquidación conjuntas con las actas de infracción, así como la imposición de sanciones a los trabajadores en materia de Seguridad Social que afecten a su ámbito de competencias, en ambos casos a propuesta de la IPTSS».

No resulta claro en ese momento a qué sanciones a trabajadores en el ámbito de su competencia se refiere, ya que no pueden ser las impuestas a empresas o trabajadores autónomos conjuntas con actas de liquidación, que ya están incluidas en el inciso inmediatamente anterior del apartado y sería una redundancia.

La duda sigue con la Orden Ministerial de desarrollo, la **Orden TIN/2076/2010, de 27 de julio**, por la que *se determina el ejercicio de funciones en materia de liquidaciones y sanciones en el ámbito de la TGSS*. Esta Orden determina exactamente el órgano que va a resolver en adelante las actas de liquidación. Se regula que *corresponde a la Unidad de Impugnaciones de las Direcciones Provinciales*:

- a) La elevación a definitivas de las actas de liquidación, solas o con infracción coordinada.
- b) *La imposición de sanciones por infracciones en materia de Seguridad Social que afecten al ámbito competencial de Direcciones Provinciales de la TGSS*. (Aquí ya no se habla únicamente de sanciones a trabajadores).

Este desarrollo normativo, desde el artículo 31 de la LGSS, pasando por el Real Decreto de estructura básica de la Tesorería General, y finalmente por la Orden Ministerial que atribuye la competencia para resolver las actas de liquidación (y en su caso de infracción coordinada) a una unidad administrativa concreta de la Dirección Provincial de la Tesorería, además de mencionar la competencia en unas sanciones que no especifica, pone de manifiesto que se está pensando ya en la reforma que finalmente culminará el Real Decreto 772/2011 (la atribución de competencias a la TGSS respecto de las infracciones de empresas, no coordinadas, es decir, todas las de Seguridad Social que afecten al servicio común), pero cuando aún no se ha aprobado.

En el momento del año 2010 en el que las citadas normas de desarrollo de la competencia de la TGSS mencionan las «infracciones en materia de Seguridad Social» que aún no se le han atribuido a esta, el párrafo 1 del artículo 48 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, TRLISOS, sigue otorgando, con total indeterminación, la competencia sancionadora «a la autoridad competente a nivel provincial», se supone que de las actas de infracción a empresas previstas en el Capítulo III, que todavía resuelve entonces el Jefe de la ITSS a nivel provincial.

Esa regulación algo caótica también evidencia que se ha tensado en exceso la cuerda de la atribución reglamentaria de competencias y se ha acabado por determinarla mediante Orden Ministerial. ¿Se cumple el artículo 31 de la LGSS que determina la competencia «de la Dirección General o de la respectiva Dirección Provincial de la TGSS» con la norma dictada por la Administración?

La Unidad de Impugnaciones de la TGSS resuelve los expedientes en primera instancia, con recurso de alzada a su superior jerárquico, el Director Provincial de la TGSS, por lo que **queda en el ámbito provincial todo el procedimiento liquidatorio** (cualquiera que sea su cuantía) y, en consecuencia, también el sancionador de las actas de infracción coordinadas con actas de infracción. Es esta una determinación que, no obstante la duda sobre su rango normativo, supone una toma en consideración del principio de celeridad y eficacia de las funciones administrativas.

7. ÚLTIMA REFORMA REGLAMENTARIA Y NUEVA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS SANCIONADORAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL: EL REAL DECRETO 772/2011, DE 3 DE JUNIO, POR EL QUE SE MODIFICA EL REAL DECRETO 928/1998

El Real Decreto 772/2011, de 3 de junio, por el que se modifica el Reglamento General sancionador y liquidatorio, y que entró en vigor en 21 de septiembre de 2011, culmina –de momento– la reforma iniciada por la Ley de Presupuestos para 2010, de huida de las competencias de la ITSS.

La modificación más llamativa es la del nuevo cambio en las competencias sancionadoras en materia de Seguridad Social. Se deroga expresamente la disposición adicional única del Real Decreto 928/1998, que era la que disponía que cuando se suprimieran las Direcciones Provinciales de Trabajo por la integración de los servicios periféricos de la Administración central en las Delegaciones de Gobierno, asumirían la competencia sancionadora en el orden social los Jefes de las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social y que regulaba hasta entonces la competencia provincial.

En el momento en que entra en vigor esta modificación, ya se ha producido la transferencia de la competencia ejecutiva en materia de función pública inspectora en Cataluña (RD 206/2010) y en el País Vasco (RD 895/2011). El vaivén competencial continúa.

Para sustituir la norma que atribuyó en su día la competencia sancionadora a la ITSS y completar la atribución de competencias de actas de infracción a trabajadores a las entidades gestoras que realizó la reforma de 2010, la nueva redacción dada al **artículo 4** del Real Decreto 928/1998 regula las competencias sancionadoras en las *actas de infracción* de la «*Sección 1ª del Capítulo III del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto*», por el que se aprueba el TRLISOS, es decir, las **infracciones de Seguridad Social de empresas**.

La huida de la competencia desde la ITSS, donde había recalado después de la desaparición de las antiguas Direcciones Provinciales, no puede hacerse ahora a otro «servicio no integrado», que no existe, en la Subdelegación de Gobierno. Se opta por atribuir la a las **entidades gestoras de la Seguridad Social** (el Servicio Público de Empleo Estatal –SPEE–, el Instituto Nacional de la Seguridad Social –INSS–, y el Instituto Social de la Marina –ISM–) y al «**servicio común**» que es la TGSS, ya que son Administraciones estatales con servicios provinciales.

