

FERRÁN CAMAS RODA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Girona

Extracto:

El régimen administrativo de carácter sancionador en materia laboral y de Seguridad Social regulado en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), está siendo objeto de importantes reformas en la actualidad, ya sea por la modificación de su contenido como ha ocurrido en materia de prevención de riesgos laborales a través de la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, ya sea por el traslado de algunas de las infracciones incluidas en la LISOS a otra normativa de carácter especial, como ha ocurrido con el régimen sancionador del trabajo de extranjeros a raíz de la aprobación de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, o finalmente, por la adición de nuevos tipos infractores en materia de empleo tras la aprobación de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

En consecuencia, el presente trabajo pretende llevar a cabo un estudio del régimen jurídico actual de infracciones y sanciones administrativas, en particular cuando el sujeto responsable es la parte empresarial, sin perjuicio de traer a colación cuando sea necesario a otros sujetos que producto de las modificaciones legislativas habidas estos últimos tiempos han pasado a engrosar el régimen de responsabilidades administrativas en el orden social.

Además, este trabajo va a centrarse en el estudio de la doctrina judicial vertida por los tribunales del orden contencioso-administrativo, lo que conlleva prestar una atención especial a las infracciones relativas a la prevención de riesgos laborales, no en vano, estas últimas vienen a ocupar un 75% del conjunto de las sanciones resueltas por la autoridad laboral. La acomodación a la realidad social también implica que este trabajo trate también con preferencia el régimen sancionador en materia de trabajo de extranjeros, debido al incremento constante y progresivo de infracciones por contratación ilegal de trabajadores extranjeros no comunitarios (nada menos que de un 192% en estos últimos años), principalmente en los sectores de hostelería, construcción y agricultura.

Sumario:

Introducción.

1. Los principios constitucionales aplicables a la actuación de la Administración al sancionar al empresario y su configuración legal en la LISOS.
 - 1.1. El principio de legalidad y de tipicidad.
 - 1.2. El principio de culpabilidad.
 - 1.3. El principio de proporcionalidad.
 - 1.4. El principio de *non bis in idem*.
 - 1.5. La prescripción de las infracciones.

2. El empresario como sujeto responsable de la infracción administrativa.

3. Las infracciones laborales del empresario.
 - 3.1. Infracciones en materia de relaciones laborales.
 - 3.2. Infracciones en materia de prevención de riesgos laborales.
 - 3.3. Infracciones en materia de empleo.
 - 3.4. Infracciones en materia de Empresas de Trabajo Temporal y Empresas usuarias.

4. Las infracciones en materia de Seguridad Social.

5. Las infracciones de los empresarios respecto al trabajo de extranjeros.

6. Infracciones por obstrucción a la labor inspectora.

7. El régimen jurídico sancionador: tipos y contenidos de sanciones contenidas en la LISOS.
 - 7.1. El régimen jurídico de la reincidencia.
 - 7.2. Sanciones accesorias de carácter intimidatorio.

8. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

A raíz de la inoperancia de la primera ley que, a juicio de la doctrina *iustlaboralista*, puede considerarse como norma de carácter laboral, la Ley Benot de 24 de julio de 1873, sobre el trabajo en los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros, los poderes públicos y los actores sociales adquirieron conciencia de que la intervención legislativa en el mercado de trabajo, contrariando de manera más o menos abierta las fuerzas económicas que en él se manifestaban, sólo podía tener posibilidades de éxito si contaba, además de con la garantía común del recurso a los tribunales, con medios especiales de vigilancia o apoyo del cumplimiento de la ley y de sanción o reparación de sus infracciones ¹. De esta forma, desde su nacimiento el Derecho del trabajo ha adoptado un cierto sentido «represivo» que parte de la idea de que existe cierta resistencia al cumplimiento de la normativa laboral y de que no basta la tutela judicial de los derechos laborales para asegurar el cumplimiento por el empleador de las obligaciones que le imponen las normas laborales ², sino que es necesaria la previsión ante actos de transgresión de la legislación laboral, de sanciones especiales con capacidad disuasoria, bien por su severidad (lo que corresponde a las sanciones de tipo penal), bien por la rapidez de su imposición (lo que constituye, en principio, la ventaja de las multas administrativas) ³.

La asunción por la Administración Pública de la potestad de imponer sanciones administrativas en materia laboral aparece así estrechamente vinculada con el carácter tuitivo que informa aquella legislación obrera en cuanto necesario complemento a la observancia de las prescripciones contenidas en la misma, pero también en el interés social de que dicho ordenamiento se cumpla, al amparo de la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) ⁴.

¹ Véase el Estudio Preliminar de MARTÍN VALVERDE, A.: «La formación del Derecho del Trabajo en España», en AA.VV.: *La Legislación Social en la historia de España. De la Revolución liberal a 1936*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, Ap. 15 de la Parte IV.

² RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: Prólogo a la obra de S. DEL REY GUANTER, *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el Orden social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990, págs. 13 y ss.

³ MARTÍN VALVERDE, A.: «La formación del Derecho del Trabajo en España», en AA.VV.: *La Legislación Social en la historia de España. De la Revolución liberal a 1936, op. cit.*, Ap. 15 de la Parte IV.

⁴ MARTÍNEZ ABASCAL *et al.*, hacen descansar la potestad sancionadora de la Administración Pública en el soporte jurídico-conceptual que le brinda la actividad de policía en orden a la atribución de aquella potestad (*Vid.*, MARTÍNEZ ABASCAL, V.; PÉREZ AMORÓS, F.; ROJO TORRECILLA, E.: «La potestad sancionatoria de la Administración en el Marco de las Relaciones Laborales. La Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social», *Revista Técnico-Laboral*, núm. 39, de 1989, pág. 14).

Justamente, los artículos 25, ap. 1 y ap. 3 CE, según los cuales «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento», y «la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad», respectivamente, implican un reconocimiento de la potestad sancionadora de la Administración pública en general, y consecuentemente, en materia del orden social en particular, refrendado por el TC desde su temprana STC 77/1983, de 3 de octubre.

La normativa legal que configura en la actualidad el régimen sancionador de carácter administrativo en materia laboral y de Seguridad Social es el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, LISOS), que derogó la Ley 8/1988, de 7 de abril, y el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, que aprueba el Reglamento General sobre Procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones del orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de Seguridad Social.

Ante este marco jurídico, los principales motivos que me han llevado a la elección de este tema para publicarlo en la *Revista «Estudios Financieros»*, en su modalidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en este año 2004 han sido los siguientes:

En primer lugar, la constatación de la enorme influencia que el TC ha tenido en la conformación del régimen sancionador de carácter administrativo en el orden social materia laboral y de Seguridad Social ya que no sólo varias de sus resoluciones sobre el artículo 25 CE provocaron, aunque de forma mediata, la aprobación de la ya antigua Ley 8/1988, sino que una de sus sentencias, la STC 195/1996, de 28 de noviembre –en la que se abordó la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en la imposición de sanciones en el orden social al amparo del art. 149.17.º y 17.º CE–, fue la causa directa que provocó la adopción de la LISOS. En este sentido, siempre resulta una necesidad para comprender el Derecho del Trabajo en general, y la materia sancionadora en particular, hacer un repaso de la doctrina del TC sobre todo en lo relativo a un tema básico en esta materia: la aplicación de los principios constitucionales previstos en los artículos 24 y 25 CE, que contienen las garantías de los ciudadanos frente al poder punitivo del Estado, y a cuyo estudio se dedica el primer apartado de este trabajo.

En segundo término, también resulta un aliciente para estudiar el régimen de infracciones y sanciones administrativas el momento actual por el que atraviesa el ordenamiento jurídico de carácter laboral: pese a la cercanía de la aprobación de la LISOS (entró en vigor el 1 de enero de 2001), las diferentes reformas legislativas que se han producido desde entonces han afectado a algunas de sus infracciones, ya sea en algún caso derogándolas, ya sea modificando su alcance, o en materia de extranjería, separando el régimen sancionador de la propia LISOS, y llevándolo a la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Por estas razones, considero conveniente hacer un estudio de la regulación de las infracciones actualmente vigentes en la LISOS, asumiendo en todo caso el bagaje interpretativo que durante 12 años se forjó por la doctrina judicial en el análisis de las contenidas en la Ley 8/1988.

En todo caso, y dentro de la materia relativa a las infracciones y sanciones en el orden social, este trabajo sólo hace referencia a las cometidas por los empresarios en el marco de la relación laboral, de Seguridad Social, de contratación de extranjeros en situación ilegal y por obstrucción (sin perjuicio de que en algunos párrafos se analice, aunque no de forma tan detallada, la responsabilidad de otros sujetos como trabajadores por cuenta propia, servicios de prevención, Mutuas...). Como será objeto de mayor comentario con posterioridad, la LISOS atribuye a la parte empresarial un papel protagonista en el conjunto de infracciones que tipifica, sin perjuicio de que simultáneamente haya aumentado el colectivo de sujetos que son susceptibles de asumir responsabilidades administrativas en el orden social.

Por último, no hay que pasar por alto en el contenido de este trabajo el número de sanciones impuestas por la comisión de infracciones en materia laboral, de Seguridad Social y por obstrucción: tomando como referencia a la Comunidad Autónoma de Cataluña (hay que recordar que la potestad sancionadora en materia laboral es competencia de las Comunidades Autónomas), en 2002 se impusieron un total de 5.205 sanciones (con una cuantía económica total de 14.605.292 euros –alrededor de unos 2.430 millones de ptas.–), de las cuales, 1.278 lo fueron por infracciones de normas laborales y de empleo, por incumplimientos de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal, y por obstrucción a la labor inspectora, mientras que 3.927 sancionaron incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales (aproximadamente, estas últimas ocupan por tanto un 75% del conjunto de las sanciones) ⁵. De hecho, en el conjunto del Estado, se denota que año tras año aumentan no sólo el número de actas levantadas en materia de seguridad y salud en el trabajo (de unas 25.339 actas en 2000, a unas 25.975 en 2001) sino también el importe de las sanciones económicas (de 14.173 millones de ptas. en 2000, a 15.594 millones de ptas. en 2001) ⁶.

Estos datos han influido en que en el momento de estudiar las infracciones empresariales en el orden social se preste una atención preferente a las relativas a la prevención de riesgos laborales, sobre todo porque han sido objeto de una importante modificación tras la aprobación de la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, cuyo alcance irá siendo objeto de comentario conforme al tipo de materia tratada por dicha norma.

1. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES APLICABLES A LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN AL SANCIONAR AL EMPRESARIO Y SU CONFIGURACIÓN LEGAL EN LA LISOS

La STC 18/1981, de 8 de junio, consolidó la tesis de que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, cuya configuración legal se halla en la

⁵ Véase la página Web del Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya: <http://www.gencat.es> (última consulta: febrero de 2003).

⁶ Véase la Documentación dispensada por la Dirección General de Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la Subdirección General de Coordinación y Relaciones Institucionales en el Congreso sobre Prevención de Riesgos Laborales, celebrado en Valencia, los días 20 a 23 de noviembre de 2001 (Material Inédito).

actualidad en la LISOS, que ajusta la potestad administrativa de sancionar en materia social a los principios constitucionales de los artículos 25 y 24 CE, incorporando como propias las garantías punitivas del Estado, y que incorpora un Capítulo específico dedicado al Procedimiento Sancionador, el cual, según establece su artículo 51, debe ajustarse a lo previsto en la propia LISOS, siendo de aplicación subsidiaria las disposiciones de la Ley 30/1992, que regula el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

1.1. El principio de legalidad y de tipicidad.

Con la intención de delimitar el objeto de ambos principios, emanados en todo caso del artículo 25.1 CE, y objeto de delimitación conceptual por el TC ⁷, cabe decir que mientras el principio de legalidad exige que toda acción u omisión que pretenda ser sancionada por la Administración debe estar recogida en una ley, sin perjuicio de que ésta pueda remitir al reglamento su regulación aunque siempre de forma limitada y subordinada a la cláusula autorizante de la norma legal, el principio de tipicidad impone que dichas conductas, para poder ser sancionadas, deban estar delimitadas de forma precisa en la legislación administrativa, de forma tal que de las infracciones tipificadas se desprenda con la máxima claridad posible cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada ⁸, aunque no sea necesario que el precepto legal realice una definición absoluta cuando la conducta ilícita que se pretende perseguir se resista, por su extensión, complejidad e imprevisibilidad, a ser regulada con exhaustividad ⁹, bastando cuando ello ocurra con el uso de otras técnicas de regulación, como lo constituyen los conceptos jurídicos indeterminados, o el reenvío a otros grupos normativos.

En cumplimiento de estos principios, en concreto, de lo impuesto por el principio de legalidad, la LISOS establece en su artículo 1 que «constituyen infracciones administrativas en el orden social las acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables tipificadas y sancionadas en la presente Ley y en las leyes del orden social»; en este sentido, el precepto ofrece una idea básica: en lo referente a las infracciones laborales en sentido amplio, en la LISOS no están todas las que son, aunque sí son todas las que están, y como consecuencia de ello, la técnica sancionadora de la Administración Pública no sólo va a activarse sobre lo que aparece tipificado y es objeto de sanción en la ley, sino que también puede extenderse a otras infracciones que vengan previstas en otras leyes del orden social.

En lo relativo al principio de tipicidad, la LISOS se caracteriza por hacer una configuración precisa de la mayoría de las conductas sancionables. No obstante, también hace un uso, ciertamente moderado en todo caso, de tipos infractores abiertos o que remiten a la norma reglamentaria y a la

⁷ Véanse sus STC 8/1981, de 30 de marzo; STC 133/1987, de 21 de julio; STC 3/1988, de 21 de enero; STC 42/1987, de 7 de abril, STC 69/1989, de 20 de enero.

⁸ BLASCO PELLICER, A.: *Sanciones administrativas en el Orden Social*. Tirant lo blanch, Valencia, 1998, pág. 23.

⁹ DEL REY GUANTER, S.: «Los principios de legalidad y tipicidad en las infracciones del orden social», *Relaciones Laborales*, 1991-II, pág. 491; también MATEOS BEATO, A.; GONZÁLEZ DE LENA, F.: «El Texto Refundido de la LISOS. Orígenes, orientaciones y contenido». *Relaciones Laborales*, núm. 6, marzo 2001, pág. 40.

convencional para su completa comprensión: así por ejemplo, el artículo 6.4, que califica como infracción leve, con expresa remisión al reglamento, «no informar por escrito al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, en los términos y plazos establecidos reglamentariamente»; o el artículo 10.4, que define como infracción administrativa no garantizar a los trabajadores desplazados a España las condiciones de trabajo previstas en la ley, en las disposiciones reglamentarias o en los convenios colectivos aplicables.

Una atención particular merecen, en este sentido, los tipos infractores de la LISOS en materia de seguridad y salud en el trabajo, ya que plantean unos problemas especiales. En primer lugar, también en el conjunto de tipos relativos a prevención de riesgos laborales se encuentran infracciones que para completarse necesitan la concurrencia de reglamentarias, *v. gr.*, el artículo 13.7, que considera infracción muy grave «no adoptar, los empresarios y los trabajadores por cuenta propia que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo, las medidas de cooperación y coordinación necesarias para la protección y prevención de riesgos laborales, cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales». En este caso, la falta de una reglamentación específica sobre las actividades que deben considerarse como peligrosas o muy peligrosas llevan a que el tipo no pueda ser aplicable, cuestión en todo que también es objeto de debate en la actualidad¹⁰. Piénsese en todo caso que en el Acuerdo al que llegaron el Gobierno y los interlocutores sociales sobre Siniestralidad Laboral el 30 de diciembre de 2002, ha venido a establecer como uno de sus objetivos la adopción de una normativa que establezca qué trabajos son peligrosos o con riesgos especiales, teniendo presentes el Anexo I del Real Decreto 39/1997, sobre Servicios de Prevención, y el Anexo II del Real Decreto 1627/1997, sobre disposiciones mínimas de seguridad en las obras de construcción.

Por otra parte, y ya para acabar con este apartado, se ha de tener presente que en materia de prevención de riesgos laborales la LISOS utiliza mayores tipos de carácter abierto en comparación con las restantes infracciones de carácter laboral. Así por ejemplo, y sin perjuicio de que sea objeto de mayor detalle con posterioridad, la ley utiliza conceptos jurídicos indeterminados para calificar, de forma general, las infracciones en leves, graves y muy graves: así recoge como infracciones leves a aquellas que carezcan de «trascendencia grave» para la integridad de los trabajadores; a las infracciones graves, las que consecuentemente supongan «un riesgo grave para la actividad física o la salud de los trabajadores afectados»; y finalmente, a las infracciones muy graves, como aquellas conductas empresariales que supongan un riesgo «grave e inminente» para la seguridad y salud de los trabajadores.

