

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN EL ORDEN SOCIAL A LA LUZ DE LA NUEVA LEY ORDENADORA DEL SISTEMA DE INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL Y DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Eugenio Santa-Bárbara Martínez

*Licenciado en Derecho por la Universidad de Cádiz
Inspector de Trabajo y Seguridad Social*

EXTRACTO

En el presente artículo se analiza el procedimiento administrativo sancionador en el orden social a la luz de la nueva Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y de la entrada en vigor el 2 de octubre de este año de las Leyes 39 y 40/2015, de 1 de octubre. Del estudio efectuado se ponen de manifiesto determinadas necesidades de adaptación de la normativa especial a la general, en particular a nivel reglamentario, que, por un lado, corrija las distorsiones y descoordinaciones legislativas existentes, y por otro clarifique la regulación jurídica a partir de los pronunciamientos de juzgados y tribunales. Además, se pone en evidencia la dispersión de las competencias resolutorias existentes en este orden legal con las dificultades que ello conlleva.

Palabras claves: procedimiento sancionador social a revisión.

Fecha de entrada: 26-09-2016 / Fecha de aceptación: 18-11-2016

ADMINISTRATIVE SANCTIONING PROCEDURE IN THE SOCIAL ORDER IN LIGHT OF THE NEW LAW AUTHORISING OF THE INSPECTION OF WORK AND SOCIAL SECURITY, AND THE ENTRY INTO FORCE OF THE LAW OF COMMON ADMINISTRATIVE PROCEDURE OF THE PUBLIC ADMINISTRATIONS

Eugenio Santa-Bárbara Martínez

ABSTRACT

This article is focused on analysing the administrative sanctioning procedure in the social order, in light of the new Law 23/2015, of 21 of July, Authorising of the Inspection of Work and Social Security, and the entry into force in October the 2nd 2016, of the Laws 39 and 40/2015, of 1 October. The study undertaken reveals certain adjustment requirements of the special law into general law, particularly on regulations basis, which on the one hand correct the legislative distortions and the lack of coordination, and, on the other, clarify the legal regulation introduced by Courts and Tribunals. Furthermore, it reveals difficulties due to the dispersed responsive competencies.

Keywords: reviewing social order sanctioning procedure.

Sumario

- I. Introducción
- II. El procedimiento administrativo sancionador en el orden social como garantía del administrado
 1. Normativa reguladora
 2. La necesidad de expediente previo
 - 2.1. La actividad inspectora previa al procedimiento sancionador
 - 2.2. El acta de infracción
 - 2.3. La tramitación e instrucción del expediente
 - 2.4. La concurrencia con el orden penal: La suspensión del procedimiento
 - 2.5. El procedimiento de oficio
- III. La condición de interesado conforme a la nueva regulación
- IV. Las competencias resolutorias en el procedimiento administrativo sancionador en el orden social

I. INTRODUCCIÓN

El 23 de julio de 2015 entraba en vigor la nueva [Ley 23/2015, de 21 de julio](#), Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. La nueva ley es fruto del diálogo social y del acuerdo con las comunidades autónomas, y habla de la ITSS como sistema en el sentido de conjunto de principios legales, normas, órganos, personal y medios materiales, incluidos los informáticos. Intenta responder de este modo a la realidad sociolaboral actual, al modelo de Estado y desarrollo de las autonomías, y a la misión que como servicio público la ITSS tiene encomendada, para hacer de la misma una herramienta eficaz en defensa de los derechos de los trabajadores, de defensa del empresario y de la leal competencia, y de protección del sistema de Seguridad Social mediante la lucha contra el fraude, dotándola de los medios, la autonomía y la independencia necesarias para ello.

La nueva [Ley 23/2015, de 21 de julio](#), Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, acorde con las exigencias del mundo laboral en la sociedad actual y con su papel unificador del mercado de trabajo, bajo los principios de independencia, especialización y eficacia, igualdad de trato y no discriminación mediante una *aplicación homogénea de la normativa del orden social* (art. 20), atribuye en primer lugar a la ITSS el papel de vigilancia y control de las normas legales, reglamentarias y del contenido de los acuerdos y convenios colectivos, en los ámbitos del sistema de relaciones laborales, tanto individuales como colectivas; en materia de prevención de riesgos laborales; en el sistema de Seguridad Social, de seguridad social y de protección social; en el área de Empleo, colocación, formación profesional para el empleo y protección por desempleo, emigración y movimientos migratorios y en materia de trabajo de extranjeros; igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el empleo; Cooperativas y otras fórmulas de economía social, así como a las condiciones de constitución de sociedades laborales, y cuantas otras les sean atribuidas legalmente.

Junto a esta función propiamente fiscalizadora que le es propia a un órgano de inspección, la ley ahonda en la función social y de servicio público de la ITSS a través de sus capacidades y atribuciones en asistencia técnica y conciliación, mediación y arbitraje.

Para la consecución de estos fines, una de las mayores novedades de la ley es la concepción de la ITSS como organismo autónomo adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, dotado de personalidad jurídica propia y diferenciada de la del Estado y de capacidad de obrar, creando el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, al amparo de lo previsto en la [Ley 6/1997, de 14 de abril](#), de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, situando a los servicios de inspección en el ámbito de la Administración institucional y dotándola, por tanto, de mayor autonomía y descentralización funcional.

El modelo de la ITSS española sigue respondiendo a una concepción generalista y especialista del trabajo de los inspectores de Trabajo y Seguridad Social y de los ahora llamados subinspectores laborales, en sus dos escalas de Empleo y Seguridad Social, y de Seguridad y Salud Laboral. Así, se abarcan todas las competencias de vigilancia del orden social en conjunto y de forma especializada para tener un mejor conocimiento de la realidad laboral en el seno de la empresa, y se hace de forma integral e integrada, teniendo en cuenta, además, el carácter único y nacional de los cuerpos de la Inspección de Trabajo.

Por su parte, si bien existe una única dependencia orgánica respecto al Ministerio de Empleo y Seguridad Social a través de la subsecretaría, con una autoridad central, conforme al [Convenio 81 de la OIT](#), que encabeza el director general de la ITSS, existe una doble dependencia funcional respecto al Estado y las comunidades autónomas como consecuencia de la atribución de competencias ejecutivas a estas en materia laboral conforme al artículo 149 de la [Constitución española](#), lo que da lugar a una distribución plural de las competencias resolutorias en el procedimiento administrativo sancionador, como más adelante se verá.

II. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN EL ORDEN SOCIAL COMO GARANTÍA DEL ADMINISTRADO

1. NORMATIVA REGULADORA

La especialidad del orden social exige una dotación normativa independiente y específica sin perjuicio de la aplicación subsidiaria o complementaria de la normativa general, lo que se completa en cada comunidad autónoma con su normativa propia. Así lo ratifica la disposición adicional primera de la nueva [Ley 39/2015, de 1 de octubre](#) (BOE de 2 de octubre), del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuyo apartado 2 c) establece que se regirán por su normativa específica, entre otras, las actuaciones y procedimientos sancionadores en el orden social.

- [Ley 23/2015, de 21 de julio](#), Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuya disposición final primera modifica el artículo 48 de la [Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social](#) (LISOS).
- [Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- [Ley 36/2011, de 10 de octubre](#), reguladora de la jurisdicción social.
- [Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo](#), por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

- [Real Decreto 772/2011, de 3 de junio](#), por el que se modifica el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.
- [Ley 30/1992, de 26 de noviembre](#), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y [Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto](#), por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, que *han mantenido vigencia hasta la entrada en vigor el 2 de octubre de 2016 de la nueva [Ley 39/2015, de 1 de octubre](#) (BOE del 2 de octubre), del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, según disposición derogatoria única de la misma.*
- [Decreto 307/2010, de 15 de junio](#), por el que se determinan los órganos competentes para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social en Andalucía, entre otras. Así, disposiciones similares existen para las distintas comunidades autónomas con competencia transferida (art. 4.2 [RD 928/1998](#)).

