

CÓMO AFRONTAR UNA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y CÓMO MANEJAR LOS INDICIOS DE LABORALIDAD Y RELACIÓN MERCANTIL

Especial referencia a las clínicas
odontológicas

Eugenio Lanzadera

Secretario General de la UDIMA

Profesor de Derecho del Trabajo y SS

Abogado

EL CONTRATO DE TRABAJO POR CUENTA AJENA

ES...El celebrado entre un trabajador que voluntariamente presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada **empleador o empresario**.

Notas del trabajador en la relación laboral:

- **Personal y voluntariedad:** El trabajador no es sustituible.
- **Dependencia:** Dentro del ámbito de organización y dirección del empresario (poder de dirección): Es el empresario quien marca “**qué hay que hacer**”, “**cuándo**”, “**cómo**” o “**dónde**”. Implica poder de vigilancia y poder disciplinario.
- **Ajeneidad:** El trabajador no hace suyos los frutos de su trabajo ni asume el riesgo del negocio). El trabajador pone a disposición del empleador, los productos elaborados o los servicios prestados.
- **Retribución:** **Salario pactado con los límites SMI y Convenio colectivo.** Fijada por el empleador, con arreglo a un criterio que guarde una proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracteriza a la actividad empresarial o al ejercicio libre de las profesiones. El trabajador no percibe su retribución de los clientes, sino del empleador.

NOTAS DEL EMPLEADOR: Personas físicas o jurídicas, o comunidades de bienes, que reciben la prestación de trabajo de un trabajador.

Empleadores en el ámbito de las clínicas de odontólogos (CTI 79/2009):

→ Establecimientos sanitarios ambulatorios u hospitalarios privados de carácter general que cubren los servicios necesarios para su funcionamiento:

- Vía concierto con sanidad pública
- Propiedad de sociedades médicas

→ Establecimientos sanitarios especializados -clínicas dentales- (Aportan los locales, el personal auxiliar y administrativo y la infraestructura del negocio).

→ Consultas médicas cedidas o alquiladas directamente por los establecimientos sanitarios a profesionales sanitarios.

→ Profesionales que realizan su actividad de forma fragmentada entre su propia consulta y otro establecimiento sanitario con dedicación parcial, muy escasa.

EMPLEADOR: SOCIEDADES PROFESIONALES

- **No son empleadoras** de los profesionales (socios) que en ellas trabajan.
- Su **objeto social** es el ejercicio común de una actividad profesional, cuando los actos propios de la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente.

AUTONOMOS: CAMPO DE APLICACIÓN FAMILIARES (REGLA GENERAL)

Están incluidos en el RETA:

- Trabajadores **mayores de 18 años**, que, de forma habitual, personal y directa, realizan una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción a contrato de trabajo.
- **Cónyuge y familiares** hasta el segundo grado inclusive por consanguinidad, afinidad y adopción que colaboren con el trabajador autónomo de forma personal, habitual y directa **y no tengan la condición de asalariados (no tengan Independencia económica)**.

AUTONOMOS COLABORADORES: Requisitos para estar en RETA

- **Familiares directos:** cónyuge, descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción.
- Ocupados en su centro o centros de trabajo de **forma habitual**.
- **No debe tratarse de una colaboración puntual** (pues no se cumpliría el requisito de la habitualidad). Ahora bien... OJO! Es muy subjetivo deslindar cuando es habitual o no una colaboración.
Puntual=Esporádica.
- Que convivan en su hogar y estén a su cargo (**Dependencia económica**)
- Que no estén dados de alta como trabajadores por cuenta ajena.

REGLA ESPECIAL: FAMILIARES DE AUTONOMOS EN EL REGIMEN GENERAL (POR CUENTA AJENA)

- Que tengan carácter asalariado (independencia económica, patrimonio separado, fuera de la unidad familiar, nómina y salario).

Art. 40.1 Reglamento de Altas y Bajas (RD 84/1996): Para la afiliación y el alta de los **familiares del empresario** que reúnan los requisitos exigidos para su inclusión como trabajadores por cuenta ajena (...) además de la documentación prevista con carácter general, se acompañará una **declaración del empresario y del familiar en la que se haga constar la condición de éste como trabajador por cuenta ajena en la actividad que da lugar al encuadramiento en el correspondiente Régimen, su categoría profesional, puesto de trabajo, forma y cuantía de la retribución, centro de trabajo, horario del mismo y cuantos otros datos o circunstancias resulten precisos al efecto, pudiendo requerirse por la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma, en su caso, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.**

REGLA ESPECIAL: FAMILIARES DE AUTONOMOS MENORES DE 30 AÑOS

- **Excepción de la excepción: Familiares de Autónomos menores de 30 años** - No es necesario la declaración de asalariado para estar en el Régimen General (Art. 40.2 RD 84/1996):

“... cumplida la edad indicada, para que tales familiares puedan continuar incluidos como trabajadores por cuenta ajena en el régimen de la Seguridad Social que corresponda, será necesario presentar la referida declaración en el plazo de los 30 días naturales siguientes al del cumplimiento de dicha edad.

En estos supuestos, los hijos que convivan con los trabajadores autónomos no cotizarán por la contingencia de desempleo hasta que cumplan la edad de 30 años”.

REGLA ESPECIAL: FAMILIARES DE AUTONOMOS MENORES DE 30 AÑOS

- **Disp. Adic décima Ley 20/2007 (Estatuto del Autónomo en la redacción Ley 27/2009): Opción entre el RETA y el RG**

Los trabajadores autónomos **podrán** contratar, como **trabajadores por cuenta ajena**, a los hijos **menores de treinta años**, aunque convivan con él. En este caso, del ámbito de la acción protectora dispensada a los familiares contratados quedará excluida la cobertura por desempleo.

Se otorgará el **mismo tratamiento** a los hijos que, **aún siendo mayores de 30 años, tengan especiales dificultades para su inserción laboral**. A estos efectos, se considerará que existen dichas especiales dificultades cuando el trabajador esté incluido en alguno de los grupos siguientes:

- a) Personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual**, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al **33 por 100**.
- b) Personas con discapacidad física o sensorial**, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al **65 por 100**.

FAMILIARES DE AUTONOMOS NUEVAS ALTAS EN RETA - BONIFICACIONES

Bonificaciones por nuevas altas de familiares colaboradores de trabajadores autónomos (a partir Ley 3/2012)

El **cónyuge, pareja de hecho y familiares** de trabajadores autónomos por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, que se incorporen como nuevas altas al RETA, y colaboren con ellos mediante la realización de trabajos en la actividad de que se trate, a partir de la entrada en vigor de esta Ley (8-7-2012), **tendrán derecho a una bonificación durante los 18 meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta, equivalente al 50%** de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima el tipo correspondiente de cotización vigente en cada momento en el Régimen Especial de trabajo por cuenta propia que corresponda.

Pareja de hecho: Análoga relación de afectividad a la conyugal, no hallarse impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. Certificado de inscripción en el Registro de parejas de hecho.

PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD (Lo importante no es la forma, sino el contenido).

Art. 8.1 ET: “El contrato de trabajo se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otro, y el que lo recibe a cambio de una retribución de aquel”.

Relevancia práctica de que la relación sea laboral

Trabajador	Profesional Autónomo
<ul style="list-style-type: none">➤ Alta y cotización en el RGSS➤ Sujeto al marco regulador del ET➤ Garantías del salario: (CC/SMI, inembargabilidad, privilegios...).➤ Límites a la extinción: IndemnizaciónCobertura de AT/EP. Aseguramiento obligatorio➤ Tributa como RT	<ul style="list-style-type: none">➤ Alta y cotización en el RETA➤ Sujeto al Derecho Civil/Mercantil➤ Contraprestación del servicio no sujeto a garantías especiales.➤ Indemnización en los términos pactados➤ Cobertura opcional de AT/EP: Régimen distinto al RGSS➤ Tributa por actividades profesion.

Paralelismo entre el Trabajo por cuenta propia (autónomo) y el Trabajo por cuenta ajena (trabajador) a través de indicios (SSTS 10-7-2007 y 7-11-2007)

Por la organización del trabajo:

Trabajador

- Subordinación a las órdenes e instrucciones del empleador.
- Sujeción a jornada (anual, semanal, diaria) y Horario.
- Descanso semanal, festivos, vacaciones y permisos retribuidos.
- Objeto: Trabajar en las condiciones y forma indicada por el empleador.
- Ausencia de organización empresarial.

