

## CUESTIONES A DEBATE...

(Temas propuestos y tratados por los asistentes a los Cursos y Seminarios sobre novedades o de actualización y perfeccionamiento laboral organizados por el CEF)

### ¿CÓMO ACTUAR FRENTE A UNA INSPECCIÓN DE TRABAJO? RECOMENDACIONES PRÁCTICAS PARA LA IMPUGNACIÓN DE ACTAS

GABINETE JURÍDICO DEL CEF

#### Extracto:

EL Centro de Estudios Financieros imparte desde hace 12 años el Curso de Perfeccionamiento y Actualización Laboral, dirigido a asesores laborales y profesionales del Derecho. En el marco de este curso tienen lugar una serie de ponencias de candente actualidad.

Se resumen aquí las preguntas más interesantes que se han planteado en las distintas ponencias celebradas entre empresas, abogados e inspectores de trabajo, sobre las distintas vías para impugnar un acta de la Inspección de Trabajo, con base en la normativa y en la práctica existente, así como teniendo en cuenta los pronunciamientos que han tenido lugar por los órganos judiciales de lo contencioso-administrativo.

Con la idea de hacer la *Revista de Trabajo y Seguridad Social* más viva, incluimos esta sección en la que recogemos resumidamente algunas de las cuestiones del Curso de Perfeccionamiento y Actualización Laboral.

**Palabras clave:** inspección de trabajo, procedimiento sancionador, actas de infracción y recursos.

# Sumario

- I. Impugnación por no ajustarse al procedimiento administrativo.
  1. ¿Cómo se puede recurrir un acta por el incumplimiento de los plazos legales por parte de la Administración?
  2. Si se produce por los motivos anteriores la caducidad del procedimiento, ¿es posible por los mismos hechos extender nueva acta de infracción?
  
- II. Impugnación por motivos materiales.
  1. Por no acreditar los hechos descritos en el acta. Requisitos de la presunción de certeza.
  2. Por falta de competencia de la Inspección de Trabajo para valorar cuestiones reservadas al juez de lo social.
  
- III. ¿Hay materias de especial vigilancia por parte de la Inspección de Trabajo?
  1. Campañas inspectoras.
  2. Actuaciones de la Inspección.

## I. IMPUGNACIÓN POR NO AJUSTARSE AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

### 1. ¿Cómo se puede recurrir un acta por el incumplimiento de los plazos legales por parte de la Administración?

#### 1.1. Por no respetar el plazo de nueve meses de las actuaciones comprobatorias.

Las actuaciones comprobatorias son las previas al procedimiento sancionador que se inicia mediante el acta de infracción. Se definen como el conjunto de actuaciones realizadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social destinadas a comprobar el cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y, en su caso, convencionales, en el orden social, por parte de los sujetos responsables.

Estas actuaciones tienen un plazo marcado: nueve meses.

En estos nueve meses la Inspección iniciará estas actuaciones mediante la visita a los centros o lugares de trabajo, o mediante requerimiento de comparecencia ante el funcionario actuante de quien resulte obligado, y podrá realizar todas las comprobaciones pertinentes.

Sin embargo, estas actuaciones tienen un régimen jurídico, en cuanto a plazos se refiere, que al depender del inspector, pueden convertirse en un motivo de impugnación con éxito para el administrado.

- **Momento de inicio del cómputo de los nueve meses.**

Podrían darse varias opciones:

- Desde que tiene entrada en el Registro de la Inspección la denuncia, o se comunica un incumplimiento.
- Desde la fecha en la que se asigna la orden de servicio.
- Desde que el funcionario actuante entra en contacto con el sujeto inspeccionado.

De estas opciones, hay que tener en cuenta el artículo 17 del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, que aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante ROFIT), que establece:

- a) Cuando la actuación se inicie mediante visita a centro o lugar de trabajo, el cómputo se iniciará a partir de la fecha de la primera visita efectuada, según diligencia extendida en el Libro de Visitas.
- b) Si la actuación comienza por requerimiento de comparecencia, el cómputo se iniciará desde la fecha de la efectiva comparecencia del sujeto obligado requerido con aportación, en su caso, de la totalidad de la documentación requerida, circunstancia que se reseñará en el Libro de Visitas.