La entrada en vigor de la nueva Ley Ordenadora de la ITSS obliga a la revisión del procedimiento administrativo sancionador en el orden social y las competencias sancionadoras de las muchas Administraciones implicadas, afectando sin duda a este marco normativo. No en vano, como más adelante se analizará, mediante la nueva redacción del artículo 48 de la LISOS efectuada por la disposición final primera de la [Ley 23/2015](#), sobre *atribución de competencias sancionadoras*, y la previsión contenida en la disposición adicional segunda, como más adelante se verá, se abren las vías para ello.

Por otro lado, se hace necesaria una revisión profunda de la LISOS, para lo que el ministerio puso en marcha un grupo de trabajo que estudió cada tipo infractor bajo la perspectiva jurisprudencial y de normalización jurídica, cuyas conclusiones son amplísimas tanto en cuanto a los tipos infractores vigentes y posible incorporación de nuevas infracciones administrativas, como de sujetos responsables, lo que, con la aprobación del reglamento de organización y funcionamiento que deben contener los estatutos del organismo estatal (art. 27.4 [Ley](#)), y una revisión del reglamento sobre procedimiento sancionador, completaría el marco normativo del sistema de inspección.

Dicha revisión debe ser estudiada igualmente al hilo de la publicación de la [Ley 39/2015](#), ya referida, y de la [Ley 40/2015, de 1 de octubre](#), de Régimen jurídico del Sector Público, que contiene en su capítulo III los principios de la potestad sancionadora de la Administración, en cuanto a que son leyes de aplicación subsidiaria en la materia.

La entrada en vigor de la nueva Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social obliga a la revisión del procedimiento administrativo sancionador en el orden social y las competencias sancionadoras de las muchas Administraciones implicadas, afectando sin duda a este marco normativo. Por otro lado, se hace necesaria una revisión profunda de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social

2. LA NECESIDAD DE EXPEDIENTE PREVIO

La imposición de sanciones en el orden social obliga a la tramitación de un expediente previo conforme dispone el artículo 2 del [Real Decreto 928/1998](#). Este expediente, con el cumplimiento de los plazos, trámites y requisitos oportunos, opera como herramienta de garantía jurídica para el administrado y para la propia Administración pública que lo incoa. Y todo ello, tal como establece la exposición de motivos de la norma, bajo los principios de celeridad y eficacia administrativas, «extremando las garantías de seguridad jurídica que merecen los ciudadanos».

El artículo 63.2 de la [Ley 39/2015](#) establece que «en ningún caso se podrá imponer una sanción sin que se haya tramitado el oportuno procedimiento». El artículo 70 añade que «se entiende por expediente administrativo el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla».

Con independencia de la autoridad competente para resolver, el procedimiento sancionador se iniciará siempre de oficio por acta de la ITSS, salvo el procedimiento de imposición de sanciones, leves y graves, a los solicitantes y beneficiarios de prestaciones a que se refiere la LISOS, que se iniciará por la entidad gestora, de conformidad con lo dispuesto en el capítulo VII del [Reglamento](#); y recaerá sobre quienes puedan resultar imputados a tenor de lo establecido en la LISOS, en la [Ley ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social](#), y en cualesquiera otras leyes del orden social (principio de legalidad), quedando sometidos al procedimiento sancionador los sujetos referidos por razón de las acciones u omisiones en que incurran tipificadas como infracción en las disposiciones del orden social (principio de tipicidad).

El artículo 25 de la [Ley 40/2015](#), sobre el *principio de legalidad* dispone que «1. La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en esta Ley y en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. 2. El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario».

2.1. La actividad inspectora previa al procedimiento sancionador

Es el conjunto de actuaciones realizadas por los integrantes de la ITSS destinadas a comprobar el cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convenidas en el orden social.

En cuanto al origen de las actuaciones inspectoras, el artículo 20.3 de la [Ley 23/2015](#), dispone que la ITSS actuará de oficio siempre, como consecuencia de orden superior, de orden de servicio derivada de planes o programas de inspección, a petición razonada de otros órganos, en virtud de denuncia o por propia iniciativa de los inspectores de Trabajo y Seguridad Social, con-

forme a criterios de eficacia y oportunidad, todo ello en los términos que reglamentariamente se determinen. En todo caso, la ITSS podrá hacer uso de toda la información disponible para la programación de actuaciones de inspección.

Cada vez más, este conjunto de actuaciones, en una Administración eficaz y eficiente, exigen una mayor y más adecuada labor de planificación previa y de coordinación con otras Administraciones públicas, algo en lo que la nueva Ley Ordenadora ha ahondado intentando dotar a la ITSS española de mayores recursos y herramientas en la lucha contra el fraude en aras de un trabajo programado, coordinado y eficaz (arts. 16 y ss. [Ley 23/2015](#)).

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá hacer uso de toda la información disponible para la programación de actuaciones de inspección

Un ejemplo claro de esta colaboración lo es el acceso al índice único notarial gracias al acuerdo con el Consejo General del Notariado, el acceso a información fiscal gracias a los acuerdos de colaboración con la Agencia Tributaria, o la información facilitada por juzgados y tribunales sobre datos con trascendencia para la actuación inspectora que no estén protegidos por el secreto sumarial.

En esta previsión legal de colaboración, tiene mucha importancia la colaboración y el suministro de información por parte de las autoridades, cualquiera que sea su naturaleza, los titulares de los órganos de la Administración General del Estado (AGE), de las Administraciones de las comunidades autónomas y de las entidades locales; los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales; las cámaras y corporaciones, colegios y asociaciones profesionales; las demás entidades públicas, y quienes, en general, ejerzan funciones públicas, estarán obligados a suministrar a la ITSS cuantos datos, informes y antecedentes que tengan trascendencia en el ámbito de sus competencias. Asimismo el apoyo, auxilio y colaboración por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, mediante el suministro de información o en actuaciones conjuntas. Dentro de esta colaboración, destaca igualmente la colaboración ciudadana, para lo que el Gobierno puso en marcha el [Plan contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, aprobado por Consejo de Ministros de 27 de abril de 2012](#), el llamado *buzón del fraude*, con la idea de que los ciudadanos, anónimamente, aporten información útil a la ITSS sobre supuestos presuntamente constitutivos de infracción al orden social, sin revestir la forma legal de denuncia, y que sirve de herramienta de planificación de actuaciones inspectoras para el jefe de la inspección provincial.

Pero, a pesar de todo ello, el medio mejor y más eficaz de actuación de la ITSS es la visita de inspección (*vid.* arts. 13 y 14 [Ley 23/2015](#) sobre facultades de los inspectores de trabajo y seguridad social y de los subinspectores laborales para el desempeño de su competencia), mediante la cual el funcionario actuante se lleva una impresión de primera mano, una foto fija, de la realidad de la empresa y del desarrollo de las relaciones laborales en la misma, así como, como no puede ser de otra manera, de las condiciones de seguridad y salud material en el centro de trabajo.

Luego vendrá la necesaria comprobación y examen documental para el conocimiento total de la situación de la empresa y trabajadores en el orden social, en materia de Seguridad Social, contratación laboral, condiciones de trabajo como jornada y salario, gestión de la prevención de riesgos laborales, igualdad y no discriminación, derechos de los representantes legales de los trabajadores, etc.

Así, el artículo 21 de la [Ley 23/2015](#) dispone que la actuación de la ITSS se desarrollará mediante visita a los centros o lugares de trabajo, sin necesidad de aviso previo; mediante requerimiento de comparecencia ante el funcionario actuante de quien resulte obligado, aportando la documentación que se señale en cada caso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13.3 c), o para efectuar las aclaraciones pertinentes; o en virtud de expediente administrativo, cuando el contenido de su actuación permita iniciar y finalizar aquella. Las actuaciones inspectoras podrán realizarse por uno o varios funcionarios y podrán extenderse durante el tiempo necesario, con los límites temporales que más adelante veremos. Igualmente la ITSS podrá actuar mediante comprobación de datos o antecedentes que obren en las Administraciones públicas. A tal efecto, podrá utilizar los datos o antecedentes que le suministren, incluso, otras Administraciones públicas de la Unión Europea.