Profesional Autónomo

- Realiza el trabajo con autonomía, sólo sujeto a las condiciones de ejecución.
- Solo sujeto a lo pactado y al horario de apertura donde preste servicios.
- No retribución de descansos, vacaciones y permisos.
- Consecución de un resultado pactado en el contrato mercantil.
- Organización empresarial propia.

Paralelismos...Por la ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO: AUTÓNOMO

Trabajador

- **No define el trabajo a realizar, ni marca el precio o valor del mismo.**
- **El plazo de realización del trabajo está condicionado a la jornada**
- **Trabaja para otro.**
- **No se apropia del resultado.**
- **Ausencia de organización empresarial**
- **No participa en las relaciones de mercado.**

Profesional Autónomo

- **Define el trabajo a través del contrato civil/mercantil y marca el precio del servicio.**
- **Plazo y condiciones de ejecución definidas en el contrato.**
- **Trabaja para sí mismo.**
- **Se apropia de los frutos o rentas obtenidos.**
- **Organización empresarial propia**
- **Fija las tarifas o precios del trabajo y selecciona clientela.**

Paralelismos...POR LA PROPIEDAD DE LOS MEDIOS DE PRODUCCIÓN:

El **trabajador** no es propietario de los medios de producción, ni tiene la disponibilidad de los mismos (por ejemplo, por alquiler o título similar).

Trabajador

- No asume la organización de sus recursos
- No es propietario ni tiene disponibilidad de los medios de producción.
- No son suyas las herramientas de trabajo, ni se encarga del mantenimiento y conservación.
- Ropa de trabajo facilitada por el empleador.

Profesional Autónomo

- Es propietario y tiene disponibilidad sobre los medios de producción.
- Herramientas y útiles de su propiedad.
- Mantenimiento y conservación de su propia cuenta.
- Transmisibilidad a terceros
- Ropa de trabajo propia

Paralelismos... POR LA FORMA DE RETRIBUCIÓN

Trabajador

- No corre con el riesgo de su trabajo (ni con la imposibilidad de su ejecución).
- Su retribución básica (por unidad de tiempo) está asegurada.
- Ello no obsta a que perciba incentivos de producción, comisiones, etc.

Profesional Autónomo

- Recibe la prestación económica pactada en el contrato mercantil, normalmente, a tanto alzado.
- Corre con el riesgo de imposibilidad de ejecución
- No tiene garantizada la retribución, si el trabajo no se realiza en los términos o en el plazo pactados en el contrato.

➤ En el caso de las **profesiones liberales**, son indicios contrarios a la existencia de laboralidad, la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas o la percepción de iguales o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes (STS 22-1-2001).

Son **indicios** a favor de la laboralidad, la percepción de una retribución garantizada (STS 7-6-1986) o de una cantidad mínima por el número de asegurados atendidos o atendibles (STS 20-9-1995).

Paralelismos...Por la RESPONSABILIDAD EN EL INCUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN:

Trabajador

- Sometido al poder de dirección y al poder disciplinario del empleador, quien le puede sancionar de acuerdo al ET o al convenio colectivo aplicable, pudiendo llegar al despido disciplinario.
- La sanción disciplinaria nunca puede llegar a la multa de haber
- Responsabilidad civil frente a terceros conjunta con el empleador.

Profesional Autónomo

- Percibe la cantidad pactada siempre y cuando la prestación haya sido realizada en los términos previstos, sujetándose la condición del pago a la realización del servicio, en función de lo pactado en el contrato civil o mercantil.
- Corre con el riesgo de imposibilidad de ejecución.
- Responsabilidad directa y exclusiva (normas deontológicas).

▶ Algunas de las notas que apuntan a un trabajo autónomo, por dejar prácticamente inexistente la “dependencia” no son determinantes, siempre y cuando el resto del marco contractual, no implique una subordinación al empleador (STS 11-12-1989).

Ejemplos reales en el marco de una clínica odontológica: PRONUNCIAMIENTOS A FAVOR DE LA LABORALIDAD

Grupo de Sentencias del Tribunal Supremo, para el caso de la clínica-franquicia, a raíz del procedimiento de oficio: *Médicos-odontólogos, que prestan servicios para clínica dental bajo el nombre comercial de ..., en virtud de contrato de FRANQUICIA. Reitera doctrina (entre otras de las SSTs. 19 de junio de 2007 -rec. 4883/2005-, 10 de julio de 2007 -rec. 1412/2006-, 27 de noviembre de 2007 -rec. 2211/06-, 12 de diciembre de 2007 -rec. 2673/06-, 12 de febrero de 2008 -rec. 5018/05- y 27 de noviembre de 2008 -rec. 3599/06-).*

- **STSJ de Cataluña de 12-4-2011**, Social, rec núm. 542/2011 (Ratificada por Auto TS 31-1-2012, rec núm. 1919/2011).
- **STSJ de Andalucía/Sevilla de 24-11-2011**, Social, rec núm. 2186/2009 (Ratificada por STS 28-2-2012, rec núm. 1916/2011).
- **STSJ de Castilla y León/Valladolid, Social**, de 23-7-2010, rec núm. 1229/2010 (Ratificada por Auto TS 18-5-2011, rec núm. 3547/2010. Procedimiento de oficio)
- **STSJ de Cataluña de 3-12-2010**, rec núm 3439/2009, (Ratificada por Auto TS 15-3-2012, rec núm. 2150/2011. Procedimiento de oficio).
- **STSJ de Cantabria, de 29-10-2008**, Social, rec núm 804/2008 (Ratificada por Auto TS 17-11-2009, rec núm. 175/2009. Procedimiento de oficio).
- **STSJ de la Comunidad Valenciana**, de 28-3-2006, Social, rec núm. 3203/2005.
- **STSJ de Cataluña**, de 12-4-2011, Social, sentencia nº 2671/2011.

NOTAS COMUNES A TODOS LOS CASOS FAVORABLES A LA LABORALIDAD

- **Ausencia de organización empresarial.** Integración en el cuadro profesional del establecimiento, siendo éste, y no cada uno en particular, quienes disponen de la organización sanitaria para la prestación de los servicios (CTI 79/2009).
- **Entrega o puesta a disposición al empresario de los productos o servicios elaborados por el trabajador.** Se transfieren “ab initio” al establecimiento sanitario (CTI 79/2009).
- **Decisión del empresario de las decisiones concernientes al mercado, selección de clientes y captación.** La clientela es de la clínica, no del odontólogo (CTI 79/2009).
- **El modo o forma de trabajo** lo determina la clínica o establecimiento sanitario, siendo programado o predispuesto por éste (CTI 79/2009).
- **El material y el instrumental** sanitario fungible y no fungible es de la clínica (CTI 79/2009) , sin que el trabajador tenga libertad para escoger, por ejemplo, las prótesis, material de laboratorio, etc.
- **Ropa de trabajo** proporcionada por la empresa.

NOTAS COMUNES A TODOS LOS CASOS FAVORABLES A LA LABORALIDAD

- **Horario: Admite flexibilidad** – Dentro del horario de la clínica- No es necesario el sometimiento estricto a jornada laboral (CTI 79/2009).
- **Personal de apoyo** es suministrado por la clínica.
- Pacientes **captados** por la clínica y asignados por ella al odontólogo.
- Es la clínica quien fija las **tarifas**. Cobro por la clínica.
- **Retribución por porcentaje** – laboralmente, equiparable a comisión. Fijados unilateralmente por la clínica. Cuando guarden una proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan la actividad empresarial. Son indicios contrarios a la laboralidad, los honorarios por actuaciones o servicios fijados con indicaciones corporativas, o la percepción de iguales o cantidades pagadas directamente por los clientes (CTI 79/2009).
- **No hay personal a cargo del odontólogo.**
- **No es necesario exclusividad**, pues es factible el pluriempleo o pluriactividad.

