

**SANCIONES DEL ORDEN SOCIAL Y ACTAS DE
LIQUIDACIÓN DE CUOTAS DE SEGURIDAD SOCIAL:
NOTAS SOBRE EL NUEVO REGLAMENTO
DE PROCEDIMIENTO**

POR MANUEL GÁMEZ OREA*

SUMARIO: I. Introducción.- II. Sujetos responsables.- III. La regulación del "non bis in idem".- IV. La prescripción.- V. El procedimiento de investigación: actuaciones de advertencia y requerimientos.- VI. El procedimiento sancionador.- VII. La suspensión de actividades o cierre de centro de trabajo, el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad y las medidas cautelares sobre entidades colaboradoras en la gestión del sistema de la Seguridad Social.- VIII. Las actas de liquidación.- IX. Las sanciones por faltas leves y graves en materia de protección por desempleo y Seguridad Social.

I. INTRODUCCIÓN

Mediante el Real Decreto 396/1996, de 1 de marzo (1), por el que se aprueba el Reglamento sobre la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para la extensión de actas de liquidación de cuotas de la seguridad social (en adelante, RESAL), se ha dado cumplimiento al mandato que ocho años antes la Disposición final 2.ª de la Ley 8/1988, de 7 de abril había confia-

* Doctor en Derecho. Inspector de Trabajo y Seguridad Social (Almería).

(1) B.O.E., 2 de Abril (Corrección de errores, B.O.E. del 23 de Mayo). Cuando ya estaba concluido este trabajo el Pleno del Tribunal Constitucional mediante Sentencia 28-11-96 ha estimado parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Vasco contra la Ley 8/1987, de 7 de abril (Rec. 1.279/88), en cuyo Fallo se resuelve:

1º. Declarar que el art. 47 de la Ley 8/1988 es conforme a la Constitución, si se interpreta en la forma efectuada en el fundamento jurídico 5º y, por consiguiente, reconocer la competencia del País Vasco para sancionar las infracciones previstas en la Sección 1ª del Capítulo IV (arts. 26, 27 y 28 de la Ley), excepto la relativa al primer inciso del núm. 3 del art. 28 ("Obtener o disfrutar indebidamente de exenciones, bonificaciones o reducciones en las cuotas de la Seguridad Social") que corresponde al Estado en virtud de su competencia sobre el régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17).

2º. Declarar que los arts. 47 y 46.4 de la Ley son contrarios al orden constitucional de competencias en cuanto desconocen las de ejecución, que ostenta la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de Seguridad Social y en consecuencia,

do al Gobierno para la aprobación de la normativa de desarrollo en materia de procedimiento. Sin embargo, la disposición sobre la que versará este comentario no se ha limitado a ejecutar aquella ley, sino que también ha sido aprovechada para regular los aspectos adjetivos de las actas de liquidación tras las profundas modificaciones que sobre el particular habían introducido —sin remontarnos a otras anteriores y por citar sólo las más importantes— el Texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (Real Decreto legislativo 1/1994) y el Reglamento General de recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social (Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, RGRSS). La nueva norma, además, ha derogado consecuentemente el ya viejo Decreto 1860/1975, de 10 de julio (Disp. der. única), que había regulado hasta entonces el procedimiento administrativo especial de imposición de sanciones por infracción de

a) La potestad para sancionar las infracciones previstas en los arts. 13, 14.1, números 1, 2, 3 y 7, 16, 19, 20.1, 2, 3, 4, 6 y 7, 21.1 4 y 5, 22, 23, 24.1 y 2, 29.1, 29.2, 1, 30.1 y 2, corresponde al País Vasco.

b) Corresponde al Estado la potestad de sancionar las infracciones previstas en los arts. 14.1, núms. 4, 5 y 6, 15, 17, 18, 20.5 y 8, 21.1, 3 y 6, 24, 3 y 4, 29.2, números 2, 3 y 4 y 29.3 en todos los números y 30.3, en virtud de su competencia sobre régimen económico de la Seguridad Social.

3°. Declarar contrario al orden constitucional de competencias el art. 39 en cuanto desconoce la del (País Vasco en materia de ejecución laboral).

4°. Declarar contrarios al orden constitucional de competencias los números 1 y 2 del art. 42 de la Ley 8/1988 en cuanto desconoce las que ostenta el País Vasco en materia de Seguridad Social, en los términos establecidos en los fundamentos jurídicos 13 y 14.

5°. Declarar que el art. 47.1, en relación con los arts. 43 y 45 de la Ley 8/1988 es contrario al orden constitucional de competencias, por cuanto desconoce las que corresponden al País Vasco en orden a la ejecución en materia laboral y de Seguridad Social.

6°. Declarar que las referencias a las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, contenidas en los arts. 1.2, 11.3, 36.1, 42.1, 46.4, 47.1, 48, 49 y 52 de la Ley 8/1988, en su redacción originaria, entendidas en los términos expuestos en el fundamento jurídico 16, no vulneran el orden constitucional de competencias.

7°. Desestimar el recurso en todo lo demás.

La importancia de este pronunciamiento reside fundamental y resumidamente en la consideración de que únicamente son competencias estatales a estos efectos las que inciden en la función recaudadora de la Seguridad Social en virtud de la que el Estado ostenta sobre la caja única, determinando ese control "la atribución de la potestad ejecutiva cuando recae directamente sobre actividades económicas; mientras que cuando recae sobre actividades instrumentales (inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas) comporta sólo una facultad de supervisión, siendo la ejecución, en relación con los deberes no inmediatamente económicos, competencia de la Comunidad Autónoma" (F.J. 7), produciéndose una reasignación declarativa de las competencias sancionatorias en la materia (o de las medidas del art. 42 sobre las Mutuas): deberes de inscripción, afiliación y altas, Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades

leyes sociales y para la liquidación de cuotas de la Seguridad Social, así como la Disposición adicional 6.ª RGRSS (*Actas de infracción y de liquidación por los mismos hechos*), aunque en este caso desde una óptica más formal que real puesto que ese contenido ha sido incorporado en su art. 45.

Ha de advertirse no obstante que la disciplina del procedimiento sancionador no se agota con los principios y reglas contenidos en la LISOS y en e RESAL ya que, si bien con eficacia supletoria, han de ser tenidos en cuenta los propios de la LRJ-PAC (Disp. ad. 7.ª) y del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (art. 1.3), aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (RPS) (2).

Desde el punto de vista sistemático el Reglamento consta de siete Capítulos que se distribuyen del siguiente modo: *Disposiciones generales* (Capítulo I); *Actividades previas al procedimiento sancionador* (Capítulo II) *Procedimiento Sancionador* (Capítulo III); *Recursos, ejecución de las resoluciones y recaudación* (Capítulo IV); *Normas específicas* (Capítulo V); *De las actas de liquidación* (Capítulo VI) y *Procedimiento sancionador de las infracciones leves y graves en materia de protección por desempleo y seguridad social* (Capítulo VII), dividiéndose algunos de ellos a su vez en secciones.

Profesionales de la Seguridad Social o empresas que colaboran voluntariamente en la gestión cuando los incumplimientos no repercutan en el sostenimiento de la Seguridad Social (FF.JJ. 9, 13 y 15). Lo mismo ocurre con las infracciones en materia de empleo y prestaciones de desempleo (Cap. IV LISOS, arts. 25, 26, 27 y 30), en cuanto constituyan incumplimientos cuya fiscalización entraña un acto autónomo de ejecución de la legislación laboral (F.J. 5) y no afecten a los ingresos y gastos de la Seguridad Social (como ocurre con las faltas de los arts. 28.3 y 29.2.2, 3 y 4; 29.3 y 30.3, al estar implicado un aspecto del régimen económico de la Seguridad Social, en el que la competencia de gestión perteneciente a la Comunidad Autónoma no comprende la sancionadora, F.J. 10). Ha de tenerse en cuenta finalmente que la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en sus arts. 84.2, 86 y 99, modifica los apartados 1, 2.1 y 2.2 del art. 30 y el párrafo primero del art. 20.2 LISOS, en materia de faltas de los trabajadores y de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

- (2) Es cierto que la mencionada Disposición de la LRJ-PAC emplea la expresión modal *subsidiariamente*. Sin embargo, como con razones sólidas defendió VALDÉS DAL-RE, opinamos que al vocablo ha de atribuirse un sentido flexible y no técnico, equivalente al de supletoriedad, con el fin de que aquella Ley, "que agrupa los componentes estructurales de los actos de las Administraciones Públicas" no quede excluida totalmente de ser aplicada una vez que ha sido aprobado el nuevo Reglamento. En efecto, supletoriedad y subsidiariedad tienen en común —recuerda VALDÉS con cita de MARTÍN VALVERDE— el que en ambas un precepto o un conjunto normativo funciona en defecto de otro; radicando la diferencia en que mientras aquella tiene un carácter estable, esta otra lo tiene provisional, cubriendo transitoriamente la carencia de regulación hasta tanto no se dicte la norma definitiva, momento en que la norma subsidiaria decae en su eficacia aplicativa de segundo grado. *Vid.*, "El ámbito de aplicación del procedimiento administrativo común en los procedimientos administrativos laborales", *RL*, núm. 4, 1994, págs. 6-7.

Este, por otra parte, será el esquema que seguiremos en la exposición, aunque no con pretensiones de exhaustividad y sí deteniéndonos exclusivamente en aquellos aspectos que suponen una innovación sobre la situación precedente o en los que, a nuestro juicio, pueden ofrecer dificultades en su interpretación o aplicación (3).

Terminamos esta introducción dejando constancia de la opinión favorable que en líneas generales nos merece la nueva disposición. Un acierto en sí misma por lo que supone de *aggiornamento* de la disciplina procedimental después de una dilatado período de más de veinte años en los que la actividad sancionatoria y recaudadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha experimentado modificaciones sustanciales en virtud de exigencias jurídico-constitucionales (sin más, jurídicas) o simplemente organizativas (creación del Cuerpo de Controladores Laborales, de la Unidad de la Inspección en la Tesorería General de la Seguridad Social), que demandaban la seguridad que ofrece una normativa creada a propósito para evitar la incertidumbre y los vacíos alumbrados con su ausencia o con el régimen legal pensado para una realidad distinta. Junto a ello, no pueden desconocerse otras vertientes censurables, quizá por poco meditadas —pensamos en algunos aspectos de la disciplina de la fase de instrucción—, en claras contradicciones con la ley desarrollada (reincidencia) o en ciertas deficiencias de carácter técnico (regla sobre la ejecución de sanciones), y de las que nos ocuparemos después.

II. SUJETOS RESPONSABLES

Tras señalar su objeto (art. 1) y declarar la necesidad de exigir las responsabilidades derivadas de la comisión de infracciones a través del correspondiente expediente (art. 2) —en verdad, procedimiento ya que aquél no es sino la materialización de éste—, como una manifestación del derecho de defensa que veda la imposición de sanciones de plano *ex art.* 24 CEM (4), el art. 3.1 RESAL menciona los sujetos activos de las distintas faltas del orden social por remisión a los arts. 2, 40 y 42.2 LISOS (5), 18 de la Ley 14/1994, por la que se

- (3) Puede consultarse una primera presentación panorámica de esta disposición en “El nuevo procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para la extensión de actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social” (J.R. MERCADER UGUINA, A. SÁNCHEZ GRANDE, *RL*, núm. 15, 1996).
- (4) *Vid.*, STC 3-10-83 y Autos 6/1987, de 9 de enero; 657/87, de 27 de mayo; 1106/87, de 30 de septiembre.
- (5) Ha de recordarse que el párrafo 2.º del art. 40 LISOS, que establecía la responsabilidad directa en materia de seguridad e higiene de todos los implicados en un proceso de descentralización productiva de la misma actividad (empresa principal, contratistas y subcontratistas. *Vid.*, STSJ La Rioja 13-4-93, AA, núm. 7, 1993), ha sido derogado por la LPRL (Disp. der. única), siendo sustituida aquélla por la solitaria del art. 42.2 LPRL.

regulan las empresas de trabajo temporal y 42 de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales (LPRL). Nos hallamos, pues, ante una reiteración del contenido de aquellas disposiciones legales en la que, por esta razón, no es preciso detenerse en este momento. Lo mismo puede afirmarse respecto de los sujetos responsables de deudas por cuotas de seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta al efectuarse el reenvío a los correspondientes preceptos de la TRSS o de las normas que regulan los distintos Regímenes Especiales (art. 3.2, en relación con el art. 41).

Sí merecen por contra mayor atención los que el Reglamento denomina supuestos específicos de responsabilidad empresarial (art. 3.3), particularmente los de las letras *c*, *d*, y *e*, puesto que los dos primeros no son sino una repetición de los ya contemplados en los arts. 42 LPRL y LISOS (arts. 15.7 y 29, 3.5, último inciso) y el del número 3, *f*) se limita a señalar la responsabilidad administrativa de la ETT por incumplimiento de las obligaciones relativas a formación y vigilancia de la salud recogidas en el art. 28 LPRL. Esto es, la responsabilidad solidaria del empresario que contrate o subcontrate con otros la realización de obras o servicios de la misma actividad en materia de prevención de riesgos laborales que afecten a los trabajadores del contratista o subcontratista ocupados en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el mismo, y la de idéntica naturaleza de esos sujetos por las infracciones muy graves de los arts. 15.1 y 29, 3.5 LISOS (*ocupación como trabajadores de beneficiarios de prestaciones de la Seguridad Social cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena o de titulares o solicitantes de las de desempleo, cuando no se les haya dado de alta*).

Este tipo de responsabilidad, en contra de lo sostenido en algún caso por el Tribunal Supremo (6), no suscita contradicción alguna con las exigencias de la culpabilidad como elemento del ilícito administrativo en cuanto responde a una culpa por hecho propio ligada a deberes de vigilancia, los que incumben a las empresas comitentes en relación con las contratistas a las que se ligan mediante un vínculo libre de naturaleza contractual (por ejemplo, los del art. 24.3 LPRL). Así lo entendió el Tribunal Constitucional al reconocer que también en los supuestos de responsabilidad solidaria se requiere la concurrencia de dolo o culpa aunque sea leve; si bien, “no es trasladable al ámbito de las infracciones administrativas la interdicción constitucional de la responsabilidad solidaria en el ámbito del Derecho Penal, puesto que no es lo mismo responder solidariamente cuando lo que está en juego es la libertad personal... que hacerlo a tra-

- (6) En la S. 10-2-81 (Ar. 1146), que versaba sobre una sanción en materia de seguridad social impuesta a una empresa principal y a la contratista, se negó esta posibilidad al mantenerse que se trata de una “cuestión a la que ha de darse respuesta negativa por el carácter personalísimo que reviste la responsabilidad nacida de una infracción —sea penal o administrativa— y que no pierde por la circunstancia de que la sanción tenga naturaleza económica, exactamente igual que sucede con la multa penal”.

vés del pago de una cierta suma de dinero en la que se concreta la sanción... siempre prorrateable *a posteriori* entre los distintos responsables individuales” (S. 26-4-90, Ar. 76) (7).

Cuestión distinta es la establecida cuando se produce una cesión ilegal de mano de obra, al tener lugar un cambio de titularidad en la posición del empresario y la relacionada con las empresas usuarias y de trabajo temporal, que analizamos separadamente.

a) Como supuesto especial regula el art. 3.3, c) el de “los empresarios cedente y cesionario, en los casos de cesión de trabajadores prohibida de conformidad con el art. 43 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores... que responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades que procedan” (el subrayado es nuestro). El precepto no hace sino reproducir literalmente, a salvo de la expresión “incluso penales... por dichos actos”, la redacción de la norma estatutaria. Pero si se repara en que esta última sólo alude a las obligaciones contraídas con los trabajadores —esto es, contractuales— y con la Seguridad Social (por ejemplo, pago de cuotas o prestaciones, arts. 104.1 y 127.2 TRSS), habrá de concluirse que permanece al margen de la previsión la responsabilidad proveniente de la comisión de un ilícito administrativo, con independencia de que en ese ámbito cada uno de los traficantes responda, aunque no solidariamente, de la falta muy grave tipificada en el art. 96.2 ET, que castiga a los responsables de la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente, configurándose seguramente un supuesto de coparticipación de ambos en una sola infracción, por la naturaleza unitaria del acto de cesión —necesitado de la intervención conjunta de la acción interpositoria y de la asunción real en el empleo—, más que el de una dualidad de faltas con sendos autores individuales. Siendo de todos modos idénticas las consecuencias sancionatorias, porque a los dos responsables serán aplicables las sanciones correspondientes por culpa y hechos propios(8).

b) Otro de los supuestos específicos es “el del nuevo empresario, en los casos de cambios en la titularidad de la empresa o de un nuevo centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma por enajenación, fusión, absorción, transformación o cualquier otro título, que queda subrogado en las obligaciones laborales y en materia de Seguridad Social del anterior, causadas antes de dicha sucesión, de conformidad con lo previsto en el art. 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el art. 104, en relación con el 127 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social... , ello sin perjuicio de la responsabilidad del empresario anterior” (art. 3.3, d).

(7) Para un planteamiento crítico, *vid.* A. NIETO: *Derecho Administrativo Sancionador*, TECNOS, 1993, págs. 324 y ss.

(8) *Vid.*, para un estudio de la figura en cuestión, J. MARTÍNEZ GIRÓN: *El empresario aparente*, CIVITAS, 1992, págs. 31-39; M.ª J. RODRÍGUEZ RAMOS: *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*, TECNOS, 1995.

Al respecto, conviene recordar que el art. 40 LISOS establece que “las infracciones a lo dispuesto en los arts. 42 y 44 del Estatuto de los Trabajadores determinan la responsabilidad de los empresarios en los términos allí establecidos”, que, conforme anteriormente se ha expuesto y con la salvedad también mencionada de la responsabilidad por contratas y subcontratas, es neutra desde la perspectiva sancionatoria, puesto que de nuevo los preceptos estatutarios y sustantivos del TRSS sólo han previsto el mecanismo de responsabilidad por obligaciones derivadas del contrato de trabajo o de la relación jurídica de seguridad social, pero no a la exclusivamente sancionatoria surgida del *ius puniendi* estatal, cuyo ejercicio tolera mal las interpretaciones extensivas y menos aún las analógicas (9).

Ahora bien, aunque se admitiera que la responsabilidad aquí regulada se extiende también a la sancionatoria, no dejarían de plantearse problemas de interpretación, algunos de los cuales serían difícilmente superables desde la perspectiva de un sistema subjetivo de responsabilidad e incluso desde la imputación objetiva de la acción, y de los que al menos someramente nos ocupamos a continuación. En primer lugar habría que determinar si lo que el precepto estipula es un mecanismo de responsabilidad solidaria o independiente de cada una de las empresas implicadas. En esta alternativa nos parece más fundada la última de las opciones, porque, además de que no hay una mención explícita al tipo de responsabilidad exigido —contrariamente a lo que ocurre en los supuestos precedentes—, en el inciso final se contiene la expresión “sin perjuicio de la responsabilidad del empresario anterior”, que sería inútil si hubiera sido establecida la solidaria, y lleva a pensar en la directas de cedente y cesionario, a las que corresponderían sendas sanciones autónomas. Por otra parte, como ha sido anticipado, si la opción elegida fuera la de aquella modalidad, surgirían en muchas de las vicisitudes sucesorias obstáculos insalvables para identificar en el nuevo titular la comisión de una conducta culpable a título de dolo o culpa. Ciertamente, no existen cuando operara una simple transformación societaria, supuesto en el que como es sabido se produce un cambio de tipo social por otro reconocido en la ley, conservándose la personalidad jurídica (arts. 228 LSA y 91 LSRL) (10). Sí, por contra, cuando con ocasión del cambio de personalidad en la titularidad se pretenda hacer responsable al cesionario de hechos anteriores al negocio o acto modificativo y respecto de los que no es posible la exigibilidad de una conducta distinta por tratarse acciones u omisiones carentes de sus facultades de control o disposición. En efecto, no debe desconocerse que la subrogación va referida a las obligaciones laborales y en materia de seguridad

(9) En contra del criterio mayoritario en la doctrina penal, algún sector se ha manifestado en contra de la admisibilidad de la interpretación extensiva por las dificultades de diferenciarla estructuralmente de la analogía. *Vid.*, E. BACIGALUPO: “La garantía del principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el derecho penal”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, 1983, págs. 28 y ss.

(10) *Vid.*, F. SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones de Derecho Mercantil*, 18.º ed., 1995, pág. 577.

social causadas antes de la sucesión, pero no respecto de su inobservancia como ilícito administrativo que, en cuanto acto personal, sólo puede predicarse del autor. Así, por ejemplo, de la sustitución ilegítima de huelguistas con otros trabajadores (art. 96.10 ET) o del impago de los salarios devengados y no satisfechos (art. 96.1 ET) que tengan lugar antes de la sucesión empresarial sólo responderá administrativamente el empleador cedente si tras producirse la transmisión el nuevo titular cesa en el comportamiento antisindical de quien le precedió o abona las retribuciones adeudadas, pues no cabe aquí la imputación a éste de una conducta típica, antijurídica y culpable como responsable directo o solidario (11). Únicamente lo será si, tras consumarse la sucesión, incurre como autor en sujeto activo de aquellas infracciones manteniendo la contratación de esquiroles o incurriendo en mora frente al crédito retributivo, ya que hasta entonces no habrá realizado conducta típica alguna. En definitiva, la principal garantía de la eficacia sancionatoria en los casos de sucesión en la titularidad de la empresa viene ofrecida indirectamente por la subrogación legal operada en las obligaciones laborales y con la seguridad social, porque el nuevo empresario persista en los ilícitos ya cometidos también por el anterior.