Como garantía para el sujeto responsable y para que no se encuentre más tiempo del necesario sujeto a inspección (arts. 8 [RD 928/1998](#) y 21.4 [Ley 23/2015](#)), el conjunto de actuaciones no se pueden dilatar por tiempo superior a nueve meses, siempre y cuando esa dilación no sea imputable al sujeto a inspección o a las personas dependientes del mismo, previéndose la posibilidad de prórroga por otros nueve meses, con comunicación al sujeto inspeccionado, en caso de especial dificultad y complejidad, por obstrucción u ocultación por parte del inspeccionado, o cuando requiera cooperación administrativa internacional.

Igualmente, no se podrán interrumpir las actuaciones inspectoras por más de cinco meses salvo causa imputable al sujeto inspeccionado o personas de él dependientes, o cuando se constate la imposibilidad de proseguir la actuación inspectora por la pendencia de un pronunciamiento judicial que pueda condicionar el resultado de la misma.

Aclara la nueva [Ley 23/2015](#) que, cualquiera que sea el origen de la actuación inspectora conforme al artículo 20.3, el cómputo de los plazos establecidos en este apartado se iniciará a partir de la fecha de la primera visita efectuada o, en caso de requerimiento de comparecencia del sujeto inspeccionado, desde la fecha efectiva de la comparecencia, siempre que haya aportado la totalidad de la documentación requerida con trascendencia en la actuación inspectora. Lo contrario operaría como causa imputable al sujeto inspeccionado conforme a lo indicado en el párrafo anterior, y el tiempo de dilación hasta la total aportación documental no debería ser tenido en cuenta en el cómputo.

No se considerará incluido tampoco, en ningún caso, en el cómputo de los plazos, el tiempo transcurrido durante el aplazamiento concedido al sujeto obligado en los supuestos de formularse requerimientos de subsanación de incumplimientos previos por parte del órgano inspector.

La superación de los plazos de comprobación establecidos provoca la caducidad de las actuaciones inspectoras, decayendo la posibilidad de extender acta de infracción conforme a las mismas. La declaración de caducidad y la consideración de antecedentes de actuación inspectora de estas actuaciones ya «baldías» ha sido objeto de revisión por la Dirección General de la ITSS y dará lugar sin duda a la correspondiente revisión y regulación normativa. Así, ya la propia [Ley 23/2015](#) aclara que «las comprobaciones efectuadas en una actuación inspectora tendrán el carácter de antecedente para las sucesivas», en coherencia con lo dispuesto en el artículo 8 *in fine* del [Real Decreto 928/1998](#).

Hasta no hace mucho, el propio actuante extendía diligencia en el Libro de Visitas de la ITSS (desaparecido con la nueva [Ley 23/2015](#) conforme al art. 21.6) indicando que, caducadas las actuaciones previas iniciaba unas nuevas considerando como antecedentes las anteriores, hecho que reflejaba, en su caso, en el acta de infracción resultante.

Conforme señala la Dirección General de la ITSS en nota informativa, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a, del Tribunal Supremo, de fecha 6 de noviembre de 2012 (rec. núm. 3558/2011), ha practicado una interpretación decisiva del artículo 8.2 del [Real Decreto 928/1998](#). Así, conforme dispone la sentencia referida (FD 5.º), y de acuerdo con informe emitido por la Abogacía de Estado, la superación del plazo máximo de paralización de actuaciones inspectoras comprobatorias a que se refiere el artículo 8.2 citado ha de tener por fuerza las siguientes consecuencias:

- Necesidad de que se declare, por parte de la Administración, la caducidad de las actuaciones comprobatorias y archivo de estas, en aplicación del artículo 44.2 de la [Ley 30/1992](#). La caducidad debe declararse expresa y formalmente. Al no haber previsión normativa sobre la resolución de caducidad, por aplicación lógica y análoga al ordenamiento tributario, la competencia para dictar la resolución correspondería al jefe de la inspección provincial, o en su caso director de la dirección especial o director territorial. En la resolución de caducidad deberá acordarse además el archivo de actuaciones. Se trata de un acto administrativo que debe reunir los requisitos que la ley exige para ellos y como tal recurrible en alzada en el plazo de un mes ante el superior jerárquico de quien lo haya dictado, es decir, el Director general de la ITSS.
- En caso de no haber prescrito la infracción, procede incoar, en su caso, nuevas actuaciones de comprobación. Así, tal como expresamente permite el párrafo segundo del artículo 8 del [Real Decreto 928/1998](#), si no ha prescrito la infracción presuntamente cometida, «se podrán incoar nuevas actuaciones de comprobación referentes a los mismos hechos, y extender en su caso, las actas correspondientes». Tales actuaciones de comprobación solo serán nuevas, si se trata de otras distintas –incluso formalmente– a las previamente incoadas, que necesariamente estarán archivadas por caducidad. La Consulta de la Dirección General de la Inspección de Trabajo de 23 de diciembre de 2009, sobre los efectos de caducidad de las actuaciones ins-

pectoras, señalaba que «toda acta necesita de una actividad comprobatoria previa, también en el caso de los expedientes sancionadores caducados, por lo que habrá que iniciar actuaciones específicas para la nueva acta. Esta nueva iniciación debe efectuarse con conocimiento del sujeto responsable, sea por visita al centro de trabajo o por citación en las oficinas de la Inspección, constando preferentemente en el Libro de Visitas o de cualquier otro modo documental».

- Posibilidad de incorporar al nuevo procedimiento las actuaciones practicadas en el expediente anterior caducado, siendo obligatorio, no obstante, que en el acta de infracción quede constancia de la paralización y archivo producido y de la incoación de nuevas actuaciones previas de comprobación, justificando en el acta las razones por las que no resulta necesario, posible o conveniente repetir las actuaciones previas y justificar que ello no menoscaba los derechos del presunto infractor. Para ello, resulta necesario acreditar en el acta que este ha podido aportar lo que estime conveniente en su defensa.

2.2. El acta de infracción

El artículo 52.1 a) de la LISOS establece que el procedimiento se iniciará, siempre de oficio, por acta de la ITSS, en virtud de actuaciones practicadas de oficio, por propia iniciativa o mediante denuncia, o a instancia de persona interesada. En consonancia con ello, el artículo 63.1 de la Ley 39/2015 dispone que los procedimientos de naturaleza sancionadora se iniciarán siempre de oficio por acuerdo del órgano competente y establecerán la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, que se encomendará a órganos distintos.

Así, es precisamente el acta de infracción (junto al requerimiento o la paralización en caso de riesgo grave e inminente) una de las consecuencias de la actividad inspectora previa, constatado el incumplimiento en el orden social por parte de alguno de los sujetos considerados responsables por el artículo 2 de la LISOS, siendo el instrumento de inicio del procedimiento administrativo sancionador en el orden social y del necesario expediente sancionador, considerándose actuaciones comprobatorias previas al expediente todas las actuaciones comprobatorias anteriores (art. 13 RD 928/1998). El acta de infracción expedida por los inspectores de Trabajo y Seguridad Social o por los subinspectores laborales tiene la naturaleza de documento público, y gozan de presunción legal de certeza los hechos y circunstancias reflejados en el acta que hayan sido constatados por el actuante. Las actas estarán sujetas a control de calidad por el jefe de Inspección y de sus unidades especializadas (de Seguridad Social y de Prevención de Riesgos Laborales, en su caso).