La dificultad de esta fórmula es que supone una gran dispersión y, sobre todo, que no puede hacerse una atribución genérica y precisa como había existido hasta entonces en que se atribuían a los distintos órganos globalmente las «competencias sancionadoras en materia de Seguridad Social».

A partir de la vigencia del Real Decreto 772/2011, el artículo 4 atribuye la competencia, a **nivel provincial, singularmente para cada tipo infractor**:

«Las leves del artículo 21: **TGSS** las de los apartados 1, 2, 3, 4 y 5; **INSS o ISM** las de los apartados 4 y 6, **SPEE o ISM**, las del apartado 4.

Las graves del artículo 22: **TGSS**, apartados 1, 2, 3, 5, 7 y 10; **INSS o ISM**: apartados 4, 6, 8 y 9; **SPEE o ISM**: apartados 4, 6, 8 y 9; **SPEE**, apartado 10.

Las muy graves del artículo 23: **TGSS**, 23.1 b), d) y f); **INSS o ISM**: 23.1 a), c), e) y g); **SPEE o ISM**, 23.1 a), 23.1 c), 23.1 e) y 23.1 g); **SPEE**: 23.1 h)».

Pero el artículo 4, no solo señala un órgano competente para cada tipo infractor, sino *que un mismo tipo infractor, como vemos, puede tener varios órganos resolutorios* dependiendo del trámite o la materia a la que se refiera, y esta «causalidad» o razón no se determina expresamente. Por ejemplo, la infracción leve tipificada en el artículo 21.4 del TRLISOS consistente en «No facilitar a las entidades correspondientes los datos, certificaciones y declaraciones que estén obligados a proporcionar, u omitirlos, o consignarlos inexactamente», puede resolverse tanto por la TGSS, el INSS, el ISM o el SPEE, según a qué datos se refiera. Otro ejemplo, donde sería más difícil descifrar cuál sería el órgano competente, podría ser el del tipo infractor 23.1 e) que consiste en incrementar las bases de cotización o simular una contratación laboral para acceder indebidamente a prestaciones. Si, por ejemplo, el fraude imputado hubiese dado lugar a una prestación indebida de desempleo y luego una jubilación, y el artículo 4 señala que puede resolver el INSS, el SPEE o el ISM ¿Sería competente el organismo que gestione la primera prestación indebida, o el que detectó las bases desproporcionadas, o aquel en el que mayor impacto suponga el fraude? Las dudas pueden multiplicarse en la práctica, los supuestos de hecho de las infracciones pueden ser muy complejos.

Pero, además, con la fórmula elegida por el artículo 4, tampoco se trasvanan a los entes gestores todas las competencias que actualmente se residencian en la ITSS. El apartado c) del nuevo artículo 4.1 del Reglamento sancionador determina una *competencia residual para el Jefe de Inspección* «en aquellos casos que normativamente no se haya atribuido la competencia para resolver a otros órganos». Esta competencia residual del Jefe de la ITSS ha de entenderse por exclusión, a nivel provincial, para las infracciones en materia de Mutuas y de empresas que colaboran en la gestión, que no están incluidas entre las previstas «tipo a tipo» de los artículos 21, 22 y 23 del TRLISOS.

También, la disposición transitoria segunda del Real Decreto 772/2011 posterga la asunción de competencias del artículo 4 por el *SPEE*, hasta que este disponga de los recursos necesarios y se establezca por Orden Ministerial. Hasta entonces, *hasta esa «nueva orden»*, se mantiene la competencia en las actas de infracción a empresas del artículo 4 correspondientes al SPEE «en los Jefes de las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social de la AGE».

Asimismo, con tan peculiar procedimiento de fijación del órgano competente para emitir la resolución sancionadora, queda sin señalar la competencia de los *nuevos tipos infractores que puedan establecerse en lo sucesivo*, después de la vigencia del Real Decreto 772/2011.

Así ha ocurrido *ya con los dos ilícitos administrativos nuevos*, los del artículo 22 del TRLISOS, apartados 11 y 12, introducidos por el Real Decreto-Ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas, con efectos el 1 de agosto de 2011. Estos dos nuevos tipos infractores se crearon antes de que hubiera entrado en vigor el Real Decreto 772/2011 en 21 de septiembre de 2011, y ya nacieron huérfanos de órgano competente, por lo que han de quedar obligatoriamente incluidos en la competencia residual del Jefe de la ITSS. La «causalidad» que buscábamos antes para distinguir el órgano que ha de resolver, ya no es coherente con la atribución de los demás tipos infractores del artículo 4 del Real Decreto 928/1998 en su nueva redacción. Porque, como muestra, el tipo grave del artículo 22.2, por no cursar la empresa el alta del trabajador en Seguridad Social con anterioridad al inicio del trabajo si ha habido intervención de la ITSS, compete a la TGSS según el artículo 4. El nuevo tipo infractor 22.11 describe el mismo ilícito, cuando no ha intervenido la Inspección, y resolverá el Jefe de esta. Misma conducta infractora que resuelven dos órganos distintos.

La falta de una atribución general de competencias llevará a que cada vez que se modifiquen los tipos infractores, se produzca un desplazamiento y haya de establecerse expresamente el órgano sancionador o, en otro caso, recaerá en el «residual».

Por otra parte, *no existe regulación actual para la competencia sancionadora en los procedimientos de ámbito supraautonómico*, por haberse derogado expresamente por la disposición derogatoria única del Real Decreto 772/2011, la disposición adicional única del Real Decreto 928/1998, siendo esa norma la que establecía –con poco rigor– la competencia de la autoridad central de la ITSS «para el desarrollo de las funciones previstas en el artículo 18.3.9 de la LOITSS», y sin que se haya recogido en ningún otro precepto tras la reforma.