- c) Si iniciada visita de inspección a un centro o lugar de trabajo no fuese posible concluir la comprobación por falta de aportación de los antecedentes necesarios, o por ausencia o negativa a declarar de persona afectada por las comprobaciones, el funcionario actuante podrá efectuar el requerimiento correspondiente, en cuyo caso el cómputo se iniciará desde el momento de la comparecencia en las condiciones señaladas en el párrafo anterior.

Por tanto, parece claro que el inicio del cómputo del plazo tendrá lugar cuando el funcionario entre en contacto con el administrado.

### **¿Podría considerarse que el cómputo del plazo de los nueve meses tiene que partir de la fecha de la diligencia en el Libro de Visitas?**

No tiene por qué. Ello es debido a que podría darse el caso de que no se dejara constancia en el Libro de Visitas. Pudiera ser que las actuaciones dieran lugar a un requerimiento o a un acta de advertencia.

Si bien la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, establece en su artículo 14.3 que «de cada actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el funcionario actuante extenderá diligencia en el Libro de Visitas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que debe existir en cada centro de trabajo a disposición de la misma con sujeción a lo que disponga la autoridad central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social», el incumplimiento de este requisito no determina la nulidad del procedimiento sancionador, salvo que se causase indefensión al administrado.

Sin embargo, sí es cierto que en la mayoría de los casos, será la fecha de la diligencia en el Libro de Visitas la que determinará el inicio de las actuaciones previas.

### **¿Qué ocurre si se produce el transcurso del plazo porque el sujeto inspeccionado no atiende a los requerimientos del inspector?**

Las dilaciones imputables al sujeto inspeccionado, o a personas dependientes del mismo, no computan a efectos del incumplimiento del plazo de los nueve meses. Es lógico, porque una negativa permanente a presentar la documentación no puede beneficiar a quien lo incumple.

Y para ello, cabe realizar una interpretación en el sentido de la sentencia del Tribunal Constitucional 197/1995, que establece que el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo, no enerva la obligación de suministrar datos legalmente exigibles, aunque puedan constituir prueba en contra del sujeto inspeccionado.

#### **• Momento de finalización del plazo de los nueve meses.**

La finalización de las actuaciones previas finaliza con el acta de infracción. La duda que se plantea es si hay que atender a la fecha del acta o a la fecha de la notificación del acta.

Es lógico pensar que si se acoge el criterio de la notificación al sujeto inspeccionado, es mayor el plazo, que a su vez, puede jugar favorablemente hacia el mismo, por la posibilidad de tratar de retrasar la efectiva notificación.

Sin embargo, debe ser este el criterio a tener en cuenta, ya que es cuando el sujeto conoce los hechos que se le imputan y, por tanto, el final de las actuaciones previas al procedimiento sancionador.

Hay que tener en cuenta que las actas deberán notificarse al sujeto infractor en el plazo de 10 días hábiles, contados desde el término de la actuación inspectora. Pero también es cierto que la notificación puede retrasarse, ante la ausencia del sujeto en la dirección a efectos de notificaciones, lo que puede dar alguna ventaja para dilatar algo el plazo de los nueve meses.

### *1.2. Por la interrupción (inactividad) de la Administración en las actuaciones previas por más de tres meses.*

La paralización en las actividades de comprobación por más de tres meses produce igualmente la caducidad del procedimiento. Por tanto, el sujeto inspeccionado puede alegarlo en el procedimiento sancionador.

A su vez, la Administración deberá demostrar que no ha existido tal paralización, mediante cualquier actuación que tenga por finalidad el esclarecimiento de los hechos sometidos a vigilancia y control de cumplimiento. Estas actuaciones pueden ser directas sobre el sujeto inspeccionado o indirectas, por ejemplo, recurriendo a otros órganos administrativos recavando información.