En cuanto a la presunción legal de certeza, necesaria para el ejercicio eficaz de la actuación inspectora en el orden social, como se ha dicho, los hechos constatados que se consignen en un acta de infracción o liquidación tienen presunción de certeza. Y lo que no sean actas, esto es, informes, también la tienen, sin distinguo alguno en la norma.

Así, el artículo 53.2 de la LISOS ya establece que los hechos constatados por los referidos funcionarios de la ITSS que se formalicen en las actas de infracción observando los requisitos establecidos en el apartado anterior, tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos e intereses puedan aportar los interesados. El mismo valor probatorio se atribuye a los hechos reseñados en informes emitidos por la ITSS. Esta presunción legal de certeza de las actuaciones comprobatorias de la ITSS se materializa y concreta en el artículo 23 de la nueva Ley 23/2015. Antes, en la disposición adicional cuarta.2 de la Ley 42/1997, se señalaba que solo tenían presunción legal de certeza determinados informes de los del apartado 5, 6, 7, 8 y 11 del artículo 7 de la Ley 42/1997, pero el resto no. Ahora, con la nueva Ley 23/2015, se amplía a cualquier clase de los que se emitan por la Inspección.

Se añade por la nueva ley la cautela de que no se verá afectada la presunción de certeza por la sustitución del funcionario o funcionarios durante el periodo de la actuación inspectora, si bien se deberá comunicar en tiempo y forma a los interesados dicha sustitución antes de la finalización de aquella, en los términos que se establezcan reglamentariamente.

Por su parte, en cuanto al control de calidad de las actas de infracción, por un lado conforme al artículo 12.1 del Real Decreto 928/1998, como ya se ha dicho, los jefes de las inspecciones provinciales y de sus unidades especializadas podrán devolver las actas incompletas o defectuosas o que contraríen los criterios técnicos e interpretativos comunes establecidos para el desarrollo de la función inspectora, para que se corrija el defecto; en cualquier momento, dichos jefes podrán rectificar los errores materiales y de hecho y los aritméticos, de acuerdo con el artículo 105.2 (actual 109.2) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Por su parte, el apartado 2 de dicho precepto establece que, cuando como consecuencia del desarrollo de sus funciones se practicasen actas por los subinspectores de Empleo y Seguridad Social (ahora subinspectores laborales), serán supervisadas en cuanto a su corrección técnica por el inspector de Trabajo y Seguridad Social al que estén adscritos, que podrá devolverlas si se formularan incompletas, defectuosas o en contradicción con los criterios técnicos e interpretativos referidos en el apartado 1, para que se corrijan las deficiencias observadas, sin perjuicio del visado, si procediera. Procederá el visado de las actas de infracción y de liquidación extendidas por los subinspectores de Empleo y Seguridad Social en los supuestos que se determinen en la normativa dictada al amparo del artículo 8.4 de la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y constará en el acta que se notifique al presunto responsable. De la misma manera, como se indica más adelante, requerirá visado el informe ampliatorio extendido por el subinspector respecto a las alegaciones realizadas por el sujeto responsable en el procedimiento sancionador (art. 18 RD 928/1998).

Este control de calidad es compatible con la independencia técnica y funcional de los integrantes del sistema de inspección en la medida prevista legalmente para cada uno de ellos, algo que ha sido ratificado y mantenido por la nueva Ley 23/2015, manteniéndose, no obstante, la necesidad de visado de las actas de infracción y de liquidación por el inspector de trabajo bajo cuya dirección técnica actúen, conforme establece el artículo 14 *in fine* de la ley.

En cuanto al contenido de las actas de infracción, viene determinado por el artículo 14 del [Real Decreto 928/1998](#), en coherencia con el artículo 53.1 de la [LISOS](#), y se concreta en los siguientes extremos:

- Identificación del sujeto responsable y posibles responsables solidarios o subsidiarios conforme a la [LISOS](#).
- Hechos comprobados y medios empleados para ello (prueba), punto donde el actuante debe ser preciso y clarificador en cuanto a los elementos que constituyen el tipo infractor.
- Tipificación de los hechos. Infracción o infracciones presuntamente cometidos, preceptos vulnerados y calificación jurídica de los mismos (principio de tipicidad).
- Propuesta de sanción, graduación conforme a los criterios establecidos en el artículo 39 de la [LISOS](#), y por último cuantificación, teniendo en cuenta que si no se justifica y motiva la graduación de la sanción con base en los criterios legalmente establecidos, se tendrá que proponer la sanción en su tramo y cuantía mínima.
- Órgano competente para resolver. Identificación del funcionario y visado en las actas extendidas por los subinspectores laborales.
- Fecha del acta y cuantificación de perjuicios económicos a los trabajadores si los hubiere a efectos de formular demanda de oficio.

2.3. La tramitación e instrucción del expediente

- Las actas de infracción serán notificadas al presunto sujeto o sujetos responsables en el plazo de 10 días hábiles contados a partir del término de la actuación inspectora, entendiéndose por esta la de la fecha del acta. Esta fecha operará como *dies a quo* en la tramitación del expediente como más adelante se indicará. El posible incumplimiento del plazo de notificación de 10 días desde la fecha del acta de infracción, si bien estamos ante una irregularidad administrativa, no determina la nulidad o anulabilidad del acta, conforme a los artículos 62 y 63 de la [Ley 30/1992](#), en cuanto a que no le genera indefensión al sujeto sancionado, más aún cuando el procedimiento comienza a correr (en este caso en contra de la Administración) desde la fecha del acta, y que el plazo para formular alegaciones comienza a computarse, como se dice más adelante, desde la fecha de notificación, a cuyos efectos habrá que estar a las normas sobre notificación y práctica de la misma previstas en los artículos 58 y 59 de la [Ley 30/1992](#). En el mismo sentido se pronuncia el artículo 48.3 de la [Ley 39/2015](#).

A tal efecto, el número 5 del artículo 59 redactado por el número uno del artículo 25 de la [Ley 15/2014, de 16 de septiembre](#), de racionalización del Sector Público

y otras medidas de reforma administrativa (BOE del 17 septiembre), con la consiguiente entrada en vigor desde el 1 de junio de 2015 del Tablón Edictal Único, que obliga a las Administraciones a publicar en el BOE necesariamente cualquier anuncio, se facilitan las relaciones de la Administración y los administrados, con la consiguiente garantía y seguridad jurídica para ambas partes, para aquellos casos en que la notificación no se hubiera podido practicar por cualquier causa. Esta vía se confirma en los artículos 44 y siguientes de la nueva [Ley 39/2015](#).

- Se advirtiere al sujeto responsable de que podrán formular escrito de alegaciones ante el órgano instructor del expediente en el plazo de 15 días hábiles contados desde el siguiente a su notificación. Podrá ir acompañado de la prueba que estimen pertinente. En caso de no efectuar alegaciones, el acta de infracción podrá ser considerada propuesta de resolución, con los efectos previstos en los artículos 18 y 18 bis del [Real Decreto 928/1998](#).
- Las actas de infracción y las de liquidación por los mismos hechos se notificarán al presunto sujeto o sujetos responsables simultáneamente, pudiendo ser objeto de alegaciones conforme al procedimiento establecido para las actas de liquidación, de conformidad con lo previsto en el artículo 34 de este [Reglamento](#).
- El sujeto o sujetos responsables que formulen alegaciones frente al acta tendrán derecho a vista de los documentos obrantes en el expediente, sin más excepciones que las necesarias para asegurar la confidencialidad del origen de cualquier queja, de conformidad con el artículo 15 c) del [Convenio 81 de la OIT](#) y el artículo 12.1 de la [Ley 42/1997, de 14 de noviembre](#). Esta garantía está en sintonía con el deber de sigilo contemplado en el artículo 10 de la nueva [Ley 23/2015](#), según el cual los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (lo que incluye también al personal de estructura con funciones de apoyo de las oficinas de Inspección) considerarán confidencial el origen de cualquier queja de que conozcan, en el ámbito de la función inspectora, sobre incumplimiento de las disposiciones legales, lo que busca la protección de la figura del denunciante. Obviamente hablamos del denunciante formalmente considerado que interpone denuncia en el registro de entrada de la ITSS con el contenido y garantías exigibles, no así en el caso del *buzón del fraude* ya mencionado en este artículo.
- En caso de que el acta afecte a prestaciones, se comunica a la entidad gestora para la suspensión cautelar de las mismas.