NOTAS COMUNES A TODOS LOS CASOS FAVORABLES A LA LABORALIDAD

- **Suplencias:** El hecho de que el odontólogo decida la persona que le va a sustituir (permisos y licencias) no desvirtúa la relación laboral, si las previsiones constituyen la excepción y no la regla en la relación de servicios concertada entre el profesional y la clínica (CTI 79/2009).
- **Prevalencia de la dependencia jurídica sobre la económica:** Prevalece la inserción del profesional en el círculo organizativo, rector y disciplinario del empresario para quien trabaja (CTI 79/2009).
- **Historias clínicas** (art. 17.4 Ley 41/2002, de autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica): Gestión de la historia clínica por los centros, a través de la unidad de admisión y documentación clínica, encargada de integrar en un solo archivo las historias clínicas. Custodia por el centro sanitario. **POR TANTO**, el hecho de que la historia clínica no esté bajo la custodia del profesional, sino del establecimiento sanitario, no es una nota característica de la relación laboral, sino una obligación legal (CTI 79/2009).

PRONUNCIAMIENTOS EN CONTRA DE LA LABORALIDAD

Supuesto 1

1) **Titular de clínica odontológica que concierta con otro odontólogo un contrato de arrendamiento de servicios por enfermedad (fallece al cabo de tres meses, siendo sucedida en la titularidad de la clínica y del contrato de arrendamiento por sus hijos) para que ese profesional se encargue de la llevanza de la citada clínica de forma provisional. Se impugna un despido, ante el cese del trabajador – autónomo. (STSJ de Castilla-León-Valladolid, Social, de 16-5-2012, rec núm. 349/2012).**

HECHOS:

- a) Los servicios se prestan en un local arrendado, cuyo **alquiler** pagan al 50% los titulares de la clínica y el odontólogo;
- b) Los **instrumentos** que utiliza el odontólogo han sido **adquiridos al 50%**, pero éste corre con los gastos de mantenimiento, reparación y reposición;
- c) La clínica tiene contratadas a dos **empleadas** que realizan las funciones de **recepción, atención telefónica a clientes, gestión administrativa y auxiliares de clínica**. Aunque el titular de la clínica es el empleador, **sus salarios y cotizaciones se abonan al 50% entre el titular y el odontólogo**.

PRONUNCIAMIENTOS EN CONTRA DE LA LABORALIDAD

Supuesto 1

- d) El **horario** del odontólogo es el de la clínica, aunque **no tiene obligación de acudir o permanecer en ella** si no tiene pacientes previamente citados;
- e) El odontólogo es el que bajo su responsabilidad **fija el tratamiento** y decide la forma de realizar los actos médicos;
- f) Si el odontólogo no puede acudir a la clínica no es sustituido, sino que **se limita a avisar a las auxiliares para que procedan a anular las citas** ;
- g) Las **vacaciones** del odontólogo coinciden con las de **cierre de la clínica**;
- h) Los **pacientes**, aunque **captados por la clínica**, **se relacionan directamente con el odontólogo** (para concertar citas y urgencias) que ordena las citas y el número de personas a atender.
- i) El odontólogo, aplicando las **tarifas de la clínica**, **calcula el importe de cada factura** en función de los tratamientos realizados, que es emitida y cobrada por el persona de la clínica a nombre del titular de la misma.

PRONUNCIAMIENTOS EN CONTRA DE LA LABORALIDAD

Supuesto 1

j) El odontólogo **no tiene retribución fija**, sino que percibe un **porcentaje del 50%** de los beneficios obtenidos, **descontando de los ingresos de la clínica los gastos corrientes fijos** (agua, luz, teléfono, arrendamientos, salarios y cotizaciones del personal, etc.).

SOLUCIÓN: Es trabajador autónomo. No por un contrato de arrendamiento de servicios, sino por constituir una Comunidad o sociedad.

Fue determinante la **asunción del riesgo empresarial**: “Consta acreditado que el actor **corría con el riesgo empresarial de la actividad**, al obtener un 50% de los beneficios, descontando de los ingresos todos los gastos de personal, material, suministros y alquiler del inmueble.

El actor está **involucrado en al conjunto de la actividad empresarial**, al ser el único odontólogo de la empresa, que atendía la clínica en su integridad. No se trata de una tarificación del salario por acto médico, que sería compatible con la existencia de relación laboral, sino una asunción incluso del riesgo de la actividad, al asumir el 50% de los gastos de la misma independientemente de cuál fuese el nivel de ingresos, en los cuales participaba también al 50%”.

PRONUNCIAMIENTOS EN CONTRA DE LA LABORALIDAD

Supuesto 2

Impugnación de despido, por considerar que la relación que le unía como médico odontólogo con la empresa, explotadora de una franquicia, era laboral. (TSJ Andalucía/Sevilla, Social, de 19-5-2008, rec núm. 3014/2007).

Hechos:

- a) El actor utilizaba las instalaciones, los instrumentos, el material y el personal de la empresa.
- b) **Clientela obtenida por la franquicia** y la publicidad realizada por la misma a cambio de ceder parte de sus ingresos a la empresa y abonar una cantidad mensual por la utilización de las instalaciones, instrumental y personal, aportando a su vez clientes que conocía a través de su ejercicio profesional.
- c) **No estaba sometido a horario, ni a las directrices del administrador** de la empresa, fijando sus vacaciones anuales, planificando la agenda de citas con la recepcionista y suspendiéndolas unilateralmente sin permiso de la empresa. Utilizaba laboratorios ajenos al proporcionado por la empresa, lo que acredita una autonomía en la organización de su trabajo.

PRONUNCIAMIENTOS EN CONTRA DE LA LABORALIDAD

Supuesto 2

d) Su **retribución** dependía del número de clientes que asistía y de los pagos realizados por los mismos.

SOLUCIÓN: Es trabajador autónomo. Autonomía en la prestación de servicios, no sujetos a retribución fija, ni a las órdenes e instrucciones del empleador, aunque la captación de clientes, fundamentalmente, se hiciera por la franquicia.

PRONUNCIAMIENTOS EN CONTRA DE LA LABORALIDAD

Supuesto 3

3.- Despido de odontóloga en clínica privada, que además simultaneaba con servicios prestados en otras dos clínicas. (TSJ de Cataluña, Social, de 15 de febrero de 2000)

Hechos:

- a) La demandante **acudía con regularidad dos veces por semana** a la Clínica para atender a los pacientes previa cita.
- b) No estaba sujeta a **ningún horario estricto** toda vez que éste dependía de la existencia de clientes a los que prestar sus servicios.
- c) La actora **simultaneaba esta actividad** con la desarrollada en otras dos clínicas en una de las cuales aparecía como titular y en la otra como socia.
- d) La demandante **cobraba por cada uno de los actos médicos** que realizaba. Las ganancias obtenidas se repartían del modo siguiente: un 35% para la actora y un 65% para la clínica, de modo que **la mayor o menor cantidad que la recurrente recibía estaba en relación con los beneficios logrados**.
- e) Utilizaba el **local, instrumental y los servicios de la clínica**.

PRONUNCIAMIENTOS EN CONTRA DE LA LABORALIDAD

Supuesto 3

f) La recurrente **nunca recibió retribución por pagas extraordinarias** ni tenía **vacaciones**. Cuando por razón de tener que ausentarse no acudía a la clínica se limitaba a comunicarlo a la dirección de la misma.

SOLUCIÓN: Es trabajador autónomo. No concurren las notas de ajeneidad y dependencia, puesto que la recurrente goza de gran **libertad para fijar su sistema de trabajo**, condicionando su horario a la existencia de clientes a los que atender, pudiendo ausentarse según su conveniencia sin necesidad de permiso y sin disfrute de vacaciones remuneradas.

La **retribución** que percibía era en realidad una **participación en los beneficios** de la empresa, toda vez que facturaba por acto médico realizado y una vez la cantidad era abonada por el cliente una parte correspondía a la clínica cuyo material, instalaciones y servicios utilizaba y otra a la propia demandante, cuyas ganancias dependían directamente de los honorarios satisfechos por el cliente. La circunstancia de que éstos se liquidaran mensualmente no altera las circunstancias y condiciones en que se desarrolló la vinculación entre las partes.