### **¿Puede la Inspección acreditar la no paralización de las actuaciones previas mediante la comprobación de hechos distintos al supuesto incumplimiento?**

Es posible que el inspector, con objeto de realizar alguna conducta activa decida requerir, por ejemplo, documentación de la empresa no relacionada con el incumplimiento. Por ejemplo, se trataría de que en un supuesto incumplimiento de prevención de riesgos, el inspector pidiera datos de cotización.

Pues bien, alguna sentencia que contempla este caso <sup>1</sup> ha establecido que la revisión documental solicitada no lo era a efectos de esclarecer las circunstancias del accidente de trabajo en cuestión, sino para indagar sobre la cotización de atrasos salariales. Por tanto, es obvio que unas actuaciones de comprobación de hechos distintos a los que motivan el acta de infracción, no han de servir para interrumpir el cómputo de los tres meses de paralización.

### *1.3. Por transcurso del período máximo del procedimiento administrativo sancionador (seis meses).*

El expediente sancionador debe resolverse en un plazo máximo de seis meses (art. 20.3 del RD 928/1998).

Hay que tener en cuenta que en estos seis meses, deben tener lugar una serie de actos administrativos que poco a poco pueden ir agotando el plazo. Así por ejemplo, dentro de estos seis meses, debiera tener lugar:

- La notificación del acta, en el plazo de 10 días hábiles, contados a partir del término de la labor inspectora (que será la propia fecha del acta).

<sup>1</sup> STSJ de Baleares (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 de enero de 2003, rec. núm. 1087/2000.

- Las alegaciones pertinentes, que se podrán efectuar por el sujeto en el plazo de 15 días hábiles, a partir del siguiente a su notificación. Conviene en todo caso realizar alegaciones, ya que si no se hicieran, continúa el procedimiento hasta dictar resolución, sin más interrupciones que el trámite de audiencia al presunto responsable.
- La solicitud de informes, si procediera. Así, si se han formulado alegaciones, el órgano competente para resolver podrá recabar informe ampliatorio, que se emitirá en 15 días, al inspector o subinspector que practicó el acta. Este informe será preceptivo si en las alegaciones se invocan hechos o circunstancias distintos a los consignados en el acta, insuficiencia del relato fáctico de la misma, o indefensión por cualquier causa.
- A su vez, si el expediente derivara de un acta visada por un inspector, el informe del subinspector que la practicó será objeto de conformidad por el inspector que visó el acta.
- Si se hubiesen formulado alegaciones, el órgano competente para resolver el expediente tendrá además que dar al supuesto responsable por término de ocho días con vista a lo actuado, siempre que de las diligencias practicadas se desprenda la invocación o concurrencia de hechos distintos a los reseñados en el acta, pudiendo formular nuevas alegaciones por término de otros tres días, a cuyo término quedará visto para resolución.
- La notificación de la resolución.

### ¿Desde cuándo y hasta cuándo se computa el plazo de seis meses?

El plazo empieza a correr desde la fecha del acta (como se deduce de los arts. 13 y 20.3 del RD 928/1998<sup>2</sup>), por tanto juega a favor del administrado el tiempo que la Inspección tarde en notificarla, así como el tiempo que transcurra hasta darse por notificado.

Por supuesto que las interrupciones por causas imputables a los interesados no computan para el transcurso del plazo (art. 20.3 del RD 928/1998).

El día de finalización del procedimiento sancionador no es la fecha de la resolución sancionadora, sino la fecha de notificación de la Resolución<sup>3</sup>.

### ¿Cabe la anulación de la Resolución por defectos en la notificación?

Sí, sin duda. Para no generar indefensión, deben realizarse dos intentos de notificación personal, antes de pasar a la notificación por edictos.

La regulación de la práctica de notificación se contiene en el artículo 59.2 de la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo Común. Concretamente se establece que «cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente este en el momento de entregarse

<sup>2</sup> Estos artículos dejan claro que se cuenta el plazo a partir de la fecha del acta:

- Artículo 13 del Real Decreto 928/1998: El procedimiento sancionador se iniciará de oficio, como resultado de la actividad inspectora previa, por acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social...
- Artículo 20.3 del Real Decreto 928/1998: Si no hubiese recaído resolución transcurridos seis meses desde la fecha del acta...