En este marco, uno de los problemas que se debe solventar es el relativo a la utilización por la LISOS de la técnica conocida como «norma sancionadora en blanco», consistente en que la infracción sólo puede completarse con el complemento de la norma sustantiva correspondiente: en este

¹⁰ Para FERNÁNDEZ DOCAMPO deben considerarse como actividades peligrosas o muy peligrosas las previstas en el Anexo I del Real Decreto 39/1997 —en relación con el Anexo II del Real Decreto 1627/1997 (*vid.*, *Seguridad y Salud laboral en las obras de construcción: obligaciones y responsabilidades*. Edita Thomson Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 303). De la misma forma, GONZÁLEZ ORTEGA, S.; MORENO MÁRQUEZ, A.; FERNÁNDEZ PERDIDO, F.: *Comentarios al Reglamento de los Servicios de Prevención*. Tirant lo blanch, Valencia, 1997, págs. 8 y ss.

sentido, puede traerse a colación como prototipo de lo anterior al artículo 12.16 de la LISOS, conforme al cual se considera infracción muy grave aquella conducta que incumpla «la normativa de prevención de riesgos laborales», y como consecuencia de ello se cree un riesgo grave para la seguridad de los trabajadores. Una primera lectura del precepto llevaría a pensar que dentro de esa «normativa» se incluiría cualquier incumplimiento de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL), de alguno de sus reglamentos de desarrollo, de los convenios colectivos y también de la denominada normativa jurídico-técnica de carácter administrativo; ahora bien, ello no es así ya que dentro de ese bloque jurídico cuyo incumplimiento puede dar lugar a la aplicación de la infracción en materia de seguridad y salud correspondiente no se encuentra la reglamentación de carácter técnico, la cual, se encuentra excluida del sistema de responsabilidad previsto en la LISOS: conforme a lo previsto en el artículo 9.1a) de la LPRL, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sólo puede proponer la imposición de una sanción laboral a la autoridad laboral respecto de las infracciones a la normativa laboral de prevención de riesgos laborales, no de la específica normativa técnica. Desde luego, la Inspección de Trabajo puede comunicar las infracciones detectadas sobre las reglas técnica (por ejemplo de carácter industrial) a la autoridad laboral para que ésta lo ponga en conocimiento de la Administración competente no laboral, a efectos de la posible concurrencia de una sanción de tipo específicamente administrativo, pero obsérvese, al margen del régimen de responsabilidades y sanciones de la LISOS, ya que el ámbito normativo específico para que este último actúe es la ley, los reglamentos laborales que la desarrollen y los convenios colectivos.

1.2. El principio de culpabilidad.

El principio penal de culpabilidad puede ser conceptuado, al modo como lo hace MIR PUIG, como un límite al *ius puniendi*, que exige, como presupuesto de la pena, que pueda culparse a quien la sufra del hecho que la motiva¹¹. Para ello es preciso que no se haga responsable al sujeto por delitos ajenos: *principio de personalidad de las penas*, y que no pueden castigarse formas de ser, personalidades, puesto que la responsabilidad de su configuración por parte del sujeto es difícil de determinar, sino sólo de conductas, hechos: *principio de responsabilidad por el hecho*¹²; mas no basta requerir que el hecho sea materialmente causado por el sujeto para que pueda hacérsele responsable de él, es preciso además que el hecho haya sido *querido* (doloso) o haya podido *preverse o evitarse* (que pueda existir culpa o imprudencia), y que tradicionalmente es la expresión más clara del principio de culpabilidad¹³.

Las STC 246/1991, de 19 de diciembre, y la STC 76/1990, de 26 de abril, han ratificado la traslación, aunque con las debidas cautelas y garantías constitucionales, del principio penal de culpabilidad al ámbito de las infracciones administrativas, por cuanto, como afirma por ejemplo la

¹¹ Vid., *Derecho Penal. Parte General (Fundamentos y Teoría del delito)*. PPU Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1985, pág. 79.

¹² *Ídem* (las palabras en cursiva se corresponden con las utilizadas por el autor en el libro de referencia).

¹³ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General (Fundamentos y Teoría del delito)*, op. cit., pág. 79.

segunda de ellas, el principio de culpabilidad excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del sujeto responsable (o lo que es lo mismo, sin comprobar la concurrencia de dolo, negligencia grave, leve o simple negligencia).

Ahora bien, la articulación del principio de culpabilidad al marco de la potestad administrativa sancionadora en el orden social dispone de una operatividad especial, que le hace tener unos rasgos específicos en tres ámbitos diferentes: a) el relativo a su inclusión en la propia configuración de la infracción administrativa; b) en el juego que ejerce en el momento de graduar las sanciones administrativas; c) y finalmente, en relación con la posibilidad de aplicar este principio cuando el sancionado no es una persona física, sino jurídica.

En lo que hace referencia a la forma en la que el principio de culpabilidad se integra en la definición de la infracción administrativa, de forma que la presencia de culpa o dolo sea también relevante para la misma posibilidad de sancionar el ilícito administrativo, se ha de partir de la base de que la LISOS configura de forma mayoritaria infracciones de peligro abstracto, donde no existe ni un daño real, ni un peligro concreto sino únicamente estadístico o hipotético¹⁴; y dentro de ellas, se encuentra generalizada la tipificación de infracciones de mera conducta o de omisión de tales obligaciones formales, siendo una excepción las infracciones de resultado¹⁵. Esto tiene una muestra evidente en las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, cuya característica principal radica precisamente en que la infracción administrativa, que en general tipifica incumplimientos de obligaciones del empleador de actividad o de medios, se completa exclusivamente con la mera inobservancia de la norma de seguridad y salud en el trabajo correspondiente, con entera independencia de que la conducta infractora produzca o no resultados dañosos o perjuicios materiales en el trabajador y con autonomía respecto a las responsabilidades que pudieran concurrir en los otros órdenes jurisdiccionales, civil, penal e incluso laboral¹⁶.

En este sentido, las infracciones de mera conducta tienen su origen en prestaciones a cargo del empresario calificables también como de actividad o de medios, donde el contenido de la prestación del deudor del *facere* se agota en el despliegue o desarrollo de una actividad o conducta diligente, con lo que, en consecuencia, lo que en verdad tipifican estas infracciones es la propia imprudencia o falta de diligencia del empresario en la consecución del fin perseguido por la norma. Por esta razón, la exigencia de dolo o culpa en la realización de la infracción no hay que referirla con respecto a un resultado antijurídico, ya que éste falta en el tipo de infracciones referidas, sino más bien, a la previsibilidad y evitabilidad de la propia acción u omisión que ha supuesto el incumplimiento de la norma.

¹⁴ PEMÁN GAVÍN, I.: *El Sistema Sancionador Español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Cedecs Editorial, S.A., Barcelona, 2000, págs. 296-297; también DE PALMA DEL TESO, A.: *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, S.A., Madrid, 1996, pág. 138.

¹⁵ PEMÁN GAVÍN, I.: *El Sistema Sancionador Español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, op. cit., págs. 296-297; también DE PALMA DEL TESO, A.: *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., pág. 138.

¹⁶ STS (Sala 3.ª), de 2 de julio de 1996 (A. 5605); STS (Sala 3.ª) de 17 de mayo de 1995 (A. 4145); STS (Sala 3.ª) de 23 de febrero de 1994 (A. 2225); STS (Sala 3.ª) de 17 de septiembre de 1991 (A. 7175).

En relación al segundo de los ámbitos citados anteriormente, conforme al cual, el principio de culpabilidad también opera a efectos de graduación de la sanción, se ha de recordar que el artículo 39.2 manifiesta que «calificadas las infracciones, en la forma dispuesta por esta ley, las sanciones se graduarán en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor... , como circunstancias que pueden agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida»; además, y en el marco estricto de las infracciones en materia de prevención de riesgos generales, el artículo 39, ap. 3 de la LISOS obliga a tener en cuenta para la graduación de las sanciones, entre otros criterios, «la conducta general seguida por el empresario en orden a la estricta observancia de las normas en materia de prevención de riesgos laborales» (párrafo h).

El hecho de que ambos preceptos consideren determinados elementos de dolo o culpa del sujeto responsable como criterio de graduación de la sanción, no contradice el mantenimiento de una responsabilidad administrativa de carácter subjetivo, y por tanto, la exigibilidad de culpa o negligencia en el incumplimiento de la normativa laboral o de prevención de riesgos laborales. La operatividad del criterio de graduación de la sanción consistente en la intencionalidad (art. 39.2) o en la «conducta general del empresario» [art. 39.3h)] es subsidiario, a tenor del artículo 39.5 de la LISOS, de la exigencia del dolo o la culpa en el propio tipo infractor contenido en la ley: como dice este último precepto, la aplicación de estos criterios de agravación o atenuación de la sanción, sólo es posible, cuando no estén contenidos en la descripción de la conducta infractora o formen parte del propio ilícito administrativo [de hecho, el campo de aplicación del criterio previsto en el art. 39.3h) de la LISOS para la graduación de las sanciones consistente en reconocer la «conducta» seguida por el empresario, se circunscribe a aquellas infracciones de prevención de riesgos laborales que son de resultado y no de actividad, que en el marco de la seguridad y salud en el trabajo tienen un carácter minoritario].

Por último, y sobre la operatividad del principio de culpabilidad cuando el sujeto responsable no es un sujeto individual, sino una persona jurídica o una comunidad de bienes, se ha de traer a colación la STC 246/1991, de 19 de diciembre, en la que se reconoció capacidad infractora a las personas jurídicas, sin que para el caso de las infracciones cometidas por las mismas se suprima el elemento subjetivo de la culpa: en este sentido, expresa que el reconocimiento constitucional del principio de culpabilidad «no impide que nuestro Derecho Administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas». Como resultado de esta doctrina, se reconoce la exigencia del elemento subjetivo de culpa en las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas, ahora bien, se la hace actuar de un modo distinto a como se hace respecto de las personas físicas: a través de la teoría de la imputación de la autoría, de tal forma que si la persona jurídica se beneficia de todos los actos provechosos realizados a través de los órganos que la componen, igualmente debe responder de todos los actos perjudiciales. En este sentido, y sin perjuicio de un estudio más desarrollado posteriormente en el apartado correspondiente, en la LISOS se ha ampliado el abanico de sujetos responsables de infracción administrativa,

en particular, en lo que se refiere a personas jurídicas y comunidades de bienes, sin que hayan regulado posibilidades de individualización de la responsabilidad administrativa en el caso de infracciones cometidas por dichas entidades ¹⁷.

1.3. El principio de proporcionalidad.

La inserción en la Constitución del principio de proporcionalidad que hace contraria a Derecho toda sanción manifiestamente desproporcionada ha sido una cuestión discutida por la doctrina y la jurisprudencia; sin embargo, partiendo de su falta de reconocimiento expreso en la Norma fundamental, sí que hay unanimidad en considerarlo implícito en ella, al ser un principio que emana directamente del valor superior de justicia proclamado en el artículo 1 CE ¹⁸, y de la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) ¹⁹.

En desarrollo de estas premisas, la LISOS ha consagrado este principio en sus artículos 39, 40 y 41: en este sentido, una vez ha sido calificada la infracción cometida como leve, grave o muy grave, el principio de proporcionalidad se debe aplicar a través de la consideración de diversos criterios de graduación de las sanciones (en grado mínimo, medio o máximo) dentro de cada una de aquellas calificaciones.

Uno de los aspectos más peculiares del juego del principio de proporcionalidad en el orden social es que los criterios que se deben utilizar para graduar las sanciones, resultan diferentes en función de si las infracciones administrativas corresponden al ordenamiento laboral y de Seguridad Social de una parte, o a la materia de prevención de riesgos generales de otra ²⁰. Así, mientras, de forma general, el artículo 39.2 de la LISOS considera como criterios de graduación la existencia de intencionalidad o reiteración, los perjuicios causados y cantidad defraudada con la infracción, el frau-

¹⁷ PÁRAMO MONTERO, P.: «Puntos conflictivos en torno al poder sancionador de la Administración Laboral», *Relaciones Laborales*, núm. 11, junio 2001, pág. 41.

¹⁸ DOMÍNGUEZ VILA manifiesta, a partir de las disquisiciones que se efectúan en la STC 65/1986, que el hecho de que provenga del valor superior justicia, como todos los derechos fundamentales, y en el marco de las condiciones de ejercicio de los mismos que supone el artículo 10, la conjunción de los principios o derechos fundamentales a la igualdad ante la ley, artículo 14, la prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes del artículo 15, artículo 17.2 duración estricta de la detención y artículo 17.4 sobre la duración de la prisión provisional, con la consecuente observancia de todo lo anterior en la regulación de todos los derechos fundamentales y, por lo tanto, la legalidad del *ius puniendi* del Estado (art. 25.1), hacen plausible el reconocimiento del principio de proporcionalidad por el Derecho Administrativo Sancionador (*vid.*, *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 291-292).

¹⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: Prólogo a la obra de S. DEL REY GUANTER, *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el Orden social*, *op. cit.*, págs. 13 y ss.; también, del mismo autor, «Potestad sancionadora y *non bis in ídem*», *Relaciones Laborales*, 1990-II (Editorial), págs. 48 y ss.

²⁰ MERCADER UGUINA y TOLOSA TRIBIÑO ya habían criticado, aún vigentes la LISOS y la LPRL en lo que se refiere a su capítulo de responsabilidades y sanciones, la distinta regulación de criterios de graduación de las sanciones en función de los distintos cuerpos sancionadores existentes en el campo laboral, más aún cuando ambos también eran diferentes de los contenidos en el artículo 131 de la Ley 30/1992 (*vid.*, *Derecho Administrativo Laboral*, Valencia, Tirant lo blanch, 2000, pág. 579).

de o connivencia, el incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, la cifra de negocios de la empresa, o el número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso; conforme al artículo 39.3 de la LISOS, la imposición de las sanciones en materia de prevención de riesgos laborales en uno de los tres grados ha de hacerse con arreglo a los siguientes criterios legales: peligrosidad de las actividades desarrolladas en la empresa o centro de trabajo, la permanencia o transitoriedad de los riesgos inherentes a dichas actividades, la gravedad de los daños producidos o que hubieran podido producirse por la ausencia o deficiencia de las medidas preventivas necesarias, el número de trabajadores afectados, las medidas o elementos de protección colectiva o individual adoptadas por el empresario y las instrucciones impartidas en orden a la prevención de tales riesgos, el incumplimiento de las advertencias o requerimientos previos de la Inspección, la inobservancia de las propuestas realizadas por los servicios de prevención, los delegados de prevención o el comité de seguridad y salud de la empresa para la corrección de las deficiencias legales existentes, y la conducta general seguida por el empresario en orden a la estricta observancia de las normas en materia de prevención de riesgos laborales.

Como se recordará de lo dicho en anteriores apartados, estos criterios de graduación de las sanciones no pueden utilizarse cuando ya estén contenidos en la descripción de la conducta infractora o formen parte del propio ilícito administrativo (art. 39.5 de la LISOS), aspecto que tiene en cuenta, por ejemplo, la STS (Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo) de 12 de noviembre de 2001, que estima el recurso de una empresa contra una sanción administrativa que le había sido impuesta en el grado máximo en virtud de una infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales, y la disminuye a su grado medio, por cuanto, en líneas generales, los criterios de graduación tomados para agravar la sanción ya habían servido para calificar la propia infracción, sin que por ello, se pudieran reduplicar sus efectos. Conforme a las consideraciones de la sentencia, se impone una infracción muy grave por la contravención de prescripciones legales, reglamentarias o convencionales que originan un riesgo grave e inminente para la integridad de los trabajadores (conforme a la Ordenanza de 1970, de la Construcción, Vidrio y Cerámica), y se la sanciona en el grado máximo correspondiente a dicha infracción en función del número de trabajadores de la empresa, y en los riesgos inherentes a la operación laboral que se realizaba (criterios también incluidos en dicha Ordenanza). En desacuerdo con esta actuación, el TS disminuye la sanción a su grado medio ya que «el número de trabajadores afectados por los daños ocasionados a consecuencia de la falta de precauciones reglamentarias no consta que haya excedido de dos lesionados, ni que la falta de dichas precauciones se hubiese extendido a otras personas de la plantilla», y por otra parte «tampoco cabe apreciar como circunstancia de agravación los riesgos inherentes a la operación que se estaban realizando, ya que precisamente ha sido la inminencia de esos riesgos la que ha servido para calificar de muy grave la falta cometida, sin que quepa reduplicar sus efectos imponiendo esa falta muy grave en su grado medio».

1.4. El principio de *non bis in idem*.

Pese al silencio aparente de la Constitución sobre este principio, la doctrina del TC lo ha incluido en el artículo 25.1, conectado íntimamente con los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones (STC 2/1981, de 30 de enero, o STC 159/1985, de 27 de noviembre), con lo que ha pasado a

ser considerado como una de las garantías fundamentales aplicables al ejercicio de la potestad sancionadora pública, y en particular de la de carácter administrativo ²¹.