PRONUNCIAMIENTOS EN CONTRA DE LA LABORALIDAD

Supuesto 4

4) Incongruencia entre la Inspección de Trabajo y el TSJ (Social), en la apreciación de una relación como laboral (el primero) y de arrendamiento de servicios (el segundo). Acta de Inspección que obliga al alta en en RG de la odontóloga, por su carácter laboral, lo que obliga al despido por causas económicas, ante la sanción impuesta (**recurso al TSJ**), **reconoce la relación como no laboral. TSJ de Madrid, Social, de 6-5-2010, rec núm. 5677/2009).**

Hechos:

a) Visita a clínica y levantamiento de actas a la demandante por los odontólogos y estomatólogos o endodoncistas: Utilizaban los elementos disponibles en la clínica, y disponían igualmente de los servicios administrativos y auxiliares de los empleados de plantilla de la empresa (8 trabajadores).

b) La empresa facilita los medios técnicos y auxiliares que la demandante requiera para prestar sus servicios asistenciales a los pacientes de LA CLINICA, con libertad para concertar las citas, pero con el compromiso de prestar servicios durante 20 horas semanales con disponibilidad horaria, debiendo la profesional comunicar con tres días de antelación las citas y sus ausencias durante períodos superiores a quince días.

PRONUNCIAMIENTOS EN CONTRA DE LA LABORALIDAD

Supuesto 4

c) La Inspección de Trabajo levantó acta a la empresa demandada, **basándose exclusivamente en los documentos aportados por la empresa, sin que conste que se tomara declaración** a ninguno de los odontólogos o al personal auxiliar o administrativo de la clínica.

d) **Despido objetivo**, a causa de las sanciones impuestas por la Inspección, que recurre la trabajadora y pierde, al declararse que su relación no es laboral.

SOLUCIÓN: Es un trabajo autónomo. La relación de la demandante no es laboral, ya que la demandante obraba en la prestación de sus servicios de odontología con **absoluta independencia profesional**, sin la supervisión de ningún Director Odontólogo, y consecuentemente no tenía ningún responsable por encima, ni estaba sujeta a control disciplinario ajeno, disponiendo además, de amplia libertad en la prestación de sus servicios, en cuanto, de una parte, definía su horario de disponibilidad.

PRONUNCIAMIENTOS EN CONTRA DE LA LABORALIDAD

Supuesto 5

Impugnación de despido, de odontóloga que presta servicios en clínica dental, pero auxiliada por una higienista por ella contratada. Importancia de la custodia de la historia clínica (TSJ Castilla y León/Valladolid, Social, de 15-5-2009, rec núm. 501/2009)

Hechos:

- a) La odontóloga, de alta en la Seguridad Social en el Régimen de Autónomos, formalizó un **contrato mercantil** con la demandada, Clínica Dental para prestar los servicios, en especial los relacionados con la ortodoncia.
- b) La demandante **se auxiliaba de una higienista, que ella había contratado, siendo la demandante la empleadora de aquella y de su cargo las retribuciones** salariales por la prestación de servicios, **recibiendo instrucciones laborales** exclusivamente de la actora.
- c) La recurrida **se servía para su trabajo de los elementos fijos de la Clínica** recurrente pero eran de su cargo tanto el instrumental como los materiales necesarios para la ortodoncia tales como braquets, etc.

PRONUNCIAMIENTOS EN CONTRA DE LA LABORALIDAD

Supuesto 5

d) La prestación de servicios debía realizarse personalmente por la recurrida si bien en el supuesto de bajas por maternidad o incapacidad temporal prolongada, **aquella se comprometía a poner a disposición de la clínica un sustituto cualificado.**

e) La recurrida corría con el **riesgo y ventura del negocio** en cuanto que **asumía el riesgo de impagos** no percibiendo contraprestación por el trabajo realizado si el cobro resultaba fallido. El sistema de cobro consistía en un **porcentaje sobre las cantidades cobradas** a los clientes, en un 70% de los clientes propios y nuevos de la clínica y en un 50% de los antiguos. Estas cantidades -pagadas por los clientes en la recepción de la Clínica- se le abonaban a doña Paula al día siguiente o en los inmediatos a la realización del acto médico. La asunción de los riesgos de los impagos no es una característica propia de la relación laboral por cuenta ajena, sino más bien del trabajo autónomo.

PRONUNCIAMIENTOS EN CONTRA DE LA LABORALIDAD

Supuesto 5

f) Las **historias clínicas** eran **compartidas** entre la Clínica y la Sra. Paula al obligarse ambas a mantener la confidencialidad. Este dato de la titularidad de las historias clínicas lo considera la Sala como crucial en otras sentencias (18 de septiembre de 2006, rec. 1408/2006 (AS 2006, 2526), y 19 de septiembre de 1997 , rec. 1557/07 (AS 2008, 544)) a la hora de determinar la existencia de una organización empresarial sanitaria, puesto que **esa titularidad demuestra quién es el auténtico empresario sanitario**, en cuanto titular de un centro o establecimiento sanitario, ya que, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, la historia clínica se forma "en el ámbito de cada centro" y es este centro el que debe archivar las historias clínicas de sus pacientes.

SOLUCIÓN: No existía una verdadera relación laboral entre las partes sino una relación de naturaleza mercantil, pues el hecho de que la recurrida se auxiliaba de una higienista, la cual recibía instrucciones laborales exclusivamente de aquélla, quien, asimismo, le abonaba sus retribuciones es indicativo de que, en realidad, doña Paula constituía una verdadera empresa trabajando dentro de otra, la Clínica.

PRONUNCIAMIENTOS EN CONTRA DE LA LABORALIDAD

Supuesto 6

Procedimiento de despido de odontólogo, que tiene una consulta en el interior de la clínica, consulta de la que es titular y tiene la consideración de centro sanitario independiente, siendo titular de su cartera de pacientes e historias clínicas: Inexistencia de relación laboral. (STSJ de Castilla y León/Valladolid, Social, de 19-9-2007, rec núm. 1557/2007).

HECHOS

- a) El odontólogo debe abonar una **suma anual a la titular de la clínica franquiciada** por el uso de las instalaciones y los servicios recibidos a través del personal propio de ésta de naturaleza administrativa o auxiliar sanitaria.
- b) La **organización** de la consulta odontológica por el actor es totalmente libre, de manera que sólo él decide cuándo va a trabajar en la misma.
- c) No es la libertad del facultativo para decidir el **diagnóstico y el tratamiento**, que es propia también de los profesionales vinculados con contrato laboral, sino la **libertad organizativa** de decidir cuándo va a prestar servicios en su propia consulta e incluso de decidir que sean otros profesionales odontólogos los que lo hagan en su lugar.

PRONUNCIAMIENTOS EN CONTRA DE LA LABORALIDAD

Supuesto 6

d) El **sistema de facturación** a los pacientes parte de la percepción de honorarios a cada uno de ellos conforme a las tarifas fijadas por la clínica en función de su contrato de franquicia.

e) El que la **gestión de los cobros** a los pacientes se lleven a cabo por los servicios administrativos de la clínica no desnaturaliza las características básicas descritas.

SOLUCION: Inexistencia de **relación laboral**, por falta de ajeneidad y dependencia, al no estar sujeto a la estructura, medios e instrucciones, de la clínica y gozar de un amplio margen de autonomía en la organización de su trabajo.

LA IMPUGNACION DE ACTAS DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO

Fases del procedimiento sancionador:

A) Actuaciones previas al procedimiento sancionador: 9 meses

– Sin interrupción más de 3 meses –.

B) Procedimiento sancionador: 6 meses

ACTUACIONES PREVIAS AL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR (Art. 8 RD 928/1998): Impugnación por incumplimiento de plazos

- **Objeto** de la actividad inspectora previa:

Actuaciones de la ITSS para comprobar el cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convenidas en el orden social.

- **Posibilidades de impugnación**

A) Por incumplimiento de los plazos

- Plazo: Límite de 9 meses

- Excepciones:

- Dilación imputable al sujeto sometido a Inspección
- Dificultades en la cooperación administrativa internacional

ACTUACIONES PREVIAS AL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR: INCUMPLIMIENTO DE PLAZOS

• **Cómputo de los plazos:** Art. 17 ROFIT (RD 138/2000): Desde de que el funcionario entra en contacto con el administrado hasta la notificación del acta.

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.

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 requerir, en cuyo caso el cómputo se iniciará desde el momento de la **comparecencia** en las condiciones señaladas en el párrafo anterior.