<sup>3</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12 de noviembre de 2001, rec. núm. 256/2000.

la notificación podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie pudiera hacerse cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes».

Algunas sentencias anulan la Resolución sancionadora por defectos en la notificación, intentos insuficientes de notificación, o acudir, por ejemplo, a la notificación por edictos sin haber agotado antes la notificación directa y personal <sup>4</sup>.

### ¿Cuándo se entiende producida la notificación si esta es infructuosa?

Cabe aquí fijar dos cuestiones:

- Cuándo debemos entender que el intento de notificación está debidamente acreditado.
- En qué momento queda cumplido el intento de notificación en caso de practicar la notificación por correo certificado.

Respecto a lo primero, y con arreglo a la doctrina del TS <sup>5</sup>, en cuanto a cómo debe entenderse la expresión «intento de notificación debidamente acreditado» es claro que con tal expresión la Ley se refiere al intento de notificación personal por cualquier procedimiento que cumpla con las exigencias legales contempladas en el artículo 59.1 de la Ley 30/1992, pero que resulte infructuoso por cualquier circunstancia y que quede debidamente acreditado. Intento tras el cual habrá de procederse a la notificación por edictos. Así, bastará para entender concluso un procedimiento administrativo dentro del plazo máximo que la ley le asigne el intento de notificación por cualquier medio legalmente admisible según los términos del artículo 59.1 de la Ley 30/1992, y que se practique con todas las garantías legales aunque resulte frustrado finalmente, siempre que quede debida constancia del mismo en el expediente.

En relación con la práctica de la notificación más habitual, la que se efectúa por medio de correo certificado con acuse de recibo, ha de señalarse que el mismo queda culminado en el momento en que la Administración reciba la devolución del envío de la notificación, al no haberse logrado practicar la misma por darse las circunstancias previstas de doble intento infructuoso de entrega o rechazo de la misma por el destinatario o su representante.

## 2. Si se produce por los motivos anteriores la caducidad del procedimiento, ¿es posible por los mismos hechos extender nueva acta de infracción?

Respecto a ello, el Reglamento de procedimiento de imposición de sanciones establece lo siguiente:

- La caducidad declarada de un expediente administrativo sancionador no impide la iniciación de otro nuevo con identidad de sujeto, hechos y fundamentos, cuando la infracción denunciada no haya prescrito, y mediante la práctica de nueva acta de infracción (art. 7.5 del RD 928/1998).

<sup>4</sup> Por ejemplo, la STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de julio, rec. núm. 1144/1997.

<sup>5</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 17 de noviembre de 2003, rec. núm. 128/2002.

- Siempre que no lo impida la prescripción, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá promover nuevas actuaciones de comprobación referentes a los mismos hechos y extender, en su caso, las actas correspondientes. Las comprobaciones efectuadas en las actuaciones inspectoras previas caducadas tendrán el carácter de antecedente para las sucesivas, haciendo constar formalmente tal incidencia (art. 8.2 del RD 928/1998).

Ello quiere decir básicamente que, tanto en los supuestos de caducidad de las actuaciones previas, como en los supuestos de caducidad del procedimiento administrativo sancionador, resulta necesaria la realización de nuevas actuaciones de comprobación.

Además, también queda claro que no puede llevarse a cabo una nueva acta de infracción en aquellos supuestos en los que la caducidad del procedimiento administrativo sancionador haya tenido como consecuencia la no interrupción de la prescripción de la infracción.

### **¿Cabe impugnar un acta por sustitución del inspector o subinspector que inició la actuación inspectora?**

Sí, siempre que dicha circunstancia no se haya comunicado al sujeto inspeccionado.

Así se deduce del artículo 18.1 del ROFIT:

Las actuaciones inspectoras se llevarán a cabo, hasta su conclusión, por los inspectores o subinspectores que las hubiesen iniciado. En caso de cese, traslado, enfermedad u otra causa concurrente en dichos funcionarios, su superior jerárquico podrá encomendarlas a otro funcionario, notificándolo al sujeto inspeccionado.