En desarrollo de las directrices expresadas por la doctrina constitucional, el artículo 3 de la LISOS establece expresamente la imposibilidad de sancionar los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento. En todo caso, la necesidad de que se produzca esta triple identidad es una de las explicaciones de la dificultad de aplicar el principio *non bis in idem* en el ámbito social. De este modo, en lo que se refiere a los sujetos, piénsese que mientras en el ámbito administrativo pueden ser responsables las personas jurídicas, no sucede lo mismo respecto del Derecho Penal (*societas delinquere non potest*), lo que puede suponer que, por ejemplo, en un supuesto de concurrencia de sanciones a la persona jurídica y a su representante, no pueda aplicarse el *non bis in idem*. Así, por ejemplo, se manifiesta la STS (Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo) de 12 de julio de 2001: tras abrirse un expediente sancionador a una empresa constructora por una infracción laboral en materia de prevención de riesgos laborales, se paraliza hasta que se dicta una sentencia penal condenatoria del Ingeniero Técnico director de la obra, tras lo cual, reanudado el expediente sancionador, recae sobre la empresa una sanción administrativa por los mismos hechos. Ante las alegaciones de la empresa recurrente, el TS afirma que para aplicar el principio de *non bis in idem*, no sólo debe existir una identidad de hechos, o fundamentos, objeto y causa material o punitiva, sino también de sujetos, cosa que no sucede en el caso de autos, «pues la sentencia penal condenó al Ingeniero Técnico director de la obra, mientras que la sanción administrativa recae sobre la empresa por la no adopción de medidas de seguridad en el trabajo».

Otro tanto cabe decir en relación a la similitud de hechos, más aún en el campo específico de lo laboral, ya que una misma conducta incumplidora, pero de carácter complejo, puede desgajarse en diversos supuestos fácticos contemplables aisladamente a efectos de su sanción, incluso por ordenes jurídicos distintos ²², o también en la necesaria identidad del fundamento o causa de pedir entre los ámbitos penal y administrativo puesto que en muchas ocasiones serán distintos, en este sentido, y como dice DEL REY, «apelar a la necesidad de un idéntico fundamento jurídico-positivo en estos casos sería como invalidar de entrada la aplicación del principio en cuestión, dado que la sanción penal y la sanción administrativa tendrían siempre una base en normas distintas» ²³, razón por la cual considera que cuando se hace referencia a un idéntico fundamento se está haciendo referencia, más bien, a un mismo bien jurídico protegido ²⁴.

En todo caso, el principio *non bis in idem* también tiene como consecuencia la regla de prohibir un doble enjuiciamiento simultáneo entre la jurisdicción penal y administrativa cuando se trate de un mismo ilícito penal y administrativo. En este sentido, la LISOS mantiene la prioridad del orden penal en el supuesto de concurrencia de procedimientos sancionadores. En los únicos supuestos en

²¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: Prólogo a la obra de S. DEL REY GUANTER, *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el Orden social*, op. cit., págs. 13 y ss.

²² RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Potestad sancionadora y *non bis in idem*», op. cit., págs. 48 y ss.

²³ Vid., *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el Orden social*, op. cit., pág. 136.

²⁴ *Ibidem*.

los que no se establece la obligación de la Administración de paralizar sus actuaciones ante una infracción, y pasar su conocimiento al ámbito del proceso penal, es justamente en aquellos aspectos procedimentales previstos en el artículo 3, apartado 4 de la LISOS: las medidas tomadas para el cumplimiento de las medidas de paralización de trabajos adoptadas en los casos de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud del trabajador, la efectividad de los requerimientos de subsanación formulados, o los expedientes sancionadores sin conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales del orden penal.

La mecánica de estos pasos está especificada con más detalle en el artículo 5 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social: el órgano administrativo se abstendrá de seguir el procedimiento hasta que el Ministerio Fiscal resuelva no interponer la acción o sea firme la resolución judicial que deniegue la responsabilidad penal o sobresea las actuaciones; también se suspende el procedimiento administrativo cuando, no mediando dicha comunicación, se venga en conocimiento de la existencia de actuaciones penales por los mismos hechos y fundamentos en relación al mismo presunto responsable; se salvaguarda, pese al traslado de actuaciones, el cumplimiento de la paralización de trabajos ni los requerimientos formulados; la condena penal excluirá en sentencia firme la imposición de sanción administrativa por los mismos hechos que hayan sido considerados probados siempre que concorra, además, identidad de sujeto y fundamento, sin perjuicio de la liquidación de cuotas a la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, y de la exigencia de reintegro de las ayudas, bonificaciones o de las prestaciones sociales indebidamente percibidas, si procediese.

En todo caso, se ha de recordar en este apartado que el principio *non bis in idem* no opera cuando se trata de imponer una sanción administrativa derivada de una infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, y la posible concurrencia, derivada entre otros factores de dicha infracción, del recargo de prestaciones en materia de Seguridad Social (véase el art. 42.3 de la LPRL). En primer término, una medida y otra tienen fundamentos jurídicos diversos, y son revisadas también por órdenes jurisdiccionales distintos, que a su vez, parten de situaciones y perspectivas diferentes (mera infracción en el caso de la sanción, y accidente causado por un incumplimiento empresarial de adopción de medidas de seguridad laboral que ocasiona una incapacidad del trabajador, en el segundo). Y además, tanto el recargo como la sanción no contemplan el hecho acaecido desde «la misma perspectiva de defensa social», pues mientras el recargo crea una relación entre empresario-perjudicado, la sanción administrativa se incardina en la potestad estatal de imponer sanciones a los trabajadores ²⁵.

De hecho, el artículo 42.5 de la LISOS contiene una regla, exclusivamente aplicable en materia de prevención de riesgos laborales ²⁶, que pretende solucionar la concurrencia de dos expedien-

²⁵ MARTÍNEZ GARRIDO, L.R.: «Tutela judicial de la salud laboral. Responsabilidad y recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. El principio "*non bis in idem*" y la problemática de su aplicación". Trabajo presentado a las II Jornadas de Derecho Laboral, sobre El accidente de trabajo (cuestiones de actualidad), ya citado. (Material Inédito).

²⁶ De haberse extendido esta regla al conjunto de infracciones previstas en la LISOS, el Consejo de Estado dice que ello hubiera constituido, con toda claridad, un supuesto de *ultra vires* gubernamental al haber realizado el texto refundido [vid., Dictamen sobre el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, emitido el 27 de julio de 2000 (Material Inédito), pág. 24].

tes administrativos: por un lado la sanción administrativa derivada de la comprobación de infracciones a la normativa de seguridad y salud en el trabajo, y por otro, la imposición por la jurisdicción social del recargo de prestaciones de Seguridad Social, por el acaecimiento de un accidente de trabajo producto también de aquella infracción. En este sentido, el precepto establece la regla de la vinculación para el orden social «en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica de Seguridad Social», de la declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden contencioso-administrativo, relativa a la existencia de una infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales.

Sobre el artículo 42.5 de la LISOS se ha pronunciado la STSJ de Cantabria, de 25 de mayo de 2000 (As. 2453), para quien esta norma (más exactamente, el antiguo art. 42.5 de la LPRL de la que proviene) «es una manifestación de primacía establecida por el ordenamiento jurídico conforme a la prejudicialidad vinculante autorizada en la tan citada sentencia 158/1985, de 26 de noviembre, del Tribunal Constitucional... El supuesto que pretende evitar es el mismo que contemplaba dicha sentencia: la apreciación diferenciada en el orden contencioso y laboral de un comportamiento transgresor de la normativa de seguridad (a propósito de la correspondiente sanción y recargo de prestaciones)».

Ahora bien, pese a este reconocimiento, el Tribunal rebaja dicha vinculación al manifestar que en determinados supuestos la declaración de infracción efectuada por el Orden Contencioso-administrativo puede no implicar de forma automática la imposición del recargo. El TSJ de Cantabria se sirve de la cláusula del artículo 42.5 LPRL (y que mantiene el precepto homónimo de la LISOS), según la cual, la vinculación del orden social se produce en materia del «recargo, en su caso, de la prestación económica del sistema de Seguridad Social», para considerar que el legislador ha querido mantener un cierto respeto por la independencia judicial en aquellos casos en los que no se produzca «un verdadero automatismo» en el pronunciamiento del juez de lo social porque ha de partir de la anterior apreciación judicial y de orden distinto. En concreto, el Tribunal fundamenta así que se rebaje la imposición del recargo de prestaciones, pese a la conducta incumplida empresarial, en función de la actuación del trabajador en el accidente producido.

En todo caso, hay que mencionar que la doctrina ha manifestado que la regla del artículo 42.5 es de previsible escasa aplicación práctica, al ser difícil que una sentencia firme en el orden contencioso sea dictada en fecha anterior a que se juzgue y decida en el orden social la demanda de los trabajadores solicitando el recargo de prestaciones por infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, más aún cuando debido a la prevista atribución a la jurisdicción social de esta materia, se deje sin efecto esta previsión legal ²⁷.

²⁷ MATEOS BEATO, A.; GONZÁLEZ DE LENA, F.: «El Texto Refundido de la LISOS. Orígenes, orientaciones y contenido», *Relaciones Laborales*, núm. 6, marzo 2001, pág. 81.

1.5. La prescripción de las infracciones.

La prescripción de las infracciones implica la atribución a las Administraciones Públicas de la obligación de sujetar el ejercicio de su potestad sancionadora a unos determinados plazos, finalizados los cuales el ilícito deberá quedar impune o inexigible la sanción impuesta, generando tal obligación, correlativamente, el derecho subjetivo del infractor a no ser imputado o a que no le sea exigida la sanción, una vez transcurridos los plazos fijados ²⁸.

El régimen de prescripción de infracciones se encuentra actualmente previsto en el artículo 4 de la LISOS, cuyo primer apartado establece, sin diferenciar entre la calificación de las infracciones, que todas las correspondientes al Orden social a las que se refiere la propia ley «prescriben a los tres años contados desde la fecha de la infracción, salvo lo dispuesto en los números siguientes», en los que sí que diversifica el plazo de prescripción, entre las infracciones en materia de Seguridad Social, de prevención de riesgos laborales y de sociedades cooperativas.

En general, los estudios de carácter laboral sobre este régimen conectan el inicio del cómputo de la prescripción desde la comisión de la infracción (no desde el inicio del expediente sancionador), reconociendo como momento de la comisión de la infracción con el tipo de obligación incumplida: así si se trata de una infracción de mera actividad con la realización de la conducta imprudente, y cuando se trata de una infracción de resultado, con el agotamiento de los actos que dan lugar a la producción del resultado pretendido. Por ejemplo, en la STS (Contencioso-Administrativo) de 27 de febrero de 1998 (Ar. 2086), se expresa, en relación con el artículo 28.3 de la antigua Ley 8/1988, según el cual, es infracción muy grave «obtener o disfrutar indebidamente de exenciones, bonificaciones o reducciones de las cuotas de Seguridad Social...», que la infracción administrativa se consuma con la mera obtención del derecho a obtener el beneficio económico, sin que sea necesario esperar a obtenerlo físicamente. Finalmente, en el caso de infracciones permanentes, que son aquellas cuya consumación se prolonga en el tiempo, no se inicia el cómputo de la prescripción hasta que cese la consumación ²⁹.

Las causas de interrupción de la prescripción se recogen en el artículo 7.2 del Real Decreto 928/1998: a) por cualquiera de las causas de interrupción de la prescripción admitidas en Derecho; b) por el acta de infracción, requerimiento u orden de paralización de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, debidamente notificada; c) por iniciación del procedimiento de oficio; d) por el inicio de actuación administrativa con conocimiento formal del sujeto pasivo conducente a la comprobación de la infracción; e) por cualquier actuación del sujeto responsable que implique reconocimiento de los hechos constitutivos de la infracción; f) por la interposición de la reclamación o recurso de cualquier clase por parte de los afectados o sus representantes; y g) por la comunicación de la autoridad laboral trasladando el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal, cuando las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, interrumpe la prescripción hasta

²⁸ BLASCO PELLICER, A.: *Sanciones administrativas en el Orden Social*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, pág. 113.

²⁹ BENEYTO CALABUIG, D.: *Las Infracciones Laborales y el Procedimiento Sancionador*, Ciss Praxis Profesional, S.A., Primera Edición de diciembre de 2000, con contenido actualizado a octubre de 2000, Barcelona, 2000, págs. 224 y ss.

que se notifique a la Administración la resolución judicial que recaiga, o hasta que el Ministerio Fiscal comunique su decisión de no ejercitar la acción penal. Además, según el ap. 2 del artículo 132 de la Ley 30/1992, interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de la prescripción si el expediente sancionador se hubiera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable.

Para finalizar se ha de hacer constar que la LISOS contiene el régimen de prescripción de las infracciones, no de las propias sanciones administrativas, cuya laguna se ha de cubrir con la regulación establecida en el artículo 7.3 del Real Decreto 928/1998, a cuyo tenor las sanciones prescriben a los cinco años. El plazo de prescripción comienza a contar desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción. En todo caso, interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél estuviese paralizado más de un mes por causa no imputable al infractor³⁰.

2. EL EMPRESARIO COMO SUJETO RESPONSABLE DE LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA

El artículo 2 de la LISOS recoge una cláusula general sobre cuál es su ámbito subjetivo, al definir como sujetos responsables a aquellas personas físicas o jurídicas y las comunidades de bienes que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracción en la ley, y una referencia particularizada, a modo de declaración constitutiva, y en forma de lista, de los sujetos pasivos que pueden ser objeto de sanciones administrativas (empresarios, trabajadores por cuenta propia, Mutuas, transportistas, etc.), posiblemente para reforzar la seguridad jurídica de los afectados por la cláusula general, de forma que los que aparecen directamente relacionados son los que deben considerarse como sujetos responsables de las infracciones tipificadas y no otros³¹.

El primer sujeto que aparece mencionado en el listado de sujetos responsables es el empleador. Conforme a la LISOS, en el marco de la relación jurídico-laboral, la potestad sancionadora de la Administración se centra únicamente en una de las partes de la relación contractual: la empresarial³²; en consecuencia, la ley mantiene la consideración histórica del empleador como posible y único infractor del régimen de derechos y deberes contractuales de carácter laboral³³, asentado en

³⁰ BLASCO PELLICER, A.: *Sanciones administrativas en el Orden Social*, op. cit., pág. 138.

³¹ Para GARCÍA BLASCO, en un comentario sobre la Ley 8/1988 no existen otros sujetos pasivos de la potestad sancionadora que los que expresa o implícitamente aparecen o son susceptibles de incluirse en el artículo 2 de la Ley (*vid.*, *Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1989, pág. 57).

³² *Ibidem*, pág. 58.

³³ Para MONTALVO CORREA, en uno de sus estudios sobre la antigua Ley 8/1988, el hecho de que esta ley sólo considerase como infractor al empresario, y no al trabajador parecía ignorar, a su juicio, que el trabajador, con independencia de sus conductas constitutivas de un incumplimiento contractual, «puede realizar actos u omisiones contrarios al interés o al orden público, actos, en consecuencia, justificativos, *per se*, de una respuesta de la Administración social o de otros pode-

el fundamento de que es aquél, en cuanto titular y responsable de la empresa quien ha de velar por el cumplimiento de la normativa laboral en los establecimientos sometidos a su control, así como la idea de que el Derecho del trabajo es un ordenamiento básicamente instituido para la tutela del trabajador³⁴. Además, la ley sigue previendo como responsabilidad personal la del empresario individual, manteniendo, por otra parte, cuando se trata de una persona jurídica o de las comunidades de bienes, la responsabilidad de la propia entidad mercantil, sin que de esta forma, hayan emergido las tesis que, *de lege ferenda*, apuestan por un reparto de responsabilidades entre el empresario y sus delegados, o entre la sociedad y sus directivos³⁵.

Es a partir del segundo apartado del artículo 2 de la LISOS cuando ya se denota la importante transformación que en materia de infracciones y sanciones en el orden social se ha operado con respecto a la Ley 8/1988 a la que deroga: no sólo se ha engrosado extraordinariamente el colectivo de sujetos responsables³⁶, sino que se les ha extendido su responsabilidad a materias que con la norma antigua no se hallaban previstas³⁷.

Un primer ejemplo de ello sobreviene en el artículo 2.2 de la LISOS, dedicado al ámbito subjetivo de responsabilidad en materia de Seguridad Social, en el cual, a los ya tradicionales sujetos responsables (los empresarios, trabajadores por cuenta propia o ajena o asimilados, perceptores y solicitantes de las prestaciones de Seguridad Social, así como las MATEPS), se han añadido las entidades colaboradoras en la gestión en el ámbito de la relación jurídica de la Seguridad Social, y las entidades o empresas responsables de la gestión de prestaciones en cuanto a sus obligaciones en relación con el Registro de Prestaciones Sociales Públicas y demás sujetos obligados a facilitar información de trascendencia recaudatoria en materia de Seguridad Social.