En cuanto a las actas llamadas de «*mayor cuantía*», porque superan la cuantía de la sanción propuesta a la prevista para el ámbito provincial, que asciende en este momento a 12.500 euros, la competencia está fijada en el propio artículo 48 del TRLISOS en la redacción dada por la Ley 38/2007, de 16 de noviembre, que la establece del siguiente modo:

Nivel provincial	hasta	12.500
Dirección General competente,.....	hasta	62.500
Ministro de Trabajo e Inmigración	hasta	125.000
Consejo de ministros	hasta	187.515

Recapitulando, las competencias en materia de Seguridad Social se determinan:

1. Por el artículo 48 del TRLISOS y el 37 del RGISOS las relativas a trabajadores (tipos infractores de los arts. 24, 25 y 26).
2. Por el artículo 48 del TRLISOS, las de mayor cuantía (superiores a 12.500,- euros).

3. Por el artículo 4.1 a) del Real Decreto 928/1998 reformado por el Real Decreto 772/2011, las relativas a empresas (tipos infractores de los arts. 21, 22 y 23).
4. Por el artículo 4.1 b) de la misma norma, además del artículo 31 de la LGSS, las infracciones coordinadas con actas de liquidación.
5. Por el artículo 4.1 c) del Reglamento reformado, la competencia residual del Jefe de la Inspección (tipos infractores de los arts. 27, 28 y 29 relativos a las Mutuas, si fueran provinciales, y de los arts. 30, 31 y 32 relativos a las empresas que colaboran voluntariamente en la gestión). Aquí se fundamentaría igualmente, la competencia de los nuevos tipos infractores que no tengan atribución expresa (como los nuevos del art. 22.11 y 12 del TRLISOS).
6. Por la disposición transitoria 2.^a del Real Decreto 772/2011, la competencia del Jefe de la ITSS para asumir los expedientes sancionadores *de empresas* atribuidas por el artículo 4 a la Dirección Provincial del SPEE, mientras este no disponga de los medios oportunos.

En cuanto a los recursos de alzada, el artículo 23 del Reglamento no se modifica, por lo que sigue vigente la prescripción de que se interpondrá ante «el órgano superior competente por razón de la materia», cuya resolución agotará la vía administrativa. Por su parte, el TRLISOS solo menciona «el Director General competente». Si la razón de la reforma es sustraer la competencia a la Inspección de Trabajo «a nivel provincial», parecería congruente dejar las competencias de segunda instancia tal cual estaban, en las Direcciones Generales del Ministerio. Pero, para el caso de las competencias atribuidas a las entidades gestoras, en ese supuesto no resolvería «el superior jerárquico», tal como establece la LRJ-PAC.

Esta cuestión no se resuelve de manera clara en el Real Decreto 772/2011 y las entidades gestoras han entendido que debe resolver las alzadas el Director General del propio ente gestor.

En definitiva, la fijación de competencias sancionadoras en materia de Seguridad Social que ha realizado el Real Decreto 772/2011 ha supuesto una verdadera implosión de órganos competentes y una gran incertidumbre sobre su correspondencia con cada tipo infractor, además de mantener muchas competencias en el Jefe de Inspección Provincial que era lo que se trataba de superar.

8. OTROS ASPECTOS DEL PROCEDIMIENTO DE ORDEN SOCIAL QUE HAN CAMBIADO SIGNIFICATIVAMENTE CON LA ÚLTIMA REFORMA DEL REAL DECRETO 772/2011

Nos referimos a la fase posterior a la notificación de las actas, que es cuando según lo dispuesto en el artículo 13 del RGISOS comienza el procedimiento sancionador. La actividad inspectora previa regulada en el Capítulo II no ha sufrido ninguna alteración.

En general, con la reforma del Real Decreto 772/2011 se han mejorado algunos aspectos, se han actualizado otros que habían quedado obsoletos y se ha utilizado una redacción más clara.

Dejando al margen algunos asuntos menos importantes, como la concurrencia con el orden penal (el art. 5 nuevo regula que en vez de ser el Jefe de Inspección quien comunica al Ministerio Fiscal una posible concurrencia con este orden, ahora lo comunicará al órgano para resolver quien será el que acuerde, en su caso, la remisión al Ministerio Fiscal), y además de la reforma de las competencias sancionadoras que hemos visto anteriormente, nos fijaremos en tres aspectos concretos:

1. La determinación de un órgano permanente con función de instrucción en el artículo 18 bis.
2. La demanda de oficio, y
3. La peculiaridad de los expedientes sancionadores a trabajadores.

8.1. FIJACIÓN DE UN ÓRGANO PERMANENTE PARA INSTRUIR EN LOS PROCEDIMIENTOS POR INFRACCIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL Y EXPEDIENTES LIQUIDATORIOS

La novedad de la reforma del Real Decreto 772/2011 en materia de instrucción es el desglose entre una tramitación en el ámbito de competencias de las comunidades autónomas, que se regula en el artículo 18 en su nueva redacción (dando formulación reglamentaria al fallo de la STC 51/2006, de 16 de febrero, ya comentada, sobre la determinación del órgano instructor), y una tramitación para los expedientes que se instruyan en materia de competencia estatal, regulada en el nuevo artículo 18 bis.

Según este último artículo, en el ámbito de la AGE, la instrucción y ordenación del procedimiento sancionador se atribuye a la *Jefatura de la Unidad Especializada de Seguridad Social de la ITSS*, que emitirá una propuesta de resolución al órgano competente para resolver.

Igualmente, instruirá el Jefe de la Unidad Especializada de Seguridad Social los expedientes liquidatorios, según la nueva redacción del artículo 33.2, y efectuará la propuesta motivada de resolución dirigida a la TGSS.