Cuando el expediente sancionador versa sobre materia competencia de la comunidad autónoma, los órganos de tramitación e instrucción se deciden por la comunidad autónoma. En Andalucía, por ejemplo, el [Decreto 307/2010, de 15 de junio](#), por el que se determinan los órganos competentes para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social, distribuye las competencias resolutorias y por tanto de instrucción y tramitación de los expediente en función de las materias y cuantías entre las propias delegaciones territoriales de la comunidad autónoma dentro de la consejería competente en materia de empleo y al Servicio Andaluz de Empleo y a

las direcciones generales y consejeros. Justifica su exposición de motivos que el artículo 63.1.7.^a del Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a la comunidad autónoma, en el marco de la legislación del Estado, las competencias ejecutivas en materia de empleo y relaciones laborales, que incluyen, en todo caso, la potestad sancionadora por infracciones en el orden social en el ámbito de sus competencias.

En este caso, si no se formalizan alegaciones, se dicta propuesta de resolución por el órgano instructor. Si se formularan alegaciones, el instructor podrá recabar informe ampliatorio al actuante, quien lo emitirá en el plazo de 15 días. El informe ampliatorio es potestativo para el órgano instructor, siendo no obstante preceptivo si en las alegaciones se invocan hechos o circunstancias distintos a los consignados en el acta, por insuficiencia del relato fáctico de la misma, o indefensión por cualquier causa.

Es factible la apertura de un periodo de prueba, con audiencia al sujeto responsable por término de ocho días con vista de lo actuado y segundas alegaciones por término de otros tres días, cuando concurren o se invoquen hechos distintos a los consignados en el acta.

Cuando el acta verse sobre materias no transferidas a la comunidad autónoma, la tramitación, instrucción y resolución del expediente se llevará a cabo en el ámbito de la AGE. En este caso, la instrucción se atribuye al jefe de la unidad especializada de la Seguridad Social, finalizando el expediente con una propuesta de resolución al órgano competente para resolver. En aquellos casos en que la imposición de sanciones en el orden social en el ámbito de la AGE corresponda a los jefes de las inspecciones provinciales, y concurren en estos la doble condición de jefe de inspección provincial y jefe de unidad especializada de seguridad social, deberán asignar las funciones de instrucción y ordenación del expediente a un funcionario dependiente orgánicamente de la AGE.

La instrucción es similar a la de la comunidad autónoma. No obstante, si el acta de infracción se hubiere practicado por los mismos hechos que motiven acta de liquidación, la presentación de alegaciones o de recurso contra una de ellas se entenderá como formulado también contra la otra, salvo que expresamente se manifieste lo contrario, procediéndose en tal supuesto en la forma establecida en el capítulo VI del [Real Decreto 928/1998](#).

- El órgano competente para resolver debe dictar resolución motivada en el plazo de 10 días desde la finalización de la tramitación del expediente. La decisión será confirmar, modificar o dejar sin efecto la propuesta de sanción contenida en el acta, decidiendo igualmente sobre las sanciones accesorias propuestas. Serán motivos de anulación del acta la falta de requisitos imprescindibles de la misma para alcanzar su fin, o cuando dé lugar a la indefensión de los interesados y no se hubiera subsanado en la tramitación previa a la resolución.

El artículo 90.1 de la [Ley 39/2015](#), sobre especialidades en la resolución de procedimientos sancionadores, dispone, en la línea de lo anterior, que en el caso de procedimientos de carácter sancionador, la resolución incluirá la valoración de las

pruebas practicadas, en especial aquellas que constituyan los fundamentos básicos de la decisión, fijarán los hechos y, en su caso, la persona o personas responsables, la infracción o infracciones cometidas y la sanción o sanciones que se imponen, o bien la declaración de no existencia de infracción o responsabilidad.

Según el artículo 20.3 del [Real Decreto 928/1998](#), el plazo máximo para resolver los expedientes sancionadores por infracciones de orden social será de seis meses, que serán computados desde la fecha del acta hasta la fecha en que se dicte la resolución, produciéndose en caso de superación de dicho plazo la caducidad del expediente. Cuando concurren circunstancias excepcionales, podrá acordarse la ampliación de dicho plazo máximo, en los términos previstos en el artículo 42.6 de la [Ley 30/1992](#), de 26 de noviembre.

No se computarán dentro del plazo máximo para resolver las interrupciones por causas imputables a los interesados o motivadas por la suspensión del procedimiento a que se refiere este reglamento.

Desde la Dirección General de la ITSS se ha clarificado recientemente cuál debe ser el *dies a quem* en el cómputo del plazo de caducidad, en el sentido de si debía entenderse el de la fecha de la resolución o la de la notificación de la misma. Así, si bien el *dies a quo* para el inicio del cómputo del plazo de seis meses es el de la fecha del acta de infracción, como quedó expuesto más arriba, con los perjuicios que conlleva para la Administración que ve correr el plazo antes de hacer la notificación efectiva del acta, el criterio del *dies a quem* no estaba claro. Así, a partir de distintos pronunciamientos judiciales se introdujo por la disposición adicional única del [Real Decreto 1125/2001, de 19 de octubre](#), la redacción según la cual «el plazo máximo para resolver los expedientes sancionadores y liquidatorios por infracciones en el orden social [...] a los que se refieren los artículos 20.3 y 33.2 del Real Decreto 928/1998, será de seis meses, produciéndose en caso de falta de resolución la caducidad del expediente [...]». Las sentencias del Tribunal Supremo (Sala 3.ª) de 23 de febrero de 2010 y 7 de febrero de 2014 (dictada en recurso de casación en interés de ley), se pronuncian en el sentido de «en el significado poco concluyente que en sí misma tiene la expresión *falta de resolución*; pues si la eficacia de una resolución sancionadora está supeditada a su notificación (art. 57.2 de la Ley 30/1992), de suerte que el deber de resolver no queda plenamente satisfecho hasta que se practica esta, bien puede entenderse que la norma alude al emplearla a la resolución no solo dictada sino también notificada».

Este es el criterio finalmente adoptado por la Dirección General de la ITSS tras solicitar informe a la Abogacía del Estado, siendo el más prudente a la vista de las sentencias referidas, recomendando, en la medida de lo posible, que sea el criterio a adoptar por las comunidades autónomas en el ámbito de su competencia y que en las inspecciones provinciales se reduzcan al máximo los plazos para notificar las actas de infracción y dar traslado de los expedientes al órgano autonómico competente para resolver. En la actualidad, este es un tema que preocupa en la ITSS por

cuanto la dispersión de competencias resolutorias y la acumulación existente en algunas entidades de Seguridad Social como es la Tesorería General de la Seguridad Social, que resuelve un número importante de procedimientos sancionadores a instancias de la ITSS, pueda dar lugar a la caducidad masiva de procedimientos.

Parece deseable una modificación normativa del procedimiento, y ya que se toma la fecha de notificación de la resolución como *dies a quem* para resolver y computar los plazos de caducidad del procedimiento, que adopte la fecha de notificación del acta como *dies a quo*. Este criterio viene refrendado por el artículo 30.3 de la [Ley 39/2015](#),

Parece deseable una modificación normativa del procedimiento, y ya que se toma la fecha de notificación de la resolución como *dies a quem* para resolver y computar los plazos de caducidad del procedimiento, que adopte la fecha de notificación del acta como *dies a quo*

sobre cómputo general de plazos, según el cual, si el plazo se fija en meses o años, como es el caso, estos se computarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, y concluirá el mismo día en que se produjo la notificación.