ACTUACIONES PREVIAS AL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR: INCUMPLIMIENTO DE PLAZOS

Interrupción de las actuaciones: Límite de 3 meses. Cuestiones:

a) ¿Es necesario contacto con el sujeto, para interrumpir las actuaciones?

- No. La Admon debe demostrar que no ha existido tal paralización, mediante cualquier actuación que tenga por finalidad el esclarecimiento de los hechos sometidos a vigilancia y control. Estas actuaciones pueden ser directas sobre el sujeto inspeccionado o indirectas, recurriendo a otros órganos administrativos recavando información.

b) ¿Puede la Inspección acreditar la no paralización de las actuaciones previas por la comprobación de hechos distintos al caso?

STSJ de Baleares, de 10-1-2003, rec núm. 1087/2000: “La revisión documental no lo era para esclarecer el accidente en cuestión, sino para indagar sobre la cotización de atrasos salariales. Por lo tanto, una 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”.

Actuaciones previas al procedimiento sancionador: Incumplimiento de plazos

Efectos del incumplimiento de plazos:

- Caducidad del expediente: La ITSS puede volver a someter a inspección al mismo sujeto y por los mismos hechos, siempre que no lo impidan los plazos de prescripción de las infracciones.

¿Podríamos entender que el incumplimiento de plazos es meramente formal y no es de identidad suficiente para estimar la caducidad?: No.

Ejemplo: Impugnación de Acta, porque por el tiempo transcurrido desde el inicio de las actuaciones de comprobación el 7-9-1999 y la fecha del acta el 10-10-2001: **Caducidad del expediente.**

La sentencia de instancia no estimó la caducidad porque sería "un criterio sumamente rigorista", al ser una infracción puramente formal, sin mayor trascendencia, considerándola como infracción no invalidante.

Revocación por el TSJ: "No habiéndose practicado nuevas actuaciones de comprobación para levantar el acta, limitándose a reproducir los hechos comprobados, se estima el recurso y se anula el Acta. **STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia núm. 1087/2008 de 12 noviembre**

ACTUACIONES PREVIAS AL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR: ACTUACIONES INSPECTORAS

B) Por la forma de iniciación (art. 9 RD 928/1998)

- Por orden superior de la autoridad competente
- Por orden de servicio de las Jefaturas de la Inspección Provincial
- Por petición de cualquier órgano jurisdiccional
- Por petición de concreta de los organismos de la SS
- Por propia iniciativa
- Por denuncia (No se tramitan denuncias anónimas..., ni las que coincidan con asuntos de que conozca un órgano jurisdiccional)

C) Por temas relativos al inicio de la actuación inspectora (art. 5 LITSS)

- Facultad de entrada en los centros de trabajo
- Requerimiento de comparecencia ante el funcionario actuante
- Expediente administrativo

ACTUACIONES INSPECTORAS: MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN

Incumplimiento de los requisitos de la entrada en centros de trabajo:

- **Obligación del Inspector de comunicar su presencia** al empresario o representante... salvo que perjudique el éxito de sus funciones. Límite: Art. 8.1.2º ROFIT : La comunicación ha de hacerse... al inicio o con posterioridad a dicho inicio, si así, conviniere. **Efecto del incumplimiento ITSS:** Indefensión e imposibilidad de iniciar acta por obstrucción.
- **Trato respetuoso** con las personas con las que se relacionen (Art. 9.2 ROFIT).
- **Límite del domicilio particular:** Inviolabilidad (Art. 18.2 CE): “Lugar en el que se desarrollan los distintos ámbitos de privacidad de la persona” (personas físicas).
- **Requerimientos de documentación:** Art. 7.1.5º ROFIT: Necesidad de previa autorización de la Autoridad Central de la Inspección, cuando se formule a entidades que desarrollen actividades bancarias o de depósito de fondos y tenga por objeto la identificación de pagos efectuados con cargo a cuentas, depósitos o fondos de cualquier clase.
- **Diligencia en el Libro de visitas**, o comunicación posterior

ACTUACIONES INSPECTORAS: ACTA DE OBSTRUCCIÓN

Obligación de colaboración con la Inspección (Art. 11 Ley 42/1997):

1. Los **empresarios**, los **trabajadores** y los **representantes** de ambos, (...) **están obligados** cuando sean requeridos:

- ▶ A **atender** debidamente a los ITSS y a los Subinspectores de Empleo.
- ▶ A **acreditar su identidad y la de quienes se encuentren** en los centros de trabajo.
- ▶ A **colaborar** con ellos en las visitas u otras actuaciones inspectoras.
- ▶ A **declarar** sobre temas que afecten a las comprobaciones inspectoras.
- ▶ A facilitarles la **información y documentación** requeridas.

Ejemplo: Obstrucción a la labor inspectora por no identificación de trabajadores por la inspección, sin aportación de prueba en contrario: infracción muy grave (**STS, Contencioso-administrativo, de 4-12-2009, rec núm 292/2008**).

ACTUACIONES INSPECTORAS: ACTA DE OBSTRUCCIÓN

En visita girada el 17 de septiembre de 2007 a un centro de trabajo de la empresa, dedicada a la actividad de industrias cárnicas, en Mercamadrid, sobre las 11,10 horas, **comprueba la presencia de 4 trabajadores (al parecer rumanos) trabajando en la carga de un camión. En las escaleras de acceso a la planta alta comprueba la presencia de una limpiadora y en las oficinas comprueba entre otros, la presencia de dos trabajadoras más.**

Al solicitar al representante de la empresa un listado de personal, le manifiesta que no lo tenían. El representante se ausenta porque dice que tiene que hacer una llamada telefónica. El Inspector revisa de nuevo la planta baja, sin encontrar ningún trabajador, por lo que sube a la parte alta *encontrando los vestuarios cerrados con llave*, cuando en su primera revisión se encontraban abiertos. Solicita las llaves para abrir y le contesta el representante que no las tiene.

El Inspector recibe una llamada telefónica de la Jefatura de la Inspección de Madrid, en la que le comunican que un trabajador ha llamado a la Inspección informando que un grupo de rumanos está encerrado en los vestuarios de la empresa.

ACTUACIONES INSPECTORAS: ACTA DE OBSTRUCCIÓN

En el presente caso la empresa actora no ha aportado pruebas de descargo, sino sólo una explicación nada convincente de que "los trabajadores extranjeros se encontraban en la finca, pero no trabajando ... es notorio y común ver a grupos de extranjeros norteafricanos, hasta en los propios centros urbanos, industriales y rurales, en demanda de trabajo" (sic).".

FALLO: Se le impone una **multa de 90.000 euros** por la comisión de una infracción calificada como muy grave, en grado medio, en atención a la **intencionalidad, fraude, incumplimiento de advertencias previas, cifra de negocios de la empresa y número de trabajadores afectados**, prevista en el art. 11.1 de la Ley 42/2007(sic), de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad social, consistente en no haber identificado a 7 trabajadores cuya presencia en la empresa fue constatada por el Inspector en relación con el art. 40.1. de la LISOS.

ACTUACIONES INSPECTORAS: REQUISITOS DE LAS ACTAS

D) Requisitos de las actas (Art. 53.1 LISOS y 14 RD 928/1998)

Cinco Elementos:

(1) Un sujeto

(2) lleva a cabo unos hechos

(3) que a juicio del ITSS actuante son constitutivos de una infracción administrativa

(4) para la que dicho funcionario propone una sanción específica

(5) debiendo cumplir con ciertas exigencias elementales de identificación e información administrativa (como especificar la identidad del ITSS los derechos que asisten al sujeto...).

MOTIVOS FORMALES DE ANULACIÓN DE ACTAS

La no plasmación en un acta de la ITSS de todos los aspectos que es obligatorio reflejar es una cuestión de **ineficacia** de actos administrativos.

→ **Art. 63.1 LRJAP:** Son anulables los actos admivos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento incluso la desviación de poder.

→ **Art. 62.1.a) LRJAP:** Son nulos de pleno derecho los actos de las AP que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (Por ej. por vulnerar el derecho de defensa del sujeto responsable frente al acta).

→ La **ineficacia de un Acta** corresponde tanto a la AP, como al órgano judicial competente. En los casos de nulidad de pleno derecho, puede apreciarse tanto de oficio, como a instancia de parte. En caso de anulabilidad, debe ser la parte afectada quien solicite la anulación del Acta.