Por otra parte, el artículo 29.3 del Real Decreto 928/1998 se redacta de nuevo para otorgar también la instrucción de los expedientes liquidatorios a la Unidad Especializada de Seguridad Social de la Inspección en cuyo ámbito funcional se hayan efectuado las actuaciones, dando cabida a las comprobaciones de alcance *supraprovincial* o, en su caso, al Jefe de la Unidad Especializada de Seguridad Social de la Dirección Especial, para las de ámbito *supraautonómico*.

Debe considerarse un avance la fijación por primera vez de un órgano instructor permanente atribuido a una unidad administrativa con delimitación de sus funciones, frente a la dudosa solución anterior del Inspector o Subinspector actuantes como instructores. Si atendemos a la primitiva teoría del órgano, nacida en Derecho canónico, que hacía abstracción de la persona y creaba la figura de la sede, es evidente que la Unidad Especializada de Seguridad Social es un elemento estable de la organización de la ITSS y responde al principio de autoorganización de las Administraciones, regulado en el artículo 11 de la LRJ-PAC.

8.2. LA DEMANDA DE OFICIO AL JUZGADO DE LO SOCIAL

Tradicionalmente, la materia sancionadora ha sido competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.1 e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que la atribuye en «Sanciones administrativas, cualquiera que sea su naturaleza, cuantía y materia».

Por ello, el artículo 149 de la Ley de Procedimiento Laboral, Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril (LPL), establecía un proceso incidental para materias cuyo conocimiento sobre el fondo del asunto era competencia de la jurisdicción social, para que en vía administrativa y con carácter previo a la posible revisión judicial contenciosa del resto de cuestiones del expediente, se resolviera dicha cuestión en los Juzgados de lo Social.

En el ámbito de las competencias de Seguridad Social, la demanda de oficio se planteaba cuando se objetara por el presunto infractor la naturaleza jurídica de la relación objeto de actuación inspectora (en lenguaje profesional, «los falsos autónomos»). Se regulaba la posibilidad de «iniciar el proceso de oficio en virtud de comunicación que deberá *dirigir la autoridad laboral al Juzgado*, cuando cualquier acta de infracción levantada por la ITSS haya sido impugnada por el sujeto responsable con base en alegaciones y pruebas que puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora».

Esta cuestión incidental ante la jurisdicción social para que la «autoridad laboral» remitiera el expediente al Juzgado de lo Social, solo estaba expresamente prevista en el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Procedimiento Laboral, para el caso de las actas «de infracción» (el precepto no mencionaba las actas de liquidación).

Por otra parte, la Ley de Infracciones y Sanciones, TRLISOS, no recoge ninguna previsión sobre este particular, solo regula la concurrencia con el orden penal.

La Ley 42/1997, ordenadora de la ITSS, únicamente preveía en su artículo 7.12, entre las competencias de los Inspectores, que estos pudieran proponer «a su respectivo jefe» la interposición de la demanda de oficio (en cambio, no se prevé para los Subinspectores, que también podían ser instructores). Sin embargo, no hay en la LOITSS una atribución expresa de la competencia para la propia formulación de la demanda de oficio al Jefe de la Unidad Especializada

de Seguridad Social o al Jefe de la Inspección (estos son «sus respectivos jefes»), órganos que desde su vigencia tenían la competencia para resolver, respectivamente, los expedientes liquidatorios y sancionadores.

Tampoco hay atribución expresa de competencia para interponer la demanda en el Real Decreto 928/1998, cuyo artículo 6 se limita a decir que si se formula la demanda, «se dará cuenta al órgano competente para resolver», inciso que es algo incongruente porque es el mismo órgano el que formula la demanda y el que la resuelve, el Jefe de Inspección para las infracciones y el de la Unidad Especializada para liquidaciones.

Otra imprecisión del Reglamento era que el artículo 6.1 regula la demanda de oficio del procedimiento sancionador «y cuando exista, del procedimiento liquidatorio», dando a entender que solo en los procedimientos liquidatorios coordinados con infracción cabe su formulación, y no en los liquidatorios sin infracción. Este artículo 6 está incluido en el epígrafe «Disposiciones Generales», y la otra referencia en el Real Decreto 928/1998 es la del artículo 19, que está en el título de «Procedimiento sancionador», lo que acentúa esa interpretación de que no había previsión normativa para interponer la demanda en los expedientes liquidatorios sin infracción.

En definitiva, con la letra estricta de las normas, no existiría fundamento legal en la LPL para la interposición de las demandas de oficio en las actas de liquidación, y tampoco reglamentario, al menos cuando no hay infracción vinculada. En la práctica, los Jefes de las Unidades Especializadas de Seguridad Social han venido formulando demandas de oficio en expedientes de actas de liquidación, incluso sin infracción coordinada, que se han conocido y resuelto sin problemas por los Juzgados de lo Social.

Con la modificación en 2010 de los artículos 31 de la LGSS y 48 de la LISOS, que otorga la facultad de resolver las actas de liquidación a la TGSS y las de infracción de trabajadores a las entidades gestoras, sustrayéndola a los órganos de la ITSS, era urgente determinar legalmente la competencia para la interposición de las demandas de oficio, es decir, *quién es en cada caso la «autoridad laboral» que debe formularla*, y fijarla de forma clara también para las actas de liquidación.

Con esa indeterminación entre la posibilidad de «proponer» y la obligación de «formular», cuando entró en vigor en 21 de septiembre de 2011 la reforma del Real Decreto 772/2011 persistía la duda inicial de si la demanda de oficio, que es un trámite obligado si se dan los presupuestos que describía el artículo 149 de la LPL, era un acto de instrucción o de ordenación del expediente.