Conforme al artículo 7.5 del [Real Decreto 928/1998](#), la caducidad declarada de un expediente administrativo sancionador o liquidatorio no impide la iniciación de otro nuevo con identidad de sujeto, hechos y fundamentos, cuando la infracción denunciada o la deuda imputada no hayan prescrito, se realicen nuevas actuaciones inspectoras y se practique nueva acta de infracción o de liquidación.

A efectos de prescripción de las infracciones, hay que tener en cuenta los plazos fijados por el mismo precepto legal, que, en consonancia con el artículo 4 de la [LISOS](#) establece la regla general de tres años desde la comisión de la infracción, y plazos específicos más amplios en materia de Seguridad Social y de prevención de riesgos laborales.

Operan como causas de interrupción de la prescripción, acorde con las normas generales, cualquiera de las admitidas en derecho; por acta de infracción debidamente notificada; por requerimiento o paralización; por iniciación del procedimiento de oficio; por actuación administrativa con conocimiento formal del sujeto pasivo tendente a la comprobación de la infracción o la deuda; por cualquier actuación del sujeto responsable que implique reconocimiento de los hechos constitutivos de la infracción o deuda; por interposición de reclamación o recurso; por traslado de culpa al órgano judicial o al ministerio fiscal.

- La resolución debe indicar los recursos, órganos y plazos de interposición que legalmente procedan, así como el importe, plazo, lugar y forma de ingreso de la sanción en periodo voluntario. Cuando el órgano resolutorio sea la TGSS, el INSS, el

ISM o el SPEE, remitirá copia al jefe de unidad de Seguridad Social que hizo la propuesta. De igual forma proceden los órganos de la comunidad autónoma en el ejercicio de su competencia resolutoria.

- Contra la resolución cabe recurso de alzada en el plazo de un mes desde su notificación ante el superior jerárquico, cuya resolución agota la vía administrativa. A los tres meses desde la interposición del recurso sin resolución expresa, se puede entender desestimado y queda expedita la vía jurisdiccional (silencio negativo).

Las resoluciones sancionadoras firmes en vía administrativa son inmediatamente ejecutivas.

2.4. La concurrencia con el orden penal: La suspensión del procedimiento

El *non bis in idem*: en los casos de concurrencia del procedimiento administrativo sancionador con actuaciones penales por los mismos hechos y fundamento en relación con el mismo sujeto responsable, se impone la prevalencia del orden jurisdiccional penal, a efectos de evitar la duplicidad de sanción en vía penal y administrativa. Así, el artículo 3.1 de la LISOS, sobre concurrencia con el orden jurisdiccional penal, establece que no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento.

De esta manera, cuando el funcionario actuante considere que los hechos que han dado lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador pudieran ser constitutivos de ilícito penal, remitirá al jefe de la ITSS informe con expresión de los hechos y circunstancias y de los sujetos que pudieran resultar afectados.

El artículo 17.3 de la Ley 23/2015, al tratar los deberes de colaboración de la ITSS, establece que si aprecia la posible comisión de un delito, la ITSS, por el cauce orgánico que reglamentariamente se determine, remitirá al Ministerio Fiscal relación circunstanciada de los hechos que haya conocido y de los sujetos que pudieren resultar afectados.

Así, si el jefe de la ITSS estimase la concurrencia de ilícito penal, lo comunicará al órgano competente para resolver, quien acordará, en su caso, la remisión del expediente al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo sancionador a que se refiere el capítulo III por los mismos hechos, hasta que el Ministerio Fiscal, en su caso, resuelva no interponer acción o le sea notificada la firmeza de la sentencia o auto de sobreseimiento que dicte la autoridad judicial.

Con la remisión del expediente administrativo sancionador, se solicitará de la autoridad judicial la notificación de la resolución que ponga fin al procedimiento, que se efectuará en los términos previstos en el artículo 270 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

También se suspenderá el procedimiento administrativo cuando, no mediando dicha comunicación, se tenga conocimiento de la existencia de actuaciones penales por los mismos hechos y

fundamento en relación con el mismo presunto responsable. El artículo 52.3 de la LISOS dispone que el Ministerio Fiscal deberá notificar, en todo caso, a la autoridad laboral y a la ITSS la existencia de un procedimiento penal sobre hechos que puedan resultar constitutivos de infracción. Dicha notificación producirá la paralización del procedimiento hasta el momento en que el Ministerio Fiscal notifique a la autoridad laboral la firmeza de la sentencia o auto de sobreseimiento dictado por la autoridad judicial.

La condena por delito en sentencia firme deja sin efecto el procedimiento administrativo sancionador a efectos de garantizar el cumplimiento del principio *non bis in idem*. Así, el artículo 3.3 de la LISOS establece que de no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, la Administración continuará el expediente sancionador con base en los hechos que los tribunales hayan considerado probados.

En todo caso, los hechos probados en sentencia firme vinculan al resto de órdenes, incluido el administrativo sancionador.

La modificación del Código Penal, dentro del marco del Plan contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, aprobado por Consejo de Ministros de 27 de abril de 2012, a través de la Ley Orgánica 7/2012, para los delitos contra la Seguridad Social, ha tenido una gran incidencia en el incremento del número de casos que, por actuaciones de la ITSS, terminan en la vía penal. Así, se modifican los artículos 307 y 311, y se introducen los artículos 307 bis y ter. Ello ha dado lugar a diversas instrucciones tanto de la Dirección General de la ITSS como conjuntas con los servicios jurídicos de la Seguridad Social, a efectos de establecer un marco de coordinación en el ámbito de los ilícitos penales contra la Seguridad Social, que pretenden dar criterios homogéneos para la valoración de los hechos supuestamente constitutivos de delito, la agilización del procedimiento y la adecuada comunicación entre Administraciones, algo que, a mi juicio, habría que llevar a la norma procedimental de alguna manera.

Por último, hay que tener en cuenta que la judicialización penal por posibles delitos contra la seguridad y salud de los trabajadores del artículo 316 del CP no afecta a la paralización de trabajos por riesgo grave e inminente, requerimiento o acta de liquidación de cuotas de Seguridad Social. En consonancia con ello, el artículo 3.4 de la LISOS dispone que la comunicación del tanto de culpa al órgano judicial o al Ministerio Fiscal o el inicio de actuaciones por parte de estos no afectará al inmediato cumplimiento de las medidas de paralización de trabajos adoptadas en los casos de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud del trabajador, a la efectividad de los requerimientos de subsanación formulados, ni a los expedientes sancionadores sin conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales del orden penal.

Una mención particular merece el efecto de esta preeminencia del orden penal sobre el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad y salud laboral en los casos de accidente de trabajo o enfermedad profesional, propuesto por la ITSS conforme al artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social, que, como es sabido, cuenta con una naturaleza *sui generis* entre indemni-

zatoria, sancionadora y prestacional sobre la que se han pronunciado los tribunales innumerables veces. Así, el actual [artículo 164 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, contiene el régimen jurídico del recargo, y el apartado 3 dispone que la responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.

Surge la duda acerca de si el conocimiento del asunto de base en el orden penal, es decir, del posible delito contra la seguridad de los trabajadores del artículo 316 del CP como consecuencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional, suspendería el procedimiento de imposición del recargo, de un 30 a un 50% de la prestación que del mismo se deriva, por parte del INSS. La fundamentación a favor de la suspensión estaría, más allá de que pueda haber una condena penal al mismo o distinto sujeto responsable del recargo, en la vinculación a los hechos probados en la sentencia penal, ya que lo que sirve de sustentación al recargo es la responsabilidad del empresario por incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales de los que traiga causa el accidente de trabajo o la enfermedad profesional, algo sobre lo que, con bastante probabilidad, va a tener que pronunciarse el juez penal.