→ Cabe la **anulación del Acta por el Jefe de la ITSS** (por incumplimiento de arts 14.1 y 32.1 RPSOS), o que la devuelva al Inspector, por estar incompleta, defectuosa o ser contraria a los CTIs. Los Jefes de la ITSS pueden corregir las irregularidades.

MOTIVOS FORMALES DE ANULACIÓN DE ACTAS: CAMBIO DE INSPECTOR EN EL PROCEDIMIENTO

E) Por **sustitución del inspector** o subinspector que inició la actuación inspectora

Art. 18.1 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.**

MOTIVOS FORMALES DE ANULACIÓN DE ACTAS: PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

- **Inicio** mediante acta de infracción (tras las actuaciones comprobatorias).
- **Plazos** (Arts 13 y 20.3 RD 928/1998): Plazo de caducidad del procedimiento - 6 meses **desde la fecha del Acta** (no de la notificación). A partir de los 6 meses sin Resolución se inicia el plazo de 30 días del art. 43.4 Ley 30/1992, para que tras la expiración del mismo, pueda el sujeto responsable solicitar del órgano administrativo la correspondiente certificación de caducidad del procedimiento y del correlativo archivo de las actuaciones.

STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 12-11-2001, rec. 256/2000, referida al **periodo que media entre el levantamiento del acta y la resolución sancionadora, no se cuestiona la inexistencia de caducidad** por el incumpliendo del plazo concedido a la Administración para la instrucción del expediente.

En caso de acta de subinspector: Fecha del Acta (aunque sea necesaria su corrección técnica posterior).

MOTIVOS FORMALES DE ANULACIÓN DE ACTAS: TRAMITE DE INSTRUCCIÓN

- Empieza con la notificación del acta por la Inspección (aunque la instrucción en sí, no corresponde a la Inspección, sino al órgano administrativo designado)- Art. 52.1.b) **El acta será notificada por la citada Inspección al sujeto o sujetos responsables.** Plazo: 10 días (hábiles) posteriores a la fecha del Acta.
- Recepción de la notificación del Acta (¡¡¡¡Argumentos para dilatar la entrega!!!!). ¿Y si no estoy en casa...?
- Presentación de **alegaciones en los 15 días hábiles siguientes**, a partir del siguiente a recibir la notificación. En las alegaciones, se debe alegar la prueba (si hay). Arts 17.1 RD 928/1998.
- Las alegaciones se presentarán al órgano administrativo competente para resolver, expresado en la propia acta (Art. 14.1.f RD 928/1998: Toda acta debe expresar el órgano competente para resolver).

MOTIVOS FORMALES DE ANULACIÓN DE ACTAS: TRAMITE DE INSTRUCCIÓN

- **Si no se presentan alegaciones ni pruebas:** El órgano instructor continuará con la instrucción del expediente al margen del sujeto responsable – La Admon puede hacer las averiguaciones que estime oportunas y el órgano abrirá el trámite de audiencia, antes de dictar resolución. Audiencia: No para argumentar contra el acta, sino para valorar cuantos elementos integran el expediente. **La no presentación de alegaciones NO es un síntoma de conformidad.**

Presentación de alegaciones: Forma y donde... **(Recomendaciones).** Cabe alegar que no hay correspondencia entre los hechos constatados y los producidos, o ponerlos en duda, o puede cuestionar la aplicación del ordenamiento jurídico a esos hechos.

Informe ampliatorio al ITSS que formalizó el acta. Es preceptivo cuando las alegaciones revistan cierto sentido. “Podrá” ser solicitado. ¿De qué depende? En función de que lo necesite para resolver el órgano: ampliación, aclaración... Cuando sea preciso valorar dichas alegaciones. Pero **el órgano instructor debe solicitar obligatoriamente el informe ampliatorio cuando el sujeto invoque** (art. 18.3 RD 928/1998):

MOTIVOS FORMALES DE ANULACIÓN DE ACTAS: TRAMITE DE INSTRUCCIÓN: INFORME AMPLIATORIO

Hechos o circunstancias distintos a los consignados en el Acta.

- El sujeto responsable no discute los hechos consignados, ni considera que esos hechos son incompletos, sino que existen otros hechos que deben ser tenidos en cuenta.
- El sujeto responsable considera que los hechos son falsos, total o parcialmente, por lo que argumenta que los hechos son otros.

Insuficiencia del relato fáctico

- El sujeto responsable aprecia omisiones en la descripción de los hechos. No cuestiona la veracidad, pero considera que hay lagunas.

Indefensión por cualquier causa.

- Incumplimiento de los requisitos del acta de infracción.
- Acta en la que la infracción administrativa no está identificada con precisión y claridad, o no está concretada en un sujeto responsable, no tiene la certeza jurídica de la sanción propuesta, o falta de definición de las consecuencias jurídicas del acta.

MOTIVOS FORMALES DE ANULACIÓN DE ACTAS: TRAMITE DE INSTRUCCIÓN: INFORME AMPLIATORIO

Tramitación del informe ampliatorio:

- Elaborado por el mismo inspector que extendió el acta (o subinspector, visándose por el mismo inspector que supervisó el acta).
- Emitido en el **plazo de 15 días hábiles** a contar desde el siguiente a aquel que el inspector tenga conocimiento de la solicitud cursada por el órgano administrativo instructor del procedimiento sancionador (art. 48 LRJAP).
- El órgano administrativo esperar a que finalice, para, si procede, ofrecer al sujeto responsable la posibilidad de efectuar nuevas alegaciones.

Contenido del informe: El Inspector debe referirse a las alegaciones presentadas y expresar una propuesta definitiva de sanción. El informe valorará expresamente las alegaciones producidas y valorará las pruebas que el sujeto hubiera aportado. La propuesta definitiva podrá variar la sanción propuesta.

Otros informes: El órgano instructor puede solicitar los informes que estime oportuno (por la aplicación supletoria LPAC: art. 82.1

MOTIVOS FORMALES DE ANULACIÓN DE ACTAS: TRAMITE DE INSTRUCCIÓN: AUDIENCIA

Trámite de audiencia al sujeto responsable: Una vez que la instrucción ha finalizado.

a) Si el sujeto responsable no presentó alegaciones: Continuará la tramitación del procedimiento hasta dictar la propuesta de resolución (art. 18.2 RD 928/1998). Debería abrirse el trámite de audiencia.

b) Si el sujeto presentó alegaciones: Cuando de las diligencias practicadas se desprenda invocación o concurrencia de hechos distintos a los reseñados en el acta, el órgano instructor, antes de emitir su propuesta de resolución, dará audiencia al sujeto responsable por término de 8 días, con vistas de lo actuado – es decir, no sólo respecto al acta, sino respecto a todos los actos en que haya consistido la instrucción del procedimiento (18.4 RD 928/1998).

- Si no se ha argumentado por el sujeto responsable que los hechos son diferentes, o no se pone de manifiesto tal divergencia, NO es necesario cumplir el trámite de audiencia.

MOTIVOS FORMALES DE ANULACIÓN DE ACTAS: TRAMITE DE INSTRUCCIÓN: AUDIENCIA

- El órgano encargado de resolver está obligado al trámite de audiencia **siempre que en el expediente aparezcan hechos distintos a los reseñados en el acta.**

- **Supuesto especial:** Los **hechos nuevos** que son consecuencia de las diligencias practicadas (documentos, declaraciones de terceros...): **Será necesario audiencia.** Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la Resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.

Realizado el trámite de audiencia, el sujeto responsable podrá formular **nuevas alegaciones**, por término de otros **tres días**, a cuyo término quedará visto para la propuesta de resolución (18.4 RD 928/1998).

MOTIVOS FORMALES DE ANULACIÓN DE ACTAS: TRAMITE DE RESOLUCIÓN

- **Plazo para dictar Resolución: 10 días** desde el momento en que finalizó la tramitación del expediente (dentro del general de 6 meses)

En **circunstancias excepcionales**, podrá acordarse la ampliación de dicho plazo máximo (supuestos art. 42.6 LRJAP). **No se computarán las interrupciones por causas imputables a los interesados o motivados por la suspensión del procedimiento.**

Requisitos

- Debe pronunciarse respecto a la **propuesta de sanción**. Si no hay sanción la consecuencia es el archivo del expediente.