El Real Decreto 772/2011 no ha modificado el artículo 6 y sí el 19.1, estableciendo en este que el órgano instructor será quien propondrá que se formalice la demanda. Y si el órgano competente para resolver formula la demanda, notificada la firmeza, ordenará que el instructor efectúe la propuesta de resolución. Es decir, ordena que el instructor proponga y que la interposición o *formulación de la demanda de oficio al Juzgado de lo Social la haga el órgano que resuelve*.

Esta solución casa mal con el espíritu de la reforma, que finalmente ha determinado un órgano permanente para la instrucción del procedimiento para las actas de competencia estatal. El proceso incidental de la demanda de oficio es claramente un acto de instrucción del expediente, y no parece lógico que sea el órgano resolutorio quien la formule, para luego remitir la sentencia firme de nuevo al instructor, y que este efectúe la propuesta, que necesariamente ha de respetar el pronunciamiento de fondo del juez y no puede proponer nada distinto. Una ida y vuelta nada útil si se observa el principio de celeridad y eficacia.

Sin embargo, las previsiones del nuevo artículo 19 quedan sin efecto (no en el aspecto de quién interpone la demanda) apenas dos meses después de la reforma reglamentaria, con la entrada en vigor de la *Ley 36/2011*, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, que deroga la LPL, cambia la anterior regulación sobre la demanda de oficio y *restringe la posibilidad de demanda de oficio a los casos de actas de liquidación, solas o coordinadas con las de infracción*. La demanda de oficio no cabe en adelante en actas de infracción en materia de Seguridad Social. Si inicialmente se planteó la duda de si cabía la demanda de oficio en las actas de liquidación, ahora solo procede en los expedientes liquidatorios, cuya revisión jurisdiccional continúa siendo la contencioso-administrativa.

El artículo 148 d) de la nueva *Ley 36/2011*, expresamente mantiene las demandas de oficio solo para los casos de la letra f) del artículo 3, es decir, en los casos de actas de liquidación. La razón de esta limitación de los supuestos en los que cabe interponerla es que en el artículo 2 s) atribuye la competencia de la revisión judicial de la potestad sancionadora en materia de Seguridad Social a la jurisdicción social y no a la contenciosa, y por ello no cabe un proceso incidental ante la misma jurisdicción que conocerá todas las cuestiones.

En definitiva, el artículo 19.2 del Real Decreto 928/1998, en su redacción del 772/2011, queda obsoleto por su remisión a la LPL, enseguida derogada. Los demás apartados del artículo 19, si bien mal ubicados dentro de la estructura del Reglamento al estar contenidos en el epígrafe sobre actas de infracción, determinan la mecánica de su interposición, como hemos visto.

Como en adelante únicamente cabe interponer la demanda de oficio en los casos de las actas de liquidación, el Jefe de la Unidad Especializada de Seguridad Social propondrá la interposición al Jefe de la Unidad de Impugnaciones de la TGSS que la formule, y este devolverá la sentencia firme para que el instructor efectúe la propuesta que, obviamente, habrá de respetar el pronunciamiento sobre el fondo del asunto, como dice el artículo 6 del Reglamento.

No parece muy congruente que, efectuada con el Real Decreto 772/2011 la reforma del Reglamento para determinar por primera vez un órgano instructor permanente de los procedimientos (las Jefaturas de las Unidades Especializadas de Seguridad Social), no se le asigne la interposición de las demandas de oficio, cuestión incidental previa a la revisión judicial contencioso-administrativa que pueda plantearse en su día, y que es, sin duda, un acto de instrucción.

Como vimos que la competencia para resolver los expedientes liquidatorios era en primera instancia de la *Jefatura de la Unidad de Impugnaciones de la TGSS*, ese órgano es con la nueva regulación, a los efectos de la demanda de oficio, «la autoridad laboral».

8.3. EXCEPCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN INFRACCIONES DE TRABAJADORES

El Real Decreto 928/1998, en su versión inicial, regulaba en el **Capítulo VII** un procedimiento especial «de las infracciones **leves y graves** en materia de prestaciones del sistema de la Seguridad Social», dirigido únicamente a los ilícitos imputables a los **trabajadores, beneficiarios y solicitantes** de las mismas, que quedaba dentro del ámbito competencial y de instrucción de las entidades gestoras. Los incumplimientos de las empresas, aun de infracciones graves y leves, eran objeto de la tramitación común del Reglamento sancionador a través de acta de infracción.

Las infracciones a las que se refería este primitivo Capítulo VII eran las tipificadas en los artículos 24 y 25 del TRLISOS relativas, en general, a los incumplimientos formales de los trabajadores (no comparecer, no facilitar datos, rechazar ofertas de empleo, no acudir a los reconocimientos médicos de las entidades gestoras...), que normalmente eran detectados por las propias entidades gestoras, sin necesidad de intervención de la ITSS. Por ello, como excepción a la norma básica del artículo 13 que establece que el procedimiento sancionador se inicia por el acta, en este procedimiento especial el artículo 37.2 señalaba que se iniciaría o por comunicación de la ITSS (cuando esta hubiese desvelado el comportamiento infractor), o como resultado de los antecedentes o datos obrantes en la propia entidad.

La entidad gestora notificaba al inculpado tanto el documento iniciador del procedimiento como, en su caso, la suspensión cautelar de la prestación y, tras un periodo de alegaciones, resolvía y ejecutaba.

En cambio, para las infracciones muy graves de trabajadores, donde era necesaria la investigación inspectora (fraude, connivencia, compatibilización indebida de prestaciones y trabajo, etc.), el procedimiento seguía siendo el común en la ITSS, mediante acta de infracción, que debía comunicarse a la entidad gestora a efectos de la suspensión cautelar de la prestación en cuestión y mantenerse hasta la firmeza de la sanción impuesta, según lo dispuesto en el artículo 38.