El INSS ha adoptado el criterio mantenido por el Tribunal Supremo de no suspender aunque exista un procedimiento penal, y ello con base en la prevalencia del principio de celeridad así como por la falta de previsión legal al respecto ([STS de 17 de mayo de 2004 –rec. núm. 3259/2003–](#)). Así, con anterioridad, el artículo 16 de la [Orden de 18 de enero de 1996](#) preveía como causa de suspensión del procedimiento de imposición del recargo la existencia de algún procedimiento judicial en el orden penal por los mismos hechos. Según el Alto Tribunal, dicha previsión carece de un mandato legal que lo sustente, a falta del cual ha de prevalecer el principio de celeridad. Así, el [Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio](#), en cuyo desarrollo se dictó la citada orden, no contiene norma alguna que autorice la suspensión en la tramitación del expediente. Asimismo, rechaza que pueda entenderse como tal el artículo 3.2 de la LISOS, que considera referido exclusivamente al expediente sancionador propiamente dicho. Además de ello, se pronuncia el Tribunal Supremo en el sentido de que la cuantía del importe del recargo es compatible por mandato legal con las que puedan derivarse de la causa penal, y que no tienen por qué coincidir los sujetos, pues el responsable del recargo es la empresa y el reproche penal tiene por objeto sancionar conductas individuales ([SSTS de 25 de octubre de 2005 –rec. núm. 3552/2004–](#) y [18 de octubre de 2007 –rec. núm. 2812/2016–](#)).

Debería revisarse el régimen jurídico del recargo y en caso de litispendencia penal, suspender el procedimiento

Sin duda, el mantenimiento de esta tesis puede traer aparejadas situaciones injustas de alto coste económico ya que la apreciación del recargo comporta un deber de capitalización por parte del sujeto responsable de alto contenido económico en muchos casos. Me pregunto qué debe ocurrir si una vez recaída la resolución que impone el recargo es recurrida ante la jurisdicción de lo social conforme a la [Ley 36/2011](#) y se alega una litispendencia en el orden penal, teniendo en

cuenta que el artículo 4 de dicho texto legal establece que las cuestiones previas y prejudiciales serán decididas en la resolución judicial que ponga fin al proceso y que la decisión que se pronuncie no producirá efecto fuera del proceso en que se dicte. Asimismo, según el apartado 3, hasta que las resuelva el órgano judicial competente, las cuestiones prejudiciales penales suspenderán el plazo para adoptar la debida decisión *solo* cuando se basen en falsedad documental y su solución sea de todo punto indispensable para dictarla.

O el caso más grave de que impuesto el recargo y capitalizada la cantidad correspondiente al mismo, se prueba en vía penal que no hubo responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad. ¿Se reintegra el importe del recargo por desaparecer la premisa legal que lo sustenta?

Entiendo que debería revisarse el régimen jurídico del recargo y en caso de litispendencia penal, suspender el procedimiento para su imposición a la espera de lo que ocurra en dicha jurisdicción, aunque se soliciten por la entidad gestora las garantías y avales necesarios para la protección del trabajador y del propio sistema de Seguridad Social. Esta necesaria revisión del régimen jurídico del recargo pasaría también por resolver legalmente de una vez por todas la naturaleza jurídica del mismo, teniendo en cuenta que las últimas sentencias del Tribunal Supremo ([STS de 23 de marzo de 2015 –rec. núm. 2057/2014–](#), entre otras), se pronuncian a favor de su carácter prestacional, lo que favorece la tesis a favor de su posible aseguramiento, algo que continúa expresamente prohibido por el [artículo 164 de la LGSS](#).

2.5. El procedimiento de oficio

Una de las especialidades del procedimiento administrativo sancionador en el orden social es la iniciación del procedimiento de oficio ante la jurisdicción de lo social y el efecto que sobre el mismo tiene la interposición de demanda.

Su regulación la encontramos inicialmente en los artículos 6 y 19 del [Real Decreto 928/1998](#). Según el primero, y de conformidad con lo establecido en la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los inspectores de Trabajo y Seguridad Social podrán proponer al jefe de la inspección provincial o al jefe de la respectiva unidad especializada la formulación de demandas de oficio ante los juzgados de lo Social en la forma prevista por el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral aprobado por [Real Decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril](#). Esta remisión normativa hay que analizarla a la luz de la [Ley 23/2015](#) y de la [Ley 36/2011](#), de jurisdicción de lo social. Así, el artículo 22 de la nueva [Ley 23/2015](#) contempla en el apartado 14 como una de las medidas derivadas de la actividad inspectora, reservándolo a los inspectores de Trabajo y Seguridad Social, proponer a su superior jerárquico la formulación de comunicaciones y demandas de oficio ante la jurisdicción de lo social en la forma prevista en la [Ley 36/2011](#).

El artículo 19 del [Real Decreto 928/1998](#) establece que en los casos en que el acta de infracción se refiera a supuestos tipificados en los apartados 2, 6 y 10 del artículo 7 y en los apartados 2, 11 y 12 del artículo 8 de la LISOS, y concurren las circunstancias establecidas por el texto

refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (se entiende que porque se derivan de la misma perjuicios económicos para los trabajadores afectados), aprobado por el [Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril](#), podrá procederse en la forma establecida en el apartado anterior.

Los tipos contemplados en el artículo 7 apartados 2, 6 y 10 hacen referencia respectivamente a la transgresión de modalidades contractuales o fraude de ley; a la modificación sustancial unilateral de condiciones de trabajo o inaplicación de convenios colectivos; y a la imposición unilateral de condiciones inferiores de trabajo a las legales o convencionales. En todos estos casos el juez se deberá pronunciar, con carácter previo a la finalización del procedimiento sancionador, sobre el fondo de lo que se debate, es decir, sobre el fraude en la contratación, la modificación de condiciones de trabajo o la imposición unilateral de condiciones inferiores de trabajo.

Los tipos del artículo 8 apartados 2, 11 y 12 de la LISOS se refieren a supuestos de cesión ilegal de mano de obra; actos del empresario contrarios a la intimidad y dignidad de los trabajadores; y decisiones discriminatorias del empresario.

Asimismo, el mismo artículo en su apartado 1 dispone que cuando el acta de infracción haya sido objeto de alegaciones por el sujeto responsable con base en alegaciones o pruebas que puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora, el órgano instructor podrá proponer que se formalice demanda de oficio ante la jurisdicción de lo social que, de formalizarse, motivará la suspensión del procedimiento con notificación al interesado.

El artículo 19 en su texto actual fue redactado por el apartado diez del artículo único del [Real Decreto 772/2011, de 3 de junio](#), citado. El artículo 148 de la [Ley 36/2011](#) fue redactado en su versión actual por la [Ley 3/2012, de 6 de julio](#), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

No existe, como tampoco existió en sus redacciones anteriores, una coherencia en cuanto a los supuestos contemplados en el artículo 19 del [Real Decreto 928/1998](#), con los supuestos contemplados en el artículo 148 de la [Ley 36/2011](#).

Así, el artículo 148 de esta última establece los supuestos de inicio del procedimiento de oficio derivado de actas de la ITSS. El primer supuesto, del apartado a), parte de las certificaciones de las resoluciones firmes que dicte la autoridad laboral derivadas de las actas de infracción de la ITSS en las que se aprecien perjuicios económicos para los trabajadores afectados, lo que no afecta por tanto al procedimiento sancionador ni se encuentra contemplado en el artículo 19 citado.

El apartado c) sí toma como punto de partida las actas de infracción o comunicaciones de la ITSS acerca de la constatación de una discriminación por razón de sexo u otra causa, y en las que se recojan las bases de los perjuicios estimados para el trabajador, a los efectos de la determinación de la indemnización correspondiente. En estos casos, sí operaría la necesaria suspensión del procedimiento administrativo sancionador hasta la obtención de un pronunciamiento judicial firme sobre el fondo del asunto.