Sin embargo, cuando esto no ocurra, la responsabilidad sólo podrá exigirse en principio del empresario originario, lo que a su vez puede plantear otras dificultades cuando a la transmisión acompaña la pérdida de personalidad en el caso de las personas jurídicas, puesto que la de las físicas, con la muerte, queda extinguida en virtud del carácter personalísimo de la sanción punitiva (art. 3.4 RESAL, art. 130.1 CP). Pues bien, en relación con aquéllas, una vez que haya sido dictada la resolución que pone fin al procedimiento, la sanción se transmitirá a los socios en base a lo dispuesto en el art. 235 del Código de Comercio, conforme al cual "ningún socio podrá exigir la entrega del haber que le corresponde en la división de la masa social, mientras no se hallen extinguidas todas las deudas y obligaciones de la compañía, o no se haya depositado su importe si la entrega no se pudiere verificar de presente", pronunciándose en igual sentido los arts. 277 LSA y 120 LSRL, sin que pueda esgrimirse la necesidad de respetar el principio de responsabilidad personal, porque dicho principio se asienta en el concepto de culpabilidad penal con el que precisamente rompe la imputación de las faltas a los entes colectivos (12). Por otra parte, en nuestra opinión, cuando la disolución afecte a una sociedad personalista, la responsabilidad sólo alcanzará al valor de la cuota de liquidación que se hubiera adjudicado a cada socio —esto es, igual que en las demás sociedades en las que no existe responsabilidad personal por las deudas sociales—, sin extenderse al

patrimonio particular de los socios, pues de otro modo sí existiría una responsabilidad por hecho ajeno contraria a las previsiones constitucionales de responsabilidad subjetiva.

Abundando en lo anterior, aquella responsabilidad sería exigible aunque la resolución no fuera firme puesto que, si bien no es ejecutiva, encierra ya la fijación de la deuda sancionatoria y queda amparada por la estipulación del art. 235 CCo ya transcrito. Contrariamente, si la disolución tuviera lugar antes de aquella resolución con la que concluye el procedimiento, procedería su archivo, ya que habría desaparecido el sujeto con capacidad de obrar e infractora que interviniera como referente de la imputación (art. 30 LRJ-PAC) (13). No se nos escapa que esta eventualidad pueda entrañar un ánimo defraudatorio, que podría neutralizarse con la adopción de alguna medida cautelar, en concreto, la fijación de una fianza (art. 21.2 RESAL, en relación con el art. 15 RPS).

Idéntica solución se aplicaría cuando la disolución se canaliza mediante fenómenos de fusión o escisión total de la sociedad, que no llevan consigo la apertura del proceso de liquidación. Por el primero, la sociedad responsable se extingue con otra u otras para alumbrar una nueva que les sucede en todos sus derechos y obligaciones —la llamada fusión propia— (arts. 233.1 y 94 LSRL), o bien, en la modalidad de fusión por absorción, se integra con su patrimonio en la absorbente (arts. 233.2 LSA y 94 LSRL). Mediante la escisión propia, sin embargo, la sociedad de origen se extingue con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se traspasa en bloque a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente (arts. 252 LSA y 94 LSRL) (14). Lo que ahora se produciría no es tanto una sucesión en la responsabilidad como en sus resultados económicos una vez que hubiera sido dictada la resolución que pone fin al procedimiento, la cual podrá ser impugnada por la nueva o nuevas empresas en base a la legitimación reconocida en el art. 31.1, b) LRJ-PAC. La sanción se impone a la empresa originaria responsable, y convertida en deuda se integra en su pasivo que pasa a las sociedades de nueva creación o a las absorbentes, acompañando la mutación voluntaria de personalidad operada. De este modo, el ilícito sancionado no podrá tenerse en cuenta a efectos de la agravante de reincidencia en la eventual infracción en la que pueda incurrir después la empresa sustituta. En realidad, el substrato de hecho, aunque lleva implícitas tanto la subrogación en la empresa como la sustitución en la personalidad, atiende más a este último factor, y desde tal perspectiva nos parece extremadamente respetuoso con el principio de culpabilidad tal como opera en la intervención de las personas jurídicas. Por ello quedan al

(11) En realidad, sería asimilable a "las situaciones de ausencia de imputación de la acción al autor que unánimemente son consideradas como de "ausencia de la acción misma", ya que suele entenderse que ese dominio o posibilidad de dominio de la acción (voluntariedad) constituye un presupuesto mínimo de toda acción" (J.M. GÓMEZ BENÍTEZ: *Teoría jurídica del delito*, CIVITAS, 1987, pág. 110).

(12) *Vid.*, B. LOZANO: *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, M. PONS, 1990, págs. 173-174).

(13) Conforme al art. 264 LSA la sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza, igual que las de responsabilidad limitada (art. 109 LSRL) y las sociedades cooperativas (art. 104.4 LGC; art. 70.2, Ley 2/1985, de 2 de mayo, de Sociedades Cooperativas Andaluzas).

(14) *Vid.*, F. SÁNCHEZ CALERO: *op. cit.*, págs. 584 y ss.; J.L. MONEREO PÉREZ: "Las relaciones de trabajo en la fusión y escisión de sociedades", *RL*, núms. 7 y 8, 1987, y la bibliografía allí citada.

margen de la subrogación en las consecuencias de la sanción las operaciones de transmisión de empresas en las que permanece la personalidad del cedente (supuesto de escisión impropia o parcial) o cuando se trata de una persona física (por ejemplo, en los casos de venta de una organización patrimonial, arrendamiento de industria, etc.), ajena por principio a los mecanismos de transformación, escisión, fusión o absorción, propios de las compañías mercantiles, siguiendo entonces la responsabilidad sancionatoria una vía personal distinta a la de la organización productiva que se ha transmitido.

De igual forma a la ya expuesta, si existiera la previsión de que la extinción de la personalidad se produjera antes de la conclusión del procedimiento, procedería la exigencia de fianza para asegurar la eficacia de la resolución (15).

c) También se incluye entre los específicos de responsabilidad empresarial "el de la empresa usuaria en las relaciones de trabajo concertadas a través de una empresa de trabajo temporal, que será responsable subsidiaria de las obligaciones salariales y de seguridad social y en forma directa del cumplimiento de las normas en materia de prevención de riesgos laborales, así como del recargo de prestaciones de seguridad Social, de conformidad con lo establecido en los arts. 16 de la Ley 14/1994 y 42.2, párrafo segundo, de la Ley 31/1995" (art. 3.3, e), encontrándonos de nuevo con una censurable confusión de responsabilidades diversas: la estrictamente contractual, la proveniente de la relación jurídica de seguridad social y la derivada de la comisión de un ilícito administrativo. En realidad, como ya ha sido anticipado en los casos precedentes, las que aquí se establecen en materia salarial y de seguridad social suponen una reproducción de las dos primeras ya fijadas en el art. 16.3 LETT, no comprensivas de la sancionatoria, que habrá de exigirse conforme a su normativa específica (LISOS, ET, etc.). Por ello, de la falta muy grave del art. 96.1 —y lo mismo es extensible a las deudas de seguridad social— responderá en principio sólo la ETT, a la que su condición de empresario de la relación laboral (art. 2.1 LISOS) le hace responsable de esa infracción (art. 18 LETT), sin perjuicio de las singulares en las que como intermediaria pueda cometer (art. 19 LETT). En cuanto a la usuaria, adquiere la de sujeto responsable en virtud de lo dispuesto en los arts. 93 (*Son infracciones laborales las acciones u omisiones de los empresarios...*) y 1.2 ET, que atribuye la condición de empresario a las personas o comunidades de bienes que reciben la prestación laboral de un trabajador, incluso cuando ese trabajador ha sido puesto a disposición de aquel empresario por una empresa de trabajo temporal. Ahora bien, al menos por lo que toca al incumplimiento salarial, se trata de una responsabilidad directa que no surgirá hasta que la garantía financiera constituida por la ETT sea insuficiente para satisfacer el crédito pendiente de pago, que subsidiariamente asegura a su vez las deudas no abonadas a causa de su insolvencia, suspensión de pagos, quie-

(15) Los acuerdos de fusión y escisión han de hacerse públicos conforme a lo dispuesto en los arts. 242 y 254 LSA y 94 LSRL.

bra o concurso de acreedores (art. 9, 1 y 5 Real Decreto 4/1995, de 13 de enero), y la empresa usuaria incurra en el comportamiento sancionable.

Lo expuesto se comprende mejor si se piensa que la responsabilidad preferente de la ETT y de la garantía financiera, como presupuestos de la subsidiariedad de segundo grado de la empresa cliente, actúa como causa de justificación de la conducta típica de esta última que excluye su antijuridicidad hasta que el pago le sea exigible, cuando exista la inobservancia de ese deber. De este modo, a pesar de que el art. 21.1, a) RESAL mencione la necesidad de reflejar en las actas de infracción el responsable solidario o subsidiario cuando concorra tal circunstancia, la de esta clase en verdad es más hipotética que real, puesto que, al margen de las consideraciones efectuadas al principio, al incumplirse por ambos responsables los deberes sustantivos en momentos separados temporalmente se impide la sustanciación simultánea de la responsabilidad administrativa en un único procedimiento. Como excepción, cabría este tipo de responsabilidad por deudas de cuotas de seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta cuando en un principio no hubiera sido exigida la correspondiente a la ETT, y, al requerirse la de la usuaria por concurrir las circunstancias antedichas (insolvencia, insuficiencia de la garantía financiera), el procedimiento fuera instruido a las dos conjuntamente por aplicación de lo dispuesto en el art. 12.4, 2) RGRSS, conforme al cual la responsabilidad subsidiaria alcanza a las sanciones pecuniarias impuestas al deudor principal cuando aquélla resulte de la participación del responsable en una infracción de normas de Seguridad Social. Y si esto no hubiera ocurrido; esto es, cuando la responsabilidad de la ETT hubiera sido exigida con independencia de la de la empresa cliente, el pago de la sanción por la principal podrá ser opuesto como causa de extinción del deber punitivo y del derecho público a castigar con una sólo sanción (16). No obstante, el traslado de esta modalidad al Derecho Sancionador puede conducir a resultados poco deseables desde una adecuada óptica de política preventiva cuando la concurrencia de una causa de exculpación o de inimputabilidad en el responsable principal exima de la única responsabilidad al subsidiario, con olvido de que en ese ámbito siempre han de valorarse reproches individualizados.

Esta responsabilidad por obligaciones salariales y de Seguridad Social se torna solidaria cuando, conforme al art. 16.3 LETT, el contrato de puesta a disposición se haya realizado para supuestos distintos a los autorizados o para alguno de los prohibidos (arts. 6 y 8 LETT), aunque a su proyección sancionatoria no hace referencia el RESAL. En nuestra opinión en este caso surge una

(16) Arts. 8.2 RPS, 4.1, i) y 15 RGRSS. Aunque no lo señale así expresamente la normativa de aplicación, en contraste con el art. 130 CP, es claro y no merece mayor comentario que el pago/cumplimiento de la sanción pecuniaria implica la extinción de la responsabilidad. *Vid.*, B. LOZANO: *op. cit.*, pág. 81; A. CARRETERO PÉREZ, A. CARRETERO SÁNCHEZ: *Derecho Administrativo Sancionador*, EDESA, 1992, pág. 180. Precisamente, los arts. 35 y 36 RESAL regulan la ejecución de las sanciones y la recaudación de las pecuniarias.

responsabilidad directa e independiente de las empresas intermediaria y cliente si incurrieran en las conductas castigadas en los arts. 96.1 ET (*impago y retrasos reiterados en el pago del salario debido*) y 14.1, 5) LISOS —falta de ingreso de cuotas—, puesto que entonces a las dos sería imputable el hecho típico desde el instante de su comisión, sin que en materia de Seguridad Social fuera aplicable la subsidiaria del art. 12.4 RGRSS, estipulada únicamente para cuando la obligación se impone a un deudor principal y, tras declaración de su insolvencia, al segundo subsidiariamente. No obstante, en esta ocasión no existirían las reservas anteriormente expuestas para que válidamente hubiera sido establecida una responsabilidad de carácter subsidiario, desde el momento en que el incumplimiento de los deberes sustantivos es simultáneo y no sucesivo.

Finalmente, por lo que respecta a la responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales, el precepto no ofrece dificultad alguna de interpretación al confirmar la directa y única de la empresa usuaria con la alusión a los arts. 16 LETT y 42.2 LPRL. En otro orden de cosas, a semejanza de la estipulación del art. 130.1 CP para las infracciones penales, el art. 3.4 contempla el fallecimiento de la persona física responsable como causa de extinción de la responsabilidad en consideración al carácter personalísimo que encierra la sanción —proyectado jurídicamente en la culpabilidad como elemento subjetivo de la falta—, que por ello es intransferible como deuda a los herederos, sin perjuicio de la que surja en el sucesor por la comisión de un hecho propio. Con la excepción, claro está, acogida en el mismo precepto de las deudas a la Seguridad social, cuya naturaleza no punitiva las hace susceptibles de transmisión al constituir el objeto de una obligación patrimonial (17).

III. LA REGULACIÓN DEL *NON BIS IN IDEM*

Con la intitulación *Concurrencia de sanciones con el orden jurisdiccional penal y administrativo* el art. 5 establece las reglas procedimentales para evitar la duplicidad sancionadora cuando a la identidad fáctica acompañe la subjetiva y la protección del mismo bien jurídico. No obstante, desde el punto de vista sustantivo es necesario efectuar una primera precisión porque no hay duda alguna, aunque el precepto emplea —como la LISOS, art. 3— exclusivamente el término *delito*, de que tampoco las infracciones penales leves —las faltas— puedan ser castigadas doblemente en las esferas administrativa y penal. La propia concepción sustantiva del “non bis in idem” lleva de inmediato a la asimilación con el vocablo de todo ilícito penal, puesto que persigue evitarse la duplicidad sancionadora y conseguir la subordinación de la Administración a la autoridad judicial, lo que no ocurriría si el órgano administrativo entrara en el análisis y en una precalificación de los hechos que no le corresponde(18). Por

(17) En tal sentido, arts. 104 y 127 TRSS y 13 RGRSS.

(18) Explícitamente además el TC (S. 3-10-83, Ar. 77) ha señalado como una de las consecuencias de esa subordinación “la imposibilidad de que los órganos de la

ello también es más acertada la expresión *ilícito penal* empleada en el art. 7.1 RPS, comprensiva de delitos y faltas.

Pasando a los aspectos adjetivos, el art. 5.1 suple la indefinición de la LISOS en cuanto al órgano encargado de pasar el tanto de culpa al judicial competente o de remitir las actuaciones al Ministerio Fiscal, y encomienda el deber al instructor o al que tiene atribuida la competencia para resolver. Ello sin embargo no puede hacernos olvidar que el art. 262 LECr impone el deber de denunciar a los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieran noticia de algún delito público (19), con lo cual, ante la eventual abstención de aquéllos, el incoador del procedimiento queda compelido a su satisfacción.

Los órganos receptores de esa comunicación parece que habrán de ser la Jefatura de la Fiscalía de la Audiencia Provincial (arts. 5, 18.1 y 23 EOMF) o el Juzgado de Instrucción de Guardia (20). Y su efecto, la paralización del procedimiento administrativo “hasta que el Ministerio Fiscal, en su caso, resuelva no interponer acción, o sea firme la sentencia o auto de sobreseimiento dictados por la autoridad judicial” (art. 5.1 RESAL). Ahora bien, ello no se opone a que se extienda el acta de infracción y quede por tanto incoado el procedimiento (art. 51.1, a LISOS). Es más, esta exigencia se desprende directamente del tenor de los arts. 3 LISOS y 5.1 y 6 RESAL (*se abstendrá de seguir el procedimiento... continuará el expediente/procedimiento sancionador*), lo que no es posible si previamente no se ha iniciado con el acta, resultando la mejor forma además de garantizar el principio de eficacia asegurando la inmediatez entre la comprobación de los hechos y su plasmación documental (21).

Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta”.

- (19) El art. 408 CP castiga con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años a la autoridad o funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables.
- (20) La LISOS y el RESAL aluden genéricamente al “Ministerio Fiscal” y al “órgano judicial competente”. En este último supuesto el término “competente” hay que entenderlo en relación con la idoneidad para ser receptor de la denuncia formulada y no con la competencia en sentido estricto para la eventual instrucción de la causa (art. 303 LECr); y aunque es técnicamente correcta (TORRES ROSELL siguiendo a GÓMEZ ORBANEJA) la denuncia ante cualquier Juzgado o Tribunal del orden penal de la demarcación territorial en la que se ha conocido u observado la producción de un acto o resultado aparentemente delictivo, tanto los datos que “determinan la competencia objetiva y funcional... como los criterios de conexión territorial, son conocidos como resultado de la investigación judicial”, por lo que parece más acertado dirigirla al Juzgado de Instrucción de Guardia, por ser el órgano que “canaliza la recepción de todos los asuntos de naturaleza penal y su distribución entre los Juzgados y Tribunales existentes en función de las diligencias practicadas” (*Vid.*, N. TORRES ROSELL: *La denuncia en el proceso penal*, MONTECORVO, 1991, págs. 143 y ss.).
- (21) En contra de la posición que aquí se defiende, y por lo que respecta al procedimiento de inspección y liquidación tributarios, *vid.* F. ALONSO FERNÁNDEZ: “El procedimiento de Inspección de los tributos en caso de delitos contra la Hacienda Pública: algunas cuestiones dudosas”. *Impuestos*, núm. 8, 1989.

Cuando el tanto de culpa se pase mediante pre-denuncia al Ministerio Fiscal (22), y aunque el RESAL sólo menciona la solicitud que ha de hacerse al órgano judicial, se habrá de solicitar igualmente por la Administración “testimonio sobre las actuaciones practicadas” (art. 7 RPS). El Fiscal, conforme a lo dispuesto en el art. 5 EOMF, podrá enviarlas a la autoridad judicial o decretar su archivo cuando no encuentre fundamentos para ejercitar acción alguna—cuando el hecho no revista los caracteres de delito (art. 785 bis LECr)—, notificando entonces la decisión al denunciante. Prescindiendo ahora de la primera de estas situaciones, interesa analizar los efectos del archivo de actuaciones en el procedimiento administrativo. Es claro en este sentido que no estamos ante una resolución judicial y que nada impide reproducir la comunicación en forma de denuncia ante el Juzgado de Guardia. Pero siendo esto así, también es cierto que entonces pierde gran parte de su justificación la alternativa entre Fiscalía y órgano judicial ofrecida en los arts. 3.1 LISOS y 5.1 RESAL. Desde esta perspectiva y la de economía del procedimiento hubiera sido más coherente que siempre fuera hecha la remisión de la *notitia criminis* al órgano judicial. Sin embargo, conviene la averiguación de cuál haya podido ser la *ratio* de la opción adoptada por el legislador moviéndonos en el análisis de la norma administrativa, y sólo acudiendo a otros órdenes cuando allí no se encuentre respuesta suficiente.

Creemos no equivocarnos, en base a las dos principales consideraciones que se desprenden de la doctrina del TC sobre el *non bis in idem*: evitar la duplicidad sancionadora y subordinación de la actuación administrativa a la judicial, que éstos son los móviles determinantes que guían la regulación positiva. Para ello, siguiendo muy de cerca las enseñanzas jurisprudenciales, el legislador arbitra la suspensión del procedimiento sancionador *a priori* y *a posteriori*; esto es, *ab initio*, cuando para la Administración los hechos pueden revestir carácter de infracción penal, actuando el órgano administrativo como impulsor de la actividad preprocesal o procesal subsiguiente (art. 5.1 RESAL); o a remolque, si la pasividad de la Administración es advertida por cualquier medio—normalmente, a través del imputado en el procedimiento sancionador—de que se ha iniciado un proceso penal por los mismos hechos (art. 7.1, 2.º RPS). Por tanto, como se indica en el Reglamento, el archivo de las actuaciones por el Ministerio Fiscal permitirá la continuación del procedimiento administrativo, con independencia de una eventual y posterior paralización si después se tuviera conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos.

Cuando se produce la intervención del órgano judicial la cuestión se torna más compleja desde el punto de vista procedimental. Conforme al art. 5.4 RESAL “la condena por delito en sentencia firme excluirá la imposición de

sanción administrativa por los mismos hechos que hayan sido considerados probados, siempre que concurra, además, identidad de sujeto y fundamento, sin perjuicio de la liquidación de cuotas a la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, así como de la exigencia de reintegro de las ayudas, bonificaciones o reducciones de las prestaciones por desempleo indebidamente percibidas, derivadas de los hechos conocidos por el órgano judicial”, y “si la autoridad judicial no apreciase la existencia de delito, el órgano administrativo competente continuará el procedimiento sancionador en base a los hechos que el Tribunal haya considerado probados” (art. 5.6).