## **II. IMPUGNACIÓN POR MOTIVOS MATERIALES**

### **1. Por no acreditar los hechos descritos en el acta. Requisitos de la presunción de certeza.**

#### *1.1. ¿Es suficiente una descripción somera de los hechos constatados por el inspector o subinspector?*

En muchos casos no es suficiente. Ello radica en que el funcionario actuante ha de acreditar el incumplimiento, teniendo en cuenta que el administrado goza en principio, de la presunción de inocencia. Por tanto, la descripción de la conducta o de los hechos y las pruebas aportadas deben tratar de romper esa presunción de inocencia.

Si los hechos descritos no son de tal entidad como para describir una conducta prohibida o acreditar el incumplimiento de una obligación, o bien, no son suficientes para atribuir culpabilidad al supuesto responsable, debe primar su derecho constitucional a la presunción de inocencia.

Ello quiere decir que la actuación de la Inspección debe profundizar en la conducta del sujeto y, al mismo tiempo, definirla y aportar cuantos hechos constaten la existencia de los elementos del tipo de la infracción.

Además, esa conducta imputada al supuesto responsable debe estar tipificada en la Ley como infracción.

Una forma de recurrir un acta es precisamente aportar todos los elementos que el inspector no ha aportado, pero a favor del administrado. Por ejemplo, si un inspector deduce la existencia de un contrato de trabajo con falta de alta y cotización de una camarera en un bar, por el solo hecho de llevar una camiseta con el anagrama del bar, es oportuno que el supuesto empresario de la supuesta trabajadora aporte datos y hechos en su descargo por los que pueda demostrar que no se dan los elementos de la relación laboral (que son los elementos que debería haber aportado el inspector actuante), como la existencia de dependencia, poder de dirección, retribución, jornada <sup>6</sup>...

### 1.2. *¿Están dotados de presunción de certeza todos los datos que el inspector refleja en el acta?*

No. La presunción de certeza, reconocida en el TRLISOS <sup>7</sup> solo abarca a los hechos constatados por los funcionarios de la Inspección de Trabajo, por tanto, no están dotadas de presunción de certeza o de veracidad las opiniones, juicios de valor o calificaciones jurídicas subjetivas que haga el inspector.

La presunción de certeza solo abarca a los hechos. Además, contra tales hechos, cabe la prueba en contrario del administrado. Estos hechos, además, son solo aquellos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el inspector, o los inmediatamente deducibles de aquellos <sup>8</sup>.

### 1.3. *¿Cómo se puede destruir la presunción de certeza de los hechos constatados por el inspector?*

Por ejemplo, con un informe técnico. Imaginemos que un inspector aprecia un riesgo grave e inminente en la perforación de un terreno, al excavar pozos no entibados y acumulando materiales cerca. Los hechos constatados por el inspector pueden quedar desvirtuados por los informes técnicos presentados por la empresa que demuestren que los suelos reconocidos presentan características geotécnicas favorables para la ejecución de excavaciones sin que sea necesario el empleo de entibaciones.

En general, estos informes técnicos pueden ser elaborados por un colegio profesional, un colegiado, o un especialista acreditado y suponen un elemento más de juicio. Debe ser objetivo y basarse también en hechos y en consecuencias demostrables.

En casos de accidentes de trabajo con resultado de muerte, cabe además solicitar la autopsia del trabajador fallecido, para asegurar la causa del accidente. En un caso extremo, en el que se suponía que el trabajador había quedado electrocutado al manipular elementos eléctricos en una tormenta, se demostró que la causa del fallecimiento, en virtud de la autopsia practicada, había sido la fulguración producida por un rayo <sup>9</sup>.

<sup>6</sup> STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 15 de septiembre de 2004, rec. núm. 959/2002.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social) de 6 de julio de 2003, rec. núm. 1043/2004.

<sup>9</sup> STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 2 de julio de 2004, rec. núm. 459/2000.