Este esquema inicial, en el que las entidades gestoras tramitan y resuelven en su seno las infracciones menores, se mantiene sin cambios hasta la **reforma de 2010**, cuando las entidades gestoras pasan a tener competencia en **resolver también**, como se ha explicado, las **infracciones muy graves de trabajadores**, pero no mediante este procedimiento especial, sino mediante el común iniciado por acta de la ITSS, instruido por esta y de acuerdo a su propuesta (si bien no vinculante).

Esta reforma, operada por la modificación del artículo 48 de la LISOS, por Ley 26/2009 de Presupuestos Generales del Estado para 2010, por la que se transfirió la competencia para resolver las actas de infracción muy graves de trabajadores a las entidades gestoras desde 1 de enero

de 2010, no fue seguida de una modificación reglamentaria que actualizara y unificara los criterios de actuación de las entidades gestoras competentes (unificación que no se efectuó hasta el RD 772/2011). Ello llevó a que se produjeran disfunciones en el procedimiento, en particular, en la impugnación de las resoluciones sancionadoras que, a falta de una determinación exacta del órgano competente (como se había realizado en el ámbito de la TGSS respecto a las actas de liquidación señalando una unidad administrativa interna) fue asumido por las Direcciones Provinciales del INSS, SPEE o ISM.

Respecto a la **segunda instancia del procedimiento sancionador** por infracciones muy graves de trabajadores, la Instrucción de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social de 13 de abril de 2010, entendió que, para las infracciones muy graves en prestaciones que gestiona el INSS, frente a la resolución sancionadora se seguía la regla del artículo 96.2 de la LGSS, de modo que, en vez de dar recurso de alzada al Director General del organismo como superior jerárquico, se daba **pie de reclamación previa** ante la entidad gestora antes de la impugnación al Juzgado de lo Social, tal como se hacía con las resoluciones sancionadoras de las infracciones leves y graves del procedimiento especial.

Sin embargo, el SPEE siguió la pauta de la tramitación anterior, cuando el Jefe de la ITSS era el competente para resolver, y mantuvo el **recurso de alzada** a su inmediato superior jerárquico, la Dirección General del SPEE, y la revisión judicial del recurso contencioso-administrativo.

Durante el lapso de tiempo que duró la falta de adaptación reglamentaria, y ante la ausencia de criterio único para todas las entidades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, se dio tratamiento distinto a casos similares, lo que pone de manifiesto la falta de concepción y diseño global de la regulación llevada a cabo, precisamente en la única materia que perdura como competencia estatal.

La esperada reforma del Reglamento sancionador en el orden social en este punto se operó con la **nueva regulación del Capítulo VII** en la redacción dada por el **Real Decreto 772/2011**. Cambia el propio título del mismo que pasa a ser: «*Procedimiento sancionador por infracciones de solicitantes y beneficiarios de prestaciones*». No se refiere a sanciones de empresas reguladas en el artículo 4, aunque también son en adelante competencia de las entidades gestoras, sino solo a las de *trabajadores*.

Otorga en el artículo 37 la competencia para resolver todas las infracciones de trabajadores, solicitantes y perceptores, sean leves, graves o muy graves, a las Direcciones Provinciales del INSS, SPEE o ISM, unificando la *atribución*.

Desglosa, sin embargo, en el artículo 37 bis) el *procedimiento* para las leves y graves –no por acta de la ITSS sino, en todo caso, por escrito de iniciación, o de acuerdo con los antecedentes de la entidad gestora–, conservando la redacción del antiguo 37 y manteniendo su instrucción especial. El artículo 38 es de nueva redacción y se refiere a las infracciones muy graves, para cuya tramitación remite al artículo 18 bis) del propio Reglamento, es decir, la instrucción por la Jefatura de la Unidad Especializada de Seguridad Social de la ITSS.

En lo relativo a la segunda instancia sancionadora, la *opción entre reclamación previa a la jurisdicción social o recurso de alzada*, la nueva redacción del artículo 38 del Real Decreto 928/1998 dada por el 722/2011 no ha resuelto la cuestión claramente. El apartado 3 del 38, que regula solo las infracciones *muy graves de solicitantes o beneficiarios* –no las infracciones de empresas del nuevo art. 4–, remite al Capítulo IV de este Reglamento pero «sin perjuicio de lo previsto en el artículo 96.2 del texto refundido de la LGSS». El Capítulo IV regula el recurso de alzada, que se regirá por la Ley 30/1992 y cuya resolución «agota la vía administrativa». Es decir, parece que da opción a cualquiera de las dos vías.

El Real Decreto 772/2011 entró en vigor en 21 de septiembre de 2011 y, apenas dos meses después, en 11 de diciembre de 2011, comienza la vigencia de la *Ley 36/2011*, ordenadora de la jurisdicción social que dibuja un *escenario nuevo* al trasladar la revisión de la competencia sancionadora en el orden social a la jurisdicción social y no a la contencioso-administrativa.

La nueva Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social establece la competencia de esta, según el artículo 2 s) «En impugnación de actos de las Administraciones Públicas, sujetos a Derecho administrativo y que pongan fin a la vía administrativa, dictadas en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia de *Seguridad Social*, distintas de las comprendidas en el apartado o) de este artículo, *incluyendo las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en esta materia* y con excepción de las especificadas en la letra f) del artículo 3». Las comprendidas en el artículo 3 f) son las «actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas», que son excluidas expresamente de la jurisdicción social.