Nos parece en este punto que el tratamiento más adecuado de estas reglas es el analítico, dada la gran diversidad tipológica que desde la óptica adjetiva presenta la interdicción del *non bis in idem*, en la que influyen distintos factores como la propia redacción de los hechos en la resolución judicial, la clase de resolución e incluso la motivación del fallo. Por ello, intentaremos representar algunos de los supuestos que en la práctica pueden ser más comunes y su repercusión en el *iter* del procedimiento administrativo.

a) La sentencia condenatoria

Es evidente que la sentencia condenatoria firme que pone fin al proceso penal, como la absolutoria, tiene fuerza de cosa juzgada material (23), y coincidiendo los sujetos, hechos y fundamentos con los del procedimiento administrativo determinará la no imposición de sanciones principales y accesorias en este orden (pecuniarias, punitivas de los trabajadores, etc.), pero no impedirá la adopción de las medidas cautelares que pudieran corresponder en materia de seguridad e higiene (arts. 3.3 LISOS y 5.2 RESAL), de las cautelares y asimilables a las de seguridad sobre las Mutuas de A.T. y E. P. de la Seguridad Social (arts. 74 TRSS y 42 LISOS)—faltaría además el requisito de identidad subjetiva dada la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 CP) (24)— y la suspensión de prestaciones del art. 46.3 LISOS. En consecuencia, faltando alguno de los elementos de esa triple identidad—por ejemplo, el atinente a los sujetos—, la condena de personas distintas a los sujetos responsables de la infracción administrativa permitirá la continuación del procedimiento respecto al imputado en el expediente sancionador, con sujeción a los hechos declarados probados en la resolución judicial y a los que, sin contradecirlos, resulten de la actuación administrativa. Por la misma razón, se alzarán la suspensión del procedimiento si la *causa petendi* en el proceso y, por tanto, el título de la condena como consecuencia del principio acusatorio, difiere del fundamento del ilícito administrativo. Esta afirmación precisa no obstante de dos matizaciones adicionales.

(23) Vid., A. DE LA OLIVA: *Sobre la cosa juzgada*, CEURA, 1991, pág. 117.

(24) En cuanto a la posibilidad de sancionar administrativamente a la persona jurídica cuando han resultado condenados en el orden penal sus representantes, ha sido admitida por el Tribunal Constitucional (Auto 454/1986, de 21 de mayo), precisamente con ocasión de una infracción laboral.

(22) Distingue TORRES ROSELL entre pre-denuncia, cuando los receptores son las personas y organismos a los que la LECr faculta para recibir la denuncia delictiva, y la denuncia en sentido técnico jurídico, cuyos destinatarios naturales son los Juzgados y Tribunales (*op. cit.*, pág. 130).

Primeramente, que si el *petitum* de la acusación afecta a dos infracciones penales en relación de concurso (por ejemplo, delitos de los arts. 311 y 315 CP, que por aplicación del art. 12 CP sólo admiten formas dolosas de comisión), y sólo recae la condena correspondiente a una de ellas porque ha faltado el elemento subjetivo exigido en el segundo ilícito (el dolo en el tipo del art. 315), en el procedimiento administrativo podrá sancionarse la forma imprudente. Por contra, si la resolución judicial apreciara que es único el bien jurídico protegido en los distintos tipos y, por tanto, resolviera conforme a las reglas del concurso aparente de normas (art. 8 CP), a esos términos habrá de ajustarse la actuación administrativa, en aplicación de la doctrina jurisprudencial que impone la subordinación a lo resuelto judicialmente.

Con independencia de lo anterior, sin perjuicio de la existencia de aquella condena penal, procederá según el art. 5.4 RESAL la liquidación de cuotas que corresponda, así como la exigencia de reintegro de las ayudas, bonificaciones o deducciones de las prestaciones por desempleo indebidamente percibidas, derivados de los hechos conocidos por el órgano judicial. Esta compatibilidad proviene de que el objeto de las citadas obligaciones tiene un marcado carácter civil restitutorio y no punitivo, siendo su funcionalidad más reparadora que retributiva⁽²⁵⁾. Por lo demás no es ocioso recordar que la pendencia del proceso penal ocasiona siempre efectos suspensivos en el procedimiento administrativo sancionador (arts. 5.1 RESAL y 7.1 RPS), para evitar la repetición del *ius puniendi*, pero no, en principio, en los de otra clase, cuando únicamente se persiga la satisfacción de deudas de las que la Administración es titular, cuya actuación es fiscalizable mediante el control interno del recurso jerárquico o por el ejercido a través de los órdenes jurisdiccionales de lo social o de lo contencioso-administrativo, ya que, conforme a lo estipulado en el art. 3 LECr, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, pero sólo a los efectos de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación. Es decir, se trataría de una resolución *incidenter tantum* sin efectos de cosa juzgada fuera del proceso penal en que recae (26).

(25) Para la distinción entre sanciones en sentido estricto y sanciones civiles, *vid.* S. DEL REY GUANTER: *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social*, MTSS, 1990, págs. 30-32; J.L. MONEREO PÉREZ: *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, CIVITAS, 1992, págs. 56-61, y la bibliografía en ellas citada.

(26) *Vid.*, L. PRIETO-CASTRO: *Derecho Procesal Penal*, TECNOS, 3.ª ed., 1987, págs. 49-50. Por ejemplo, pensemos en un acta de liquidación por diferencias apreciadas en las bases cuando no se haya entendido precedente la instrucción de un procedimiento sancionador, a pesar de seguirse un proceso penal por los mismos hechos.

b) La sentencia absolutoria

También la sentencia absolutoria firme tiene fuerza de cosa juzgada material. Y es para estos casos —y los que después se verán— cuando expresamente la LISOS (art. 3.2) y el RESAL (art. 3.6) han previsto la continuación del procedimiento en base a los hechos que el Tribunal haya considerado probados. Una primera lectura de estos preceptos llevaría con facilidad al espejismo de que ahora no existe impedimento para que recaiga la sanción administrativa. Sin embargo, la diversidad de situaciones que pueden presentarse hacen la cuestión más compleja, obligando al estudio de detalle. Ha de tenerse en cuenta que si lo que la sentencia declara probado es la inexistencia de los hechos en que se funda el acta, o la no participación en ellos del acusado/imputado en el procedimiento sancionador, no procederá la imposición de sanción alguna en el ámbito administrativo. Cuestión distinta sin embargo es aquella en la que judicialmente se declara que no ha podido demostrarse que alguien es autor de un hecho, ya que entonces nada impide la continuación del expediente sancionador, y el órgano administrativo formará su propia convicción en base al material probatorio que de él resulte (27). Por otra parte, la absolución penal por este motivo del acusado no será obstáculo para la exigencia de responsabilidad al empresario/persona jurídica o al empresario individual que no ha intervenido en el proceso como sujeto activo de la infracción, debiendo estarse a los concretos términos en que esté redactada la sentencia porque la respuesta no es unívoca.

En efecto, la separación entre los conceptos autor de la infracción penal/sujeto responsable del ilícito administrativo, y la consiguiente objetivación de este responsable no permiten afirmaciones concluyentes que, como las propuestas por algún autor (28), excluyen la viabilidad de la sanción administrativa cuando la sentencia absolutoria se basa en la apreciación de una causa excluyente de la responsabilidad penal (art. 20 CP), en error invencible (art. 14 CP) o en la ausencia de dolo o imprudencia (art. 5 CP) (29). El razonamiento es asumible en su totalidad sólo a condición de que la calidad del acusado en el proceso y de imputado en el acta de infracción lo ostente la misma persona, pero no así siempre cuando se produce la disociación a la que se aludió.

A este propósito no puede desconocerse que la responsabilidad administrativa en tales casos surge de una culpa de tipo civil —*in vigilando* o *in eligendo*— de la persona jurídica o del empresario individual relacionada con las personas que en lugar de ellos actúan. Y en este estado de cosas no parece razonable, ni lógica ni jurídicamente, que la negligencia del empresario en la desig-

(27) *Vid.*, SSTC 3-10-83, ya citada, 23-2-84 (Ar. 24) y 8-6-89 (Ar. 107). Estas conclusiones fueron ya defendidas por GONZÁLEZ PÉREZ (“Independencia de la potestad sancionadora de la jurisdicción penal”, *RAP*, núm. 47, 1965).

(28) *Vid.*, M.A. NARVÁEZ BERMEJO: “La concurrencia de la potestad sancionadora de la Administración con el orden jurisdiccional penal”, en AA.VV.: *Comentarios doctrinales a la Ley 8/1988 sobre “Infracciones y Sanciones en el Orden Social”*, MTSS, 1989.

(29) En relación con los concordantes del anterior Código Penal (arts. 8, 6 bis).

nación de sus representantes (un enajenado, un menor o alguien que tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad o, simplemente, que carezca de la cualificación necesaria) (30), o bien, la malicia al dar una orden ilegítima (art. 20.7 CP), resulten premiadas con la exoneración de responsabilidad, mediante el expediente de trasladar al orden administrativo causas de exculpación o de justificación que, como pertenecientes al ámbito penal, tienen una exquisita dimensión personalísima. Por ello, estas causas que excluyen la responsabilidad penal deberán pasarse por el tamiz de la responsabilidad administrativa, para apreciar entonces si, a pesar de la juridicidad, de la no reprochabilidad de la conducta de quien actúa por el empresario, el comportamiento del empleador es culpable (31). De este modo, mientras la absolucón penal basada en la existencia de trastorno mental transitorio implicará normalmente la ausencia de responsabilidad administrativa, porque el empresario no podía prever en su representante la ocurrencia de esta causa de inimputabilidad, la apreciación en la resolución judicial de alguno de los motivos de exculpación (error invencible de prohibición...) llevará a las mismas consecuencias en el plano administrativo cuando el empresario haya desplegado el celo exigible al elegir a la persona que por él actúe, pero no si la tarea o gestión se encomienda a alguien cuya incompetencia es conocida.

Aparte de estos casos en los que hay que rechazar una respuesta apriorística sobre el ulterior desarrollo y terminación del expediente administrativo tras la sentencia absolutoria, aquéllos en los que será posible utilizar normalmente los elementos de prueba de la resolución judicial para continuar el procedimiento serán los siguientes: cuando no resulte probada la comisión de la infracción penal perseguida o sean desconocidos sus autores (art. 641 LECr), si ha de dictarse sentencia absolutoria por falta de acusación o de algún requisito de procedibilidad (por ejemplo, la falta del art. 621 CP o la del 586 bis del anterior Código), o bien, cuando la prueba en el proceso no es suficientemente convincente para destruir la presunción de inocencia (32).

- (30) En realidad, en pura técnica procesal, la minoría de edad penal —como presupuesto procesal— y la enajenación mental, que puede confirmarse plenamente tras los oportunos informes, son causas de exención de responsabilidad que pueden acreditarse normalmente antes de la apertura del juicio oral, sin necesidad de actividad probatoria procesal *strictu sensu* (Vid., V. GIMENO SENDRA *et alii*: *Derecho Procesal* (Proceso Penal), TIRANT LO BLANCH, 1989, pág. 413), por lo que la resolución procedente será entonces el auto de sobreseimiento libre de la Audiencia Provincial en el sumario ordinario, o del Juez de Instrucción en el proceso abreviado (art. 637.3 LECr, en relación con los arts. 632 y 790 LECr).
- (31) Para eludir la responsabilidad de la sanción administrativa —afirma PONNET, siguiendo la teoría de la obligación de resultado— el empresario podrá invocar los hechos justificativos propios, como por ejemplo la fuerza mayor, pero no puede ampararse en las causas justificativas del autor ("Analyse critique du regime des amendes administratives", *RDT*, núm. 2, 1991).
- (32) Vid., M.A. NARVÁEZ BERMEJO: *op. cit.*, págs. 212-213.

c) Las demás resoluciones judiciales

De la consideración conjunta de los arts. 3.1 LISOS y 5 RESAL —números 1, 4 y 6— se desprende que la continuación del procedimiento tendrá lugar también cuando sea firme el auto de sobreseimiento dictado por la autoridad judicial. La referencia está hecha a los restantes pronunciamientos productores de la cosa juzgada aunque no estén expresamente contemplados en la ley como desencadenantes de tal efecto, y en los que "el juez puede decidir, en diversos estadios y momentos procedimentales, poner término a un proceso o causa criminal"(33). Para descubrir cuáles sean estas resoluciones, de la Oliva advierte que interesan sólo las favorables al acusado, "puesto que si se trata de resoluciones desfavorables para él, que deciden la prosecución del proceso, es indudable que no producen efectos de la cosa juzgada, y si se trata de sentencias condenatorias, sería a todas luces absurda la menor vacilación sobre la existencia de cosa juzgada", correspondiendo en nuestro análisis a las estudiadas anteriormente.

Pues bien, según este autor, tendrán fuerza de cosa juzgada las resoluciones favorables cuyo fundamento es semejante al que pueda basar una sentencia absolutoria o una resolución de otro tipo, pero que, por uno u otros motivos, equivaldría a una absolucón y si esa resolución pasa —o puede pasar— por sucesivos tribunales para acabar adoptándose o confirmándose por alguno que, por su jurisdicción y competencia objetiva y funcional, podría dictar sentencia, absolutoria o condenatoria, se darían los requisitos para atribuirles fuerza de cosa juzgada. Entre ellas habrían de incluirse el auto firme que decreta el archivo por la atipicidad de los hechos en la fase previa o instructora (art. 789.5, 1.ª LECr), el auto firme que rechaza una querrela cuando los hechos en que se funde no constituyen delito (arts. 312 y 313 LECr) y, desde luego, los autos de sobreseimiento libre por los motivos del art. 637 LECr dictados una vez concluido el sumario por la Audiencia Provincial (art. 632 LECr) o el Juez de Instrucción (art. 790.6 LECr), según el proceso sea el ordinario o el abreviado (34).

No obstante, debemos hacer la observación de que, respecto a la eficacia predicada las resoluciones citadas en primer lugar —las de los arts. 789.5, 1.ª y 313 LECr—, importantes sectores de la doctrina y la jurisprudencia niegan su idoneidad para producir eficacia de cosa juzgada material en cuanto que no siendo de fondo (35), al menos en el plano de la hipótesis, no impiden la reapertura de las respectivas causas.

(33) A. DE LA OLIVA: *op. cit.*, págs. 177-178.

(34) También el auto de sobreseimiento libre produce efectos de cosa juzgada cuando se funda en alguno de los motivos de los números 2, 3 y 4 del art. 666 —la cosa juzgada, la prescripción del delito, la amnistía o el indulto—, aunque es de ver que por ello mismo su repercusión en el procedimiento sancionador sería prácticamente nula. Como precisa PRIETO-CASTRO (*op. cit.*, pág. 314), las causas de sobreseimiento libre se basan en la certeza de la existencia de determinados hechos o de algún dato jurídico que excluye el delito indistintamente como una entidad jurídica o como una entidad fáctica, poniendo fin al proceso.

(35) Vid., V. GIMENO SENDRA *et alii*: *op. cit.*, pág. 411; E. GÓMEZ ORBANEJA, V. HERCE QUEMADA: *Derecho Procesal Penal*, 10.ª ed., 1984, pág. 293. Por todas, STS 14-5-93 (Ar. 4144) (Penal).

A nuestro juicio esta circunstancia no es óbice para que, una vez firmes estas resoluciones, pueda seguir la tramitación del procedimiento administrativo. No debe olvidarse que la cosa juzgada de la que se habla es la producida en el proceso penal, cuyos efectos —meramente negativos— ciegan el paso a un nuevo enjuiciamiento del mismo sujeto por los mismos hechos, mientras que en nuestro caso nos referimos a los efectos vinculantes de una resolución judicial sobre el procedimiento administrativo. Y, aunque no produzcan los efectos materiales de la cosa juzgada, los autos de inadmisión de una querrela o de archivo de las actuaciones en las diligencias previas constituyen, una vez firmes, formas de finalizar —anormalmente o sin sentencia—, en expresión de Gimeno Sendra (36) el procedimiento, encajando así perfectamente en el concepto de “o resolución firme que ponga fin al procedimiento del art. 3.1 *in fine* LISOS y de “resolución judicial firme” del art. 7.3 RPS.

Por otra parte, ha de hacerse notar que la eventual reapertura de la causa penal no originará dificultades desde la perspectiva del “non bis in idem”, ya que cuando tenga conocimiento el órgano administrativo de que se está desarrollando el proceso penal sobre los mismos hechos, ha de solicitar del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones practicadas (art. 7.1 RPS); y, recibida la comunicación, acordar la suspensión del procedimiento (art. 7.2 RPS). Es decir, ha de acudir a la utilización supletoria de las reglas de esta disposición, que contemplan la situación desde el doble prisma según la posición del órgano administrativo sea activa o pasiva, frente a la regulada en el art. 5 RESAL, que sólo aprecia a la Administración como instancia impulsora de la actividad jurisdiccional penal. La redacción de aquel precepto sin embargo no nos parece afortunada, en cuanto hace depender la suspensión de que “exista identidad de sujeto, hecho y fundamento” —los arts. 5.1 RESAL y 7.1 RPS hablan sólo de *hechos*—, y cuando para dar cumplimiento adecuado a la regla de subordinación a lo actuado judicialmente con la igualdad fáctica ha de bastar si se quiere evitar la existencia de resoluciones administrativas contradictorias con las judiciales. De otro modo, la Administración podría sancionar por un título-fundamento diferente al que sustenta la acusación penal, pero en base a unos hechos que la resolución judicial posterior podría declarar inexistentes. Siendo cuestión distinta la que puede suscitarse una vez recaída la resolución judicial firme, pues entonces cobra todo su sentido aquella triple exigencia para que haya de declararse la inexigibilidad de responsabilidad administrativa, bastando hasta entonces con la sola identidad de los hechos objeto de examen para que en la esfera administrativa sea acordada la suspensión del procedimiento.

Tampoco existirán aquellas dificultades si hubiera concluido el procedimiento administrativo, ya que el recurso ordinario formulado en plazo y, en su caso, el procedimiento de revisión de actos nulos o el recurso extraordinario de revisión (arts. 102 y 118 LRJ-PAC) son remedios suficientes para corregir los defectos sobrevenidos en el acto administrativo originario contrarios al *non bis in idem* a consecuencia de la posterior resolución judicial.

(36) *op. cit.*, pág. 411.

Finalmente nos ocuparemos de la incidencia que el auto de sobreseimiento provisional (art. 641 LECr) puede tener en el procedimiento administrativo, pues ni tiene eficacia de cosa juzgada, ni pone fin al procedimiento, sino que lo suspende por faltar en él la averiguación de algún elemento fáctico sin el cual no puede dictarse una sentencia sobre el fondo. Sus causas se basan en unas dudas que pueden disiparse y permitir la reanudación del proceso (37).

Ahora bien, como señala Gimeno Sendra recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, el sobreseimiento provisional se aproxima “en los efectos materiales de la cosa juzgada al sobreseimiento libre... (pues)... considera el intérprete de la Constitución atentatorio a la “presunción de inocencia” y a la seguridad jurídica sobreseer y reabrir en varias ocasiones una instrucción contra una misma persona y sobre el mismo hecho” (38). Y si, además, reparamos en el hecho de que el auto de sobreseimiento provisional es firme desde el momento en que se dicta —para ser más precisos y si se admite la expresión, *provisionalmente firme*— en el sentido de que frente a él no cabe recurso de casación (arts. 636 y 848 LECr), probablemente no sea excesivo aplicarle los efectos que el art. 3.1 LISOS confiere a las resoluciones judiciales de tal naturaleza y, desde luego, incluirlo dentro del género “auto de sobreseimiento” del art. 5.1 RESAL, aunque no sea de los que ponen fin al procedimiento (art. 3.1 LISOS). De este modo, con la solución reglamentariamente adoptada, ganan los principios de eficacia y celeridad sin que ningún quebranto se ocasione en los derechos del imputado, dado que a la hipotética reapertura del proceso podría responderse por las vías a las que más arriba se ha aludido: suspensión del procedimiento y, si hubiera concluido, recurso ordinario o, en su caso, incoación de los procedimientos de revisión de actos nulos o recurso extraordinario de revisión (39).

Al margen de lo anterior, el Reglamento que se comenta se hace eco también de la inviabilidad de la doble sanción administrativa principal siempre que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamentos (art. 5.7). Sobre este particular la LISOS no contiene mención alguna, preocupada por lo que en el momento de su promulgación y aún hoy día merece mayor atención: la concu-

(37) *Vid.*, L. PRIETO-CASTRO: *op. cit.*, pág. 314; DE LA OLIVA: *op. cit.*, pág. 177 y STS 14-5-93 (Ar. 4144).

(38) *op. cit.*, págs. 411-412, donde se cita la STC 34/1983, de 6 de mayo.

(39) Implícitamente así lo admite la STC 15-2-90 (Ar. 22), en la que se afirma que “no puede, sin embargo, admitirse que la aparente contradicción entre dos resoluciones, una administrativa y otra judicial, y sin mayores matizaciones y razonamientos, redunde en una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva en vez de resultar atinente a otros principios de los que rigen nuestro ordenamiento jurídico... que el proceso penal terminó en un auto de sobreseimiento provisional... por no poder fijar con claridad los hechos de relevancia penal, lo cual no es en modo alguno sinónimo de la inexistencia de hechos sancionables a los efectos del procedimiento administrativo, y, lógicamente, la no apreciación de los hechos constitutivos de delito no puede equipararse a la ausencia de una infracción administrativa sancionable por aquellos mismos hechos”.

rrencia con las penas. Ahora bien, no cabe duda alguna de que la interdicción del *bis in idem* se extiende igualmente a la incompatibilidad entre sanciones administrativas. De hecho, esta prohibición ya la estableció el art. 5.1 RPS y más recientemente el art. 42.4 LPRL.