## 2. Por falta de competencia de la Inspección de Trabajo para valorar cuestiones reservadas al juez de lo social.

### 2.1. La calificación de una relación como laboral por la Inspección de Trabajo.

La Administración no puede ejercer una función propia de la jurisdicción social, como es la declaración de una relación como laboral. Por tanto, en aquellos casos en los que un inspector levante un acta de infracción presuponiendo que una relación es de carácter laboral, deberá abstenerse de continuar con el procedimiento sancionador para cumplir con los requisitos previstos en el artículo 149 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) y en el artículo 9 del Real Decreto 928/1998, que regula el procedimiento sancionador, en virtud de los cuales:

- El artículo 149 de la LPL prevé el denominado «procedimiento de oficio», que se inicia en virtud de comunicación que deberá dirigir la autoridad laboral al Juzgado, cuando cualquier acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 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.
- El artículo 19 del Real Decreto 928/1998, a su vez desarrolla este procedimiento de la siguiente forma:
  - Cuando el acta de infracción haya sido impugnada por el sujeto responsable con base en argumentos y pruebas que razonablemente puedan desvirtuar la naturaleza jurídica de la relación objeto de la propuesta inspectora, el inspector de Trabajo y Seguridad Social podrá proponer al respectivo jefe de la Inspección Provincial o el órgano competente de la comunidad autónoma que se formalice demanda de oficio ante la Jurisdicción de lo Social que, de formalizarse, motivará la suspensión de la práctica del acta con notificación al interesado.
  - Las propuestas contendrán los requisitos generales exigidos para las demandas de los procesos ordinarios.
  - Si el respectivo jefe de la Inspección Provincial o la autoridad competente formulase demanda de oficio, observará en la misma los requisitos indicados acompañando copia del expediente sancionador, y suspenderá el procedimiento sancionador.
  - Una vez recaída sentencia firme y comunicada la misma, continuará la tramitación del expediente administrativo.
  - La autoridad competente, una vez haya tenido notificación de la sentencia firme derivada del procedimiento judicial social, ordenará que se continúe la tramitación del expediente administrativo sancionador y que el funcionario actuante elabore la correspondiente propuesta de resolución.

### ¿Qué ocurre si no se respeta este procedimiento y se continúa con la tramitación del acta?

Pues que el acta deviene nula, porque la Inspección de Trabajo no es competente para declarar la laboralidad de una relación.

### **¿Cómo deben ser las alegaciones del sujeto presuntamente responsable, frente a un acta en la que se declara una relación laboral?**

Este supuesto se enjuició en el caso de una sanción de multa por importe de 6.016 euros por haber contratado a un trabajador extranjero que carecía de permiso de trabajo en España <sup>10</sup>.

En el curso del procedimiento sancionador se alegó que no existía relación laboral ninguna entre el imputado y el trabajador extranjero, afirmándose incluso que ni siquiera lo conocía. Pese a ello la Administración incumplió el deber que establece el artículo 149.1 de la LPL.

El defensor de la Administración mantuvo que para que proceda remitir las actuaciones a la jurisdicción social no basta que se hagan simples alegaciones, sino que deben aportarse pruebas como especifica el precepto invocado, que se refiere a «alegaciones y prueba».

El debate se centró en torno a si es indispensable prueba de que no hay relación laboral, o basta una simple alegación en sentido negativo. El fiscal informó que, habiéndose impugnado el acta de infracción por la razón indicada, ello da lugar a que deba aplicarse el artículo 149.1 de la LPL, pues de no hacerlo, al resolver sobre la alegación la Administración ya está ejerciendo una función propia de la jurisdicción social. De ello se desprende que no es pertinente exigir que, además de alegar en este sentido, exista prueba de que la relación laboral no se ha producido.

Al final, el Supremo entendió que según los principios que inspiran nuestro ordenamiento, la Administración no debe decidir sobre la existencia de relación laboral, y estos son el espíritu y la finalidad del artículo 149.1 de la LPL. Por ello si se incumple este precepto, es conforme a derecho declarar la nulidad del acto sancionador.