Producto de la evolución legislativa experimentada en estos últimos 12 años en España, también se han añadido como sujetos responsables en el orden social las agencias de colocación (por ejemplo, en el caso de que éstas ejerzan actividades de mediación con fines lucrativos que tengan por objeto la colocación de trabajadores), las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias

res públicos, sin dejarlos a la discrecionalidad en su aplicación a los propios empresarios. Piénsese, por ejemplo, en buena parte de las acciones contrarias a los derechos sindicales de otros trabajadores, que podrían ser tolerados por el empresario, y que, aparte de su eventual tipificación penal, pueden suponer una clara infracción de carácter público» (*vid.*, «La Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social», *Documentación Laboral*, núm. 25, 1988-II, pág. 271).

³⁴ Véanse las ideas expuestas por MONTROYA MELGAR en 1969, al referirse al empresario como sujeto responsable del incumplimiento o infracción del ordenamiento jurídico-laboral, en «El procedimiento de imposición de sanciones por infracción de la legislación laboral», *Documentación Administrativa*, 1969, n.º 129, pág. 36; véase también GARCÍA BLASCO, quien, con respecto a la Ley 8/1988, manifiesta que dicha intervención administrativa únicamente frente al empresario choca frontalmente con la celosa e insistente defensa sindical de la autonomía de los interlocutores sociales en otras materias (*vid.*, *Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril, op. cit.*, pág. 66).

³⁵ PÁRAMO MONTERO, P.: «Puntos conflictivos en torno al poder sancionador de la Administración Laboral», *Relaciones Laborales*, núm. 11, junio 2001, págs. 39 y ss.

³⁶ CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La tutela sancionadora en materia laboral: de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social, al Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que aprueba el texto refundido de la ley de infracciones y sanciones en el orden social (y II)», *Aranzadi Social*, núm. 15, diciembre de 2000, págs. 14 y ss.

³⁷ MERCADER UGUINA, J.R.: «Uso y abuso de las leyes de acompañamiento (y II)...», *op. cit.*, págs. 1.103-1.104.

respecto de las obligaciones que se establecen en su legislación específica y en la de prevención de riesgos laborales. En este último sentido, se ha unificado en la LISOS lo que antes venía establecido en normativas diferentes: así por ejemplo, mientras en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (en adelante, LETT), se consideraba infracción muy grave, tanto de la empresa usuaria como de la ETT, la celebración de contratos de puesta a disposición para la realización de actividades y trabajos especialmente peligrosos, en la LPRL sólo se recogían, en cambio, las infracciones de uno y otro empresario relativas al incumplimiento de sus deberes respectivos establecidos en su propia regulación ³⁸.

Justamente, es en materia de seguridad y salud en el trabajo donde más se visualiza la extensión de los sujetos responsables del bloque de normativa laboral, al añadir, además del empleador, a los servicios de prevención ajenos, las empresas auditoras del sistema de prevención de las empresas, las entidades que desarrollen o certifiquen la formación de prevención de riesgos laborales, los promotores en las obras de construcción y a los trabajadores por cuenta propia. De esta forma, la LISOS configura un sistema pluralista de responsabilidad, es decir, la existencia no de una única responsabilidad sino de varias y con diferente fundamento cada una, que agrupan a un conjunto diverso de obligaciones de responder por un determinado acto jurídico, comportamiento o situación ante la justicia y asumir sus consecuencias. De esta forma, mientras al empleador le incumbe responder por las infracciones tipificadas que emanan del incumplimiento de su deber de protección de la seguridad y salud de los trabajadores (art. 14.1 LPRL), los servicios de prevención ajenos, las empresas auditoras, o las entidades formativas sólo pueden ser objeto de responsabilidades administrativas en función de otras conductas ilícitas desligadas de aquella obligación empresarial de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores.

Mayor debate plantea el tema de la responsabilidad administrativa del trabajador por cuenta propia. Según el artículo 2.8 de la LISOS, ya reformada por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, pueden ser sujetos responsables los promotores, los propietarios de obra, los empresarios titulares de centro de trabajo y los trabajadores por cuenta propia que incumplan las obligaciones que se derivan de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. De esta forma, la normativa ha reconocido, *a priori*, que el trabajador por cuenta propia pueda ser acreedor de una responsabilidad de naturaleza administrativa por no adoptar las medidas de cooperación y coordinación necesarias exigibles a los empresarios que desarrollen actividades en un mismo centro para la protección y prevención de riesgos laborales, infracción que se considera grave cuando no esté acompañada de ninguna otra circunstancia (art. 12.13), o muy grave cuando se trate de actividades reglamentarias consideradas como peligrosas o con riesgos especiales (art. 13.7) ³⁹. Ahora bien, podría sostenerse también que

³⁸ Véase el estudio de CASAS BAAMONDE, M.E.: «Derecho público y salud laboral: el régimen jurídico sancionador», En AA. VV.: *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo Derecho de prevención de riesgos profesionales*. (Obra coordinada por CASAS BAAMONDE, M.E.; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.; VALDÉS DAL-RÉ), F.; *La Ley-Actualidad*, S.A., Madrid, 1997, pág. 155.

³⁹ Partiendo de estos mismos preceptos, aunque cuando formaban parte de la LPRL, PÁRAMO MONTERO observaba que los trabajadores autónomos podían ser objeto de imputación de estas infracciones en relación con el artículo 24.5 LPRL, cuya razón de ser tenía su origen en la Directiva 92/57/CEE, de 24 de junio de 1992, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud que deben aplicarse en las obras de construcción temporales o móviles (*vid.*, «Estudio sobre la responsabilidad empresarial en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *op. cit.*, pág. 13). *Vid.*, también GARCÍA MURCIA, J.: «Trabajo autónomo y seguridad y salud en el trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 7/8, Año XVI, abril 2000, págs. 146 y ss.

la responsabilidad administrativa del trabajador por cuenta propia en materia de prevención de riesgos laborales tiene unas notas especiales que llevan a que no pueda imputársele dicha responsabilidad si no tiene la calificación de empresario, es decir, si no dispone de trabajadores por cuenta ajena a su servicio⁴⁰. Obsérvese que en el artículo 2.8 subyace la idea de que el ámbito de aplicación en el que está pensando para la imposición de responsabilidad administrativa para los sujetos que cita es el de la construcción (no en vano, habla el precepto de promotores y propietarios de obra, junto a los propios trabajadores por cuenta propia). Se ha de partir, por tanto, de lo que la normativa reglamentaria establece con respecto a los trabajadores por cuenta propia, y en este sentido, en el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, relativo a la seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las obras de construcción, se imputan al trabajador por cuenta propia un régimen de obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo en las que mezclan deberes típicamente empresariales, junto a deberes en materia de seguridad que sólo corresponden a trabajadores por cuenta ajena (art. 12 del reglamento). La norma parece pensar, para delimitar el cumplimiento de unas y otras obligaciones, en la posición contractual que el trabajador autónomo haya asumido con respecto a su trabajo, así, si ha sido contratado directamente por un promotor, habrá de cumplir con los deberes típicos de un trabajador por cuenta ajena (en cuyo caso, no podrá ser sujeto responsable a efectos administrativos), mientras, que si el trabajador autónomo es contratado por un promotor, pero, dicho trabajador por cuenta propia asume a su vez la posición de contratista (es decir, como empresario en la obra de construcción), deberá cumplir con el deber de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales, y por tanto, podrá ser sujeto pasivo de la responsabilidad de carácter administrativo.

Para finalizar con este apartado, debe concluirse que, para dar cabida a las infracciones procedentes de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre Derechos de información y Consulta de los Trabajadores en las empresas y Grupos de Empresa de dimensión Comunitaria, también se han acogido como sujetos responsables a efectos administrativos las personas físicas o jurídicas y las comunidades de bienes titulares de los centros de trabajo y empresas de dimensión comunitaria situadas en territorio español, respecto de los derechos de información y consulta de los trabajadores en los términos establecidos en su legislación específica. Consiguientemente, la norma no ha entrado en la regulación de supuestos de imputación de responsabilidad individualizada en los casos de entidades desprovistas de personalidad jurídica, o la no-mención como sujetos responsables de los grupos de empresa (que por tanto, no pueden ser calificados como tales⁴¹, aunque sea un asunto discutible⁴²).

⁴⁰ Con anterioridad a la LISOS, diversos autores mantenían que únicamente era admisible la responsabilidad administrativa de la parte empresarial por la comisión de infracciones administrativas relacionadas con el incumplimiento de su deber general de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales, y en ningún caso, del trabajador autónomo, dada su imposible calificación como empresario (*vid.*, GONZÁLEZ ORTEGA, S.; APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 1996, pág. 282; también APARICIO TOVAR, J.: «Sobre las responsabilidades del empresario según la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 7, 1995, pág. 62; por último, consúltese CASAS BAAMONDE, M.E.: «Derecho público y salud laboral: el régimen jurídico sancionador», *Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, *op. cit.*, págs. 140 y ss.).

⁴¹ PÁRAMO MONTERO, P.: «Puntos conflictivos en torno al poder sancionador de la Administración Laboral», *op. cit.*, pág. 41.

⁴² A favor de ello, VÁZQUEZ MATEO, F.: «La Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones del orden social y su puesta en práctica», *Relaciones Laborales*, Tomo 1989-I, pág. 105.

Finalmente, se ha de manifestar que se han integrado también como sujetos los provenientes de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, y en este sentido, se han de tener por tales los empresarios incluidos en el ámbito de aplicación de la normativa legal que regula el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

3. LAS INFRACCIONES LABORALES DEL EMPRESARIO

El Capítulo II de la LISOS (arts. 5 a 19), dedicado a la tipificación de las Infracciones laborales en el orden social, es el más extenso de toda la ley ⁴³. Bajo la consideración de Infracciones laborales, cuya definición se realiza en el artículo 5, se agrupan en cuatro secciones: las «Infracciones en materia de Relaciones laborales» (Sección 1.ª), las «Infracciones en materia de Prevención de riesgos laborales» (Sección 2.ª), las «Infracciones en materia de Empleo» (Sección 3.ª), y las «Infracciones en materia de Empresas de Trabajo Temporal y Empresas Usuarias» (Sección 4.ª).

El artículo 5.1 define a las Infracciones laborales como aquellas acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de relaciones laborales, tanto individuales como colectivas, de colocación, empleo, formación profesional ocupacional y de trabajo temporal, tipificadas y sancionadas al modo como lo hace la propia ley. Por otra parte, y en apartado separado, el artículo 5 de la LISOS establece lo que debe entenderse por Infracciones en materia de prevención de riesgos laborales ⁴⁴; para definir las, el precepto reproduce el concepto utilizado para las Infracciones laborales en general, para acto seguido remitirse al listado de sujetos responsables establecido en el artículo 2 de la LISOS, en concreto, a su ap. 1 (el empresario), su ap. 8 (promotores, propietarios de obra y trabajadores por cuenta propia), y al ap. 9 (servicios de prevención ajenos, entidades auditoras y formativas), con la finalidad de clarificar la regulación del régimen de responsabilidades administrativas en materia de seguridad y salud en el trabajo.

En conclusión, las conductas que acoge el artículo 5 de la LISOS como infracciones laborales, o de prevención de riesgos laborales, quedan referidas a las acciones u omisiones contrarias a un orden normativo de referencia específico: las normas legales, las de carácter reglamentario, y las

⁴³ Dictamen 2 de 2000, del Consejo Económico y Social, sobre el *Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*. Dictamen adoptado en la Sesión ordinaria del Pleno de 3 de mayo de 2000 (Material Inédito).

⁴⁴ El Consejo de Estado criticó el Proyecto de LISOS por cuanto incluía como apartado separado las infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales. A su juicio, «si son infracciones laborales deben entenderse ya incluidas en el primer párrafo, y si se consideran como algo distinto, no se entiende por qué se las califica de laborales. Sería más consecuente suprimir el segundo apartado, pues su especialidad, en cuanto a los posibles sujetos responsables, se puede tratar de forma específica en la sección segunda» [Vid., el *Dictamen sobre el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, emitido el 27 de julio de 2000 (Material Inédito), pág. 20].

cláusulas normativas de los convenios colectivos. Ahora bien, la afirmación de que las actuaciones contrarias a la legislación o a los convenios colectivos deben ser consideradas como Infracciones laborales, ha de ser relativizada desde el momento en que ello sólo ocurrirá, y por tanto, sólo podrá imponerse la consiguiente sanción económica o accesoria, si la conducta ilícita en cuestión está «sancionada y tipificada» de conformidad con la LISOS. Como observó en su momento la doctrina *ius-laboralista*, la ley pretende desarrollar una regulación autosuficiente en la tipificación de las infracciones administrativas en el orden social, de forma que parece atribuirse no sólo un papel fundamental en la regulación de la potestad sancionadora de la Administración, sino único ⁴⁵. De esta forma se limita fuertemente, en aras de la seguridad jurídica, el ámbito objetivo de actuación de la ley, lo que a juicio de GARCÍA BLASCO merece un juicio favorable, habida cuenta de que el legislador debe hacer un esfuerzo por identificar esas conductas o deberes normativos cuyo incumplimiento merece una sanción, ya que no todas las acciones u omisiones contrarias a las normas de referencia tienen la misma relevancia jurídica, incluso para merecer la calificación de infracción sancionable, porque, en definitiva, no todas las disposiciones laborales exigen previamente unos deberes de conducta precisos a los empresarios ⁴⁶.

Además, el orden normativo de referencia (ley, reglamento y normas convencionales) a respetar por el empresario sólo abarca el ámbito del Capítulo II de la LISOS: el régimen de infracciones laborales, en otras palabras, la sanción administrativa de las conductas contrarias a la normativa estatal o a las cláusulas normativas de los convenios colectivos sólo se reservan para aquellas que se consideran de carácter «laboral». Esto se comprueba directamente a partir del hecho de que sólo en las infracciones laborales y de prevención de riesgos laborales se incluye a los incumplimientos de las cláusulas normativas de los convenios colectivos como acciones punibles administrativamente, cosa que no ocurre con el concepto de las infracciones en materia de Seguridad Social, las infracciones en materia de emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros, o las infracciones en materia de sociedades cooperativas. La exclusión por estas materias de la sanción administrativa de las actuaciones contrarias a las normas convencionales no obedece a otra causa que a razones de oportunidad, al pensar el legislador que ya era bastante incluir en el ámbito de las infracciones laborales dicha cláusula, como para extender además la tutela sancionadora con este mismo alcance a otras materias, tratando de no engrosar excesivamente la intervención de la Administración en el seno de la negociación colectiva ⁴⁷. En todo caso, y con respecto a la Ley 8/1988, la LISOS ha ampliado el ámbito de actuación de las cláusulas normativas de los convenios colectivos, ya que, si bien en la primera de las normas citadas las cláusulas de empleo previstas en los convenios colectivos quedaban fuera de la tutela sancionadora, en la ley actualmente vigente ya no es así debido al cambio de sistemática que ha operado con respecto a la antigua, ya que la materia de empleo ha pasado a ser considerada en la LISOS como una modalidad de Infracción laboral, dedicándole así toda la Sección 3.ª del Capítulo II de la ley.

⁴⁵ DEL REY GUANTER, S.: *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el Orden social*, op. cit., pág. 174.

⁴⁶ GARCÍA BLASCO, J.: *Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril*, op. cit., pág. 65.

⁴⁷ *Ibidem*, págs. 86 y 87.

La consideración como infracciones laborales de las conductas contrarias a las cláusulas normativas de los convenios colectivos fue uno de los aspectos más novedosos de la antigua Ley 8/1988 (piénsese que este tema, en el contexto de aquel momento, era cuestión no pacífica ⁴⁸, y la opción del legislador supuso una clara toma de postura respecto de una polémica interpretativa entonces abierta) ⁴⁹, la cual, frente a uno de los cambios más profundos en la orientación de la normativa laboral como fue el papel regulador creciente de la negociación colectiva y la reducción del espacio de regulación estatal, no tuvo otro remedio que garantizar la efectividad de las nuevas técnicas de regulación, cosa que llevó a cabo mediante una asimilación de las transgresiones de la normativa convencional con las correspondientes a la normativa estatal, de forma que también la infracción de lo regulado en el Convenio era susceptible de sanción desde la Ley 8/1988 ⁵⁰. Por otra parte, la referencia de las infracciones en la LISOS a las cláusulas normativas de los convenios colectivos, tienen su justificación en el Convenio n.º 81 de la OIT sobre la Inspección de Trabajo, en cuyo artículo 27 se reconoce expresamente que la expresión «disposiciones legales», por cuyo cumplimiento ha de velar la intervención de la Inspección de Trabajo, incluye, además de la legislación, los laudos arbitrales y los convenios colectivos a los que se confiera fuerza de ley ⁵¹.

El hecho de que la LISOS equipare el convenio colectivo a las disposiciones legales, entendidas en sentido amplio, no sólo tiene trascendencia respecto a su ámbito objetivo de aplicación, al considerar infracción laboral el incumplimiento de dichos pactos, sino también persigue reforzar la función de coordinación entre la propia LISOS y el convenio colectivo, ya que la norma convencional tiene una labor complementaria en el sentido de actuar como norma que concreta y especifica los diversos tipos construidos como cláusulas generales de remisión que precisan del desarrollo convencional para quedar cerrados y completos, constituyendo ley y convenio colectivo en estos supuestos un único bloque normativo tipificador inescindible ⁵².