El criterio de preferencia por el que el Reglamento opta, al igual que las disposiciones inmediatamente citadas, es el cronológico (*No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados...*), aunque referido a la fecha de la resolución y no a la del acto que inició el expediente. Además, según la literalidad de todos estos preceptos, para producir estos efectos sobre el segundo de los procedimientos no es preciso que el primer acto haya puesto fin a la vía administrativa, desplegándose los mismos por tanto desde el momento en que es dictada la resolución con la que concluye el procedimiento administrativo de referencia, sea o no susceptible de recurso. Por otra parte, la posible anulación del acto sancionador parece que deja inalterado el estado en que quedó el procedimiento interrumpido antes de dictarse la resolución final sobre el fondo. En este sentido, debe entenderse que el acto por el que se declaró la no exigibilidad de responsabilidad administrativa puso fin al procedimiento, y, como acto válido, no puede ser atacado por los procedimientos de revisión de oficio de los actos nulos o anulables (arts. 102 y 103 LRJ-PAC), ni, en cuanto declarativo del derecho a no padecer sanción, revocado por el cauce del art. 105 LRJ-PAC.

Sin embargo, cuando los hechos constituyan simultáneamente alguna de las infracciones de la Ley de Industria (L. 21/1992, de 16 de julio) y de las tipificadas en la LPRL sobre seguridad e higiene en el trabajo, serán estas últimas las que habrán de ser objeto de sanción conforme a lo estipulado en los arts. 9.4 y 30.1 de aquella disposición. La condición laboral de los sujetos protegidos actúa entonces en este caso como factor de especialidad que se prefiere frente al genérico de personas, objeto de la tutela dispensada por la Ley de Industria, sin importar ahora el criterio cronológico.

De entre las infracciones en materia laboral en sentido amplio son susceptibles de concurrencia con otros ilícitos administrativos singularmente las de seguridad e higiene y salud laborales, puesto que unos mismos hechos pudieran ser calificados en ocasiones como infracción sanitaria —arts. 32 y ss, de la Ley General de Sanidad— o infracción en materia de policía industrial y, además, como ilícito laboral. En estos supuestos a la identidad de hechos y sujetos responsables acompañará normalmente el mismo fundamento o bien jurídico protegido, salvo quizá cuando se trate de colectivos perfectamente diferenciados en los que pueda identificarse la originalidad de los respectivos derechos e intereses protegidos (derecho del empresario a recibir la maquinaria del fabricante o suministrador en adecuadas condiciones frente al derecho de los trabajadores a una condiciones laborales seguras).

Esto es, derechos reconocidos a preservar la vida, integridad física o salud de las personas, con independencia del colectivo especialmente favorecido por cada una de las normativas generales o sectoriales, dada en cierto modo la artificialidad de estas divisiones: ciudadanos en general, consumidores, trabajadores, etc. Lo que sucede en suma es que nos hallamos ante un concurso de leyes

—no de infracciones— que se resuelve por aplicación de uno de los regímenes sancionadores ante el que ceden los demás, bien siguiendo el criterio de anticipación a la hora de resolver, bien el de especialidad o, como seguidamente se expone, el de subsidiariedad.

En efecto, las posibilidades de concurrencia no se agotan con las hasta ahora reflejadas. En materia de permiso de trabajo de extranjeros unos mismos hechos pueden ser constitutivos de las infracciones del art. 35 LISOS y al mismo tiempo dar lugar a las faltas del art. 26.1, b) de la Ley Orgánica 7/1985 —en relación con la tipificada en el art. 98.3 de su nuevo Reglamento de ejecución (REX)— y del art. 98.10 de esta disposición (40). En concreto, la primera de ellas concurre con la del art. 35.2 LISOS, referida ésta a los extranjeros que trabajan en España por cuenta propia sin permiso de trabajo o sin haber obtenido la renovación, mientras que la segunda coincide con la del art. 35.3 LISOS. Entonces, cuando los hechos que integran cada una de estas infracciones sean realizados por el mismo sujeto responsable, teniendo en cuenta que no existe diferencia en el bien jurídico protegido, habrán de ser aplicadas las normas sobre concurso específicamente previstas; y que, por cierto, se separan del régimen general del art. 5.7 RESAL.

Así, por lo que al primero de los supuestos atañe, el art. 27.3 de la L.O. 7/1985 —al que remite el art. 99.6 REX— prescribe que “las infracciones que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26... , den lugar a la expulsión de los extranjeros, no podrán ser objeto de sanción pecuniaria”. En nuestra opinión, estos preceptos no consagran una subordinación procedimental del inicio del expediente administrativo laboral al que pudiera incoarse por los órganos citados en el art. 103 REX, pero sí una subordinación de carácter sustantivo de la sanción pecuniaria laboral a la de expulsión del territorio nacional. En consecuencia, comprobada la infracción laboral, podrá iniciarse el expediente sancionador mediante la correspondiente acta de infracción, y se archivará al recaer la resolución que imponga la sanción de expulsión, en aplicación de lo dispuesto en el art. 5.7 RESAL. Pero, si por el contrario, fuera anterior en el tiempo la resolución dictada en el procedimiento del orden social, cuando después fuera impuesta la de expulsión, serían mecanismos válidos para evitar la doble sanción el recurso ordinario si la resolución no ha causado estado, o el extraordinario de revisión contra los actos que agotan la vía administrativa y los firmes por el cauce admitido en el art. 118.1, 2.º) LRJ-PAC, vía esta que no es incompatible con el procedimiento de revisión de los actos nulos de pleno derecho que vulneran un derecho fundamental (art. 102 LRJ-PAC), como sería el que repitiera la sanción administrativa por contrariar el derecho fundamental a la legalidad (art. 62.1, a LRJ-PAC). Aunque sin duda sería el más sencillo el de revocación de oficio del art. 105.1 de esta Ley, autorizado al afectar a un acto de gravamen.

(40) Aprobada por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero (B.O.E. del 23), que deroga el anterior (Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo).

Por otra parte, como la sanción de expulsión es alternativa de la de multa en el REX (art. 99), cuando sea impuesta esta última será de aplicación la regla general del art. 5.7 RESAL, en relación con lo estipulado en el art. 99.8 REX, que obliga a la autoridad gubernativa a comunicar a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la sanción acordada por la comisión de la falta del art. 98.3.

En cuanto a la concurrencia de las otras infracciones mencionadas (arts. 98.10 REX y 35.3 LISOS), éstas se hallan en una relación de concurso de leyes —el bien jurídico protegido es el orden público y el régimen de extranjería— que habrá de resolverse con arreglo al principio de subsidiariedad expresa a tenor de lo dispuesto en el art. 114 REX (41), actuando el precepto laboral como norma primaria que no permite la aplicación de la gubernativa/secundaria, ya que el ilícito laboral (promover, mediar o amparar el trabajo de los extranjeros) es una fase infractora más avanzada que la de promover, mediar o amparar la situación ilegal de extranjeros en España (42). Todo ello, claro, con independencia de que si el comportamiento antijurídico permanece en la fase anterior a la de la infracción laboral —por ejemplo, tráfico para permitir sólo la inmigración ilegal— la competencia pertenezca de lleno a las autoridades gubernativas, sin plantearse siquiera problema alguno de concurso; o de que, si no coinciden los sujetos responsables, las distintas autoridades puedan sancionar separadamente en la esfera de sus respectivas competencias.

Por último, conforme al art. 123.3 TRSS, el art. 5.5 RESAL reitera la compatibilidad del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad con la responsabilidad penal que pueda derivarse de la infracción, siéndolo también con la surgida a consecuencia de la comisión de un ilícito administrativo según lo dispuesto en el art. 42.3 LPRL. Esta disposición, por cierto, emplea significativamente el término “indemnización” para referirse al recargo y disipar cualquier duda acerca de la posibilidad de agregarse a la sanción estrictamente punitiva, confirmando por otro lado el criterio jurisprudencial constante (43). En efecto, su no configuración como sanción principal y su naturaleza compleja o dual —a la vez reparadora y aflictiva— explican esa compatibilidad (44).

(41) Art. 114: *El incumplimiento de los preceptos contenidos en la Ley Orgánica 7/1985 y en el presente Reglamento, respecto al trabajo de los extranjeros en España, tipificados en la Ley 8/1988, de 7 de abril... será objeto de sanción tras la instrucción del oportuno expediente sancionador a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de conformidad con el procedimiento administrativo para la imposición de sanciones previstas en dicha Ley...* Según la STS 1-6-88 (Ar. 4517) cuando entre las dos infracciones hay relación causa-efecto (obra sin licencia-parcelación ilegal) sólo es sancionable la que constituye el estado más avanzado.

(42) *Vid.*, S. MIR PUIG: *Derecho Penal*, 1990, pág. 739.

(43) Por todas, STCT 25-2-87 (Ar. 4171), STSJ de Madrid 5-10-93 (*AL*, núm. 7, 1994), STSJ de Cantabria 30-7-93 (*AL*, núm. 14, 1994).

(44) *Vid.*, en este sentido, el acertado análisis del profesor MONEREO (*op. cit.*), que lo califica de sanción compleja unitaria y, en la misma línea, M.A. PURCALLA BONILLA: “Notas sobre la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo”, *RTSS*, núm. 18, 1995.

No obstante, la principal novedad en la materia es de carácter adjetivo y ha sido introducida normativamente en el art. 16 de la Orden 18-1-96 (45), que desarrolla el Real Decreto 1300/95, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social. Con arreglo al mismo, “cuando se conozca la existencia de algún procedimiento judicial en la vía penal por los mismos hechos, se suspenderá el expediente en este sólo aspecto, hasta que recaiga sentencia firme por —o ha de entenderse— resolución que ponga fin al procedimiento”. Con esta regla, que no puede calificarse sino de desafortunada, se ha optado por la solución más esterilizante desde la óptica del interés de los trabajadores y demás beneficiarios, asumiendo miméticamente el cauce arbitrado en el art. 3 LISOS para las sanciones puramente punitivas y olvidando, por un lado, las profundas diferencias sustantivas y procedimentales entre éstas y el recargo de prestaciones; de otro, que lo constitucionalmente vedado es la repetición de sanciones principales y la actuación administrativa desligada de lo resuelto por los órganos judiciales, pero no las vías que en el plano de la legalidad se arbitren para evitar esta eventualidad, y que perfectamente pueden situarse al final —el recurso de revisión ante la Sala IV del Tribunal Supremo— y no al principio del proceso, en base al tratamiento que de la prejudicialidad penal establece el art. 86 LPL y a que es el orden social de la jurisdicción el competente para conocer de las controversias en materia de seguridad social (arts. 2, b y 139 y ss. LPL)(46).

IV. LA PRESCRIPCIÓN

El régimen de este instituto lo regula el Reglamento en el art. 7, limitándose su número 1 a reproducir los plazos ya contemplados en los arts. 4 LISOS y 51 LPRL. Por el contrario, los números 2 y 3 sí introducen ciertas novedades en relación con la situación precedente relativas a las causas de interrupción de esos plazos y a la prescripción de las sanciones.

Así, conforme al art. 7.2, “los plazos de prescripción para la imposición de sanciones en el orden social se interrumpen por acta de infracción, debidamente notificada, requerimiento u orden de paralización de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social...”, así como por iniciación del procedimiento de oficio en el orden jurisdiccional social y por la comunicación efectuada al órgano judicial o al Ministerio Fiscal cuando los hechos puedan ser constitutivos de infracción penal, remitiendo al art. 46 RGRSS respecto a la reclamación de cuotas.

(45) Anteriormente una Circular de la Dirección General del INSS (la núm. 20/1990, de 4 de diciembre) ya había establecido este criterio.

(46) En tal sentido puede consultarse la STSJ de Madrid 19-12-95 (*AL*, núm. 19, 1996), que, en consideración a que el art. 3 LISOS no era aplicable al recargo, declaró que el proceso penal no tiene eficacia suspensiva, en este caso, respecto al proceso laboral.

De este modo, desaparece la eficacia interruptiva de las que el art. 40.2 del Decreto 1860/1975 denominaba "causas ordinarias", que no eran otras que la estipuladas en el art. 1973 CC: ejercicio de acción ante los Tribunales, reconocimiento de la deuda por el deudor y reclamación extrajudicial del acreedor, especialmente y en realidad la última tratándose de un procedimiento sancionador. La desaparición de esta causa convierte al procedimiento del orden social y en este preciso aspecto en uno de los más favorables para el interés del imputado, puesto que en otros ámbitos administrativos sancionadores la interrupción se produce "por cualquier acción administrativa, realizada con conocimiento formal del sujeto pasivo,..." (art. 66 LGT), con lo que bastaría esta actuación en el curso del procedimiento de investigación que se demuestre fehacientemente encaminada a descubrir la existencia de una concreta y determinada infracción con conocimiento del presunto responsable, lo que estaba plenamente aceptado por la jurisprudencia (47). Y, desde luego, más aún que el establecido en el orden penal, sector del ordenamiento punitivo en el que la prescripción se interrumpe "cuando el procedimiento se dirija contra el culpable" (art. 132.2 CP), entendiéndose como tal por la doctrina y jurisprudencia —interpretando el art. 114 del anterior Código— cualquier acto encaminado a la instrucción de la causa con independencia del conocimiento del imputado (48).

Por tanto, esa eficacia interruptiva exige ahora la notificación del acta de infracción y, a pesar del silencio del art. 7.2, también la del requerimiento —no sin embargo las actuaciones de advertencia y recomendación, cuya funcionalidad es idéntica, el recordatorio de un incumplimiento previo (49)—, la de la orden de paralización de trabajos y el inicio del procedimiento de oficio ante el orden jurisdiccional social, por así desprenderse de los arts. 16, 17 y 6.1 RESAL, que obligan comunicar estos actos a los interesados.

Contrariamente, en el caso de las actas de liquidación, bastará cualquier actuación administrativa realizada con conocimiento formal del obligado al pago conducente a la liquidación de la deuda (art. 46.1, b RGRSS), bastando para ello por ejemplo con la diligencia en el Libro de Visitas que cumpla esos requisitos.

En otro orden de cosas, la concepción sustantiva —extinción de la responsabilidad y, por tanto, de la posibilidad de ejercer la potestad punitiva— y no meramente procedimental de la prescripción impone al órgano administrativo su acogimiento de oficio. Como reflejo de este postulado, el art. 6.1 RPS pres-

(47) SSTs 27-11-68 (Ar. 5458), 24-10-70 (Ar. 4602), 6-6-88 (Ar. 4592), 17-9-93 (Ar. 9026). Incluso, en materia de responsabilidad disciplinaria de funcionarios, se ha admitido la eficacia de la incoación del procedimiento aunque no tuviera conocimiento de ello el inculcado (STS 22-1-91, Ar. 328).

(48) Vid., J.M.^a RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho Penal Español (Parte General)*, DIKYNSON, 1989, pág. 683; E. BACIGALUPO: *Sanciones Administrativas*, COLEX, 1991, pág. 53).

(49) Puede consultarse nuestro trabajo "Actas de advertencia-requerimientos y órdenes de la Inspección de Trabajo", *AL*, núm. 43, 1993.

cribe que "Cuando de las actuaciones previas se concluya que ha prescrito la infracción, el órgano competente acordará la no procedencia de iniciar el procedimiento. Igualmente, si iniciado éste se concluyera, en cualquier momento, que hubiera prescrito la falta, el órgano competente resolverá la conclusión del procedimiento, con archivo de las actuaciones y notificación a los interesados del acuerdo o resolución adoptados. En el primer caso, lo será el Inspector de Trabajo y Seguridad Social, e incoado el procedimiento, el órgano competente para dictar resolución, que está obligado a no imponer sanción alguna cuando no exista "un motivo válido en derecho que la fundamente" (art. 32.2 RESAL), de oficio o a propuesta del instructor.

En cuanto a las sanciones, prescriben a los cinco años, comenzando a contarse el plazo desde el día siguiente al de la resolución que impone la sanción (art. 7.3). La imperfección técnica del precepto es manifiesta porque, si las resoluciones sancionadoras no son ejecutivas hasta que adquieran firmeza en vía administrativa (arts. 132.3, 1 LRJ-PAC y 35.1 RESAL), difícilmente puede pretenderse la ejecutoriedad de un acto administrativo que, como el que pone fin al procedimiento, en la mayoría de los casos y con la excepción de los dictados por los titulares ministeriales o por el Consejo de Ministros (art. 34.1), carece en principio de fuerza ejecutiva. En consecuencia, parece más acertado interpretar que el día *a quo* va referido al siguiente en el que la resolución causa estado, bien porque ha transcurrido el plazo para la interposición del recurso ordinario o porque en la vía jerárquica ha sido confirmado (art. 21.2 RPS). Y, ante el silencio del art. 7.3 RESAL sobre el particular, el plazo de prescripción de las sanciones se interrumpirá con la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir de nuevo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor (art. 132.3, 2 LRJ-PAC).

V. EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN: ACTUACIONES DE ADVERTENCIA Y REQUERIMIENTOS

El Capítulo II (arts. 8 a 19) regula las denominadas *Actividades previas al procedimiento Sancionador*, entendiéndose por tales "... el conjunto de actuaciones realizadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social destinadas a comprobar el cumplimiento de las disposiciones legales en el orden social, de las que puede derivar la iniciación de un procedimiento sancionador o liquidatorio, la extensión de un requerimiento o de una advertencia para la corrección de las deficiencias observadas, o de una orden de paralización de trabajos y, en su caso, la ordenación de medidas de carácter provisional que fuesen necesarias" (art. 8).

En primer lugar conviene interrogarse sobre la naturaleza jurídica de estas *Actividades previas*, pero no precisamente por un prurito academicista, sino para mejor comprender lo que haya de entenderse por las medidas provisionales que se mencionan y la configuración de lo que el art. 9.2 denomina "perfo-

do de información previa". Pues bien, siguiendo a González Navarro (50), aquellas actividades previas se encuadran técnicamente en lo que la doctrina procesalista ha denominado procedimientos de facilitación, cuya finalidad es remover los obstáculos que se oponen a la vida normal de un procedimiento en el inicio (procedimiento de investigación), en el desarrollo (abstención, recusación) o en los efectos (medidas provisionales). En nuestro caso, es claro que esas actividades no son sino constitutivas de un procedimiento de investigación que instrumentalmente sirve al inicio de otros (sancionador, liquidación, orden de paralización, etc.). Se trata, además, de un procedimiento correspondiente a la categoría de los de simple gestión, que tienen una finalidad técnica y de carácter esencialmente interno —en sentido jurídico procesal no hay intervención de terceros interesados—, salvo en la medida en que sus resultados trascienden al exterior, concretándose en una sucesión de actos administrativos de comprobación cuyo objeto es la constatación auténtica de una situación, "pero sin proceder a modificar en forma alguna los hechos o relaciones jurídicas comprobadas" (51). Por el contrario, por ejemplo, el procedimiento sancionador pertenece a la clase de procedimientos declarativos dirigidos a producir un acto de carácter decisor con incidencia por tanto en las situaciones jurídicas particulares, momento en el que aparece su dimensión constitutiva.

El precepto distingue entre la orden de paralización y la ordenación de medidas de carácter provisional. Esta diferenciación es acertada porque la de paralización es una manifestación de la actividad administrativa de policía, expresada a través de una prohibición u orden negativa, que no necesariamente va ligada al aseguramiento de la resolución que pudiera adoptarse en otro procedimiento principal, como lo sería si se tratara de una medida provisional, instrumentalizada como ya dijimos mediante un procedimiento de facilitación. En efecto, la orden de suspensión normalmente obedece a la comisión de un ilícito previo, pero no siempre tiene que ser así. Puede ocurrir que sin incurrirse en falta, en ausencia de un comportamiento reprochable a título de dolo o culpa, haya de dictarse ese mandato para prevenir un riesgo grave e inminente (52). Se trataría, como se ha afirmado, de actuaciones preventivas o cautelares, pero que en ningún caso encuentran su causa en un procedimiento principal cuya eficacia persigan asegurar (53). Otras veces, por el contrario, la orden de paralización sí va a gozar de la nota de transitoriedad dirigida a garantizar la eficacia de la resolución del procedimiento sancionador y a evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción. Entonces sí es equiparable a una medida provisional, si bien con ciertas particularidades en cuanto a su manifestación procedi-

(50) J. GONZÁLEZ PÉREZ, F. GONZÁLEZ NAVARRO: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, CIVITAS, 1993, págs. 53 y ss.

(51) F. GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I, TECNOS, 1987, págs. 404-405.

(52) Piénsese en la reacción de tipo alérgico que la manipulación de un producto, inocuo para los demás, ocasione en un determinado trabajador.

(53) *Id.*, J. GONZÁLEZ PÉREZ, F. GONZÁLEZ NAVARRO: *op. cit.*, pág. 815.

mental de carácter general (arts. 21.2 RESAL y 136 LRJ-PAC) —se decide antes de la incoación del expediente sancionador y al margen del mismo— y a la autoridad competente para levantarla, que no siempre coincidirá con la habilitada para resolver sobre la procedencia de la sanción.

Dicho esto y vistas las medidas provisionales contempladas en el art. 15.2 RPS resulta difícil imaginar cuáles fueran otras distintas a la comentada susceptibles de ser adoptadas antes de la incoación del procedimiento sancionador, bien porque sean identificables con la orden de paralización (suspensión de actividades y temporal de servicios por razones de sanidad, higiene o seguridad), bien sea porque salvo supuestos excepcionales no estaría justificado hacerlo sin iniciar el procedimiento (prestación de fianza) o, en fin, debido a lo improbable de su necesidad en el orden social (retirada de productos) si se ha ordenado la paralización de actividades.