El apartado d), por su parte, se refiere a las comunicaciones de la autoridad laboral cuando cualquier acta de infracción o de liquidación levantada por la ITSS, relativa a las materias de Seguridad Social excluidas del conocimiento del orden social en

la letra f) del artículo 3, haya sido impugnada por el sujeto responsable con base en alegaciones y pruebas que, a juicio de la autoridad laboral, puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora. Realmente, este supuesto tampoco es coherente con el primer supuesto del artículo 19 aunque compartan el mismo fundamento, ya que la autoridad laboral (autonómica como es el caso de Andalucía) no es competente en materia de Seguridad Social, siendo los supuestos más habituales de negar la relación laboral en actas de infracción (y liquidación en su caso) por falta de alta en Seguridad Social, falsos autónomos, compatibilización de prestaciones por desempleo, etc., cuya competencia resolutoria corresponde a la TGSS, al SEPE o al propio jefe de la ITSS.

Urge una modificación de estas normas para conseguir la necesaria coordinación normativa en esta materia

Urge, por tanto, una modificación de estas normas para conseguir la necesaria coordinación normativa en esta materia. Por otro lado, por cuestión de jerarquía normativa, se puede entender que se mantienen los supuestos previstos en el reglamento en la medida en que no se oponen a los previstos en la disposición legal.

En todo caso, la admisión de la demanda producirá la suspensión del expediente administrativo.

Una vez comunicada la sentencia firme, se continuará la tramitación del expediente administrativo sancionador o liquidatorio, dictándose la correspondiente resolución, que respetará el pronunciamiento del orden jurisdiccional social sobre el fondo del asunto.

III. LA CONDICIÓN DE INTERESADO CONFORME A LA NUEVA REGULACIÓN

Una de las novedades de la [Ley 23/2015](#) es la forma en que aborda la condición de interesado tanto en la fase de investigación o comprobación inspectora (actuaciones inspectoras previas al procedimiento sancionador) como en el procedimiento administrativo sancionador propiamente dicho.

En cuanto a la fase previa al procedimiento sancionador, el nuevo artículo 4 de la [Ley 39/2015](#) considera interesado en el procedimiento administrativo en general a quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos; a los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte; y a aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya

recaído resolución definitiva. Lo completa añadiendo que las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la ley reconozca.

La [Ley 23/2015](#), en su artículo 20.4, sobre la acción de denuncia, concreta que el denunciante (formalmente considerado, lo que deja fuera el denunciante anónimo del *buzón del fraude*) no podrá alegar la consideración de interesado a ningún efecto en la fase de investigación (se entiende que conforme a los derechos que le reconoce el art. 53 [Ley 39/2015](#)), si bien tendrá derecho a ser informado del estado de tramitación de su denuncia, así como de los hechos que se hayan constatado y de las medidas adoptadas al respecto únicamente cuando el resultado de la investigación afecte a sus derechos individuales o colectivos reconocidos por la normativa correspondiente al ámbito de la función inspectora.

Por su parte, cumpliendo con una reivindicación tradicional de los sindicatos y fruto del diálogo social del que la nueva ley dimana, los representantes unitarios o sindicales de los trabajadores tendrán derecho a ser informados del estado de tramitación de las denuncias presentadas por los mismos en el ámbito de su representación, así como de los hechos que se hayan constatado y de las medidas adoptadas al respecto. Se da satisfacción así a esta demanda sindical pero concretándola y limitándola de forma precisa.

En cuanto al procedimiento administrativo sancionador se refiere, el artículo 20 citado regula, para el supuesto en que la denuncia diera lugar al inicio de un procedimiento sancionador, que el denunciante podrá tener, en su caso, la condición de interesado, en los términos y con los requisitos establecidos en el artículo 31 de la [Ley 30/1992, de 26 de noviembre](#) (referencia entendida con la nueva norma a los arts. 4, y 53 [Ley 39/2015](#)). En el mismo supuesto, se reconoce expresamente la condición de interesados en el procedimiento a los representantes de las organizaciones sindicales o representantes de los trabajadores, en su condición de titulares de los intereses legítimos que derivan de su representación.

IV. LAS COMPETENCIAS RESOLUTORIAS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN EL ORDEN SOCIAL

Como se apuntó al inicio de este artículo, la doble dependencia funcional de la ITSS, dada la atribución de competencias ejecutivas a las comunidades autónomas en materia laboral conforme al artículo 149 de la [Constitución española](#), unido a la amplitud de materias y organismos afectados en el orden social, incluso en el seno de la AGE, hace que la dispersión en materia resolutoria sea muy amplia, con independencia de que traigan origen común en las actuaciones de la ITSS y en el acta como documento de inicio del procedimiento, lo que provoca en más casos de los deseados distorsiones y efectos contrarios a los previstos. Piénsese que una misma actuación inspectora en materia de control de empleo sumergido puede dar lugar a varias actas de infracción por ejemplo por falta de alta de trabajadores en Seguridad Social,

por compatibilización indebida de perceptores por desempleo, de pensiones de Seguridad Social, o por extranjeros sin permiso de trabajo, dando lugar a la intervención de cuatro órganos resolutorios distintos como son el jefe de la Inspección Provincial de TSS, la Dirección Provincial de la TGSS, la Dirección Provincial del SEPE, la Dirección Provincial de la INSS o el ISM, y la subdelegación del Gobierno, con recurso ante sus respectivos superiores jerárquicos y con remisión al Ministerio Fiscal por posible delito contra la Seguridad Social en que deciden cinco órganos diferentes.

Así, la disposición final primera de la [Ley 23/2015](#) modifica el artículo 48 de la LISOS, redactándolo como sigue: «El ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las infracciones del orden social en el ámbito de la Administración General del Estado corresponderá al órgano competente, según lo que reglamentariamente se disponga». Esto se refrenda en el nuevo artículo 25.2 de la [Ley 40/2015](#) donde se establece que el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida por disposición de rango legal o reglamentario.

Esta distribución competencial se concreta actualmente en el artículo 4 del [Real Decreto 928/1998](#), que, reservando una competencia residual a los jefes de las inspecciones provinciales de Trabajo y Seguridad Social para los casos en que no se hayan atribuido normativamente las competencias para resolver a otros órganos, distribuye en materia de Seguridad Social las competencias resolutorias en el procedimiento administrativo sancionador en función de los tipos infractores, entre la TGSS, el INSS o el ISM, y el SPEE, amén de las actas de infracción y liquidación coordinadas y las actas de infracción por obstrucción, o de las competencias de las subdelegaciones del Gobierno en materia de extranjería atribuidas por su normativa específica.

Se abren cauces para, por vía reglamentaria, intentar racionalizar las competencias sancionadoras en el orden social

Además de ello, y como no puede ser de otra manera, según el apartado 2, el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las infracciones del orden social, cuando corresponda a la Administración de las comunidades autónomas con competencia en materia de ejecución de la legislación del orden social, se ejercerá por los órganos y con los límites de distribución que determine cada comunidad autónoma.

La potestad para acordar las sanciones accesorias establecidas en la ley corresponderá a quien la ostente para imponer las de carácter principal de las que deriven aquellas.

Por su parte, la disposición adicional segunda de la [Ley 23/2015](#), sobre estructura del Organismo estatal ITSS, contempla la posibilidad de crear por los estatutos del mismo una Oficina Nacional de Lucha contra el Fraude, dentro de cuyas funciones se le podrá encomendar la tramitación y, en su caso, resolución de los procedimientos sancionadores iniciados por la ITSS en el ámbito de las competencias de la AGE, de acuerdo con lo que se disponga reglamentariamente.

Se abren así vías para, por cauce reglamentario, intentar racionalizar las competencias sancionadoras en el orden social, al menos en lo que a la AGE se refiere, que posiblemente vaya por el camino de recuperar para el propio organismo estatal ITSS, y conforme a la estructura del mismo, algunas de estas competencias sancionadoras ahora en manos de otras Administraciones.