⁴⁸ Véanse argumentos en contra de la inclusión en la LISOS de las cláusulas normativas de los convenios colectivos como normativa cuya infracción puede ser objeto de sanción en GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: «La Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social», en *La Ley*, núm. 2083, 1988, págs. 829 y ss.; para este autor, la inclusión de estas infracciones en la LISOS era «difícilmente compatible, cuanto menos en su espíritu, con el derecho a la negociación colectiva, tal como viene configurado en el artículo 37.1 CE, interpretado por la jurisprudencia del TC y del TS. Son las propias partes las que deben establecer los mecanismos adecuados de sanción ante el incumplimiento de un convenio y la supresión de los laudos de obligado cumplimiento se adecuaba a este espíritu (STC de 8 de abril de 1981)» (*ibidem*, pág. 830).

⁴⁹ Para DEL REY GUANTER esta opción legal asumida por la LISOS de incluir a los convenios colectivos –a su contenido normativo– dentro del ámbito normativo de referencia en la delimitación de la infracción administrativa era coherente con la normativa penal, en tanto que ésta también desarrolla tal inclusión, aunque en este último caso dicho autor no la considerase como acertada (véase, *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el Orden social*, *op. cit.*, pág. 174).

⁵⁰ Con anterioridad incluso a la LISOS, CAMPS RUIZ y SALA FRANCO ya habían defendido la inclusión de los convenios colectivos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 2347/1985, en «Legalidad y tipicidad de las infracciones laborales de los empresarios. A propósito de la TS 3.ª S 10 noviembre 1986», *op. cit.*, pág. 447; Véase también sobre las motivaciones de la inclusión de las normas convencionales en la legislación de infracciones y sanciones administrativas en el orden social a MATEOS BEATO, A.; GONZÁLEZ DE LENA, F.: «El Texto Refundido de la LISOS. Orígenes, orientaciones y contenido», *op. cit.*, pág. 33.

⁵¹ RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.: «Nueva Regulación de las infracciones y sanciones en el Orden Social», *Relaciones Laborales*, 1988-II, pág. 85.

⁵² En desarrollo de esta idea, LOZANO LARES manifiesta que el convenio colectivo es el tipo de norma que en mejor posición se encuentra para reducir la inseguridad jurídica que supone acudir a la técnica del reenvío de normas, ya que, permite sectorializar la tipicidad, puede ser más conocida que las propias normas legales en sentido amplio, es de carácter

En todo caso, la intervención del *ius puniendi* estatal en materia de infracciones a los convenios colectivos tiene un alcance limitado, ya que su ámbito de aplicación se circunscribe estrictamente a los convenios colectivos estatutarios, y no a los extraestatutarios, y dentro de los primeros, a sus cláusulas normativas, y no a las obligacionales.

Con respecto a la primera delimitación, la doctrina *iuslaboralista* mayoritaria ha interpretado que, aunque la ley no lo distinga expresamente, la referencia y, por tanto, el ámbito objetivo de intervención reservado a la técnica sancionadora alcanza sólo a los convenios colectivos de eficacia general, estatutarios, esto es, a los negociados, pactados y firmados conforme a las reglas del Estatuto de los Trabajadores de 1995 (en adelante, LET), y no a los denominados convenios o pactos colectivos extraestatutarios, esto es, los negociados y celebrados al margen de las prescripciones que en esta materia contienen los artículos 82 a 92 de la LET y que, por tanto, únicamente exhiben una eficacia personal limitada a los sujetos pactantes⁵³. No obstante, esta exclusión no ha merecido una valoración igual de unánime. Mientras que, por una parte, se ha manifestado a favor de que las infracciones a los convenios extraestatutarios no puedan ser objeto de sanciones administrativas, de que dichos convenios carecen, al modo como los delimita el Convenio n.º 81 de la OIT, de fuerza de ley, de la que sólo disponen los que tienen una eficacia general, de resultas de lo cual, en caso de reconocerse la tutela administrativa con respecto a estos convenios de eficacia limitada, podrían introducirse elementos de discriminación entre los ámbitos sujetos al convenio y los que no lo están⁵⁴. En desarrollo de esta idea, se ha enfatizado que la intervención sancionadora administrativa en los acuerdos extraestatutarios pugna con la elemental idea de estado de derecho la gendarmización de los acuerdos privados, cuyo amparo, como la de cualquier otro negocio jurídico privado, vendría garantizado por los tribunales⁵⁵. Desde otra perspectiva, se ha planteado que la exclusión de los convenios extraestatutarios es objeto de preocupación por cuanto devalúa la utilización de un tipo de modalidad convencional que cumple un papel relevante en el sistema de relaciones laborales, de suerte que al reconocimiento jurisprudencial de una eficacia meramente contractual para dicha clase de convenios se añada la ausencia de sanciones administrativas por su incumplimiento⁵⁶.

dinámico y adaptada al progreso, y supone un ejemplo de autorregulación por los sujetos que los pactan [*vid.*, «El convenio colectivo como fuente complementadora de las infracciones administrativas del orden social», en AA.VV. (Coord. por J. CRUZ VILLALÓN): *Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo*, CES, Madrid, 1995, págs. 259-260].

⁵³ MARTÍNEZ ABASCAL, V.; PÉREZ AMORÓS, F.; ROJO TORRECILLA, E.: «La potestad sancionadora de la administración en el Marco de las Relaciones Laborales. La Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social», *op. cit.*, pág. 30; también GARCÍA BLASCO, J.: *Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril, op. cit.*, pág. 71; en contra de esta postura mayoritaria se encuentra VALVERDE ASENSIO, para quien, en la medida en que el legislador acepta la intervención de la Administración en la sanción por los incumplimientos de auténticas obligaciones laborales difícilmente se puede sostener que el límite a su actuación va a depender de las fuentes de dichas obligaciones, con lo que, en consecuencia, el autor admite que el incumplimiento del convenio extraestatutario sea sancionable, incluso aunque posea naturaleza contractual (*vid.*, «El concepto legal de infracción administrativa laboral», *Temas Laborales*, núm. 44, págs. 73 y ss.).

⁵⁴ GARCÍA BLASCO, J.: *Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril, op. cit.*, pág. 72.

⁵⁵ PÁRAMO MONTERO, P.: «Puntos conflictivos en torno al poder sancionador de la Administración Laboral», *op. cit.*, pág. 43.

⁵⁶ MARTÍNEZ ABASCAL, V.; PÉREZ AMORÓS, F.; ROJO TORRECILLA, E.: «La potestad sancionadora de la administración en el Marco de las Relaciones Laborales. La Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social», *op. cit.*, pág. 30.

Con relación a los pactos colectivos, acuerdos de empresa, o también denominados pactos colectivos impropios sobre condiciones de trabajo, esto es, aquellos suscritos por sujetos portadores de un interés colectivo sobre condiciones de trabajo, en sentido amplio, pero que no se acomoden a los esquemas propios de los convenios colectivos, sean o no estatutarios, la doctrina *iuslaboralista* también los ha relegado del marco jurídico administrativo-sancionador ⁵⁷, aunque no siempre, en concreto, es razonable que puedan ser objeto de sanción cuando poseen eficacia general ⁵⁸, afecten a lo establecido en convenio colectivo (como los supuestos de acuerdo de descuelgue o el propio pacto modificativo de condiciones de trabajo establecidas convencionalmente), y se cumplan los requisitos de validez en materia de representatividad y legitimación que establece la propia ley ⁵⁹.

En otro orden de cosas, la LISOS excluye de su ámbito de aplicación las cláusulas obligacionales de los convenios colectivos, cuestión que supone una dificultad añadida al reconocimiento de una infracción a una norma convencional, más aún cuando la delimitación de unas y otras no es una cuestión clara en el ámbito jurídico, doctrinal y jurisprudencial.

La LISOS no ofrece, al igual que la LET, una definición de ambos conceptos, si bien intenta dar una aproximación al recoger, en su artículo 8.8, como infracción muy grave «la transgresión de las cláusulas normativas sobre materia sindical establecidas en los convenios colectivos». Este tipo infractor es de carácter genérico y tiene por objeto sancionar administrativamente los actos ilícitos contrarios a la regulación en los convenios colectivos de las condiciones de representación y ejercicio sindical que tengan la naturaleza de cláusulas normativas. Con respecto al artículo 8.8 de la LISOS se ha mantenido que se trata de un tipo de difícil apreciación, si se considera que, fuera del reconocimiento legal, la materia sindical regulada en los convenios colectivos suele considerarse de carácter obligacional, pudiéndose por ejemplo considerar la infracción a la escala mejorada de representación sindical del artículo 10 de la LOLS, pactada en convenio colectivo» ⁶⁰. No obstante, el artículo 8.8 ha adquirido una relevancia especial en la definición de las cláusulas normativas previstas en los Convenios colectivos. En este sentido, el hecho de que dicho precepto se haya ido mantenido en la legislación laboral, ya desde la Ley 8/1988, y que, al fin y al cabo, suponga una reiteración del artículo 5 de la propia ley, ha llevado a mantener dos posturas complementarias, más que antagónicas. En primer término, el reconocimiento que el hecho de que el sujeto pasivo de una obligación asumida en el acuerdo convencional sea colectivo, no obsta a que su incumplimiento pueda ser objeto de

⁵⁷ ESCUDERO, R.: «El nuevo marco legal de la potestad sancionadora de la Administración en el orden social», *Relaciones Laborales*, 1988-I, pág. 343.

⁵⁸ GARCÍA BLASCO manifestaba la razonabilidad de sancionar administrativamente el incumplimiento de estos convenios cuando tuviesen eficacia general y se hubiesen negociado siguiendo las reglas de la LET sobre los convenios colectivos, sobre todo legitimación, capacidad convencional, contenido, procedimiento de elaboración del acuerdo [véase *Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril, op. cit.*, pág. 85; también, del mismo autor «La sanción administrativa del convenio colectivo», *Actualidad Laboral*, 1989-III, pág. 623; o su artículo, «Normas convencionales y alcance del control administrativo sancionador», *Documentación Laboral*, núm. 29 de 1989 (II y III), pág. 23].

⁵⁹ VALVERDE ASENCIO, A.J.: «El concepto legal de infracción administrativa laboral», *Temas Laborales*, núm. 44, págs. 91 y ss.

⁶⁰ MATEOS BEATO, A.; GONZÁLEZ DE LENA, F.: «El Texto Refundido de la LISOS. Orígenes, orientaciones y contenido», *op. cit.*, pág. 48.

infracción administrativa ⁶¹. En segundo lugar, que todas aquellas cláusulas de los convenios colectivos que modalizan y desarrollan el ejercicio de derechos reconocidos en las normas estatales deben considerarse normativas y constituir así un orden de referencia ante su eventual incumplimiento que pudiera dar lugar a la actuación de la técnica sancionadora (con lo que por ejemplo, algunas cláusulas de los convenios colectivos relacionadas con el derecho de huelga no tienen por qué ser obligacionales, sino que si regulan o introducen una modalización de un derecho reconocido en las propias normas estatales, debe considerarse su carácter normativo a efectos de la tutela sancionadora administrativa ⁶²).

3.1. Infracciones en materia de relaciones laborales.

Como ya se ha avanzado anteriormente, el Capítulo II de la LISOS dedicado a las Infracciones laborales en el orden social está compuesto por cuatro secciones: la primera, relativa a las «Infracciones en materia de relaciones laborales» (Sección 1.^a), se divide a su vez en tres subsecciones [las «Infracciones en materia de relaciones individuales y colectivas» (1.^a), y las «Infracciones en materia de derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria» (2.^a), y las «Infracciones de las obligaciones relativas a las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados temporalmente a España en el marco de una prestación transnacional» (3.^a)] ⁶³.

En lo relativo a las infracciones en materia de relaciones laborales y colectivas, la LISOS tipifica en su artículo 6 las infracciones de carácter leve, constituidas básicamente por ilícitos de carácter formal ⁶⁴, por ejemplo, no entregar puntualmente al trabajador el recibo de salarios, no poner a disposición de los trabajadores a domicilio el correspondiente documento de control de su actividad, no informar al trabajador por escrito sobre los elementos esenciales de su contrato, o, como expresa el artículo 6.6 «cualesquiera otros incumplimientos que afecten a obligaciones meramente formales o documentales» ⁶⁵ (la única excepción a este régimen de ilícitos estrictamente formales es la

⁶¹ Esto lleva a VALVERDE ASENCIO a afirmar que una cláusula será normativa no por el objeto que se trate, sino por quién resulta obligado: «en este sentido, no es que toda cláusula normativa tenga como sujeto obligado a su cumplimiento al empresario exclusivamente pero sí se podría afirmar que toda obligación que impusiera un convenio al empresario en cuanto que individualmente considerado como parte incluida dentro de su ámbito de aplicación e independientemente de si el sujeto pasivo es colectivo o individual (vid., «El concepto legal de infracción administrativa laboral», *op. cit.*, pág. 96).

⁶² GARCÍA BLASCO, J.: *Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril*, *op. cit.*, pág. 85.

⁶³ Para MATEOS BEATO y GONZÁLEZ DE LENA, esta forma de dividir la Sección 1.^a en tres subsecciones es criticable, ya que, dada la escasa complejidad de estas obligaciones ya que afectan a empresas que actúan en España y el desplazamiento se rige por la Legislación española, esta materia podría haber estado incluida en la más general de las Infracciones en materia de relaciones laborales (vid., «El Texto Refundido de la LISOS. Orígenes, orientaciones y contenido», *op. cit.*, pág. 33).

⁶⁴ La calificación como leves de la mayoría de las infracciones formales o documentales es objeto de crítica por DEL REY, quien considera si no se han desvalorizado demasiado las cuestiones formales, que tienen una importancia de control y verificación muy acentuada (vid., «Los principios de legalidad y tipicidad en las infracciones del orden social», *op. cit.*, pág. 502).

⁶⁵ Para GARCÍA BLASCO, en relación a la antigua Ley 8/1988, esta infracción incluye el incumplimiento de todas aquellas obligaciones (sobre todo omisiones empresariales) impuestas por distintas normas estatales, y no por tanto, obligaciones de carácter formal incorporados a los convenios colectivos (vid., *Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril*, *op. cit.*, pág. 93).

inclusión como infracción leve del incumplimiento empresarial en informar a los trabajadores a tiempo parcial y con contratos de duración determinada o temporales sobre las vacantes existentes en la empresa).

Ahora bien, las infracciones leves no agotan las acciones empresariales contrarias a deberes formales, sino que también son calificadas como infracciones graves diversos otros tipos de incumplimientos relacionados con aquellos como «no formalizar por escrito el contrato de trabajo cuando este requisito sea exigible o cuando lo haya solicitado el trabajador» (art. 7.1), «no consignar en el recibo de salarios las cantidades realmente abonadas al trabajador» (art. 7.3), o «el incumplimiento de las obligaciones establecidas en materia de tramitación de los recibos de finiquito» (art. 7.4); en este sentido, la diferencia en la calificación de las infracciones comentadas en leves o graves radica en que en este segundo tipo se persigue la vulneración por el empleador de un deber laboral de carácter sustancial, en el que la cuestión documental es meramente accesorio e instrumental al cumplimiento de aquella obligación; mientras que en el caso de las infracciones leves, mientras el empleador ha cumplido con su obligación laboral de carácter sustantivo, se le sanciona por no haberla documentado o llevarla a cabo formalmente, para con ello ser más fácilmente objeto de control. Sirva como ejemplo de lo dicho lo resuelto por la STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 24 de julio de 2002 (JUR 2003/279304) confirma la sanción por infracción grave del artículo 7.2 de la LISOS a una empresa que paga a los trabajadores cantidades superiores a los gastos de desplazamientos efectuados por éstos (que en algunos casos sobrepasan las 100.000 ptas.), sin hacerlo constar en los correspondientes recibos de salarios: obsérvese cómo lo perseguido en este caso, más que la falta de constancia formal de dichas cantidades en el recibo de salario, es más bien la vulneración del artículo 26 de la LET, al no considerar la empresa dichas cantidades económicas como lo que realmente son: una partida del salario del trabajador.

En esta tipología de infracciones relativas a deberes formales o documentales, la labor de la autoridad laboral consistente en subsumir los hechos acaecidos en alguna de las infracciones tipificadas y clasificadas en función de su gravedad, adquiere una relevancia trascendente, ya que no siempre se lleva a cabo de manera correcta como advierte la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Madrid, de 29 de febrero de 1996, en la que se analiza la conducta de un empresario que no paga el salario el último día hábil de cada mes. La resolución judicial confirma la sanción de la Administración laboral amparada en el artículo 6.2 de la LISOS («no entregar puntualmente al trabajador el recibo de salarios»), si bien advierte que en este caso, posiblemente no se está ante la comisión de una falta leve, ya que aquel precepto hace referencia al retraso en la entrega del recibo de salario, y no al retraso en el pago, que en el artículo 8.1 es considerado como infracción muy grave.