#### *2.2. ¿Qué ocurre entonces en los casos de cesión ilegal de trabajadores o en otros casos que su enjuiciamiento corresponda resolver al orden social?*

Ocurriría lo mismo, y sería aplicable lo indicado en el punto anterior.

#### *2.3. ¿Y qué ocurre si por ejemplo la Inspección levanta un acta en materia de Seguridad Social, por falta de cotización, entendiéndose que no se ha cotizado por determinadas cantidades con base en la aplicación de un convenio colectivo aplicado erróneamente? ¿Tiene carácter vinculante para el juez de lo social el acto administrativo firme o la sentencia del orden contencioso que determina la aplicación de un convenio colectivo determinado, en lugar del que venía aplicando la empresa?*

En estos casos puede ocurrir una situación extraña. La Inspección de Trabajo y el juez de lo contencioso-administrativo pueden entender e interpretar que la empresa está aplicando mal un convenio colectivo y, en atención a ello, proceder a liquidar las cuantías que deberían haber sido cotizadas en la Seguridad Social.

<sup>10</sup> Supuesto resuelto por STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 8 de julio de 2004, rec. núm. 342/2003.

Sin embargo, esta interpretación no tendría carácter constitutivo, ni tendría efectos laborales para el trabajador que, por ejemplo, acude en juicio de despido al orden social. El juez de lo social no estaría vinculado por lo que en su caso hubiera decidido el juez de lo contencioso y tiene plena libertad para decidir qué convenio es el aplicable. Podría darse el caso de que el trabajador reclamara la aplicación del convenio que aplicó la Inspección o el juez de lo contencioso por ser más favorable para el cálculo de su indemnización y que el juez de lo social entendiera que esa interpretación es errónea.

Solo cabe la vinculación de los hechos probados por el juez de lo contencioso-administrativo al juez de lo Social, en materia de recargo de prestaciones, en lo relativo a la existencia de infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales, como establece el artículo 42.5 del TRLISOS; sin embargo, este precepto ha traído también algunos problemas en la práctica, al ser el orden Social el primero que dicta sentencia reconociendo o no el recargo, siendo la sentencia firme de lo contencioso muy posterior.

### III. ¿HAY MATERIAS DE ESPECIAL VIGILANCIA POR PARTE DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO?

#### 1. Campañas inspectoras.

En cuanto a la actuación de la Inspección de Trabajo, además de las denuncias, son típicas las campañas de inspección para comprobar el cumplimiento de determinadas obligaciones laborales, de Seguridad Social o de prevención de riesgos laborales. Muchas veces, son las propias empresas las que comentan una especial incidencia de las actuaciones inspectoras a que están sometidas, bien por el sector al que pertenecen (por ejemplo, construcción), bien por el tipo de contratos (temporales) que realizan, etc.

Sin perjuicio de los planes a nivel estatal y autonómico de la propia Inspección, en general, en los foros celebrados con los propios inspectores, abogados y empresas, sería posible elaborar una lista de aquellos temas sobre los que más inciden los inspectores de trabajo en sus visitas:

##### 1.1. Empleo y contratación.

1. Control de la temporalidad en la contratación. Especialmente sobre aquellas empresas en las que una gran parte o un alto porcentaje de la plantilla está vinculada a la empresa a través de un contrato temporal, especialmente de obra o servicio, o de carácter eventual.
2. Integración laboral de discapacitados. Especialmente en la comprobación del 2 por 100 de la plantilla reservada para discapacitados, o en la exigencia de las medidas alternativas.
3. Campaña «Falsos autónomos». Específicamente aquellas relaciones en las que la empresa utiliza la figura del autónomo para una relación en la que se dan las notas de laboralidad, con objeto de eludir el alta en la Seguridad Social, la cotización a cargo de la empresa, la aplicación de un convenio colectivo, o el régimen protector del despido. No obstante, teniendo en cuenta el nuevo Estatuto del Trabajo Autónomo y el régimen del nuevo «Trabajador autónomo económicamente dependiente

(TRADE)», destacándose que en esta norma (la Ley 20/2007, de 11 de julio), no aparece ninguna referencia a la actuación de la Inspección de Trabajo o respecto a nuevos incumplimientos de las empresas que se puedan catalogar como infracciones.