- Respeto de los **derechos del administrado**: Notificación. Ha de ser congruente y motivada. Advirtiéndolo de recursos y plazos

- Si se imponen sanciones pecuniarias; Importe, plazo lugar y forma, apercibir de los recargos fuera de plazo.

Requisitos específicos: Tipicidad, antijuricidad y culpabilidad (intencionalidad o negligencia, graduación en función de la culpabilidad).

MOTIVOS FORMALES DE ANULACIÓN DE ACTAS: TRAMITE DE RESOLUCIÓN

Art. 20 RD 928/1998: La Resolución acordará la anulación del acta cuando ésta carezca de los requisitos imprescindibles para alcanzar su fin, o cuando de lugar a indefensión de los interesados y no se hubiese subsanado en la tramitación previa a la Resolución.

Anulación de la Resolución por defectos en la comunicación

La notificación defectuosa implica indefensión y, por tanto, es impugnabile.

Art. 59.2 LRJAP y PAC: La notificación se practicará en el lugar señalado a tal efecto en la solicitud. Cuando ello no fuera posible, en cualquier lugar adecuado a tal fin, y por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción.

Notificación en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste podrá hacerse cargo cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si no, se hará constar, 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.**

MOTIVOS FORMALES DE ANULACIÓN DE ACTAS: TRAMITE DE RESOLUCIÓN

Hay sentencias, por ejemplo, STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 28-7-2002, rec núm. 1144/1997, que 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.

¿Cuándo debemos entender que el intento de notificación está debidamente acreditado?

STS (Contencioso-administrativo), de 17-11-2003, rec núm. 128/2002: El intento de notificación personal por cualquier procedimiento que cumpla con las exigencias legales, pero que resulte infructuoso, quedando acreditado. Sólo entonces habrá de procederse a la notificación por edictos.

¿En qué momento queda cumplido el intento de notificación en caso de practicar la notificación por correo certificado?

Correo certificado con acuse de recibo: Culmina en el momento en que la Administración reciba la devolución del envío de la notificación, dándose las circunstancias previstas de doble intento infructuoso de entrega o rechazo de la misma por el destinatario o su representante.

IMPUGNACION POR MOTIVOS MATERIALES: LA PRESUNCIÓN DE CERTEZA

- Es una presunción de veracidad de los hechos, no es una presunción de culpabilidad.

La presunción de certeza no basta para afirmar la responsabilidad del sujeto, pues para ello es necesario probarla, ya que al sujeto le asiste la presunción de inocencia (del 137.1 LRJAP). La prueba de responsabilidad exige demostrar dolo o culpa en la producción de los hechos.

Regulación:

DA Cuarta LITSS.2: Los hechos constatados por los funcionarios de la Inspección de Trabajo **que se formalicen en las actas de infracción y de liquidación** observando los requisitos legales tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses pueden aportar los interesados (También en el art. 53.2 TRLISOS).

Art. 15 RD 928/1998: Las actas extendidas por la Inspección de Trabajo tienen naturaleza de documentos públicos. Estarán dotadas de presunción de certeza de los hechos y circunstancias reflejados en la misma que hayan sido constatados por el funcionario actuante, salvo prueba en contrario.

IMPUGNACIÓN POR MOTIVOS MATERIALES: LA PRESUNCIÓN DE CERTEZA

-Art. 32.1.c) RD 928/1998: Actas de liquidación

Presunción de certeza de los hechos comprobados por el funcionario actuante como motivadores de la liquidación y los elementos de convicción de la labor inspectora, describiendo con la suficiente precisión tales hechos y los medios utilizados para su esclarecimiento; y las disposiciones infringidas con expresión del precepto o preceptos vulnerados. Los hechos así consignados gozan de presunción de certeza, salvo prueba en contrario.

El **RD 928/1998 concreta** de la LISOS que **la presunción recae sobre “hechos y circunstancias”** que el inspector refleje en el acta tras haberlos constatado.

Jurisprudencia: Percepciones sensoriales visuales y auditivas.

La **presunción** se debe extender a los hechos que sean directamente deducibles de los hechos constatados y reflejados en el acta: Hechos deducibles, no mediante valoraciones o apreciaciones subjetivas, sino que su existencia se deba entender automática a partir de los hechos reseñados en el acta. (STS 23-5-1997 y otras).

IMPUGNACIÓN POR MOTIVOS MATERIALES: LA PRESUNCIÓN DE CERTEZA

La presunción de certeza se limita únicamente a los hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el Inspector o a los inmediatamente deducibles de aquéllos, sin que sirvan, en sede de suplicación, para destruir o desacreditar lo afirmado o negado expresamente por el juzgador valorando conjuntamente la prueba practicada (STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, sede en Valladolid. Recurso 1043/2004).

Validez de otras pruebas (testifical): Interrogatorios a los trabajadores.

La comprobación directa del Inspector de Trabajo de trabajos incompatibles con la prestación por desempleo por un trabajador goza de presunción de veracidad y certeza, sin que sean suficientes para desvirtuarla las declaraciones del empresario de que era trabajador de otra empresa, ni las de los testigos (trabajadores) sobre la estancia en la empresa por razones de amistad, ya que la prueba testifical queda desvirtuada al existir relaciones de interés o amistad. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 9-12-1997. Recurso 7080/1991

IMPUGNACIÓN POR MOTIVOS MATERIALES: LA PRESUNCIÓN DE CERTEZA

- Todo lo que no son hechos y circunstancias constatados quedan fuera de la presunción de certeza: **Juicios, apreciaciones, valoraciones, deducciones, juicios de valor....**
- Ello no implica que todo lo que no esté dotado de presunción de certeza no sirva.

Ejemplo: Un inspector ve y constata que una persona está sirviendo cafés en una cafetería una hora – es constatable y se presume cierto. **El ITSS debe explicar como ha deducido que se trata de un trabajador** (ya no está cubierto por la presunción de certeza) y debe ser el órgano administrativo quien debe decidir si existe o no una relación laboral o no, tomando como referencia las explicaciones del Inspector actuante.

Consecuencias de la presunción de certeza o veracidad de los hechos constatados, a efectos de impugnar actas:

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

- ◆ No es suficiente una mera descripción de los hechos. El funcionario actuante debe **acreditar el incumplimiento** teniendo en cuenta que el administrado goza en principio de la presunción de inocencia. La descripción de la conducta, hechos y pruebas deben 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 la culpabilidad al sujeto responsable, debe primar su derecho constitucional a la presunción de inocencia.
- ◆ 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 **tipificadas** la ley como infracción.

Consecuencias de la presunción de certeza o veracidad de los hechos constatados, a efectos de impugnar actas:

- 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 el 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, ajeneidad, poder de dirección, retribución, jornada, etc. **(STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 15-9-2004, rec núm. 959/2002).**

¿ESTÁN DOTADOS DE PRESUNCIÓN DE CERTEZA TODOS LOS DATOS QUE INSPECTOR REFLEJA EN EL ACTA?

- No, la presunción de certeza reconocida en la LISOS solo abarca a los **hechos constatados** por los funcionarios de la inspección de Trabajo, por tanto **no están dotadas de presunción de certeza o 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 sólo **aquellos hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el inspector, o los inmediatamente deducibles de aquellos.**

¿CÓMO SE PUEDE DESTRUIR LA PRESUNCIÓN DE CERTEZA DE LOS HECHOS CONSTATADOS POR INSPECTOR?

- Por ejemplo, con un **informe técnico**: Inspector que aprecia un riesgo grave e inminente en la perforación un terreno, al excavarse pozos no entibados y acumulando materiales cerca. Los hechos constatados por el inspector pueden desvirtuarse por los informes técnicos presentados por la empresa, que demuestren que los suelos presentan características geotécnicas favorables para la ejecución de excavaciones, sin necesidad del empleo de entibaciones.
- En general, estos **informes técnicos** pueden ser elaborados por un colegio profesional, un colegio, un especialista acreditado y suponen un elemento más de juicio. Debe ser **objetivo** y **basarse también en hechos y en consecuencias demostrables**.
- Incluso en caso de accidentes de trabajo con resultado de muerte, cabe solicitar la autopsia del trabajador fallecido para asegurar la causa del accidente: En un caso extremo en el que se presuponía que trabajador se había 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. **(STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 2-7-2004, rec núm 459/2000)**.