Por otra parte, el art. 9.2 alude a la posibilidad de abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar la actuación inspectora, que parece configurarse como algo distinto a la "actividad inspectora previa" del art. 8. La semejanza con las "actuaciones previas" del art. 12 RPS, que se orientan "a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes...", es evidente. Pero no lo es tanto que esa información previa sea algo distinguible de la actividad investigadora general que precede a la eventual incoación del procedimiento sancionador, porque las tareas de la Inspección encaminadas a "conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar la actuación inspectora" son sin duda y por definición actividad inspectora, constitutiva del procedimiento de facilitación ya mencionado.

Estas actuaciones previas de comprobación se inician por iniciativa del Inspector de Trabajo y Seguridad Social, por orden de la autoridad laboral o de la Jefatura de Inspección, a petición razonada de cualquier órgano jurisdiccional o de la administración y por denuncia (art. 9.1). En este último caso, el escrito de denuncia deberá contener, además de los datos de identificación personal del denunciante y su firma, los hechos presuntamente constitutivos de infracción, fecha, lugar y acaecimiento de los mismos, identificación de los presuntos responsables y demás circunstancias relevantes, pudiendo el Jefe de la Inspección archivarlo sin más trámite si su contenido es infundado o cuando no recoja los requisitos de los que se ha hecho mención. Es cierto que las denuncias infundadas han de archivarse puesto que carece de sentido proceder a una actividad investigadora cuyo resultado negativo es conocido de antemano. Sin embargo, ello ocurrirá principalmente cuando los hechos de los que se da noticia no constituyen infracción, bien porque no son típicos o porque concurre alguna de las causas de justificación (54) (así, el trabajo de colaboración social

(54) Aunque no todas, porque la apreciación de algunas de ellas exigirá la realización de una mínima actividad de comprobación. Por ejemplo, cuando el empresario no

de un perceptor de las prestaciones de desempleo), o cuando esté plenamente acreditada su inexistencia, porque en otro caso será imprescindible llevar a cabo al menos una mínima actividad investigadora orientada a descubrirlos y a la determinación de su calificación y valoración jurídicas.

En lo que concierne a la ausencia de los requisitos formales, la consecuencia acogida en el reglamento se nos antoja rigurosa en extremo si se identifica con el archivo incondicionado de la denuncia. Parece más acertado entenderla como una facultad que la Jefatura de la Inspección habrá de valorar en función de la omisión de que adolezca y de las demás circunstancias que puedan ser tenidas en cuenta, ya que en muchas ocasiones —como es bien conocido por los funcionarios actuantes y por extraño que en principio pueda pensarse—, no ya el simple denunciante, sino el propio trabajador desconocen la identidad de los hipotéticos responsables, sobre todo en actividades de corta duración y en las que es frecuente la desconcentración productiva, o más aún en las que se realizan al margen de los cauces de la economía regularizada. Por esta razón es más acertado el régimen del art. 11.1, d) RPS, que sólo requiere en la denuncia la identificación de los presuntos responsables “cuando ello sea posible”.

No obstante, quizá el aspecto que sobre la denuncia más interés ofrezca sea el relativo a la no consideración del denunciante como interesado en la actuación administrativa que se inicia, ni legitimado para la interposición de recursos o reclamaciones en relación con los resultados de la misma (art. 9.2, 3), aunque habrá de informársele por escrito de la iniciación o no del procedimiento sancionador en los casos en que se hubiera solicitado dicha iniciación (art. 9.3). Esta opción reglamentaria es la más restrictiva que podría adoptarse desde la óptica de la protección de intereses legítimos y de la enderezada al pleno control de la actividad administrativa, con olvido de que el art. 51.1, a) LISOS distingue claramente entre el simple denunciante —carente de otro interés que no sea el genérico de la legalidad— y las demás personas interesadas, portadoras de un interés singular distinto al de los demás ciudadanos (55), ya que, si como mayoritariamente se defiende en la doctrina, los intereses legítimos se asimilan con la situación peculiar en la que se encuentran quienes reciben una ventaja o daño especial de la norma que protege el interés general, no es preciso extenderse más para acreditar que en el procedimiento con el que se pretende la aplicación de la legislación social-laboral, aparte de los derechos subjetivos de los responsables, son perfectamente identificables singulares posiciones de interés legítimo en los trabajadores, en sus instancias representativas y, por qué no, en otros empresarios o en sus organizaciones, que pueden

da ocupación efectiva al trabajador embriagado amparado en el ejercicio de un derecho o en el cumplimiento de un deber para evitar el riesgo que para su salud o integridad física.

(55) Vid., J. ORTIZ DE MENDIVIL: “Denuncias y reclamaciones de particulares: su alcance en el procedimiento administrativo y en el proceso contencioso”, *DA*, núm. 146, 1972; M. REBOLLO PUIG: “Interesados y denunciante en el procedimiento administrativo sancionador”, en AA.VV.: *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, CIVITAS, 1993, págs. 239-251.

verse afectados por comportamientos irregulares de competencia desleal (56). Por ello, si la limitación reglamentaria se hiciera extensible a los portadores de un interés legítimo incurriría con seguridad en el vicio de nulidad por afectar al principio de jerarquía normativa (art. 62.2 LRJ-PAC, en relación con los arts. 51.1, a LISOS y 31.1 LRJ-PAC), habiéndose defendido incluso que tal preterición incidiría en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (REBOLLO PUIG).

En otro orden de cosas, el art. 11 regula las formas de actuación de los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, que son: la visita a los lugares y centros de trabajo, el requerimiento a los empresarios y demás sujetos responsables para que comparezcan ante la Inspección o aporten documentos o informes necesarios, por comprobación o expediente administrativo que acredite la existencia de los hechos o conductas presuntamente constitutivos de infracción, en virtud de los hechos comprobados por los Controladores Laborales y a través de cualquier otro medio legalmente admitido que se considere idóneo para la comprobación de los comportamientos ilícitos.

El primero de ellos es lo que podría considerarse medio *clásico* o por antonomasia de comprobación, el más apropiado para la acreditación de hechos que permiten la percepción directa (en especial, determinadas condiciones de trabajo como las de seguridad) o para la obtención de declaraciones en el seno de la empresa. En cuanto a los requerimientos de comparecencia personal, el art. 40.1 LRJ-PAC supedita su obligatoriedad a su previsión en una norma de rango legal, que sería el art. 49 LISOS al calificar como infracción leve por obstrucción “aquellos supuestos que impliquen un mero retraso en el cumplimiento de las obligaciones de información, comunicación o *comparecencia*, salvo que dichas obligaciones sean requeridas en el curso de una visita de Inspección y estén referidas a documentos o información que deban obrar o facilitarse en el centro de trabajo”. Igualmente, los hechos podrán comprobarse mediante los que consten plenamente acreditados en expediente administrativo (57) (por ejemplo, constancia en expediente del INEM del registro efectuado fuera del plazo legal de un contrato, art. 16.1 ET en relación con la infracción leve del art. 26.5 LISOS), sin que sea suficiente la simple denuncia de los mismos; y en base a los hechos comprobados por los Controladores Laborales, o a través de cualquier otro medio legalmente admitido que se considere apropiado para la acreditación de los hechos, lo que enlaza junto a los anteriores supuestos con

(56) Ciertamente la bibliografía sobre la distinción entre el derecho subjetivo, el interés legítimo y el simple interés objetivo en la legalidad es inabarcable. Vid., por todos, F. GARRIDO FALLA: “Las tres crisis del derecho público subjetivo”, en *Estudios dedicados al Prof. García Oviedo*, Tomo I, 1954; E. CANNADA BARTOLI: “Interesse”, *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXII, pág. 19; J. SÁNCHEZ ISAAC: *El interés directo en los derechos español y francés*, IEAL, 1977, págs. 159 y ss. y, específicamente, sobre su proyección e implicaciones en el procedimiento sancionador del orden social, nuestra tesis doctoral (inérita) *La Inspección de Trabajo y el Procedimiento Administrativo Sancionador*, con la que allí se cita.

(57) Al respecto, STS 18-12-95 (AL, núm. 25/96, R. 1013).

los medios de comprobación mencionados en el art. 12 (examen de libros y documentos, observación ocular, testimonios y cuantos medios de constatación resulten adecuados) y los generales de prueba (arts. 1215 CC, 578 LEC).

El art. 14 pretende garantizar específicamente la intervención en el procedimiento de investigación del empresario o de su representante, del Comité de Seguridad y Salud y del Delegado de Prevención —en su ausencia, de los representantes de los trabajadores— cuando la actuación se realice mediante visita en materia de prevención de riesgos laborales, a menos que se estime que ello puede perjudicar el éxito de las funciones desarrolladas. El precepto, que es una reproducción casi literal del art. 40.2 LPRL, no precisa si con la expresión “representantes de los trabajadores” se alude a todos, con la inclusión de los sindicales, o solamente a los órganos de representación unitaria. En nuestra opinión, la referencia estaría hecha a estos últimos, porque el art. 34 LPRL reconoce a los Comités de empresa, Delegados de Personal y representantes sindicales exclusivamente las competencias predeterminadas en el ET y en la LOLS, quedando reservadas a la representación unitaria las atinentes a la vigilancia de las condiciones de seguridad e higiene (art. 64, 1.8, b ET), con independencia del derecho de los Delegados sindicales a participar con voz y sin voto en los órganos internos de la empresa en esta materia (arts. 10.3, 2 LOLS y 38.2 LPRL). Por lo demás, no debe olvidarse que el Tribunal Constitucional, a propósito de la Ley 2/1991, interpretó que la expresión “representantes legales” es comprensiva sólo de Comités de empresa y Delegados de Personal (58), extendiéndose el derecho de información que la norma contemplaba a los Delegados sindicales por la vía indirecta del art. 10.3 LISOS, y sin que a los efectos que ahora tratamos sea cauce hábil la posibilidad abierta a la negociación colectiva en esa disposición porque nos hallamos ante una carga impuesta al órgano administrativo cuya regulación queda monopolizada por la normativa estatal (art. 149.18 CE).

En lo que respecta a las actuaciones de intimación, rompiendo con el tratamiento unificado del art. 48 LISOS —quiebra ya anticipada por la LPRL (art. 43)—, los arts. 16 y 17 RESAL regulan separadamente las de advertencia y recomendación y los requerimientos en materia de prevención de riesgos laborales. Unas y otros responden técnicamente a idéntica caracterización jurídica: un mero acto administrativo no expresivo de la actividad administrativa de limitación en el que se recuerda o invita a cumplir una ley, siendo ésta la que limita la esfera de actuación del administrado sin la intermediación del acto administrativo, produciéndose los efectos por mandato legal, independientemente de la voluntad del Inspector (59). La diferencia entre unas y otros radica ahora en dos aspectos. Primeramente, en que el requerimiento es ya un acto obligado siempre que se compruebe una infracción a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, vaya o no acompañado de la incoación del proce-

(58) S. 22-4-93 (R.º Inconstitucionalidad 190/91, F.J. 5.º) (AL, núm. 20/93).

(59) J.R. PARADA VÁZQUEZ: *Derecho Administrativo (I)*, 1989, pág. 293. Nos remitimos a nuestro trabajo “Actas de Advertencia-requerimientos...”, ya citado.

dimiento sancionador, con el que no es incompatible (arts. 43.2 LPRL y 17.1 RESAL). Por el contrario, la advertencia sobre las demás infracciones es un acto facultativo —en principio, es obligada la extensión del acta de infracción— que puede emitirse “cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen y siempre que no se deriven daños ni perjuicios directos a los trabajadores” (art. 48 LISOS y 16.1, 1 RESAL) en sustitución del procedimiento sancionador (*en vez de* en la dicción legal) hasta que transcurra el plazo que ha de concederse para subsanar la anomalía o irregularidad apreciadas (art. 16.1, 2 RESAL). En suma, no es exigible la formulación de la advertencia si se ha optado por la apertura del procedimiento sancionador, quedando supeditada la viabilidad de éste a la persistencia del comportamiento infractor una vez cumplido el plazo concedido, cuya finalización en estas circunstancias es asimilable a la concurrencia de una condición objetiva de procedibilidad de las que operan en el proceso penal, cuya ausencia priva de objeto al procedimiento sancionador que eventualmente se hubiera iniciado, puesto que no puede llegarse a la imposición de la sanción a pesar de estar plenamente acreditada la comisión del ilícito (60). Por otra parte, el ámbito de discrecionalidad permitido al funcionario es mayor en el caso de los requerimientos que en el de advertencias y recomendaciones, porque mientras que en el primero sólo es obligada la intimación y no la incoación del expediente sancionador —salvo cuando proceda el recargo de prestaciones del art. 123 TRSS (art. 38.2 RESAL) o se persista en la conducta antijurídica—, en los demás la exigencia de responsabilidad constituye un deber cuando se esté en presencia de las circunstancias anteriormente citadas. No obstante, en la línea que marca el art. 17.2 del Convenio 81 OIT, que otorga a la Inspección la facultad de advertir y aconsejar en vez de iniciar o recomendar un procedimiento, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 10.2 CE, entendemos que el funcionario actuante ha de disponer de un margen amplio para elegir en un determinado supuesto entre una u otra de esas opciones, ya que a veces las tareas de asesoramiento, de mediación entre las partes y en general la labor *intangibile* que puede desempeñarse entre las partes, más aún en un sistema democrático de relaciones laborales, pueden contribuir a la corrección de situaciones y a la composición de conflictos en mayor grado que la propuesta inmediata de sanciones, aunque no pueda desprejarse su efecto disuasorio en otros momentos. Finalmente, todos estos actos de intimación podrán formalizarse mediante diligencia en el Libro de Visitas (arts. 16.2 y 17.2 RESAL) pero opinamos que no existe dificultad insalvable alguna para su canalización por otro medio documentado que asegure su recepción por el empresario, sin que para ello sea obstáculo la estipulación del art. 40.3 LPRL, que obliga a que la Inspección informe a los Delegados de Prevención acerca de los resultados de las visitas y sobre las medidas adoptadas, y al empresario mediante diligencia en el Libro de Visitas, puesto que idéntico resultado material se alcanza mediante la comunicación documentada o con la remisión en la diligencia a lo que se contenga en una notificación posterior.

(60) *Vid.*, J.M.ª RODRÍGUEZ DEVESA: *op. cit.*, pág. 685.

El art. 18 regula la facultad de acordar la inmediata paralización de trabajos o tareas que impliquen un riesgo grave e inminente para la salud de los trabajadores, comunicando a la empresa la medida de suspensión cautelar adoptada y dando cuenta inmediata de la misma a la autoridad laboral competente. El precepto se limita a reproducir las previsiones en tal sentido de la LPRL (arts. 9, f y 44), estableciendo el cauce procedimental de una potestad que ya gozaba de una gran tradición en el marco de la legislación social (art. 13.2, e Ley 39/1962; art. 188 LGSS 1974, etc.). La redacción reglamentaria es acertada al igual que la de los preceptos mencionados de la LPRL porque refleja un cabal entendimiento de la finalidad cautelar del mandato legal. En efecto, como ya ha sido anteriormente advertido, el presupuesto de hecho del ejercicio de aquella facultad (más bien, potestad de ejercicio obligado) (61) es la existencia del riesgo grave e inminente. Normalmente, es cierto, a esta situación agravada de peligro acompañará la comisión de una infracción administrativa, pero no siempre tiene que ocurrir así. Y no sólo como se ha indicado porque en la creación de la situación de peligro falte el elemento subjetivo del ilícito sino porque, y esto es más común, debido a que incluso en un estadio anterior la acción no sea siquiera típica desde la óptica del principio de legalidad sancionatoria. Basta pensar en la comparación entre las concentraciones límites de contaminantes permitidas por una legislación obsoleta —por ejemplo, las del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, nocivas y peligrosas (Decreto 2414/1961)— y las a menudo inferiores aceptadas pacíficamente por la comunidad científica como resultado del desarrollo investigador, anualmente elaboradas por la A.C.G.I.H. (American Conference of Governmental Industrial Hygienists). De ahí proviene la diferencia entre sanción —finalidad esencialmente aflictiva— y medida cautelar —carácter básicamente preventivo—, plasmada ésta a través de lo que técnicamente no es sino una orden administrativa. Mediante ella la Inspección impone al empresario un comportamiento respecto a una forma de protección en seguridad e higiene, creando una obligación que opera porque hay una norma que el legislador ha dejado en blanco, llamando para su integración bien al reglamento —supuesto en el que aparecería la falta administrativa— o al órgano encargado de su vigilancia cuando la conducta, aunque atípica, es claramente peligrosa (62). Por ello, los arts. 9, f) LPRL y 18 RESAL sólo requieren como presupuesto la existencia de la situación de peligro sin alusión alguna a los que conforman la infracción. Y cuando el art. 44 LPRL utiliza la expresión “Cuando el Inspector de Trabajo y Seguridad Social compruebe que la inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos...” no se está diciendo algo distinto, puesto que no siempre es posible identificar ese incumplimiento con el acto típico, antijurídico y culpable; señaladamente cuando el comportamiento empresarial vulnera el deber general de seguridad (art.

(61) Vid., S. ROMANO: *Fragments de un Diccionario Jurídico*, EJE, 1964, págs. 322 y ss.

(62) Vid., E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T.R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo (II)*, 1982, págs. 113 y ss.

14.1 LPRL) —la norma integrada con la concreción del funcionario actuante ante una un estado de riesgo no perfilado por la ley—, pero no es constitutiva de una falta sancionable.

Como esta orden de paralización, en contraste con el simple requerimiento o acta de advertencia, sí incide en el patrimonio jurídico del afectado por su inmediata ejecutividad —en suma, es un acto negocial/definitivo y no lo que la doctrina denomina mero acto administrativo— se arbitra un trámite de impugnación ante la autoridad laboral, que habrá de resolver en el plazo de veinticuatro horas, cuya resolución abre la vía del procedimiento de recurso ordinario.

Finalmente, el art. 18.5 reitera la estipulación del art. 188.4 LGSS 1974 relativa a que el incumplimiento de estas decisiones de la Inspección y de las resoluciones de la autoridad laboral se equipara, respecto de los accidentes que en tal caso pudieran producirse, a la falta de formalización de la protección de dicha contingencia, haciendo en consecuencia directamente responsable al empresario de las prestaciones que por tal motivo pudieran derivarse. No obstante, como ya anticipara el art. 44.1, 3) LPRL modificando el régimen que establecía el art. 4.4 del anterior reglamento (Decreto 1860/1975), además de por el Inspector que adoptara la decisión, el empresario queda facultado para proceder a la reanudación de las tareas suspendidas tan pronto como se subsanen las causas que motivaron la orden, aunque incurriría en la falta muy grave del art. 48.3 LPRL si no se hubieran corregido las deficiencias que originaron la paralización.

VI. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

El Capítulo III (*Procedimiento sancionador*, arts. 20 a 33) es el más extenso de cuantos integran el Reglamento, lo que no es extraño si se tiene en cuenta que el objeto principal de la disposición era precisamente ya desde la LISOS la regulación adjetiva del ejercicio de la potestad sancionadora en el orden administrativo social (Disp. final 2.ª).

La principal novedad introducida en este punto es la separación estricta entre las funciones de acusación e instrucción, desligadas a su vez como ya ocurría de las decisorias. Las primeras se encomiendan al Inspector que extiende el acta por propia iniciativa o promovida por el Controlador Laboral, documento público que contiene a un tiempo el pliego de imputación de cargos y la propuesta de sanción (art. 21.1 y 22). Las de instrucción a la unidad administrativa provincial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, para lo que habrá de designarse un instructor que será un Inspector adscrito a la Inspección provincial, distinto del que levanta el acta, todo ello de acuerdo con la regulación propia de las Comunidades Autónomas (art. 28), debiendo entenderse en este último caso que la estipulación está pensada para aquellos procedimientos cuya resolución corresponda a la autoridad autonómica. Por fin, la resolución se atribuye según las distintas materias y sanciones a las autoridades y órganos que se citan en los arts. 47 LISOS y 4 RESAL, a fin de preservar la garantía de impar-

cialidad objetiva contenida en el art. 134.2 LRJ-PAC, desligando como en el proceso penal la fase instructora de la resolutoria a fin de evitar la indefensión, que, al producirse en el curso de un procedimiento sancionador, alcanzaría una dimensión constitucional al afectar al este derecho fundamental del art. 24 CE y, en consecuencia, la nulidad radical del acto (art. 62.1, a LRJ-PAC) (63).