A los fines de acoger la materia sancionadora, también *se ha reformado en la nueva ley procesal el modo de acceder a ella, admitiendo las dos vías*. El artículo 69 titulado «Reclamación administrativa previa o agotamiento de la vía administrativa previa a la vía judicial social», establece que para poder demandar a las Administraciones «será requisito necesario *haber interpuesto reclamación previa a la vía judicial social, o, en su caso, haber agotado la vía administrativa, cuando así proceda*, de acuerdo con lo establecido en la normativa de procedimiento administrativo aplicable».

Con el nuevo marco legal, las entidades gestoras que han asumido la competencia sancionadora para resolver, no solo las actas de infracción a trabajadores o perceptores de las prestaciones que gestionan, sino también las practicadas a las empresas, aclaran en instrucciones internas los trámites a seguir.

En diciembre de 2011, el INSS dicta nuevas «Instrucciones para la aplicación de lo previsto en el Real Decreto 772/2011». En ellas, determina que las infracciones muy graves de *trabajadores* seguirán la vía de la reclamación previa ante el mismo órgano que resuelve, según lo dispuesto en el artículo 96.2 de la LGSS. En cambio, las infracciones a *empresas* seguirán sometidas a la vía administrativa y recursos de alzada ante la Dirección General del INSS, antes de su revisión jurisdiccional por el Juzgado de lo Social al haber entrado en vigor la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Por su parte, también en diciembre de 2011, el SPEE dicta nuevas Instrucciones en materia sancionadora y considera que las infracciones muy graves a trabajadores, por aplicación de la Ley 36/2011 al cambiar la vía impugnatoria judicial en materia sancionadora social, deben ser objeto de reclamación previa ante el mismo órgano que resuelve y no de recurso de alzada como hasta entonces. Entiende que lo dispuesto en el artículo 38.3 del Reglamento (en la redacción del 772/2011) sobre el régimen de recursos –que en realidad se refiere a las actas a empresas–, queda derogado por el rango superior de la Ley 36/2011 y, *a partir de la vigencia de esta norma el 11 de diciembre de 2011, las resoluciones sancionadoras por infracciones muy graves a solicitantes o beneficiarios por desempleo, dictadas por los Directores Provinciales del SPEE, dejan de ser recurribles ante el orden contencioso administrativo, pudiendo ser impugnadas en el orden social de jurisdicción, previa reclamación antes los propios Directores Provinciales*. Las Instrucciones no mencionan las sanciones a empresas porque por aplicación de la disposición transitoria segunda del Real Decreto 772/2011, se demora el ejercicio de las competencias sancionadoras en estas infracciones –las del nuevo art. 4 del RD 928/1998– hasta que el SPEE tenga los medios oportunos, estableciéndose mientras en la Jefatura de las Inspecciones.

El SPEE, que solo dicta instrucciones sobre las infracciones a trabajadores, utiliza un argumento distinto al del INSS para otorgar *fase de reclamación previa en vez de recurso de alzada, ya que entiende que se debe a que la Ley 36/2011 deroga lo regulado en el artículo 38 del Reglamento* y, por tratarse de revisión de la jurisdicción social, no procede la vía administrativa previa a lo contencioso como es el recurso de alzada (este argumento no valdría para las actas de infracción a empresas), sino la reclamación previa. *El INSS, en cambio, interpreta que en el nuevo artículo 38 del Reglamento, el inciso «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 96.2 de la LGSS», permite mantener que en las infracciones a trabajadores se mantiene la vía de la reclamación previa*, y en las del artículo 4 del Reglamento, o sea, las de empresas, se mantiene la vía administrativa y el recurso de alzada, sin entender que una norma derogue a la otra.

En definitiva, las infracciones en materia de Seguridad Social impuestas a *trabajadores* serán competencia de las entidades gestoras que gestionan la prestación, las muy graves instruidas por el Jefe de la Unidad Especializada de Seguridad Social y el resto por la propia entidad, y podrán ser objeto de reclamación previa ante el mismo órgano que haya resuelto, antes de la revisión judicial en el orden social de jurisdicción. *No cabe recurso de alzada, más por interpretación de las propias gestoras que por claridad del artículo 38.3 del Reglamento* cuyo inciso «El régimen de recursos de estas resoluciones es el previsto en el Capítulo IV de este Reglamento General, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 96.2 del texto refundido de la LGSS» no resulta unívoco.

Fuera de lo regulado en el artículo 38, como ya se ha estudiado más arriba, quedan las *infracciones a empresas* que, según el nuevo artículo 4 del Real Decreto 928/1998 modificado por el 772/2011, corresponde resolver también a las entidades gestoras, por la vía del Capítulo IV, otorgando recurso de alzada y, a partir de 11 de diciembre de 2011 fecha de entrada en vigor de la Ley 36/2011, a la jurisdicción social.

Por su parte, la nueva Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, en su artículo 69 reconoce ya esta doble vía de acceso a la misma, al establecer que para poder demandar será requisito necesario «haber interpuesto reclamación previa a la vía judicial social, o, en su caso, haber agotado la vía administrativa, cuando así proceda, de acuerdo con lo establecido en la normativa de procedimiento administrativo aplicable». El apartado 2 de este mismo artículo regula lo que puede entenderse una regulación del silencio administrativo estableciendo que, notificada la denegación de la reclamación o transcurrido un mes sin haber sido notificada la misma, o *desde que se entienda agotada la vía administrativa*, el interesado podrá formalizar *demanda en el plazo de dos meses ante el juzgado o la sala competente*. A la demanda se acompañará copia de la resolución denegatoria o documento acreditativo de la presentación de la reclamación o de la interposición o resolución del recurso administrativo, según proceda, uniendo copia de todo ello para la entidad demandada.