POR FALTA DE COMPETENCIA DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO PARA VALORAR CUESTIONES RESERVADAS AL JUEZ DE LO SOCIAL: IMPUGNACION DEL CARÁCTER LABORAL DE LA RELACIÓN:

A) POR NO INICIAR EL PROCEDIMIENTO DE OFICIO

Art. 148 LJS: El proceso podrá iniciarse de oficio, como consecuencia:

d) De las comunicaciones de la autoridad laboral cuando cualquier **acta de infracción o de liquidación** levantada por la Inspección de Trabajo, relativa a las materias de Seguridad Social excluidas del conocimiento del orden social (altas/cotización), **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.**

Importante cambio a raíz de la LJS (Ley 36/2011, de 10 de octubre): Atribuye la competencia de la impugnación de actos administrativos sancionadores al orden Jurisdiccional Social, **salvo en materia falta de afiliación, alta, cotización y liquidación, en Seguridad Social, del que sigue conociendo el orden contencioso-administrativo.**

- La administración no debe decidir sobre la existencia de relación laboral.

IMPUGNACIÓN POR NO INICIAR EL PROCEDIMIENTO DE OFICIO

El procedimiento de oficio: Objeto:

- **Evitar la contradicción entre sentencias del orden social y del orden contencioso administrativo** a partir de unos mismos hechos.

- Por ello se ha de utilizar en relación con las alegaciones que en expedientes sancionadores o liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social pudiese efectuar el empresario, negando la naturaleza jurídico laboral de la relación sobre la que había actuado la Inspección de Trabajo.

- **Por ello, a partir de la LJS este procedimiento se limita a las comunicaciones de la autoridad laboral derivadas de actas de infracción o liquidación de la inscripción de trabajo referidas exclusivamente a materias de seguridad social** y cuyo conocimiento por razón de fondo corresponde al orden social de la jurisdicción.

- Del resto de actas, su impugnación se hará directamente al orden Social.

¿Qué ocurre cuando a pesar de las alegaciones del sujeto responsable, la Autoridad Laboral no inicia el procedimiento de oficio ante el Orden Social?

El TS (Sala de lo Contencioso-administrativo), entiende que **procede la anulación de las resoluciones sancionadoras**: Al alegarse en el procedimiento sancionador que no existía relación laboral alguna entre el imputado y el trabajador, la Administración debió remitir las actuaciones al Juzgado de lo Social, iniciando el procedimiento de oficio, para que éste declare la laboralidad de la relación (...). **La Administración no debe decidir sobre la existencia de relación laboral**. Por ello si se incumple este precepto, **es conforme a derecho declarar la nulidad del acto sancionador**.

Y ello, a pesar, que el RD 928/1998, cuando regula este trámite, alude al término “podrá” y no “deberá”:

Art. 19.1 RD 928/1998: 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 **podrá proponer** al 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 (...).

¿Qué ocurre cuando a pesar de las alegaciones del sujeto responsable, la Autoridad Laboral no inicia el procedimiento de oficio ante el Orden Social?

¿Cómo hay que entender los términos “podrá proponer”?

- El Inspector planteará o no la posibilidad del proceso laboral de oficio en función, tanto de la solidez de lo sostenido por el sujeto responsable como de que, según el propio artículo 19.1 del RD 928/1998; **las alegaciones o pruebas puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica** objeto de la actividad inspectora. Ahora bien, parece que si se presentan estas alegaciones, deberá tramitar el procedimiento de oficio, pues él carece de competencia para decidir sobre la laboralidad de la relación.
- Otra razón que apunta la obligatoriedad, es que es ese el sentido de la **multa por temeridad procesal** que se puede imponer al sujeto responsable si la finalidad es dilatoria, en los términos del analizado art. 148 LJS.

IMPUGNACIÓN DE LA RESOLUCIÓN SANCIONADORA DIRECTAMENTE AL ORDEN SOCIAL DE LA JURISDICCIÓN

- ▶ Al asumir el **juez de lo Social** la **competencia de la impugnación de las Resoluciones sancionadoras (salvo en Seguridad Social)**, es ante el Juez de lo Social, ante el que habrá que desvirtuar, en su caso, la existencia o no de la relación laboral.
- ▶ Importante **papel del trabajador**, que puede acumular su demanda individual, en la que concurra identidad de personas y de causa de pedir, a la demanda de oficio (Art. 25 LJS).
- ▶ Por el contrario, **puede no presentar demanda y acumularla y negar los hechos que califican su relación como laboral** (existencia de un empleador, poder de dirección, salario, jornada y horario, etc), en cuyo caso, si bien, su propia voluntad no es determinante del carácter de la relación, pero sí podría influir en dificultar la laboralidad.

EJEMPLOS PRÁCTICOS DE RECURSO DE UN ACTA DE INSPECCIÓN QUE ENTENDÍA QUE UNA RELACIÓN ERA LABORAL

1. Acta de infracción por falta de alta y de cotización en el Régimen General, por entender que la relación que une a una **odontóloga** con la clínica en la que presta servicios es laboral (**STSJ de Madrid, Contencioso-Administrativo, de 8-6-2009, rec núm. 1345/2007**)

Hechos:

a) Impugnación de la Resolución del Director Territorial-Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de fecha 9 de julio de 2.007 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto frente a la resolución de la Jefa de la Unidad Especializada de Seguridad Social de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de fecha 20 de abril de 2.007, por la que se elevó a definitiva al Acta de Liquidación de cuotas nº NUM000 , por un importe de 36.790,45 euros, por no haber solicitado la empresa el alta en la Seguridad Social de una trabajadora de la Clínica Dental en que se realizó la Inspección.

b) Odontóloga que presta sus servicios profesionales desde septiembre de 2.002 hasta finales de 2.007 como Odontóloga con un contrato verbal de arrendamiento de servicios, perfectamente válido;

EJEMPLOS PRÁCTICOS DE RECURSO DE UN ACTA DE INSPECCIÓN QUE ENTENDÍA QUE UNA RELACIÓN ERA LABORAL

c) **Oposición al Acta de inspección**, porque debieron tenerse en cuenta circunstancias que eliminaban la laboralidad, tales como que Doña Estela trabajaba para otras clínicas, que ella misma decidía su horario; que abonaba el coste de los materiales utilizados en su trabajo (**lo que se recoge en el Acta pero no se tuvo en cuenta**); que utilizaba el espacio físico de la Clínica y los muebles, por lo que pagaba el 65% de su facturación (lo que niega el Inspector pero a su vez reconociendo que percibía el 35% de lo que facturaba, lo que resulta contradictorio...);

d) Que el hecho de que la facturación a los clientes se hiciera en recepción era una cuestión de imagen.

e) En todo caso, la relación habría de encuadrarse en la de Autónomo dependiente.

f) En el curso del procedimiento en vía administrativa, la empresa inspeccionada cuestionó desde el primer momento la existencia de la relación laboral por cuenta ajena entre la Doctora y la Clínica Dental, e intentó acreditar, por los medios a su alcance, la existencia de tal relación.

EJEMPLOS PRÁCTICOS DE RECURSO DE UN ACTA DE INSPECCIÓN QUE ENTENDÍA QUE UNA RELACIÓN ERA LABORAL

g) **La Administración incumplió** el deber que establece la LPL: Cuando levantada acta de infracción se impugne basándose en alegaciones y pruebas de que no existe una relación laboral deben remitirse las actuaciones al Juzgado de lo Social.

h) **La autoridad laboral estará obligada a iniciar el proceso de oficio** ante el Juzgado de lo Social cuando el acta de infracción haya sido impugnada, con base a alegaciones y pruebas que puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora.

i) **Debió darse cumplimiento a lo dispuesto en la LPL** y suspender el procedimiento sancionador hasta resolver la cuestión en vía laboral, porque esa comunicación era preceptiva y en el presente supuesto, no se verificó.

SOLUCIÓN: El Tribunal considera que se debían remitir las actuaciones al Juez de lo Social, **porque la Clínica dental alegó y presentó algunas pruebas indiciarias, que ponían en cuestión la existencia de relación laboral en el curso del procedimiento sancionador**, y que tal omisión merece la sanción de anulación del Acta de liquidación y de Infracción.