No era necesario sin embargo ni desde un punto de vista de legalidad ni de constitucionalidad la separación consagrada entre acusación e instrucción. En este sentido, la disposición va más allá incluso de la norma que manifiestamente ha servido de modelo —RPS, arts. 12 y 13— y opta por copiar miméticamente el esquema del proceso penal en el que se distribuyen en órganos diferentes las funciones de acusación, instrucción y decisión, pero sin que siquiera en este ámbito el principio acusatorio y los derechos de defensa impongan desde la Norma Fundamental la escisión de las dos primeras. En efecto, son notas esenciales del principio acusatorio en el ámbito penal la atribución de la instrucción y del juicio oral a dos distintos órganos jurisdiccionales, la distribución de las funciones de acusación y decisión, la correlación entre acusación y fallo y, finalmente, la prohibición de la *reformatio in peius*, pero no así la división de las funciones de acusación e instructoras, porque incluso en la esfera del proceso es opinión casi unánime la de quienes defienden residenciar en el Ministerio Fiscal las funciones de instrucción y acusación, reservando al Juez sólo la adopción de medidas cautelares (64). El resultado de todo ello en el procedimiento administrativo sancionador del orden social ha sido la incorporación de una mayor complejidad innecesaria contraria a los principios de economía y celeridad, que nada añade en materia de garantías individuales, y una minoración de los medios personales destinados a las tareas de investigación puesto que los instructores habrán de abstenerse de la realización de actividades inspectoras de las que pueda desprenderse la exigencia de responsabilidad administrativa (65). Por ello, si lo que se perseguía era la imitación de la estruc-

- (63) Para evitar "que el hecho de haber estado en contacto con el material de hecho necesario para que se celebre el juicio pueda hacer nacer en el ánimo del juez o tribunal sentenciador prejuicios y prevenciones respecto de la culpabilidad del imputado" (STC 13-10-92, AJA 5-11-92). De ahí que el Tribunal Supremo anule la sanción impuesta en el procedimiento de recurso de alzada por quien, debiendo haberse abstenido, intervino en la instrucción en su condición entonces de Inspector de Trabajo (S. 30-12-87, Ar. 9626). Por otra parte, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la defensa y a no padecer indefensión se proyectan en el ámbito administrativo cuando se ejerce el *ius puniendi* del Estado (por todas, SS. 6-2-89, Ar. 29; 1-6-89, Ar. 98 y 18-10-93, BOE 9-11-93). En la doctrina, *vid.* P. ESCRIBANO COLLADO: "Reflexiones sobre la indefensión en el procedimiento administrativo", en *Estudios en Homenaje al Prof. González Pérez*, Tomo I, pág. 539.
- (64) *Vid.*, al respecto, V. GIMENO SENDRA *et alii*: *op. cit.*, págs. 66 y ss.; A. MARTÍNEZ ARRIETA: *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*, COMARES, 1994, pág. 144.
- (65) La Instrucción de 29-4-96 de la Subsecretaría del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social ha establecido que con carácter general los Jefes de las

tura *procesal* hubiera sido más acertado hacerlo con la propuesta por las voces más autorizadas de ese ámbito, unificando en un mismo funcionario las tareas de incoación —mediante el acta de infracción (arts. 51.1, a LISOS y 20 RESAL)— e instrucción del procedimiento con lo que cuando menos se evitaría una previsible reiteración de diligencias y se proporcionaría una mayor sencillez a la tramitación del expediente.

En relación con lo anterior el art. 21, al regular el contenido de las actas —lo que en verdad se ha realizado con una precisión y complitud merecedoras de elogio—, señala como uno de los requisitos la mención del órgano instructor al que haya de dirigirse el escrito de alegaciones. La Instrucción de la Subsecretaría que ha sido citada precisa al respecto que se hará constar expresamente que el órgano instructor es para las actas referidas a materias no transferidas a las CC.AA. (Seguridad Social, empleo, prestaciones de desempleo y extranjeros) "La Unidad Administrativa de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la provincia correspondiente". No obstante, el pleno respeto de los derechos de defensa impone que el imputado conozca desde que el procedimiento se dirige contra él la identificación de las personas físicas que intervienen como promotores o instructores del procedimiento a fin de comprobar que no están privados de la idoneidad subjetiva o de las condiciones de imparcialidad por concurrir alguna de las causas de abstención o recusación del art. 28 LRJ-PAC, lo que exigirá la mención en aquel documento público o la comunicación inmediata de la identidad del Inspector que actúa como responsable de los cometidos de instrucción.

Otra de las novedades en los requisitos de las actas es la mención de las medidas de carácter provisional cuando el Inspector estime que son necesarias para asegurar la eficacia de la resolución y evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción, remitiendo el RESAL a los arts. 72 y 136 LRJ-PAC y 15 RPS (art. 21.2). Estas medidas son las enumeradas en el art. 15.2 RPS (como ya se expuso, en realidad y con efectos prácticos sólo la fijación de fianza) y la suspensión de la prestación (art. 46.3 LISOS), aunque en este caso con un tratamiento procedimental distinto en el que el acta habrá de notificarse a la Entidad Gestora a efectos de la tramitación, en su caso, de la suspensión cautelar (art. 29.2 RESAL). Ahora bien, dado el juego meramente supletorio del RPS en el procedimiento del orden social (art. 1.3) y la configuración de estas medidas como propuesta del Inspector (art. 21.1, 2 RESAL), no tiene aplicación aquí la previsión de que en supuestos de urgencia puedan ser adoptadas por el órgano que inicia el procedimiento o por el instructor (art. 15.1, 2 RPS), debiendo decidirse siempre por el órgano competente para dictar resolución (art. 32.2 RESAL) o, en algún supuesto específico, por la Entidad Gestora (art. 46.3 LISOS).

Inspecciones Provinciales serán los instructores de los procedimientos sancionadores, designándose en aquellas provincias cuyo volumen de actividad así lo exigiese uno o varios Inspectores encargados de la instrucción con adscripción exclusiva o a tiempo parcial.

En otro orden de cosas, el art. 24 desarrolla uno de los aspectos más importantes de la mecánica sancionatoria vinculado al principio de proporcionalidad y de tenor más sustantivo que adjetivo. Nos referimos a los criterios de graduación de las sanciones, pormenorizando los ya fijados en el art. 36 LISOS y remitiendo a los singulares de la LPRL (art. 49). En otro momento hemos analizado los presupuestos constitucionales y dogmáticos de aquel principio en relación con los preceptos citados de la LISOS y de la LPRL (66), bastando ahora con indicar que el análisis de esos preceptos nos lleva a defender que en ellos no existe margen alguno para la discrecionalidad administrativa, puesto que ni la Inspección en el momento de confeccionar el acta y formular la propuesta de sanción, ni el órgano que tiene atribuida la competencia para imponerla pueden optar indistintamente por una u otra cuantía. Pero no ya porque la propia esencia del principio exija una acabada individualización de la respuesta punitiva (67), sino porque en el plano de la norma no queda ningún vacío que pueda ser cubierto por la Administración, pues o viene integrado por la ley —directamente o por remisión a la colaboración reglamentaria (elementos descriptivos o normativos)—, o está predeterminada la solución única en la referencia a los criterios lógicos, técnicos o de experiencia de los conceptos jurídicos indeterminados (por ejemplo, cifra de negocios). En estos últimos se ejecuta una potestad reglada que se realiza en el plano de los hechos y de la realidad. Con palabras de Villar Palasí, no hay un proceso volitivo, sino de estimación y comprobación. La Administración no puede *querer* el medio/sanción más adecuado de entre los varios legalmente posibles, sino que ha de limitarse a verificar la concurrencia o no de las distintas circunstancias para descubrir el que con arreglo a ellas ya le viene dado, pues preterdeterminado le viene el *an*, pero también el *quomodo* (68). No obstante, que nos hallemos ante una potestad reglada no significa que no pueda hablarse de espacios de discrecionalidad —insoslayables, por otra parte, como explicaremos después—, aunque en este caso de una discrecionalidad técnica, análoga a la judicial, en el sentido de que ha de ser motivada y reglada conforme al único fin perseguido por el instrumento sancionatorio: el interés de la colectividad y la prohibición del exceso. Muy distinta de la discrecionalidad administrativa *strictu sensu*, que dispone de una tendencia a desarrollar distintas vías legítimas de libre apreciación y decisión a través de una evaluación de ajuste de intereses administrativos, ausentes en la discrecionalidad judicial y en la administrativa sancionadora al buscar la única solución justa (69).

(66) Nos referimos a nuestra *Memoria*, dirigida por el prof. doctor José Vida Soria, que para la obtención del grado de Doctor ha sido defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada el día 26 de abril de 1996.

(67) SSTs 5-7-88, Ar. 10278; 31-10-90, Ar. 8855.

(68) J.L. VILLAR PALASÍ, J.L. VILLAR EZCURRA: *Principios de Derecho Administrativo (II)*, UNIV. COMPLUTENSE, 1993, pág. 27.

(69) *Vid.*, en tal sentido, C.E. PALIERO, A. TRAVI: "Sanzioni amministrative", *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XLI, págs. 369-371.

La siguiente cuestión que habría de resolverse es si los criterios de graduación intervienen como agravantes, como atenuantes o, simultáneamente, cumpliendo ambas funciones, porque la nítida separación en el Código Penal de estas circunstancias (arts. 21 y 22) no encuentra correspondencia en la normativa del orden social. Despejada esta incógnita todavía cabría la pregunta de si la conclusión obtenida podría aplicarse indiferenciadamente a cada uno de aquéllos. En la doctrina, García Blasco, sin proponer una conclusión definitiva, parece inclinarse por una solución unilateral, conforme a la cual aquellas circunstancias actuarán sólo como agravantes o, contrariamente, sólo como atenuantes aplicables a la sanción fijada en principio en grado máximo (70). Desde luego, tal como están formuladas algunas de ellas (negligencia e intencionalidad, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas, gravedad de los daños producidos o que hubieran podido producirse por la ausencia o deficiencia de las medidas preventivas necesarias y la inobservancia de las propuestas realizadas por los Servicios de Prevención, Delegados de Prevención o el Comité de Seguridad y Salud, peligrosidad de las actividades desarrolladas en la empresa o en el centro de trabajo) presentan un perfil en clave exclusivamente peyorativa y, por tanto, formalmente sólo agravatorio. Las restantes, en cambio, admiten con toda nitidez una doble lectura: cifra de negocios, perjuicio causado, cantidad defraudada, número de trabajadores afectados —en función de datos cuantificables que incluso pueden ser inexistentes (ausencia de perjuicio, de cantidad defraudada)—; lo que se aprecia mejor aún en las específicas de seguridad e higiene, pues *la conducta general seguida por el empresario* según se ajuste o no a los deberes de prevención puede intervenir como atenuante o agravante, *la permanencia de los riesgos* ha de tener un tratamiento muy distinto (agravante) a *la transitoriedad* (atenuante), *las instrucciones impartidas* por el empresario en orden a la prevención pueden efectivamente existir o haberse descuidado este aspecto, mereciendo por ello una respuesta sancionatoria acorde con la circunstancia efectivamente concurrente, y lo mismo puede decirse en fin respecto a las medidas de protección individual o colectiva, en función de si han sido o no adoptadas y de la forma en que se haya hecho, pues en este último caso una misma infracción puede merecer distinto grado de reproche dependiente del comportamiento empresarial.

La misma redacción del art. 36.1 (... *como circunstancias que pueden atenuar o agravar la infracción cometida*) y la no diferenciación en tal sentido por la LPRL y por el RESAL son, en definitiva, los factores normativos que nos llevan a inclinarnos por la solución de que los criterios de graduación pueden intervenir para calcular el *quántum* de la sanción como atenuantes y como agravantes, según las características que presente el caso concreto y el modo en el que en éste aparezcan (reducido número de trabajadores afectados/atenuante, cuando los afectados son muchos/agravante; transitoriedad de los riesgos/ate-

(70) *Vid.*, "Graduación de la infracción laboral y potestad sancionadora administrativa: sobre las insuficiencias del (derogado) artículo 57 de la LET", *REDT*, núm. 54, 1992, pág. 619.

nuante, permanencia de ellos/agravante; importante cifra de negocios/agravante, etc.) y, principalmente, de acuerdo con el sentido agravatorio o mixto (atenuativo/agravatorio) de su plasmación legal. Por tanto, para los restantes criterios que sólo admiten una lectura única como agravantes (fraude, connivencia, incumplimiento de advertencias), su ausencia no determina la aparición de una nueva atenuante no establecida en la ley, pues ello sólo será exponente de la no modificación de la responsabilidad contemplada en el tipo infractor. Así, la inexistencia de daños graves ocasionados o que hubieran podido producirse en una falta de seguridad e higiene (por ejemplo, en las infracciones de los números 1 y 4 del art. 46) es una circunstancia ya contemplada en la descripción de la conducta infractora en las expresiones *que no se derive riesgo o siempre que carezcan de transcendencia grave*. Y lo mismo puede afirmarse, con excepción de la tipificada en el art. 48.5 —en la que los bienes protegidos son la intimidad del trabajador y su derecho a no padecer discriminación— respecto a las faltas graves y muy graves, ya que en todas ellas está al menos implícita la posibilidad al menos de un daño leve.

Al hilo de lo anterior, dos puntualizaciones importa hacer sobre el particular. En primer lugar, que cuando el fraude o la connivencia hayan sido tenidos ya en cuenta por el legislador como elementos subjetivos del injusto para calificar la infracción (por ejemplo, las del art. 29.3), o si cualquier otra circunstancia ya forma parte del ilícito, no procederá por esta misma razón su consideración como agravantes (art. 24.3 RESAL) (71). En sentido opuesto, desde el momento en el que la negligencia leve ya no es un criterio de graduación —coherente sólo con un régimen de responsabilidad sin culpa—, sino que forma parte del ilícito al operar en un sistema de responsabilidad subjetiva, se ha convertido en un indiferente de la fase graduatoria y, en consecuencia, ha de abandonarse su consideración como circunstancia atenuante o agravante (72). Así lo ha entendido el legislador en la LPRL al estipular que “los criterios de graduación... no podrán atenuar o agravar la calificación de la infracción cuando estén contenidos en la descripción de la conducta infractora” (art. 49.2). Esta disposición, además, contiene una estipulación no contemplada en la LISOS, que trata de alcanzar la aplicación más rigurosa del principio de proporcionalidad. Después de indicar que el acta y la resolución que ponga fin al procedimiento deberán explicitar los criterios de graduación tenidos en cuenta —exigencia ya acogida en la LISOS para las actas (art. 52.1, a) y reflejo del requisito general de moti-

(71) *Vid.*, STS 23-7-89 (Ar. 5569), en relación con la intencionalidad.

(72) *Vid.*, L. MORILLAS CUEVA: *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, 1991, pág. 102, para quien, haciéndose eco de la opinión mayoritaria de la doctrina, entiende aplicable el art. 59 CP (*No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismo constituyeren un delito especialmente castigado por la Ley o que éste haya expresado al describirlo y sancionarlo. Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que, sin la concurrencia de ellas, no pudiera cometerse.*) también a las circunstancias atenuantes, criterio que efectivamente acoge el art. 67 del nuevo Código Penal.

vación de los actos administrativos (arts. 54.1 y 89.3 LRJ-PAC), el art. 49.3, 2)— prescribe que cuando no se considere relevante ninguna de las circunstancias enumeradas en el apartado uno, la sanción se impondrá en el grado mínimo en su tramo inferior. En principio, la dicción legal puede llevar a cierta confusión, pues ciertamente la imposición de la sanción en el tramo inferior de cada grado procederá no sólo en ese supuesto sino que también con mayor razón cuando las circunstancias apreciadas sólo sean de las que amortiguan o debilitan la responsabilidad del imputado. Pero, al margen de ello que no es sino una consecuencia del requisito de motivación, lo que importa sobre todo dilucidar es lo que haya de entenderse por “tramo” y, sobre todo, el número de éstos que hayan de entenderse aplicables. En principio, la alusión al “tramo inferior” lleva inmediatamente a la consideración de uno superior, con lo cual dentro de cada grado podrían distinguirse separados por la media aritmética de las cuantías mínimas (despreciando la unidad marginal) y máximas. Así, en el grado mínimo para las infracciones graves, el tramo inferior alcanzaría desde las 250.001 hasta cuantía 625.000 pesetas, y a partir de esta cuantía hasta el millón el superior. De este modo, la expresión “tramo inferior” equivale a la mitad inferior —expresión más acertada que utiliza el art. 66— de la cuantía señalada por la ley para el grado. Sin embargo, en las sanciones atinentes a otras materias, cuando no se consideren relevantes ninguna de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, la solución arbitrada es más favorable al imputado, puesto que entonces la sanción se impondrá en la cuantía inferior del grado mínimo (art. 24.4 RESAL).

Más allá de lo expuesto nos adentramos en un terreno pleno ya de dificultades. La LISOS no contiene regla alguna sobre la forma en que hayan de aplicarse esas circunstancias modificativas de la responsabilidad, y la jurisprudencia tampoco es mucho más explícita seguramente por la ausencia de tales reglas. En efecto, el Tribunal Supremo se limita a rebajar de grado o a mantener la degradación operada en la instancia porque la concurrencia de una sola agravante no se ve acompañada de otras (73); pero es menos explícito aún cuando se resuelve no modificar la cuantía acogida en el acto administrativo o la revisada en la instancia, porque entonces el Tribunal concluye, salvo que se razone críticamente sobre los posibles errores de la sentencia impugnada, que no puede sustituirse la valoración llevada a cabo en ésta por la del recurrente (74). Y no es de esperar que tal estado de cosas cambie en el inmediato futuro debido a las restricciones impuestas por razón de la cuantía para el acceso a la casación ordinaria (Ley 10/1992) (75), de las que están excluidas las sentencias recaídas en asuntos cuya cuantía no exceda de 6 millones de pesetas (art. 93.2, b LJCA); siendo igual o más problemática la vía del recurso de casación para

(73) SSTS 12-1-90 (Ar. 1256), 12-3-90 (Ar. 1827).

(74) *Vid.*, STS 1-6-90 (Ar. 4721).

(75) *Vid.*, V.M. TENA, J.M. GIMENO: “La tutela judicial en riesgo por indebida aplicación por los tribunales del sistema de recursos administrativos”, *REDA*, núm. 81, 1994, pág. 136.

la unificación de doctrina, pues si bien la cuantía mínima del asunto para litigar queda reducida a un millón de pesetas (art. 102-a, 2 LJCA), será en extremo difícil la concurrencia de los presupuestos idénticos para recurrir procesalmente exigidos (art. 102-a, 1 LJCA), dada la gran diversidad de las situaciones de hecho planteables.

Agotadas las posibilidades que ofrece la legalidad administrativa, y teniendo en cuenta la insuficiente aportación jurisprudencial, en orden al mejor aseguramiento del principio de seguridad jurídica, para la ampliación de la zona de certeza en la delimitación de la sanción proporcionalmente correcta será preciso recurrir a la aplicación subsidiaria de las reglas que el Código Penal proporciona. Sólo en alguna ocasión el Tribunal Supremo ha utilizado este recurso como criterio orientador (76), pero no por ello debe desconocerse la importancia que tiene porque, aún con las limitaciones que ahora exponemos, facilita guías suficientes para reducir en gran medida los amplios espacios de incertidumbre que la aplicación concreta de las sanciones administrativas llevan consigo.

La primera de las novedades que importa resaltar es la remisión que expresamente realiza para la fijación de la pena de multa (art. 50.5) a las reglas generales de aplicación de las penas (arts. 61 y ss.), y entre éstas a nuestros efectos importan algunas de las contenidas en el art. 66 que sin dificultad pueden traspasar al orden administrativo, puesto que las demás, o bien regulan supuestos estrictamente penales sin reflejo en el ámbito contravencional (art. 62, sobre la tentativa), o han de ceder ante la disciplina explícita del Derecho Administrativo (art. 66.4, imposición de pena inferior). Sentadas las anteriores premisas, según los criterios del art. 66 resultarían las siguientes reglas de fijación de la multa en el procedimiento sancionador del orden social:

a) Cuando concurren circunstancias atenuantes y agravantes se individualizará la sanción motivadamente entre los límites mínimo y máximo, ponderando la importancia de unas y otras.

b) Cuando no concurren ni unas ni otras —o no se consideren relevantes—, no obstante lo dispuesto en el art. 66.1 CP, la sanción se aplicará en la mitad inferior del grado mínimo, según se ha visto para las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, y en la cuantía inferior del grado mínimo en los demás tipos de materias (art. 24.4 RESAL).

c) Si concurren una o varias circunstancias atenuantes, con mayor razón, la sanción no podrá superar el límite de la mitad inferior del grado mínimo (art. 49.3, 2 LPRL en relación con el art. 66.2 CP) ni la cuantía inferior del mismo grado en las infracciones de otra clase.

d) Cuando sólo concurren una o varias circunstancias agravantes la sanción se pondrá en la mitad superior de la establecida por la ley (art. 66.3), con

(76) Nos referimos a la S. 5-5-93 (Ar. 3707) sobre sanción en materia de juegos de azar, en la que se indica que "si bien no son rigurosamente aplicables a la esfera administrativa las normas sobre graduación de las sanciones penales, es claro que tales criterios sí pueden servir de pauta orientadora para medir la correcta aplicación del principio de proporcionalidad".

independencia de los límites intergraduales. Así, y por lo que respecta a las sanciones de la LISOS, la mitad superior para las faltas leves comprendería desde las 25.001 a 50.000 pesetas, desde 275.001 hasta 500.000 pesetas en las graves y desde 7.750.001 hasta 15.000.000 de pesetas en las muy graves.