4. Campaña «Becarios». Especialmente sobre aquellas empresas que utilizan a becarios para realizar el mismo trabajo que cualquier trabajador, sin que predomine por tanto el carácter formativo y práctico que caracteriza a la figura de la beca, para eludir el alta en la Seguridad Social, la cotización a cargo de la empresa, la aplicación de un convenio colectivo, o el régimen protector del despido.

5. Cesión ilegal de trabajadores. Tanto en empresas aparentes como reales, que actúan de intermediarios en la contratación para otras empresas bajo la figura de las contratas.

6. Irregularidades en la subcontratación. Especialmente en el sector de la construcción, sobre todo después de la Ley 32/2006, de 18 de octubre.

7. Discriminación por razón de género. Especialmente en lo relativo a la aplicación de las obligaciones derivadas de la Ley de Igualdad (Ley 3/2007, de 22 de marzo).

8. Empleo sumergido y trabajo de extranjeros (control de autorizaciones, altas y liquidaciones, informes de arraigo laboral).

## *1.2. Seguridad Social.*

1. Encuadramiento de empresas y trabajadores.

2. Falta y diferencias de cotización.

3. Derivación de responsabilidad en materia de cotización.

4. Prestaciones indebidas (sobre todo en los casos de fraude por el beneficiario, o de connivencia entre el trabajador y empresario).

5. Colaboración con INSS, Tesorería y Servicio Público de Empleo Estatal (antiguo INEM).

## *1.3. Prevención de riesgos laborales.*

1. Campaña europea del amianto.

2. Gestión de la prevención (servicios de prevención, auditoras, empresas de formación preventiva).

3. Campaña «Empresas de mayor siniestralidad».

4. Campaña «Coordinación de actividades», a efectos del cumplimiento del Real Decreto 174/2004, sobre coordinación de actividades empresariales, en los casos de concurrencia de trabajadores de varias empresas (incluso autónomos) en un mismo centro de trabajo.

5. Campaña «Seguridad en la construcción».
6. Investigación de accidentes (muy graves, graves e indebidamente calificados como leves).
7. Colaboración con la Fiscalía de Siniestralidad Laboral en delitos laborales (en virtud del Protocolo marco de colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la Fiscalía General del Estado para la investigación eficaz y rápida de los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores y la ejecución de las sentencias condenatorias, firmado en Madrid, el 19 de septiembre de 2007).

## 2. Actuaciones de la Inspección.

De las actuaciones comprobatorias, en el ejercicio de sus funciones, los inspectores podrán instar:

- Requerimientos o actas de advertencia cuando no se deriven perjuicios directos a los trabajadores.
- Inicio de procedimientos sancionadores mediante la extensión de actas de infracción.
- Inicio de procedimientos liquidatorios por débitos a la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta, mediante la práctica de actas de liquidación.
- Inicio de procedimientos de oficio para la inscripción de empresas, afiliación y altas y bajas de trabajadores en el régimen correspondiente de la Seguridad Social.
- Inicio de procedimientos para el encuadramiento de empresas y trabajadores en el régimen de Seguridad Social que corresponda.
- Propuesta ante los organismos competentes para la suspensión o cese de prestaciones sociales si se constatase su obtención o disfrute en incumplimiento de la normativa que las regula.
- Propuesta ante el organismo competente del recargo de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional causados por la falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo.
- Propuesta de recargos o reducciones en las primas de aseguramiento de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en el caso de empresas por su comportamiento en la prevención de riesgos y salud laboral.
- Orden de paralización inmediata de trabajos o tareas por inobservancia de la normativa de prevención de riesgos laborales, de concurrir riesgo grave e inminente para la seguridad y salud.
- Comunicación a los organismos competentes de los incumplimientos que se comprueben en la aplicación y destino de ayudas y subvenciones para el fomento de empleo, formación profesional ocupacional y promoción social.
- Formulación de demandas de oficio ante la jurisdicción de lo social de acuerdo con la normativa aplicable.