En resumen, el cuadro de competencias vigente en el momento actual es el siguiente:

Actas infracción				
Materia	Propuesta	Resolución 1. ^a instancia	Resolución 2. ^a instancia	Jurisdicción competente
Seguridad Social trabajadores	Jefe Unidad de la Seguridad Social	INSS en prestaciones del INSS	Resolución reclamación previa mismo órgano INSS	Juzgado de lo Social
		SPEE en prestaciones del SPEE	Resolución reclamación previa mismo órgano SPEE	
Seguridad Social empresas	Jefe Unidad de la Seguridad Social	TGSS en trámites relativos a TGSS	Resolución alzada Dirección Provincial TGSS	Juzgado de lo Social
		INSS en trámites relativos a INSS	Resolución alzada Dirección General INSS	
		Jefe Inspección en trámites relativos a SPEE	Resolución alzada Dirección General Ordenación de la Seguridad Social	
				.../...

Actas infracción				
Materia	Propuesta	Resolucion 1. ^a instancia	Resolucion 2. ^a instancia	Jurisdicción competente
.../...				
Extranjeros	Jefe Inspección	Subdelegación de Gobierno	Resolución re-posición, en su caso, por el mismo órgano	Juzgado Contencioso-Administrativo

Actas de liquidación	Propuesta	Resolucion 1. ^a instancia	Resolucion 2. ^a instancia	Jurisdicción
Con o sin infracción coordinada	Jefe Unidad de la Seguridad Social	Jefe Unidad Impugnaciones TGSS	Resolución alzada Dirección Provincial TGSS	Juzgado Contencioso-Administrativo

9. CONCLUSIONES

El procedimiento sancionador en el orden social, cuya regulación era precedente al Reglamento General de la potestad sancionadora y a las prescripciones y principios establecidos en la LRJ-PAC, se exceptuó de la aplicación directa de estas normas debido a su especialidad. Ha tenido desde entonces diversas formulaciones y reformas. El Real Decreto 396/1996 y el Real Decreto 928/1998 con diversas modificaciones, no han variado en lo fundamental la regulación anterior, en la que tiene trascendencia fundamental la fase de comprobaciones previas.

En un intento de trasladar el principio de separación de fases instructora y decisoria, se reguló un desdibujado órgano instructor del expediente, que fue anulado por el Tribunal Constitucional para las materias transferidas a las comunidades autónomas. La última reforma del Real Decreto 772/2011, en la materia estatal no transferida de Seguridad Social, atribuye por primera vez la competencia para instruir el expediente a un órgano permanente de la ITSS, la Unidad Especializada de Seguridad Social.

Una de las especialidades del procedimiento sancionador en el orden social es el hecho de regular de manera conjunta el procedimiento de liquidación de cuotas de la Seguridad Social, por lo que le afectan las disposiciones sobre recaudación de recursos del sistema. El exponente más importante de esta vinculación ha sido el tratamiento dado a las actas de infracción y liquidación por los mismos hechos.

Aunque en su inicio las competencias previstas en el procedimiento sancionador del orden social eran las relativas a todas las materias previstas en la Ley de Infracciones y Sanciones (laborales, de empleo, de cooperativas, de prevención de riesgos, de extranjería), finalmente, ha quedado como única competencia estatal la de las infracciones en materia de Seguridad Social, debido a los trasposos paulatinos de las otras a las comunidades autónomas.

Ha sido en esta materia de Seguridad Social donde se ha producido un verdadero baile de atribución de competencias a distintos órganos estatales, debido a la transformación de la propia AGE para adaptarse al desarrollo del Estado de las Autonomías.

En 1998 se atribuyeron las competencias sancionadoras y liquidatorias a órganos de la ITSS sin que estuviera previsto en su ley ordenadora. En 2010 se sustraen las competencias a la ITSS y se atribuyen, en parte, a las entidades gestoras de las prestaciones de Seguridad Social y a la Tesorería General, organismos que tampoco tienen prevista esa función en sus normas reguladoras. Con la reforma del Real Decreto 772/2011 se atribuyen nuevas competencias de Seguridad Social a los entes gestores, aunque se desconoce si el trasvase ha terminado. Esta última atribución en materia de Seguridad Social se efectúa para cada tipo infractor y bajo condición, vulnerando el más elemental principio de seguridad jurídica.

El cuadro competencial estatal de orden social, precisamente cuando solo mantiene el bloque de infracciones de Seguridad Social, queda atomizado y disgregado, repartido en órganos distintos sin especificación clara de la causa de atribución de la competencia. La indefinición daña las garantías del procedimiento porque hace muy complejo el conocimiento del órgano competente en cada caso. No se puede pensar en una potestad sancionadora desorganizada, no estructurada jurídicamente, sin competencias claramente asignadas y racionalmente distribuidas.

La sustitución de una Administración centralizada por otra múltiple como es la de un Estado autonómico es seguramente difícil, más cuando se ha realizado en un proceso constantemente abierto, *in fieri*, sin terminar, con continuas sentencias constitucionales que rectifican aspectos concretos, o reformas parciales legales y estatutarias. La distinción de la CE entre competencias en materia de legislación, o de ejecución de la legislación básica, ha dado lugar a fricciones y conflictos constantes.

Pero, por eso mismo, hace falta una visión muy clara de conjunto para reorganizar la AGE, y no resulta comprensible que en un sector del ordenamiento, el de la materia sancionadora en normas de Seguridad Social que tan esencial es para luchar contra el fraude al sistema, exista indeterminación, dispersión de competencias y falta de criterios unificados dentro del Ministerio, ahora llamado de Empleo y Seguridad Social. La Inspección de Trabajo, que tiene entre sus funciones la de investigar la prevención de riesgos, debería quizás ordenar poner ya un andamio en esta obra en construcción.