El artículo 7 de la LISOS regula a su vez las Infracciones graves en materia de relaciones laborales de carácter individual y colectivo, donde de forma mayoritaria se incluyen incumplimientos de deberes normativos de origen legal o convencional en el marco de las relaciones individuales de trabajo (justo al contrario de los incumplimientos en el ámbito de las relaciones colectivas de deberes normativos, en las que se da un predominio de las infracciones muy graves ⁶⁶).

⁶⁶ DEL REY manifiesta que si bien en el ámbito de las relaciones individuales de trabajo se da un predominio de la calificación de infracciones graves sobre las muy graves, en el ámbito de las relaciones colectivas sucede al contrario (*vid.*, «Los principios de legalidad y tipicidad en las infracciones del orden social», *op. cit.*, pág. 508).

En este bloque de infracciones graves conviene destacar el artículo 7.2 de la LISOS, en el que tipifica la conducta culpable del empresario consistente en transgredir la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente o mediante convenio colectivo, cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva⁶⁷. Como ejemplo de la aplicación de este precepto puede servir la STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 6 de septiembre de 2002 (JUR 2003/17030) en la cual, al amparo del artículo 7.2, se sanciona a una empresa por incumplir el requisito de facilitar a una trabajadora contratada bajo la modalidad del contrato de aprendizaje, de la formación teórica exigida por la normativa con respecto a este tipo de contrato.

Dentro de las calificadas como graves, una de las infracciones que más ha sido objeto de análisis por el orden contencioso-administrativo es la prevista en el artículo 7.5, que tipifica el incumplimiento por el empresario de los deberes legales o pactados (incluyendo el incumplimiento de lo previsto en el contrato de trabajo⁶⁸), en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 de la LET. Diversas resoluciones judiciales han incluido dentro de esta infracción diversos tipos de conductas, como por ejemplo, asignar a los trabajadores períodos de prestación laboral sin respetar el descanso mínimo previsto en el Convenio (y aunque la empresa lo hubiese ordenado al amparo de un acuerdo específico con el delegado sindical⁶⁹); hacer que los trabajadores presten sus servicios en la jornada de descanso semanal, pese a que no hubiese habido coacción por la empresa y los primeros lo hubiesen aceptado aparentemente de forma voluntaria⁷⁰; trasladar las vacaciones del año en curso al año siguiente o a posteriores⁷¹; superar el límite máximo de horas extraordinarias reguladas por la normativa⁷²; o finalmente, omitir en el calendario labo-

⁶⁷ Que la transgresión de la regulación sobre modalidades contractuales prevista en los convenios sea considerado como infracción grave es una adición importante a lo que venía previsto en la Ley 8/1988, ya que en esta última norma se silenciaba esta referencia al orden normativo convencional; esto era utilizado por GARCÍA BLASCO para mostrar que la legislación asumía que las cláusulas de los convenios colectivos en relación a modalidades contractuales eran de contenido obligacional y no normativo (*vid.*, *Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril, op. cit.*, págs. 100-101).

⁶⁸ GARCÍA BLASCO, J.: *Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril, op. cit.*, pág. 96.

⁶⁹ STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Baleares, de 15 de octubre de 2002 (JUR 2002/284217).

⁷⁰ Véase la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Cantabria, de 14 de octubre de 1996 (RJCA 1996/2197).

⁷¹ Véase la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Madrid, de 19 de febrero de 1997 (RJCA 1997/341), según la cual, el disfrute íntegro de las vacaciones ha de realizarse dentro del año natural, caducando este derecho para el trabajador cuando no se hace; como expresa la sentencia, el período vacacional disfrutado fuera del año deja de ser un derecho del trabajador para pasar su disfrute a la mera complacencia y disponibilidad de las empresas lo que en sí mismo conlleva un evidente perjuicio para los trabajadores.

⁷² Véase un caso específico en la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Cataluña, de 28 de mayo de 2002 (RJCA 2002/250907), en la que se confirma la sanción a una empresa de transportes por exceder sobradamente el número de horas extraordinarias que prevé la normativa. La resolución judicial no atiende al argumento de la empresa consistente en que ese exceso de horas no corresponde a horas extraordinarias sino a tiempos de espera, en los cuales, los trabajadores se encuentran a disposición de la empresa (ésta se basa en el hecho de que dichas horas no se consideran ni tiempo de trabajo efectivo ni horas extraordinarias, si bien pueden hacerse hasta un máximo de 20 horas a la semana de presencia en la empresa).

ral los datos relativos al horario flexible posibilitado en el convenio colectivo, necesarios para la delimitación de la jornada ordinaria del personal sujeto a dicho horario especial ⁷³.

En todo caso, hay que diferenciar claramente la infracción tipificada en el artículo 7.5 de la LISOS, y el tipo regulado en el artículo 7.10, que contiene una fórmula abierta que considera como infracción grave «establecer condiciones de trabajo inferiores a las reconocidas legalmente o por convenio colectivo, así como los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores, salvo que proceda su calificación como muy graves...»; en este sentido, mientras en el primer precepto se considera infracción grave el incumplimiento por el empresario de aquellos deberes relativos a jornada, trabajo nocturno, etc., previstos en el propio contrato de trabajo, el artículo 7.10 de la LISOS no puede ser utilizado como base jurídica para sancionar al empresario que haya incumplido deberes contractuales de carácter laboral. En este sentido, pese a la remisión del artículo 7.10 de la LISOS al artículo 4 de la LET, en concreto, a su apartado h), que reconoce como derecho laboral del trabajador a «cuantos otros se deriven específicamente del contrato de trabajo», la doctrina *iuslaboralista* ha advertido de la imposibilidad de trasladar la técnica sancionatoria a dichas derivaciones específicas contractuales, incluyendo entre ellas las condiciones más beneficiosas de origen contractual ex artículo 3.1 c) de la LET ⁷⁴. Piénsese que el propio artículo 7.10 de la LISOS sanciona el establecimiento de condiciones de trabajo inferiores a la normativa legal o al convenio colectivo aplicable, de la misma forma que el artículo 5, delimitador del propio concepto de infracción laboral, excluye de la consideración de infracción en materia laboral a los incumplimientos estrictamente contractuales, dado que sólo toma como referencia las violaciones a normas de carácter estatal y convencional ⁷⁵. Como ejemplo de la utilización del artículo 7.10 como base jurídica para sancionar a una empresa puede traerse a colación la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Cataluña, de 25 de julio de 2002 (JUR 2003/279365), que resolvió sobre la conducta de un empresario que había registrado, de forma colectiva, las taquillas de los trabajadores fuera de su jornada habitual de trabajo y sin estar presente el delegado de personal de la empresa, u otro representante del trabajador (de hecho, el vigilante de seguridad había efectuado un registro en los vehículos particulares de tres trabajadores sin estar presente el delegado de personal, y además, se había procedido también, por orden de la empresa a registrar los cajones y archivos cerrados con llave de los trabajadores que en aquellos momentos no se encontraban en el centro de trabajo sin que tampoco se informara de dichos registros al representante de los trabajadores). La sentencia confirma la sanción ya que los registros se habían llevado a cabo sin la presencia del delegado de personal, y en algunos casos, fuera del horario de trabajo, vulnerando con ello el artículo 18 y el artículo 4.2 d) de la LET, y además, se trataba de un

⁷³ Como dice la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de La Rioja, de 12 de marzo de 2002 (JUR 2002\128582), la facultad de la empresa para establecer la modalidad de horario flexible «ha de ajustarse a una condición esencial cual es la de su fijación, debiendo figurar en el cuadro horario tanto la relación del personal que queda a él sujeto, como la propia banda horaria que lo integra, porque, de lo contrario, se estaría dando carta de naturaleza a una libérrima capacidad de imponer una jornada de trabajo sin límite alguno, lo que no se compadece con los términos de aquel Convenio ni con la lógica jurídica».

⁷⁴ GARCÍA BLASCO, J.: *Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril, op. cit.*, págs. 104-105.

⁷⁵ DEL REY GUANTER, S.: «Los principios de legalidad y tipicidad en las infracciones del orden social», *op. cit.*, p. 504.

registro de carácter «colectivo», actuación que si bien no se encuentra vedada por la LET, «debe implicar la adopción de las medidas adecuadas para preservar la dignidad de los trabajadores afectados (en este caso gran parte de los trabajadores de la empresa)».

Por lo que hace referencia a las infracciones en materia de relaciones laborales individuales y colectivas de carácter muy grave, algunos de los tipos que han sido objeto de interpretación por la jurisdicción contencioso-administrativa son, por ejemplo, el artículo 8.1 de la LISOS, que tipifica el impago y los retrasos reiterados en el pago del salario debido: según la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), de 26 de septiembre de 1997 (RJCA 1997\1867), la noción de «salario» engloba todos los conceptos que integran el sueldo, y por tanto, también la paga extra, de manera que dejar de pagar una parte de ésta da lugar a la aparición de dicha infracción si además dicha conducta es repetitiva; también resulta interesante la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Navarra, de 23 de octubre de 2003 (JUR 2004\4008), que incluye dentro de la infracción muy grave prevista por el artículo 8.1 de la LISOS la conducta de una empresa que ordenaba a la entidad bancaria la transferencia de los salarios de sus trabajadores en las horas postreras del último día del mes natural con lo que hacía imposible que éstos cobraran «antes del día primero del mes siguiente al del devengo», como venía exigido por el Convenio colectivo aplicable a las relaciones laborales en conflicto, ya que, a tenor de la sentencia para considerar cumplida la obligación del empleador no basta con la mera orden de pago sino que se requiere la realización efectiva del mismo.

Otro de los tipos que ha sido objeto de análisis por los Tribunales de Justicia es el artículo 8.2 de la LISOS en el cual se tipifica «la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente»: en virtud de este precepto la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Cataluña, de 26 de septiembre de 2002 (JUR 2003/17321) confirma la sanción a una Administración Pública que había concertado con una empresa (que no tenía autorización para ser calificada como empresa de trabajo temporal) para que le cediese, mediante un contrato de arrendamiento de servicios, un trabajador con el objeto de proceder a la recepción de documentos que llegasen por vía postal a las dependencias administrativas así como otras labores relacionadas: la resolución judicial no admite las alegaciones de la Administración afectada por la sanción de que no es responsable directamente de la carencia de autorización administrativa de la empresa para desarrollar su actividad como ETT, ya que, según la sentencia objeto de estudio, la Administración tiene el deber de observar de forma estricta la legislación social, y velar por que las empresas con que formalice contratos de arrendamiento de servicios observen las normas legales de carácter laboral.

Cabe hacer mención también a la utilización del artículo 8.11 de la LISOS que sanciona «los actos del empresario que fueran contrarios al respeto a la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores» para supuestos de acoso moral o *mobbing*, siempre que se den los presupuestos que la doctrina judicial anuda a estas situaciones de violencia psicológica en el trabajo ⁷⁶. En este sentido, el Criterio Técnico (CT 34/2003) sobre *Mobbing* (Acoso psicológico o moral), de

⁷⁶ Para un estudio de las conductas de *mobbing* que pueden resultar incluidas en el artículo 8.11 de la LISOS véase la Sentencia del Juzgado de lo Social de Murcia, núm. 7, de 7 de marzo de 2003 (AS 2003\1137).

la Dirección General de Inspección de Trabajo y Seguridad Social fija una serie de reglas sobre cómo debe actuar el Sistema de Inspección laboral cuando reciba una denuncia o queja en esta materia, y señala expresamente que el *mobbing* debe ser considerado como una infracción en materia de relaciones laborales en sentido estricto, es decir, como una lesión del derecho básico del trabajador recogida en la LET a su dignidad personal y profesional, pero no como una vulneración de la normativa de seguridad y salud en el trabajo, lo que no deja de resultar criticable cuando la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, impone al empresario el deber de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, y por tanto la consecución en el medio de trabajo de un estado de bienestar físico, mental y social, de los trabajadores a su servicio (art. 14), y le obliga a planificar la prevención de los riesgos laborales en la empresa teniendo en cuenta las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo (art. 15), factores canalizadores de las situaciones de *mobbing* en la empresa.

Finalmente, y en este bloque dedicado a las Infracciones muy graves en materia de relaciones laborales hay que mencionar la modificación y adición a la LISOS de nuevos tipos llevada a cabo por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social⁷⁷ con el objeto de reprimir aquellas conductas empresariales que vulneren el principio de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, añadiendo a las ya previstas por la normativa las de por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, producto de la transposición que la propia ley de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado hace de la Directiva 2000/43/CE, del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación que pretende luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual. Fruto de esta nueva legislación, la Ley 62/2003 modifica el artículo 8.12 de la LISOS de forma que incluye como infracción toda decisión unilateral del empresario que implique discriminaciones directas o indirectas por razón de las condiciones personales o sociales anteriormente mencionadas, así como añade una nueva infracción en el artículo 8.13 bis de la LISOS, tendente a perseguir «el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo».

De esta forma, junto a la infracción prevista en el artículo 8.13 de la LISOS que reprime el acoso sexual, «cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto de la misma», la nueva reforma legal llevada a cabo en la LISOS supone incluir una nueva infracción en el artículo 8.13 bis de la LISOS en la que se tipifica el acoso, no el realizado estrictamente con fines sexuales, sino en función de la orientación sexual de la víctima; en este sentido, habría que preguntarse si también resulta sancionable, y bajo qué tipo infractor, el acoso laboral llevado a cabo por el empresario en función del sexo (género) de la víctima,

⁷⁷ BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 2003.

es decir, aquella conducta del empresario tendente a atentar contra la dignidad del trabajador/a y de crear un entorno irrespirable para la víctima por el simple hecho de ser hombre/mujer. La solución podría pasar por utilizar el artículo 8.11 de la LISOS, en el sentido al que se ha hecho referencia anteriormente, ya que incluye aquellos comportamientos que responden a situaciones de acoso moral en el trabajo o *mobbing*, tanto si en ellos subyace la cuestión del género de la víctima como si no.

En todo caso, es necesario recordar que la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (que aún no ha transpuesto España), ha definido por vez primera el acoso sexual y las situaciones de acoso en función del sexo, definida esta última como «un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante y ofensivo»; se ha de recalcar que la Directiva prohíbe tanto el acoso sexual, como el acoso relacionado con el sexo del trabajador/a y lo que es más importante, considera que ambos tipos de acoso suponen un ataque al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres; en este sentido, si producida una situación de acoso a un trabajador/a en razón de su sexo, que lleva aparejado una marginación o discriminación en las condiciones de trabajo, podría pensarse también en un concurso de tipos infractores, por el cual la misma conducta podría resultar incardinable en el artículo 8.11 por un lado, y en el artículo 8.12 de la LISOS por otro, por cuanto este último persigue cualesquiera decisión del empresario que implica una discriminación desfavorable por «circunstancias de sexo».

Entrando en materia de relaciones colectivas, las infracciones de carácter muy grave que también han sido objeto de revisión jurisdiccional son, en primer lugar, las tipificadas en los artículos 8.6 y 8.8 de la LISOS que sancionan la lesión por la empresa del derecho de acceso a los centros de trabajo de los representantes de los trabajadores, y la transgresión de las cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia sindical, respectivamente. Ambos preceptos fueron estudiados por la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Madrid, de 14 de septiembre de 1995 (RJCA 1995/950), que anuló la sanción a una empresa que no permitió que varios dirigentes sindicales accediesen a unas oficinas del centro de trabajo para comprobar si un teléfono estaba asignado al sindicato correspondiente y si estaba fuera de servicio y su causa. La resolución judicial analiza los artículos 8.6 y 8.8 de la LISOS y resuelve que la presencia de los representantes sindicales no respondía a cuestiones relacionadas con la participación en actividades propias de los sindicatos o del conjunto de los trabajadores, como exige el artículo 9.1c) de la LOLS, y tampoco se correspondía con la obligación prevista en el convenio de dotar al sindicato de un local con el mobiliario adecuado y teléfono para el correcto desempeño de las tareas que le son propias, sino que sólo se trataba de comprobar técnicamente, por parte de los titulares de una línea telefónica, la situación de la misma, prescindiendo del procedimiento habitual para localización y reparación de averías; la sentencia manifestaba, además, que no se habían cumplido por los representantes sindicales las formalidades necesarias para acceder a las oficinas como la «previa comunicación al empresario» y además, un acceso indiscriminado de personas a las salas donde se pedía entrar, podía perturbar el normal desarrollo del proceso productivo.

En este ámbito, también es interesante la doctrina judicial vertida sobre el artículo 8.7 de la LISOS, que tipifica «la transgresión de los deberes materiales de colaboración que impongan al empresario las normas reguladoras de los procesos electorales a representantes de los trabajadores», en el que se incluye, a tenor de la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Cataluña, de 6 de julio de 2002 (JUR 2003/278680) la conducta de la empresa que pese a haber recibido debidamente el preaviso electoral en que constaba la fecha de inicio del proceso electoral, no se constituyó la mesa electoral ni se celebró proceso electoral alguno, pese a que contaba con la aceptación de la plantilla en posponer la fecha de elecciones sindicales en la empresa. Finalmente, también cabe comentar la infracción tipificada en el artículo 8.10, en el que califica como muy grave la conducta conocida por esquirolaje, es decir, aquellos actos del empresario «lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento». En aplicación de este precepto, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de junio de 2002 (JUR 2003/8203) confirma la concurrencia de la infracción prevista en el artículo 8.1 por una empresa que desplazó determinados trabajadores desde la República Dominicana, en sustitución de quienes habían anunciado su propósito de ir a la huelga, con el fin de conseguir que ésta fracasase.