A nadie puede escapársele que es en los supuestos *a* y *d* en los que adquiere pleno sentido la discrecionalidad técnica de la que se ha hecho mención. Superada la corrección de los fines en el ejercicio de la potestad sancionadora (art. 106.1 *in fine* CE), la revisión jurisdiccional en la fase de fijación de la respuesta punitiva habrá de ser un control pleno y directo de legalidad (art. 106.1 CE) en las que hemos denominado esferas o zonas de certidumbre (por ejemplo, ausencia total de agravantes), entendida aquélla como conformidad del acto al Derecho en sentido material y, comprensivo por tanto el control, no sólo de la concurrencia de los hechos determinantes del ejercicio de la potestad sancionadora, sino también de su acomodación a los principios generales que lo informan (igualdad, equidad, etc.) (77). Más allá, en las de penumbra, sólo cabrá la fiscalización indirecta que proporciona el último factor superviviente de la legalidad: la motivación de la resolución administrativa (art. 138 LRJ-PAC) que justifique su razonabilidad. Porque, en efecto, somos de la opinión de que sólo existe una *única solución justa* identificable conceptualmente en las zonas residuales de incertidumbre de los conceptos jurídicos indeterminados y en los ámbitos de la discrecionalidad judicial o de la administrativa sancionadora; pero lo mismo, que esa *única solución* no está en la ley, ni siquiera en su espíritu, pertenece al momento de su aplicación, y se asimila a la *solución razonable* resuelta en el caso por quien tiene atribuida la correspondiente potestad.

Íntimamente relacionado con ello, con el RESAL ha sido aprovechada la ocasión para llenar el vacío del art. 49.4, *a*) LPRL y se ha fijado en 5.000 pts. la cuantía inferior de la sanción correspondiente al grado mínimo.

En cuanto a la reincidencia, el art. 27 hace un tratamiento uniforme de los regímenes establecidos en la LISOS (art. 38) y en la LPRL (art. 50) (78), acogiendo el de esta última disposición, con olvido de que no son idénticos. Ciertamente, conforme al primero de los preceptos existe reincidencia cuando se comete una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción anterior en el plazo de los 365 días —hábiles, art. 48.1 LRJ-PAC— siguientes a la notificación de ésta (79), requiriéndose en tal supuesto que la

(77) Vid., A. MOZO SEOANE: *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*, Montecorvo, 1985, págs. 421 y ss., en especial 509 y ss., donde expone la paulatina sustitución en el control de la actividad administrativa de la técnica de la desviación de poder por las más fructíferas de los hechos determinantes y de los principios generales del Derecho.

(78) "La reincidencia en la comisión de la infracción exige que se trate de infracciones del mismo tipo y calificación, que la resolución sancionadora de la primera infracción haya adquirido firmeza, y que entre la fecha de la comisión de la primera y de la segunda infracción no haya transcurrido un año".

(79) Aunque no haya adquirido firmeza, para evitar períodos de vacío temporal respecto a la reincidencia (S. DEL REY GUANTER: "La potestad sancionadora de la

resolución sancionadora hubiera adquirido firmeza. Es decir, el día *a quo* para el cómputo del plazo en el que haya de cometerse la segunda de las faltas es el siguiente al de la notificación de la sanción impuesta en la instancia, aunque se exige para la apreciación de la agravante que la resolución haya causado estado en la vía administrativa (80). Por contra, según el art. 50 LPRL, la reincidencia será apreciada cuando se comete una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción anterior en el término de un año desde la comisión de ésta, exigiéndose igualmente que la resolución sancionadora hubiera adquirido firmeza, con lo cual aquel plazo comienza a computarse a partir de la comisión del ilícito. Por ello, al contrariar lo dispuesto en una disposición legal, la regulación reglamentaria ha de reputarse nula por lo que respecta a las infracciones castigadas conforme a la LISOS (art. 62.2 LRJ-PAC).

Los arts. 28 a 33 regulan los trámites de instrucción y la terminación del procedimiento. Indudablemente, las novedades a resaltar tienen que ver sobre todo con la nueva figura del Inspector —distinto al que llevado a cabo las tareas de investigación y la redacción del Acta— como instructor, así como con el tratamiento singular de las actas de infracción y de liquidación por los mismos hechos. Por ello ahora, a pesar de que el art. 51.1, *b*) LISOS remite para la formulación del pliego de descargos a su presentación ante la autoridad competente para dictar resolución, “el escrito de alegaciones y los medios de prueba de que intente valerse el sujeto o sujetos responsables serán presentados ante el órgano que instruye el expediente” (art. 30.1, 3). Y la antinomia se nos antoja más formal que real. Primeramente, porque la dicción legal alude ha de interpretarse como una referencia objetiva —a la Unidad administrativa, de hecho al órgano instructor— más que al titular de su responsabilidad, ya que en verdad si así no fuera podría incurrirse en la vedada confusión de decisiones instructoras y decisorias. También, debido a que más adelante el Reglamento prevé la remisión (art. 32.1) por el instructor de todas las actuaciones, con su propuesta de resolución, al órgano competente para resolver.

Aunque no es corriente en la práctica, este órgano está facultado para realizar diligencias adicionales —quizás la petición de algún informe—, si así lo estima necesario, y tendrá que dictar resolución motivada en el plazo de diez días desde la recepción de la propuesta de resolución o, en su caso, desde la realización de la última diligencia, bien confirmando o modificando la referida propuesta, bien no imponiendo sanción alguna por no haberse acreditado la infracción o por no existir un motivo válido en derecho que la fundamente (art. 32.2). En definitiva, se persigue ante todo el aseguramiento del mayor respeto al principio de legalidad frente a las tachas en las que eventualmente se hubie-

Administración en el orden social”, en *VIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, CARL, 1991, pág. 151). En contra, (J.M.ª RAMÍREZ PEIRO: “Algunos aspectos de la regulación sobre infracciones laborales de los empresarios”, *Revista de Treball*, núm. 8, 1988, pág. 45.

(80) Es pacífica la opinión acerca de que sólo es preciso que la resolución haya puesto fin a la vía administrativa (DEL REY, RAMÍREZ PEIRO). *Id.*, igualmente, SSTS 23-6-87, Ar. 4268; 2-6-89, Ar. 4354; 25-7-89, Ar. 5630 y 15-1-91, Ar. 255.

ra incurrido en los estadios previos de incoación e instrucción, hasta el punto de que no existe obstáculo alguno para que la resolución final imponga incluso una sanción más grave que la propuesta, puesto que la interdicción de la *reformatio in peius*, que como es sabido implica la agravación de una sanción, por definición opera sólo en el procedimiento de recurso, cuando ya ha sido dictado el acto punitivo, y no en el curso del procedimiento para imponerla. De todos modos, para una mejor garantía de los derechos de defensa, parece preferible en estos casos reabrir un plazo de alegaciones, imprescindible cuando se modifica el título que sirva de fundamento a la sanción o se entienda que la infracción reviste mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, opción esta de obligado seguimiento por la vía supletoria del art. 20.3 RPS (81).

Si concurren todos los elementos constitutivos de la infracción, la resolución además de la sanción principal deberá reflejar las accesorias que procedan, tipificadas en los arts. 45.1 y 2) y 46.1, 3) LISOS (art. 32.3), que son de aplicación preceptiva (pérdida por el empresario responsable de las ayudas, bonificaciones y beneficios de los programas de empleo, art. 45.1) o facultativa (exclusión de acceso a tales beneficios por un período máximo de un año, o del derecho de los trabajadores a percibir cualquier prestación económica o ayuda por fomento de empleo durante un año).

De otro lado el número 4 del art. 32 regula la perención del procedimiento, al establecer que si no hubiese recaído resolución transcurridos seis meses desde la fecha del acta, teniendo en cuenta las posibles interrupciones de su cómputo por causas imputables a los interesados o por la suspensión del procedimiento debida a la existencia de un proceso penal por los mismos hechos penal o al inicio del procedimiento de oficio en el orden jurisdiccional social, se iniciará el cómputo del plazo de treinta días establecido en el art. 43.4 de la LRJ-PAC, transcurrido el cual el órgano competente emitirá, a solicitud del interesado, certificación en la que conste que ha caducado el procedimiento y se ha procedido al archivo de las actuaciones. No puede confundirse, como es sabido, este instituto, que sólo ofrece una dimensión procedimental y no afecta a la pervivencia de la acción para sancionar, con la paralización del trámite en el curso del procedimiento, que, de prolongarse más allá del plazo de prescripción más un mes —tiempo más ideal que real por efecto de la perención—, según lo dispuesto en el art. 132 LRJ-PAC provoca la extinción del derecho material —de la responsabilidad punible— y del derecho de acción a sancionar (82). Por ello, los procedimientos caducados no interrumpen el plazo de prescripción, y a efectos de su discurrir no sólo se computa el tiempo intermedio entre la realización del hecho y el inicio del procedimiento, sino también el invertido en la tramitación del procedimiento caducado (art. 92.3 LRJ-PAC).

(81) Por ejemplo, porque a propósito del deber impuesto en el art. 35.5 ET se entienda aplicable en relación de concurso aparente de leyes la norma del art. 95.4, en virtud del principio de alternatividad (*vid.* art. 8.4.ª CP), frente a la que consagra la infracción leve del art. 94.6.

(82) *Id.*, F. GONZÁLEZ NAVARRO: “La llamada caducidad del procedimiento administrativo”, *RAP*, núm. 45, págs. 200-202.

En relación con las reglas sobre notificación del acto final del procedimiento interesa resaltar por su novedad las de los números 6 y 7 del art. 33, que obligan, respectivamente, a dar traslado de una copia de la resolución confirmatoria, cuando el acta de infracción se haya extendido con ocasión de accidente de trabajo o enfermedad profesional a los trabajadores, o a sus derechohabientes en caso de fallecimiento de éstos; y a sus representantes legales cuando el objeto del procedimiento afecte a los derechos de representación, o a los de tutela de la libertad sindical. Con esta medida se facilita sin duda se facilita el ulterior ejercicio de posibles acciones ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social para el reconocimiento del recargo de prestaciones económicas por omisión de medidas de seguridad (83), o ante los órganos de la jurisdicción social para alcanzar la tutela laboral de aquellos derechos de carácter colectivo; aunque no es menos importante en sí misma la tímida e indirecta apertura del procedimiento que propicia para interesados legítimos que desde su inicio permanecen excluidos de su desarrollo, y de la posibilidad de controlar la legalidad de la actuación administrativa, medio aquel que consideramos sin embargo más preciso cuando el órgano administrativo indebidamente se abstiene del ejercicio de la potestad.

El Capítulo IV establece las reglas sobre recursos, ejecución de las resoluciones sancionadoras y recaudación de las sanciones pecuniarias (arts. 34, 35 y 36). Las primeras no ofrecen ninguna particularidad sobre lo que constituye el régimen común de control de los actos definitivos que ponen fin a los procedimientos sancionadores, aplicándose subsidiariamente los preceptos de la LRJ-PAC. Así, las resoluciones dictadas por en primera instancia (Autoridad laboral periférica, Director General o Secretario General para la Seguridad Social) son susceptibles de impugnación a través del recurso ordinario ante el superior competente (Dirección General o Ministro), agotando la vía administrativa las dictadas por el Ministro o mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, sea en el procedimiento de recurso o porque hayan conocido del asunto en primera instancia.

La ejecutividad de las resoluciones, como en el art. 138.3 LRJ-PAC, está supeditada a que hayan causado estado —firmeza en vía administrativa, en palabras del art. 35.1—, sin perjuicio de la eventual suspensión cautelar que pueda decidirse por los Tribunales de lo contencioso administrativo antes de pronunciarse la sentencia que resuelva el recurso interpuesto, ya que, como reconociera el Tribunal Constitucional (84), la ejecución de las sanciones administrativas no es contraria al derecho a la presunción de inocencia ni a la efectividad de la tutela judicial.

Idéntico criterio se confirma en el art. 35.2 sobre las medidas de intervención temporal y remoción de órganos de gobierno de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (MATEPSS),

(83) Art. 4.1, b) del Real Decreto 1300/95, de 21 de julio y arts. 4 y 16 de la Orden 18-1-96, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social.

(84) SS. 6-6-84, Ar. 66; 7-7-87, Ar. 116.

las sanciones a los empresarios que colaboren voluntariamente en la gestión de la Seguridad Social y el reintegro de prestaciones indebidas, que se ejecutarán “una vez que adquiera firmeza por vía administrativa la resolución que las impone, directamente por la Secretaría General para la Seguridad Social, Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social o entidad gestora de los programas de empleo”, y que conviene analizar separadamente (85).

En primer lugar, las medidas de intervención temporal y remoción de órganos de gobierno son las recogidas en el art. 42.1 LISOS e impuestas por la Secretaría General para la Seguridad Social, a propuesta de la Inspección, con carácter facultativo para las infracciones graves (intervención) o muy graves (remoción e intervención) de las MATEPSS con independencia de las sanciones pecuniarias. Tanto la ley como el Reglamento se preocupan de separarlas conceptualmente de las sanciones, asimilándose más bien a la funcionalidad que las llamadas medidas de seguridad cumplen en el ámbito penal (art. 95 y ss. CP), puesto que requieren para su imposición la comisión previa de un hecho típico (*infracción grave o muy grave*) y la probabilidad de que el comportamiento ilícito pueda repetirse (*siempre que las circunstancias que concurren en la infracción así lo aconsejen*). Por ello, pese a su identidad o similitud, no deben confundirse con las medidas cautelares del art. 74.2 TRSS, cuyos presupuestos (art. 74.1) no siempre suponen la comisión anterior de una conducta infractora (por ejemplo, dificultades de liquidez que hayan determinado la demora o incumplimiento en el pago de prestaciones) (86).

Las sanciones del art. 43 LISOS a los empresarios que colaboran voluntariamente en la gestión (suspensión y retirada de la autorización para colaborar), configuradas formalmente como tales en la LISOS, son compatibles igualmente con las pecuniarias del art. 37 y facultativas, y la propuesta del funcionario se canaliza por conducto de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social hasta el órgano competente para resolver, que es el correspondiente Centro Directivo competente en materia de Seguridad Social (art. 39.2 y 3 RESAL). Específicamente, el número 3 de este artículo establece que “al acta de infracción se unirá un escrito propuesta que se remitirá a la Secretaría General para la Seguridad Social”. A pesar de la estipulación del apartado anterior (*además de iniciar el procedimiento sancionador ordinario, propondrá a la Secretaría... la aplicación de las sanciones...*), que sugiere la existencia de dos procedimientos separados, parece más conveniente interpre-

(85) Ha de tenerse en cuenta la nueva estructura orgánica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en la que desaparecen la Secretaría General de la Seguridad Social y la citada Dirección General, creándose la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (Real Decreto 839/1996, de 10 de mayo). Igualmente, la doctrina del Tribunal Constitucional que se contiene en S. 28-11-96 (Nota 1).

(86) Obsérvese que el art. 35 RESAL no alude al cese de la Mutua en la colaboración, medida que sin embargo sí está acogida en el art. 42.1, 2) LISOS en caso de infracción calificada de muy grave.

tar aquel precepto en la dirección de residenciar en el Centro Directivo la competencia para la resolución del fondo del asunto en toda su extensión, con el fin de evitar así la posible existencia de decisiones contradictorias sobre unos mismos hechos en el expediente de imposición de la multa y en el que determine las demás sanciones privativas de derechos. No se nos escapa que a esta interpretación del art. 39 RESAL puede oponerse la distribución de competencias sancionadoras del art. 47.1 LISOS, en cuanto encomienda a las Direcciones Provinciales y a la Dirección General competente las sanciones hasta un millón y cinco millones de pesetas respectivamente, obstáculo sin embargo sorteable mediante el ejercicio de la facultad de avocación del art. 14 LRJ-PAC por el órgano superior en base a las circunstancias jurídicas expuestas.

Por lo que atañe a las sanciones accesorias del art. 45 LISOS, cuya propuesta tuvo que incluirse en el acta (art. 21.1, e), su ejecución será llevada a cabo por la entidad gestora de los programas de empleo una vez que haya causado estado la resolución que puso fin a ese procedimiento, sin especialidad alguna añadida digna de mención.

Finalmente, el reintegro de las prestaciones indebidas hay que vincularlo con las sanciones a trabajadores, solicitantes y beneficiarios de prestaciones (art. 46.2 LISOS) y con la infracción muy grave de los empresarios en materia de empleo del art. 28.4 en relación con el número 3 del art. 45 LISOS, por la que quedan obligados a la devolución de las cantidades inaplicadas o aplicadas incorrectamente. Ahora bien, en este caso no nos hallamos ante una medida punitiva y sí de naturaleza claramente reparatoria sin dimensión afflictiva alguna, dirigida a devolver las cantidades indebidamente percibidas porque su uso no ha respondido a los presupuestos de la concesión. El Reglamento sin embargo confunde en algún momento estas consecuencias de la actuación inspectora. Así, en el art. 33.4 se admite expresamente que es la resolución sancionadora la que ha de declarar la responsabilidad solidaria del empresario respecto de la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por el trabajador por infracciones muy graves en materia de seguridad social (87) y prestaciones de desempleo (arts. 15.7 y 29.3, 5 LISOS), cuando es a la Entidad gestora o al INEM a quienes corresponde la reclamación de esas cantidades (art. 102 RGRSS, en relación con el art. 102 Orden 22-2-96 y Real Decreto 148/96, de 5 de febrero; y art. 227 LGSS en relación con el art. 47.3 RESAL) (88), y habrá de estarse por tanto a las disposiciones que regulan esta actividad de resarci-

(87) Posibilidad que la norma parece desconocer porque sólo hace mención de la "entidad gestora de los programas de empleo".

(88) El art. 104.2 de la Orden 22-2-96, que desarrolla el RGRSS, establece que las deducciones o descuentos en las prestaciones y subsidios por desempleo para el reintegro en período voluntario de las cantidades indebidamente percibidas por el trabajador se efectuarán por el INEM conforme a lo establecido en el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril (art. 33.1 y 2), y, en defecto de pago o de deducción de las prestaciones y subsidios indebidamente percibidos, en los treinta días siguientes a partir de la notificación de la resolución correspondiente, expedirá el correspondiente título ejecutivo que inicia la vía de apremio y que se seguirá por los órga-

miento. En suma, la idea que deja traslucir el precepto es que ha de ser la resolución que se dicte en el procedimiento sancionador la que determine a su vez la responsabilidad del reintegro de las prestaciones que indebidamente se hubieran percibido. La cual una vez firme servirá de título para que la Dirección Provincial del INEM (art. 47.3 RESAL) o entidad competente en materia de las prestaciones de seguridad social procedan a la reclamación efectiva del importe. En tal sentido, la estipulación del art. 33.4 sobre el deber de comunicar la resolución a las entidades gestoras al día siguiente de ser dictada cuando imponga las sanciones accesorias del art. 45 o declare la responsabilidad solidaria del empresario respecto de las cantidades indebidamente percibidas por el trabajador no tiene más efectos que los puramente informativos o de puesta en conocimiento, debiendo esperarse a que cause estado para su ejecución.

Ocurre lo contrario sin embargo con las medidas cautelares del art. 74 TRSS que se adopten sobre las Mutuas, que, precisamente por su carácter no punitivo, podrán adoptarse de forma inmediata previa audiencia de la entidad (art. 35.3) en la forma señalada en aquel precepto y en el art. 39 RESAL que después comentaremos.

VII. SUSPENSIÓN DE ACTIVIDADES O CIERRE DE CENTRO DE TRABAJO, RECARGO DE PRESTACIONES POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD Y MEDIDAS CAUTELARES SOBRE ENTIDADES COLABORADORAS EN LA GESTIÓN DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Según el art. 53 LPRL el Gobierno o, en su caso, los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, cuando concurren circunstancias de excepcional gravedad en las infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, podrán acordar la suspensión de las actividades por un tiempo determinados o, en caso extremo, el cierre del centro correspondiente, sin perjuicio, en todo caso, del pago del salario o de las indemnizaciones que procedan y de las medidas que puedan arbitrarse para su garantía. El antecedente inmediato de esta disposición es el art. 39 LISOS que en términos prácticamente idénticos ya establecía tal estipulación, calificada por algún sector de la doctrina desde una perspectiva formal como una de las modalidades de sanción reguladas en esta ley en razón a la intitulación del Capítulo VI en el que el precepto se insertaba (*Sanciones*) (89). En otro sentido se ha identifica-

nos de la recaudación ejecutiva de la Tesorería General de la Seguridad Social conforme a las reglas de esas disposiciones.

(89) V. CONDE MARTÍN DE HIJAS: "Infracciones y sanciones en el orden social", en AA.VV.: *Comentarios doctrinales a la Ley 8/1988 sobre "Infracciones y Sanciones en el Orden Social"*, MTSS, 1989. Tras la LPRL ha sido también calificada como sanción la suspensión de actividades (J. RIVERO LAMAS: "Responsabilidades penales de la empresa en materia de prevención de riesgos

do tal decisión con una medida de naturaleza cautelar y urgente compatible con la sanción pecuniaria (90).

Ahora bien, desde nuestro punto de vista, ni el tipo de medidas —suspensión por tiempo determinado o cierre—, ni el órgano al que se atribuye la competencia —por su falta de intermediación con la situación a proteger— casan bien con la necesaria existencia de peligro y su inminencia, propios de las medidas cautelares. Además, tanto la suspensión como el cierre aparecen en el art. 53 LPRL, en contraste con lo previsto para las órdenes de paralización del art. 44, como medidas definitivas no subordinadas a la eventual superación del riesgo, lo que acredita una finalidad aflictiva que las aproximan al concepto de sanción.