Para acabar con este apartado, hay que recordar que dentro de la Sección relativa a infracciones en materia de relaciones laborales se incluye una Subsección relativa a las infracciones en materia de derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, así como otra consistente en las relativas al incumplimiento de las obligaciones relativas a las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados temporalmente a España en el marco de una prestación transnacional.

Con respecto a las infracciones en materia de derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, debe comentarse que, en virtud del artículo 9 de la LISOS, sólo pueden ser calificadas como graves o muy graves. Mientras del primer grupo forman parte aquellos incumplimientos empresariales que no hacen posible la constitución de la comisión negociadora destinada a establecer el comité de empresa europeo o el procedimiento alternativo de información y consulta, así como la transgresión de los derechos de reunión, asistencia de expertos, o la disposición de recursos financieros, de la comisión negociadora o del comité ya constituido, las infracciones muy graves consisten en las mismas conductas anteriormente expresadas pero agravadas por la calificación se basa en la realización por la empresa de conductas activas de obstaculización, siempre que produzcan un resultado de paralización o ineffectividad de la acción representativa ⁷⁸.

En lo relativo a las infracciones de las obligaciones relativas a las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados temporalmente a España en el marco de una prestación transnacional, el artículo 10 de la LISOS contiene una cláusula general y tres específicas. La primera de ellas define como infracción administrativa no garantizar a los trabajadores desplazados a España determi-

⁷⁸ MATEOS BEATO, A.; GONZÁLEZ DE LENA, F.: «El Texto Refundido de la LISOS. Orígenes, orientaciones y contenido», *op. cit.*, págs. 49-50.

nadas condiciones de trabajo (las recogidas en el art. 3 de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre), cuya calificación y sanción se realizará conforme a lo previsto en la propia LISOS. Por otra parte, las cláusulas específicas que se contienen en el artículo 10 consisten en la tipificación de tres infracciones: la calificada como leve, referida a los defectos formales de la comunicación de desplazamiento de trabajadores a España en el marco de una prestación transnacional; la grave, relativa a la conducta anterior si se hace con posterioridad al inicio del desplazamiento; y la infracción muy grave, consistente en la ausencia de la comunicación del desplazamiento.

3.2. Infracciones en materia de prevención de riesgos laborales.

La infracción administrativa del empleador en materia de seguridad y salud en el trabajo se considera producida con el exclusivo incumplimiento de la norma, sin que dependa de la producción de un resultado dañoso ⁷⁹. Así se ha aceptado en diversas resoluciones del TS, al señalar que lo sancionable en materia de seguridad y salud en el trabajo es el mero incumplimiento de la normativa preventiva «con entera independencia de que la conducta infractora produzca o no perjuicios materiales y con autonomía respecto a las responsabilidades que pudieran concurrir en los otros órdenes jurisdiccionales, civil, penal e incluso laboral» ⁸⁰. De este modo, la presencia de un daño no es un elemento determinante en la aparición de la responsabilidad administrativa, aunque éste no sea ajeno a la sanción en cuanto agravante, como así lo reconoce la propia LISOS en su artículo 39.3 c), que expresa como criterio para la graduación de la sanción administrativa la gravedad de los daños producidos, y sobre su resarcimiento o reparación civil ⁸¹.

En este sentido, la naturaleza de la infracción administrativa en seguridad y salud en el trabajo es de riesgo y no de daño, consecuencia lógica si, como se ha estudiado anteriormente, la obligación genérica establecida en la LPRL a cargo del empleador de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores (art. 14), cuyo incumplimiento da lugar a la correspondiente reacción punitiva estatal, no es una obligación de resultado, sino una prestación de medio y abstracta, ya que la eventual aparición de la lesión es irrelevante a efectos de la imputación de la correspondiente responsabilidad ⁸².

La STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 23 de enero de 1998 (A. 181) ha afirmado expresamente esta postura al señalar que las infracciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo, procedentes de la antigua tipificación de la LISOS, tienen su fundamento cons-

⁷⁹ Véase el estudio de CAMAS RODA, F.: *Las obligaciones del empresario en la normativa de prevención de riesgos laborales*. La Ley, S.A., Madrid, 2002, págs. 369 y ss.

⁸⁰ STS (Sala 3.ª) de 2 de julio de 1996 (A. 5605); STS (Sala 3.ª) de 17 de mayo de 1995 (A. 4145); STS (Sala 3.ª) de 23 de febrero de 1994 (A. 2225); STS (Sala 3.ª) de 17 de septiembre de 1991 (A. 7175).

⁸¹ CASAS BAAMONDE, M.E.: «Derecho Público y salud laboral: el régimen jurídico sancionador», *Seguridad y salud en el Trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*. op. cit., pág. 145.

⁸² SEMPERE NAVARRO, A.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, op. cit., pág. 39; Vid., también CORDERO SAAVEDRA, L.: «La responsabilidad empresarial por incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales», *Chivitas, Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 83, mayo/junio de 1997, pág. 426; también CARRERO DOMÍNGUEZ, M.C.: *El régimen jurídico sancionador en prevención de riesgos laborales*, La Ley, Madrid, 2001, págs. 183 y ss.

titutivo en el incumplimiento por parte del empresario de las disposiciones o prescripciones legales, reglamentarias o convencionales de prevención de riesgos laborales («infracción de mera actividad, de riesgo o peligro»), al margen o con independencia de otras responsabilidades por los resultados que pudieran derivarse, sancionándose en definitiva la vulneración del deber de protección que pesa sobre el empresario correlativo al derecho del trabajador a que se le dispense una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo.

La Sección 2.^a del Capítulo II de la LISOS aborda las «Infracciones en materia de Prevención de Riesgos Laborales», dedicándoles tres preceptos, el artículo 11 relativo a las infracciones leves, el artículo 12 a las graves, y el artículo 13 a las de carácter muy grave. El criterio que separa a las tres calificaciones proviene directamente de la LPRL: partiendo de la premisa de que en virtud de su artículo 14, el empleador tiene el deber genérico de proteger a los trabajadores frente a los riesgos laborales, la propia naturaleza de los riesgos que deban prevenirse, desde el punto de vista de su gravedad, se proyecta necesariamente sobre la calificación de las infracciones, por cuanto esos riesgos son parte esencial del deber infringido por el empresario; en otras palabras, la gravedad mayor o menor de los riesgos, y su inminencia, es el límite cualitativo que divide a los cuadros infractores ⁸³.

Antes de hacer un repaso a las principales infracciones que han sido objeto de atención por los Tribunales de Justicia, hay que hacer mención a que la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, ha modificado, como su propio título implica, la LPRL y la LISOS, pasando a incluir como infracciones la no integración de la prevención de riesgos laborales en la empresa a través de la inexistencia de un plan de prevención de riesgos laborales, la falta de presencia de los recursos preventivos cuando ello es preceptivo, o, finalmente, el incumplimiento por una empresa usuaria que utiliza trabajadores enviados por una ETT de permitir el inicio de la prestación de servicios de dichos trabajadores sin tener constancia documental de que han recibido las informaciones relativas a los riesgos y medidas preventivas, poseen la formación específica necesaria y cuentan con un estado de salud compatible con el puesto de trabajo a desempeñar ⁸⁴.

En todo caso, el elemento más sobresaliente de la reforma de la LISOS está en la inclusión del régimen sancionador en el ámbito de las obras de construcción como sector específico en el marco de las actividades productivas. Se pasa así de una regulación de las infracciones y sanciones de carácter administrativo de carácter generalista, a un modelo en el que se recogen como un sector específico dentro del régimen sancionador, los tipos infractores que, en exclusiva, les corresponden a los sujetos intervinientes en las obras de la construcción, y particularmente, a los promotores de las operaciones constructivas, cuyo vacío en la normativa reformada podía dar lugar a su falta de responsabilidad por los incumplimientos de la normativa acontecidos en el desarrollo de los trabajos. De este modo, resulta imprescindible hacer mención a que conforme a la reforma producida se han pasa-

⁸³ CASAS BAAMONDE, M.E.: *Seguridad y salud en el Trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, op. cit., págs. 140 y ss.

⁸⁴ Para un estudio del alcance de la reforma de la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, véase CAMAS RODA, F.: «El proyecto de Ley de reforma del marco normativo de Prevención de Riesgos Laborales (la seguridad y salud en el trabajo como cuestión prioritaria)». *Aranzadi Social*, núm. 12 de 2003, págs. 79 y ss.

do a tipificar las infracciones por las cuales debe responder el promotor de una obra de construcción (en cuanto tal, más que en cuanto empresario de las obras de construcción), por el incumplimiento de los deberes que el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, le impone específicamente como son la de no designar a un Coordinador de Seguridad y Salud en el Trabajo; no elaborar el estudio o el estudio básico de seguridad y salud laboral, o que los coordinadores no cumplan con las funciones que les anuda el reglamento anterior, infracción esta última que responde a la previsión del artículo 3.4 del Real Decreto 1627/1997, según la cual, la designación de coordinador no exime al promotor de sus responsabilidades, y por tanto, se resuelve que el promotor, habiendo designado al coordinador, responde administrativamente por el incumplimiento por éste de sus obligaciones de coordinar; y finalmente, la no adopción por el promotor de las medidas necesarias para garantizar que los empresarios que desarrollan actividades en la obra de construcción reciban la información y las instrucciones adecuadas sobre los riesgos y las medidas de protección, prevención y emergencia, en la forma y con el alcance y contenido previstos en la normativa de prevención de riesgos laborales.

Entrando ya en el análisis judicial de los tipos infractores de la LISOS, hay que comentar que, en lo que respecta a las infracciones leves, la LISOS es continuista de las líneas marcadas por la Ley 8/1988, ya que sigue recogiendo dos tipos genéricos de conductas empresariales consideradas como tales, por una parte los incumplimientos empresariales que carezcan de trascendencia grave para la integridad física o la salud de los trabajadores, así por ejemplo las deficiencias en materia de higiene que puedan ser detectados en los vestuarios o aseos de los trabajadores ⁸⁵, o la instalación (contraviniendo la normativa reglamentaria aplicable) de puertas de acceso en la oficina que no son de vaivén y que se abran hacia el exterior, así como las deficiencias en la iluminación artificial ⁸⁶; por otra parte, también constituyen infracciones leves los incumplimientos de carácter documental siempre que no estén tipificadas como graves o muy graves (art. 11.5), así como la de no comunicar, o hacerlo de forma insuficiente, a la autoridad laboral competente la apertura del centro de trabajo o la reanudación o continuación de los trabajos después de efectuar modificaciones de importancia.

En relación a las infracciones graves, cabe hacer un par de consideraciones: en primer lugar, que se integra en este grupo la concurrencia genérica de cualquier incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que suponga la creación de un riesgo grave para la seguridad y salud de los trabajadores (art. 12.16), cuya conversión en una infracción de carácter muy grave residirá, no en la mayor gravedad del riesgo, sino en el carácter inminente o no de éste (13.10); en segundo término, las infracciones graves tipifican, en general, el incumplimiento del grueso de las obligaciones empresariales establecidas en la LPRL, a las que se unen los incumplimientos de las entidades que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas o entidades acreditadas para desarrollar y certificar la formación en materia de prevención de riesgos laborales, de no facilitar correctamente a la autoridad laboral datos o condiciones de acreditación (12.21), o respecto de los servicios de prevención ajenos, el incumplimiento de sus obligaciones respecto de sus empresarios (12.22).

⁸⁵ STS (Sala 3.ª) de 3 de noviembre de 1998 (Recurso de Apelación 9673/1992).

⁸⁶ STS (Sala 3.ª) de 15 de junio de 1998 (RJ 1998/5026).

Así por ejemplo, las principales acciones u omisiones empresariales en materia preventiva que han sido calificadas como infracciones graves en el ámbito judicial son las siguientes: el incumplimiento del deber de evaluación de riesgos laborales en el centro de trabajo, y para los específicos puestos de trabajo que ocupan los trabajadores ⁸⁷, o llevar a cabo la evaluación de riesgos laborales pero de forma inválida, ya sea por realizarla con carencias u omisiones que hacen del documento que la plasma un medio absolutamente inapropiado para lograr la finalidad perseguida ⁸⁸, ya sea por haberla efectuado una persona incompetente para ello ⁸⁹ (acciones todas ellas que se corresponden con el art. 12.1 de la LISOS); la falta de realización de informes derivados de la investigación efectuada como consecuencia de los accidentes de trabajo acaecidos en la empresa, así como su no comunicación a la autoridad laboral (actuación incluida en el art. 12.3) ⁹⁰; la ausencia del Plan de Seguridad y Salud, o haberlo efectuado de forma defectuosa al no contemplar todo lo concerniente a los riesgos en el puesto de trabajo, ni a la formación e información correspondiente a los trabajadores (por ejemplo, sobre la utilización por éstos de los equipos de trabajo de forma segura ⁹¹), ni tampoco en orden a las medidas de emergencia y evacuación, ni asignación de recursos humanos, materiales y económicos para la ejecución de medidas preventivas que en el Plan se indican ⁹² (actuaciones encuadrables en el art. 12.3); el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales en relación a la disposición, utilización y mantenimiento de los lugares de trabajo, por ejemplo, por no existir en caso de trabajos bajo líneas aéreas de alta tensión aislamientos, separaciones, barreras y avisos ⁹³ [conductas infractoras incluidas en el art. 12.16 b)]; o finalmente, la infracción prevista en el artículo 12.16 f) de la LISOS, consistente en la ausencia de medidas de protección colectiva o individual, en el bien entendido, que los medios de protección colectiva o general en una empresa son de uso simultáneo con los equipos de protección individual y no alternativo, es decir, que la utilización de medios de protección general no dispensa de la utilización de medidas de protección

⁸⁷ STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Baleares, de 11 de octubre de 2002 (JUR 2002\286514).

⁸⁸ STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Cantabria, de 8 de noviembre de 2002 (JUR 2003\18489).

⁸⁹ STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Cantabria, de 21 de noviembre de 2002 (JUR 2003\19639). En todo caso, la resolución judicial, pese a confirmar la sanción, la reduce, ya que la ITSS había requerido a la empresa para realizar la evaluación en tres meses, y no fue hasta los tres años cuando se le sancionó sin antes haber realizado ninguna actuación de comprobación de lo requerido. Además, el Informe del Centro de Salud y Seguridad, pese a advertir las deficiencias de la evaluación, no hacía constar la falta de acreditación de la persona que lo había realizado, con la consiguiente quiebra del principio de confianza legítima que debe ser respetado por las Administraciones Públicas en su actuación (art. 3.1 Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

⁹⁰ STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Murcia, de 11 de octubre de 2002 (JUR 2002\283960); STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Asturias, de 14 de octubre de 2002 (JUR 2003\10897).

⁹¹ STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Cantabria, de 18 de octubre de 2002 (JUR 2003\17580). Según esta resolución judicial, la obligación empresarial de informar a los trabajadores sobre la utilización segura de los equipos de trabajo no queda eximida por el hecho de que el trabajador lleve trabajando varios años (situación que lo único que demuestra, según la sentencia, es que el trabajador presta sus servicios de forma inadecuada a falta de la información sobre los riesgos y medidas de prevención y protección adecuadas).

⁹² STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Murcia, de 11 de octubre de 2002 (JUR 2002\283960); STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Murcia, de 8 de noviembre de 2002 (JUR 2003\18459); STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Murcia, de 29 de noviembre de 2002 (JUR 2003\20333).

⁹³ STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Cantabria, de 11 de noviembre de 2002 (JUR 2003\18614).

personal ⁹⁴. La doctrina judicial ha reconocido esta infracción de carácter grave en supuestos como la no utilización de medios mecánicos en relación a la manipulación de cargas que entrañe riesgos para los trabajadores ⁹⁵, la falta de medidas de prevención ante los riesgos derivados del ruido ⁹⁶, o también, por la carencia en una máquina o en un equipo de trabajo de las precauciones necesarias para evitar accidentes laborales por atrapamiento ⁹⁷.

Justamente, es en el análisis por la jurisdicción contencioso-administrativa de la infracción contenida en el artículo 12.16 f) donde con mayor visibilidad se detecta una doctrina común: para considerar la improcedencia de la infracción por falta de medidas de seguridad y salud en el trabajo no basta que el empresario haya puesto el equipo de protección individual (o colectivo) a disposición de los trabajadores, sino que es necesario, además, que les obligue a usarlo, es decir, que lo perseguido por la normativa preventiva no es meramente que se cumplan las obligaciones y deberes formales sino que se adopten, es decir, que se cumplan efectiva y realmente las medidas de seguridad previstas para evitar los peligros que la actividad laboral en cada caso puede comportar, y por ello no basta acreditar, que existen o que se han propuesto tales medidas de seguridad y sí necesariamente que se han adoptado y cumplido ⁹⁸.