Sin embargo, el procedimiento para su imposición que se formula en el art. 37 RESAL (Capítulo V *Normas específicas*) diverge del ordinario para las sanciones y su tratamiento en la LPRL se efectúa con independencia de la regulación de las *competencias sancionadoras* del art. 52. En este caso, pues, cuando concurren las circunstancias de especial gravedad en las infracciones sobre seguridad e higiene, el Jefe de la Inspección provincial lo pondrá en conocimiento de la autoridad laboral competente —hay que entender que es la de ese ámbito, sin perjuicio de la ulterior tramitación por la vía jerárquica correspondiente—, al objeto de que se someta la suspensión temporal o el cierre a la aprobación del Gobierno de la Nación o de la Comunidad Autónoma. Quizás por ello pueda avanzarse, a pesar de la dificultad para diferenciar su función de prevención especial con la de la sanción, que estas medidas se asimilan en parte —no en cuanto a su desvinculación con las causas de inimputabilidad— a las de seguridad que se adoptan en la esfera penal. Son respuesta a la peligrosidad del infractor —o de la situación creada—, en contraste con la sanción que lo es a la falta cometida y, como las postdelictuales, aunque no son una reacción ante el delito cometido, se entiende que la peligrosidad sólo queda suficientemente comprobada cuando la infracción ya ha sido cometida, perteneciendo a la clase de las asegurativas en sentido estricto que cumplen una función de inocuización (91). De este modo, no se plantearía problema alguno desde la perspectiva del

laborales", *AL*, núm. 36, 1996, pág. 707). En la S. 28-11-96 (ya citada en Nota 1) el Tribunal Constitucional no entra en la calificación jurídica de la suspensión temporal de actividades o del cierre, sino que incidentalmente y al hilo del argumento del Abogado del Estado indica que "en cuanto a la cita del art. 25.1 C.E., y en la hipótesis de que las medidas previstas por la disposición legal impugnada hayan de merecer la calificación de sanciones administrativas —expresión que desde luego no descarta otra distinta—, no se aprecia qué perjuicio a la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de su derecho fundamental a la legalidad sancionadora... ha de ocasionar el que tales medidas se adopten por los ejecutivos autonómicos" (F.J. 11).

(90) F. BENITA: *Infracciones y sanciones en el orden social*, MTSS, 1990, pág. 605. O con una medida coactiva de carácter cautelar, sin carácter de sanción y por tanto compatible con ellas (S. GONZÁLEZ ORTEGA, J APARICIO TOVAR: *Comentarios a la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales*, TROTTA, 1996, págs. 308-310).

(91) *Vid.*, S. MIR PUIG: *Derecho Penal*, op cit., en especial págs. 9, 45 y 69.

non bis in idem, y la medida de suspensión o de cierre acordada sería compatible con la sanción pecuniaria que impusieran las autoridades mencionadas en el art. 52 LPRL.

La regulación en el art. 38 de la intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el procedimiento administrativo para declarar la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad a efectos del reconocimiento del recargo de prestaciones del art. 123 TRSS (92) no presenta más novedad que la exigencia ineludible de que haya de iniciarse un procedimiento sancionador (*ello requerirá la previa extensión de acta de infracción*, art. 38.2), requisito perfectamente prescindible a los efectos del procedimiento que haya de tramitar el I.N.S.S., que constriñe en exceso las posibilidades de la Inspección en orden a la acomodación de su actuación a las circunstancias del caso concreto. Hubiera sido más acertado por ello optar, como ocurre en el art. 43 LPRL, por la exigencia en todo caso del requerimiento y, primando el principio de oportunidad reglada sobre el de estricta legalidad, dejar a la discrecionalidad técnica del funcionario la conveniencia de extender o no el acta de infracción.

Por último, el art 39 faculta a la Inspección para proponer a la Secretaría General de la Seguridad Social, a través de la Dirección General (art. 39.3), la adopción de las medidas cautelares estipuladas en el art. 74 TRSS para las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (art. 39.1) y establece una regla adicional sobre el régimen de imposición de sanciones a los empresarios que colaboran voluntariamente en la gestión de la Seguridad Social (art. 39.2).

Ha de hacerse notar al respecto que el art. 39.1 liga los presupuestos de las medidas del art. 42 LISOS (*siempre que las circunstancias que concurren en la infracción así lo aconseje*-intervención temporal, remoción de los órganos de gobierno y cese en la colaboración) a las medidas cautelares del art. 74.2 TRSS —sólo coincidentes con las anteriores en lo que a la intervención se refiere— y cuyos hechos desencadenantes son las situaciones de hecho descritas en el número 1 de este artículo, que no coinciden ni constituyen necesariamente comportamientos infractores de los tipificados en la LISOS. Por ello, como ya ha sido apuntado con anterioridad, parece conveniente distinguir ambos grupos de propuestas, residenciándolas también conceptualmente para una mejor clarificación en los respectivos preceptos legales que las acogen, pues ni el cese en la colaboración del art. 42 LISOS —como medida asimilable a las de seguridad— puede acordarse sin la comisión previa de un ilícito (93), ni las medidas cautelares del art. 74 TRSS —con la salvedad de la intervención de la entidad, cuando así lo aconsejen las circunstancias de una infracción— adoptarse sin la concurrencia de alguno de los presupuestos del art. 74.1 TRSS.

(92) Este procedimiento se encuentra regulado en el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, desarrollado por la Orden 18-1-96.

(93) *Vid.* art. 38.6 del Reglamento, aprobado por Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre.

Por tanto, cuando la aplicación de las medidas cautelares del art. 74 TRSS no vaya ligada a la comisión de un ilícito bastará la incoación del procedimiento por la Secretaría General —en realidad, el órgano que la sustituye—, el cual, tras el correspondiente trámite de audiencia, resolverá sobre su procedencia (art. 74.3 TRSS en relación con art. 4.2, 2 RESAL). En caso contrario o cuando se trate de proponer alguna de las medidas *ex art. 42 LISOS*, aunque formalmente nos hallamos ante una dualidad de procedimientos —el sancionador y el que haya de instruirse para la adopción de la medida—, de los que legalmente se resalta su independencia (art. 42.1 LISOS y 72.2 TRSS), parece conveniente como ya se anticipó que el Centro Directivo avoque la competencia para resolver el punitivo con el fin de evitar la posible existencia de contradicciones de los actos dictados por órganos distintos, circunstancia de índole técnica y jurídica más que suficiente para justificar esa decisión (art. 14 LRJ-PAC). A idéntico resultado conducir el texto del art. 39.3 RESAL cuando se indica que “en los casos a que se refieren los apartados anteriores, al acta de infracción se unirá un escrito propuesta que se remitirá a la Secretaría General para la Seguridad Social a través de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”, aunque es preciso recordar que la competencia de los órganos inferiores fijada en la ley para la fijación de las sanciones pecuniarias (art. 47 LISOS) es indisponible para la norma reglamentaria, y sólo mediante el recurso a la avocación es factible la concentración de las facultades decisorias en el órgano superior.

Antes el art. 39.2 se ha ocupado de establecer el procedimiento para la imposición de las sanciones del art. 43 LISOS (suspensión temporal y retirada de la autorización para colaborar) a los empresarios que colaboran voluntariamente en la gestión de la Seguridad Social. Son materialmente sanciones accesorias no automáticas (*siempre que las circunstancias del caso lo requieran, en beneficio de la corrección de las deficiencias observadas...*) aunque se omita esta calificación en la ley y en el reglamento, reservada a las de los números 1 y 2 del art. 45 y 1.3, 2) del art. 46 (art. 4.5), aspecto este que lleva al precepto comentado a excluirlas del régimen procedimental general aplicable a las de esta clase, determinante de su mención y propuesta en el acta de infracción (art. 21.1, e). En consecuencia, su propuesta ha de canalizarse al correspondiente órgano de directivo en materia de Seguridad Social independientemente del acta de infracción extendida —que seguirá su tramitación ordinaria—, debiendo a nuestro juicio aquél, por las razones inmediatamente ya expuestas, hacer uso de la facultad de avocar para sí el conocimiento y resolución del expediente en el que se dilucida la imposición de la sanción pecuniaria.

VIII. LAS ACTAS DE LIQUIDACIÓN

Para no hacer más extenso este comentario limitaremos el análisis a las actas de infracción con liquidación por los mismos hechos, que constituyen sin duda la principal novedad en la materia, ya anticipada por el art. 29.7 de la Ley

42/1994, de 30 de diciembre, al dar una nueva redacción al art. 31 TRSS y en ejecución del anterior número 4 de este precepto que preveía la coordinación de la expedición y tramitación de las actas de liquidación con las de liquidación que se refieran a los mismos hechos. Al respecto, el art. 29.13 de la Ley 42/1994 introdujo en el TRSS la Disposición adicional 25.^a que facultaba al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en orden a la determinación de la aplicación gradual de las actas de liquidación e infracción en documento único (94), estipulación que sirve de soporte argumental a la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para entender suspendida la entrada en vigor de esta previsión legal, continuándose por tanto con la tramitación separada de los procedimientos sancionadores iniciados a raíz de las infracciones de los apartados 2, 4 y 5 del art. 14.1 LISOS y de las reclamaciones administrativas mediante actas de liquidación resultantes de los mismos hechos, privándose de este modo al interesado del beneficio consistente en la reducción en un 50 por 100 de la cuantía de la sanción si da su conformidad a la liquidación practicada y realiza su ingreso y el importe de la sanción minorada dentro del mes natural siguiente a aquél en que se produzca la notificación de la resolución del expediente unificado (art. 31.5 LISOS y 45.4, d RESAL) (95).

La interpretación del Centro Directivo es sin embargo jurídicamente arriesgada porque el Ministerio facultado para la determinación de la puesta en práctica del procedimiento sancionador y liquidatorio ha ejercido la atribución conferida a través de la propuesta al Consejo de Ministros del Reglamento que se comenta, cuya entrada completa e incondicionada en vigor tuvo lugar el primero de Mayo de 1986 (Disposición final única del Real Decreto 396/1996), quedando desde esa fecha la actuación administrativa sujeta al mismo en virtud del principio general de juridicidad consagrado en el art. 9.1 CE y reproducido en el art. 3.3 LRJ-PAC, y al que no permanece ajeno en el ejercicio de la potestad reglamentaria el propio responsable del Departamento que resulta normativamente limitado además desde el principio de jerarquía normativa mediante la fuerza pasiva desplegada por el Decreto aprobado por el Gobierno ante la hipotética promulgación en el futuro de una disposición de inferior rango.

Con este tipo de actas de infracción con liquidación formuladas en documento único se pretende evitar que la tramitación en procedimientos separados de la determinación de las dos modalidades de responsabilidad —la punitiva y la resultante de la relación jurídica de seguridad social por impago de cuotas— desemboque en pronunciamientos contradictorios sobre los mismos hechos. Por una parte, de la autoridad laboral —al dictar la resolución definitiva en el expediente sancionador—; de otra, de la Tesorería General al resolver el recurso ordinario frente al acta de liquidación, o incluso entre el primero y esta reclamación administrativa si no ha sido recurrida. Esta identidad fáctica se presen-

(94) Ver también en el mismo sentido la Disposición final 2.^a del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social.

(95) Nos referimos a la respuesta de la Subdirección General de Coordinación y Planificación, de 9-7-96, ante la consulta interna que había sido formulada.

ta cuando de las infracciones de los números 1.2 (falta de afiliación o alta de trabajadores), 1.4 (no presentación ante el servicio común de los modelos de cotización para el sellado cuando no se ingresen en tiempo las cuotas y no haya sido solicitado el aplazamiento de pago) y 1.5 (omisión culpable del pago de cuotas) del art. 14 LISOS se derive la existencia de deudas por este concepto susceptibles de ser exigidas mediante acta de liquidación. En este supuesto las actas de infracción y de liquidación en documento único habrán de contener los requisitos formales que para las dos clases de documentos establecen respectivamente los arts. 21 y 43 del Reglamento (art. 45.3 RESAL), sin que proceda la acumulación de infracciones de la misma materia que regula el art. 23 (art. 45.4, a). Por tanto, si el responsable ha incurrido en una pluralidad de infracciones de seguridad social —incluso, entendemos, si sólo son de las tipificadas en los números 1.2, 1.4 y 1.5 del art. 14— tendrá el Inspector o el Controlador Laboral —en este caso con la verificación de un Inspector— que promover un procedimiento mediante el documento único de infracción y de liquidación, y otro sancionador mediante la incoación del acta de infracción en la que se recogerán los hechos relativos a la falta o faltas que no presentan implicaciones recaudadoras. O bien, si más de uno de lo ilícitos trae consigo la necesidad de formular la reclamación por impago —por ejemplo, si a la omisión de comunicar el alta de algún trabajador acompaña la falta de ingreso de las cuotas correspondientes a otros en alta y no han sido presentados los boletines para el sellado—, otras tantas actas de infracción con liquidación en sendos documentos unificados por la diversidad de hechos constitutivos de cada uno de los comportamientos ilícitos.

El documento único se notificará al sujeto responsable, quien dentro de los quince días hábiles siguientes a la notificación podrá manifestar por escrito su conformidad a la liquidación practicada, o bien formular las alegaciones y presentar los documentos y justificantes que estime pertinentes en defensa de su derecho, correspondiendo la instrucción del procedimiento a la Unidad de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la respectiva Dirección Provincial de la Tesorería General y la resolución a la Jefatura de esa Unidad (art. 45.4, c y 45.6). Si finalizada la instrucción resultara procedente una nueva liquidación, el responsable de la Unidad, antes de dictar resolución, notificará la nueva propuesta al interesado al objeto de que éste pueda manifestar la conformidad en el plazo de ocho días hábiles. Debiéndose indicar siempre que la conformidad a la liquidación no presupone que el contenido o su importe no pueda ser alterado como consecuencia de posibles recursos interpuestos por los trabajadores (art. 45.4, c), a los que habrá de notificársele la parte liquidatoria de la resolución recaída en el procedimiento unificado (art. 45.8).

Desde luego, las actas de infracción y liquidación en documento único harán constar que la sanción propuesta se reducirá automáticamente en un 50 por 100 en su cuantía cuando el sujeto infractor dé su conformidad a la liquidación practicada y efectúe su ingreso y el importe de la sanción reducida dentro del mes natural siguiente a aquél en que se produzca la notificación de la resolución del expediente unificado (art. 45.4, d).

La resolución confirmatoria del acta de infracción y liquidación en documento único es susceptible de recurso ordinario en el plazo de un mes ante el Director Provincial de la Tesorería General. Si el responsable hubiera manifestado su conformidad con la liquidación practicada estas manifestaciones prevalecerán sobre cualquier alegación posterior por la que pretenda la modificación de los hechos o de los elementos determinantes de dicha liquidación, salvo que pruebe haber incurrido en error. Pero al propio tiempo la interposición del recurso implicará la pérdida del beneficio de la sanción reducida, que será exigible en vía de apremio (art. 45.7). Esta última estipulación sin embargo, como ocurría con la del mismo tenor de la Disposición ad. 6.ª RGRSS, supone un perjuicio de la situación del imputado por el mero ejercicio de su derecho al recurso y, por tanto, ha de reputarse viciada por infringir la prohibición de la *reformatio in peius*. En efecto, con independencia de que los arts. 113.3 LRJ-PAC y 21.3 RPS prohíben expresamente que las resoluciones que pongan fin a los recursos ordinarios o de revisión agraven la situación del impugnante (art. 113.3) o supongan la imposición de sanciones más graves para el sancionado (art. 21.3), por el Tribunal Constitucional la interdicción de la reforma peyorativa ha sido caracterizada como principio general del Derecho Procesal "consistente en el empeoramiento de la condición del recurrente como consecuencia del recurso y no cuando permanece invariable al confirmarse la resolución recurrida ni cuando se produce a consecuencia de otras alegaciones formuladas", constituyendo una garantía del régimen de los recursos que tiene su encaje constitucional en la prohibición de indefensión del art. 24 CE (S. 15-10-90, Ar. 153), derecho fundamental que también se proyecta en el seno del procedimiento administrativo sancionador, con el que es perfectamente compatible (96). Por ello, el agravamiento de la posición del responsable con la pérdida del beneficio de la sanción reducida a pesar de haber manifestado la conformidad con la liquidación practicada incurre de lleno en el ámbito de aquella prohibición, puesto que lo cuestionado en este caso puede ser cualquier aspecto relacionado con la medida punitiva (por ejemplo, la desproporción de su cuantía aún reducida en un 50 por 100) que no puede causarle perjuicio alguno al interesado por el ejercicio del derecho a defenderse.

La resolución dictada por la Jefatura de la Unidad de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la Dirección Provincial de la Tesorería General es ejecutiva, y los importes de las sanciones y de las liquidaciones recogidas en el documento único deberán ser hechos efectivos hasta el último día del mes siguiente al de la notificación, iniciándose en otro caso la vía de apremio (art. 45.9 RESAL), que se suspenderá si se formulare recurso ordinario y se hubiera garantizado con aval suficiente o consignado el importe de la deuda y el recargo de mora en que se haya incurrido e intereses (art. 105.3 RGRSS).

(96) SSTC 3-10-83 (Ar. 43), 26-4-93 (R.A. 379/91, B.O.E. núm. 127) y ATC 9-1-87 (JC T. XVII).

IX. LAS SANCIONES POR FALTAS LEVES Y GRAVES EN MATERIA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Aunque estos tipos de infracciones se encuentran como las muy graves tipificadas en la LISOS los órganos competentes para sancionarlas y para realizar la instrucción de los procedimientos no son las autoridades laborales y los de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y sí los competentes del Instituto Nacional de Empleo y de las entidades gestoras de la Seguridad Social. Esto es, los respectivos Directores provinciales para imponerlas y los órganos instructores periféricos de cada una de estas entidades para la incoación y tramitación de los expedientes (arts. 46 y 48).

Se indican en esta disposición los requisitos que ha de reunir el pliego de cargos que se formula al presunto responsable (hechos constatados, infracción que se imputa, propuesta de sanción y, en su caso, mención de la agravante de reincidencia), la posibilidad de arbitrar como medida cautelar la suspensión de las prestaciones o subsidios y se regulan igualmente su notificación al interesado y el trámite de audiencia. En esta fase el inculcado podrá solicitar el examen de la documentación que haya servido para fundamentar el escrito de iniciación del procedimiento (arts. 46.4 y 48.2). No obstante, en el procedimiento en materia de protección por desempleo "cuando la actuación se hubiera iniciado a consecuencia de denuncia, deberá preservarse el carácter confidencial de ésta". Esta reserva está justificada desde la perspectiva realista de alcanzar la consecución de un cierto grado de colaboración ciudadana en la persecución de los ilícitos, sin embargo ha de recordarse que la imputación basada exclusivamente en el contenido de la denuncia —cuando no se acompaña de ninguna actividad comprobadora adicional— no constituiría prueba válida de cargo para destruir la presunción de inocencia porque la ignorancia de la identidad del denunciante —que no puede desligarse del objeto de la denuncia para conocer la razón del conocimiento— privaría al imputado de las suficientes garantías de defensa en un procedimiento que ha de estar presidido esencialmente por el principio de contradicción (97).

Las resoluciones de estos procedimientos ponen fin a la vía administrativa, son inmediatamente ejecutivas y, en contraposición a las dictadas por las autoridades laborales por faltas muy graves o en las demás materias —de cuya impugnación una vez agotada la vía administrativa conocen los tribunales de lo contencioso administrativo—, su revisión jurisdiccional se encomienda a los órganos del orden social (arts. 46.5 y 48.5).

(97) *En efecto, si bien como regla general no es preciso comunicar junto con el pliego de cargos el contenido de las denuncias, pues como ha señalado este Tribunal es suficiente con que los hechos imputados se reflejen en el pliego de cargos, cuando se pretende utilizar la denuncia como material probatorio de cargo, el conocimiento de la misma por el imputado constituye una exigencia ineludible derivada de la prohibición general de indefensión* (STC 18-10-93, R.A. 612/92, B.O.E. 9-11-93, núm. 268).

En cuanto al procedimiento de suspensión cautelar por infracciones muy graves en materia de protección por desempleo el art. 47 parece quebrar el criterio general del art. 35 que reserva la ejecutoriedad a las resoluciones firmes en vía administrativa. Según el apartado segundo de este precepto "una vez dictada resolución definitiva por la autoridad laboral, se comunicará, conforme a lo previsto en el art. 33 de este Reglamento, a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Empleo, que sustituirá la suspensión cautelar por la sanción de extinción", añadiendo que "si la resolución es de no imposición de sanción por no haberse acreditado la infracción, se reanudará de oficio la percepción de las prestaciones o subsidios que hubiera sido suspendida cautelarmente, en los términos previstos en el apartado 6 del art. 46 de este Reglamento". Es claro que el contenido de esta última parte no ofrece duda alguna. En efecto, si la resolución es absoluta al tiempo es inmediatamente ejecutiva, puesto que no existe interesado alguno en el procedimiento portador de un interés para recurrirla. Pero si, por el contrario, es confirmadora de la propuesta de sanción, su ejecutoriedad creemos que ha de sujetarse a la regla general del art. 35, sin que exista motivo alguno que justifique un tratamiento distinto precisamente cuando el inculcado es un trabajador, viniendo probablemente originado por la confusión con la eficacia ejecutiva de las sanciones impuestas por el INEM en los supuestos de faltas leves y graves, en los que la medida cautelar es sustituida por la inmediata ejecutoriedad de la resolución sancionadora impuesta por esta entidad (art. 46.6), que no es susceptible de recurso jerárquico y sí sólo de ser revisada en vía jurisdiccional. En cualquier caso, en el orden práctico, las consecuencias de una u otra opción para el responsable no sufren modificación alguna, porque ya estaba privado cautelarmente de la prestación y lo único que cambia es el título de la privación del derecho, sin perjuicio de las decisiones cautelares o definitivas que puedan resultar del ejercicio del derecho a los recursos.