Finalmente, y en lo que respecta a las infracciones muy graves, se ha de comentar que éstas se fijan en el artículo 13 de la LISOS y tipifican, en general, aquellos incumplimientos del empresario que causan riesgos graves e inminentes para la seguridad y salud de los trabajadores: de hecho, su apartado 10 contiene la cláusula general que caracteriza a las infracciones muy graves en materia de seguridad y salud laboral al calificar como tales el «no adoptar cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores». La STS de 3 de noviembre de 2003 (Sala 3.ª) ha analizado este tipo infractor y lo ha definido como una norma en blanco, en cuanto ha de ser integrada por una norma de prevención de

⁹⁴ Véase esta tesis en la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Castilla y León (Valladolid), de 24 de junio de 1997 (RJCA 1997\1247), si bien en la resolución se utiliza la falta de medidas de protección personal para imponer una infracción muy grave al empleador.

⁹⁵ STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Murcia, de 22 de septiembre de 2002 (JUR 2003\19751).

⁹⁶ STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Cataluña, de 6 de septiembre de 2002 (JUR 2003\17031).

⁹⁷ STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Cataluña, de 26 de junio de 2002 (JUR 2002\260184); STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Cantabria, de 18 de octubre de 2002 (JUR 2003\17807); STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Cantabria, de 18 de octubre de 2002 (JUR 2003\17580).

⁹⁸ Véase la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Murcia, de 22 de septiembre de 2002 (JUR 2003\19751), también la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Baleares, de 27 de mayo de 1997 (RJCA 1997\1032); la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Andalucía (Sevilla), de 16 de octubre de 1997 (RJCA 1997\3048); la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Cataluña, de 30 de septiembre de 2002 (JUR 2003\17393), que afirma que el empresario no sólo está obligado a que las máquinas estén debidamente homologadas, sino también a velar por la correcta utilización de las mismas, máxime cuando en muchas ocasiones una utilización relajada de las normas de seguridad e higiene en el trabajo provoca un mayor rendimiento laboral; la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Cataluña, de 13 de septiembre de 2002 (JUR 2003\17147), añade además que el empleador debe exigir las medidas de seguridad que haya adoptado por muy responsables que sean los trabajadores a los que les afecte.

riesgos laborales que establezca una determinada medida preventiva (en otros términos, que para consumir la infracción no basta con la presencia de un riesgo laboral en el trabajo, sino que es preciso que éste obedezca o se derive de algún incumplimiento concreto de preceptos o reglamentos de seguridad y salud en el trabajo ⁹⁹); y además, añade la misma resolución que se comenta, el artículo 13.10 de la LISOS configura una infracción omisiva y de riesgo concreto, en cuanto se consuma por la ausencia o falta de implantación de tal medida preventiva, originándose con ello un riesgo grave e inminente.

Según la STS de 3 de noviembre de 2003, la determinación de si el riesgo producido con la omisión de la medida de seguridad es «inminente» debe resolverse no sólo a través de la observación del tiempo que puede transcurrir desde que la empresa incumple la medida de seguridad hasta que se produce un accidente laboral, sino que también, cuando el riesgo laboral tiene carácter permanente, debe tenerse en cuenta el tiempo de reacción que se dispone para evitar el daño personal o material una vez que se produce el incidente o la anomalía que causa el siniestro laboral. En todo caso, para delimitar la concurrencia o no de dicha capacidad de reacción pueden valer determinados criterios de experiencia, lógica o de carácter técnico que utiliza la doctrina judicial ¹⁰⁰, como son, por ejemplo también en el caso sometido a la STS de 3 de noviembre de 2003 no sólo la inmediatez del siniestro laboral tras la anomalía producida por la omisión de la medida de seguridad, sino también la existencia persistente de incidencias o fallos de seguridad con anterioridad al siniestro laboral; o como ha sido objeto de otras resoluciones judiciales, el lugar específico en que se encuentren los trabajadores afectados por el riesgo así como la actividad concreta que estén realizando, la falta de medidas de protección personal para poder hacer frente al riesgo laboral ¹⁰¹, o la desobediencia por la empresa de requerimientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ¹⁰².

En todo caso, la creación de un riesgo grave e inminente no es un requisito exigible a todas las infracciones de carácter muy grave recogidas en el artículo 13, de hecho este precepto integra otras conductas en las que aquellos elementos del tipo no aparecen, como son la transgresión de las normas de protección de la maternidad, la lesión del derecho a la intimidad de los trabajadores en lo relativo a su estado de salud, y también, la lesión de los derechos de seguridad y salud laboral de los menores ¹⁰³.

⁹⁹ Véase también la STS (Sala 3.ª) de 16 de noviembre de 1999 (RJ 1999/9517).

¹⁰⁰ STS (Sala 3.ª) de 12 de noviembre de 2001 (*La Ley*, núm. 2, Semana del 7 al 13 de enero de 2002).

¹⁰¹ Véase la STS (Sala 3.ª) de 27 de febrero de 1998 (RJ 1998\2543), o la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Castilla y León (Valladolid), de 24 de junio de 1997 (RJCA 1997\1247).

¹⁰² STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Castilla y León (Burgos), de 17 de enero de 2003 (JUR 2003\22625).

¹⁰³ La STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de La Rioja, de 13 de octubre de 1995 (RJCA 1995\1123) anula la sanción a una empresa en la cual un trabajador menor había sufrido un accidente: en el caso, dicho trabajador auxiliaba y colaboraba con otro trabajador adulto que manejaba una máquina, allegándole el primero los materiales necesarios para que el adulto pudiera realizar su trabajo; en determinada ocasión el menor resulta herido al recibir un impacto de un fragmento proyectado por la máquina, no obstante, la sentencia no considera que se haya producido una infracción muy grave en materia de menores ya que no aprecia que el menor trabajase con la máquina, ni que estuviese en contacto con ella.

3.3. Infracciones en materia de empleo.

La Sección 3.^a de la LISOS, dedicada a las infracciones en materia de empleo, ha sido reformada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, mediante la regulación en el plano administrativo sancionador de la normativa sustantiva que ha sido adoptada por el Real Decreto 1046/2003, de 1 de agosto, sobre el subsistema de formación profesional continua, uno de cuyos objetivos es el del mantener y potenciar los sistemas de control de los fondos públicos destinados a dicho fin. En este sentido, la Ley 62/2003 ha añadido a la LISOS las infracciones de los empresarios y de los beneficiarios de ayudas y subvenciones públicas, en relación a las obligaciones establecidas en aquella reglamentación (salvo que haya dado lugar al disfrute indebido de bonificaciones en el pago de las cuotas sociales, en cuyo caso se entiende producida una infracción empresarial en materia de Seguridad Social, tipificada en el art. 22.12 de la LISOS): así se han introducido como principales tipos infractores los consistentes en la inejecución de las acciones formativas correspondientes, la falta de control de asistencia de los participantes, la realización de subcontrataciones indebidas con otras entidades, la expedición de certificaciones no ajustadas a la oferta formativa aprobada o realizada, o finalmente (y ya con carácter muy grave) la solicitud de cantidades en concepto de formación a los participantes cuando sea financiable con fondos públicos y gratuitas para los mismos, o la simulación de contratación laboral para que los trabajadores participen en los programas formativos.

En todo caso, han sido los artículos 16.1 y 16.3 de la LISOS (preceptos que no han sido reformados por la Ley anteriormente citada) los que han merecido una atención especial. En relación al primero de ellos, que tipifica la conducta de aquellas empresas que ejerzan actividades de mediación con fines lucrativos, que tengan por objeto la colocación de trabajadores, así como el ejercicio de actividades de mediación sin fines lucrativos sin disponer de la autorización correspondiente, la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Cataluña, de 24 de abril de 2002 (RJCA 2002\206703) confirma una sanción a una sociedad amparándose en el artículo 16.1, en función de que dicha empresa dedicada a servicios de colocación y suministro de personal, se encargaba de recoger solicitudes de empleo que presentaban personas con quienes contactaba como consecuencia de sus relaciones en el municipio donde estaba radicada, para su posterior envío y tramitación por una ETT. En este sentido, la sociedad facturaba el servicio prestado a la ETT lo que evidenciaba, según aquella sentencia, la realización de una actividad de colaboración en la contratación laboral de trabajadores con fines lucrativos, sin estar autorizada para ello, y sin que se hubiese de tener en cuenta a efectos de desresponsabilizar a la sociedad sancionada la cuantía menor de las operaciones realizadas.

También resulta interesante la doctrina judicial vertida sobre el artículo 16.3 de la LISOS, que sanciona la conducta de «obtener o disfrutar indebidamente de subvenciones, ayudas de fomento del empleo o cualesquiera establecidas en programas de apoyo a la creación de empleo o formación profesional ocupacional ajenas al régimen económico de la Seguridad Social». En primer lugar, se ha de expresar que la STS (Sala 3.^a) de 27 de febrero de 1998 (RJ 1998/2086) ha interpretado las expresiones «obtener y disfrutar» del precepto, y ha resuelto que la infracción administrativa se consuma con la mera obtención del beneficio, sin que sea preciso su efectivo disfrute o la presentación de los modelos TC/1 y TC/2 en la oficina (por lo tanto, la conducta es sancionable desde el mismo momen-

to de solicitar el beneficio, y no cuando se recibe). Con esta premisa, esta infracción incluye conductas como la transformación de contratos temporales en fijos sin mantener posteriormente la plantilla de trabajadores fijos durante el tiempo previsto para la normativa para poder ser beneficiario de ayudas económicas ¹⁰⁴ o, también por ejemplo, la contratación de un trabajador en prácticas, cuando éste no reúne los requisitos para ser contratado bajo esta modalidad ¹⁰⁵.

3.4. Infracciones en materia de Empresas de Trabajo Temporal y Empresas usuarias.

La última Sección (la 4.ª) del Capítulo II de la LISOS (arts. 18 y 19), dedicada a las infracciones en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias, reproduce los artículos 19 y 20 de la LETT, a las que se ha de añadir el ap. e) del artículo 19 del de la LISOS, en el que se ha sustituido la antigua infracción consistente en sancionar la formalización por las empresas usuarias de contratos de puesta a disposición para cubrir puestos de trabajo que hubiesen estado cubiertos en los anteriores dieciocho meses por más de trece y medio, por otro tipo infractor en el que la sanción se imputa si dicho plazo de cobertura del puesto es superior a doce meses.

En todo caso, lo característico de los artículos 18 y 19 de la LISOS es que las infracciones a las ETT y a las empresas usuarias no se tipifican en relación a su carácter de empresarias, sino más en concreto, en su condición de empresas que, por una parte, están legitimadas a ceder trabajadores, caso de las ETT, o a constituirse en receptoras de dichos trabajadores, caso de las empresas usuarias, y además, no sólo se tipifica las relaciones entre ambas, sino también los incumplimientos que unas y otras

¹⁰⁴ En la STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 15 de julio de 2002 (JUR 2003/278961) en cambio, se anula la sanción a una empresa por no concurrir el principio de culpabilidad. En el supuesto de hecho, se trata de una empresa que obtuvo una subvención a cargo del INEM por la contratación indefinida en agosto de 1994 (transformación de un previo contrato de formación) de una trabajadora, sin mantener la plantilla de trabajadores fijos durante al menos tres años, ya que en febrero de 1995, uno de los trabajadores fijos de la plantilla cesó sin que la empresa cubriera la vacante en el plazo de un mes, conforme a la Ley 22/1992, de 30 de julio. La sentencia anula la sanción en virtud del principio de culpa en el Derecho administrativo sancionador ya que la cobertura de la vacante se hizo en mayo de 1995, mediante la contratación de una trabajadora con carácter indefinido, lo cual, si bien se hizo superado el mes previsto por la normativa, esa circunstancia no puede justificar por sí sola la imposición de la sanción administrativa (sin perjuicio de que, como consecuencia de dicho incumplimiento del plazo de un mes que la ley establece a los efectos de sustituir la vacante producida en la plantilla de trabajadores fijos de la empresa recurrente, estuviese obligada la misma a la devolución de la subvención otorgada). Para la sentencia, no cabe excluir que la empresa actuase con la diligencia exigible, lo que excluiría su responsabilidad, habida cuenta de que sustituyó al trabajador que cesó en su relación de servicio, aun transcurrido el mes, lo que determina la ausencia de un elemento subjetivo defraudador.

¹⁰⁵ Véase la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Madrid, de 20 de septiembre de 1996 (RJCA 1996\1196), que confirma la sanción a una empresa ya que se beneficia de las bonificaciones por haber contratado a un trabajador en prácticas, cuando éste no reúne los requisitos para ser contratado bajo esta modalidad: en el caso objeto de revisión, el trabajador tiene un título de mecanógrafo emitido por un centro de docencia privado respecto del que no se acredita su reconocimiento y equiparación como órgano docente oficial, y tampoco se contiene especificación o referencia alguna acerca de la capacitación profesional obtenida por el beneficiario; para la sentencia, el título que habilita ha de ser uno de los previstos en la normativa correspondiente (bachiller o título universitario, o título laboral tras los estudios de formación profesional de primer o segundo grado emitido por la Administración), expedido por una Administración docente como acreditativo de que el titulado ha demostrado hallarse en posesión de determinados conocimientos, y en todo caso, se exige que la titulación cuestionada devenga necesaria para el ejercicio de la profesión que se trate.

pueden mantener con respecto a los trabajadores en misión. En los ámbitos observados: infracciones en función del carácter de ETT o empresa usuaria, infracciones posibles en la relación entre ambas, e infracciones con respecto a los trabajadores en misión no aparecen delimitadas en la LISOS sino que se entremezclan en las calificaciones que la ley realiza entre leves, graves y muy graves.

Una de las consecuencias que tiene esta construcción es que algunos tipos infractores previstos para las ETT, se reproducen con respecto a las empresas usuarias, variando, naturalmente el sujeto responsable que resulta imputado. Así, por ejemplo, la infracción grave que la ETT puede cometer por no formalizar por escrito los contratos de puesta a disposición [art. 18.2 b)] se prevé también para la empresa usuaria con la misma calificación [art. 19.2 b)], o la infracción muy grave de la ETT consistente en formalizar contratos de puesta a disposición para la realización de actividades y trabajos que, por su especial peligrosidad para la seguridad o salud se determinen reglamentariamente [18.3 b)], se establece también en el mismo grado para la empresa usuaria [19.3 b)], si bien, en este último caso, con la previsión de que se comete una infracción por cada contrato en tales circunstancias. En todo caso, merece traerse a colación la doctrina establecida en la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Cantabria, de 25 de octubre de 2002 (JUR 2003\17951) con respecto al artículo 19.2 b) de la LISOS, que tipifica la infracción consistente en formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los autorizados por la normativa, o para la cobertura de puestos de trabajo respecto de los que no se haya realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos laborales. Según aquella resolución, el fundamento del precepto radica en la específica protección del colectivo de trabajadores temporales ya que están más expuestos que otros ante los riesgos profesionales, debido a la dificultad de acceder a los medios para combatir la inseguridad en el trabajo, tales como la información, la formación o las vías de representación, o bien, no se les aplican del mismo modo que a los demás trabajadores, las medidas de seguridad y de prevención.

4. LAS INFRACCIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

El Capítulo III, dedicado a las Infracciones en materia de Seguridad Social, contiene los artículos 20 al 32, estructurados en cuatro secciones, 1.^a: Infracciones de los empresarios, trabajadores por cuenta propia y asimilados; 2.^a: Infracciones de los trabajadores o asimilados, beneficiarios y solicitantes de prestaciones, que por cierto, es donde más ha incidido la reforma llevada a cabo por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; 3.^a: Infracciones de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social; y 4.^a: Infracciones de las empresas que colaboran voluntariamente en la gestión.

La estructura de las infracciones relativas a los empresarios es la siguiente: en primer lugar, las infracciones leves suelen tipificar la inobservancia de deberes de carácter formal o documental, o la falta de información sobre determinados extremos en el caso de las empresas colaboradoras voluntarias en la gestión de la Seguridad Social. En este marco se ha de destacar que la modificación del apartado 1 del artículo 21 de la LISOS, llevado a cabo por el artículo 35 de la Ley 24/2001,

de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social ¹⁰⁶, supuso reducir de cinco a cuatro años la obligación de conservar la documentación o los registros o soportes informáticos en que consten los datos que acrediten el cumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas, bajas o variaciones que se hubieran producido en relación con dicha materia, rebaja que es consecuencia de la reducción del plazo de prescripción de las acciones y obligaciones en materia de Seguridad Social.

En segundo término, las infracciones graves suelen referirse al incumplimiento, por parte de los empresarios o de las empresas que colaboren voluntariamente en la gestión de la Seguridad Social, de obligaciones formales de mayor relieve que las anteriores, o a conductas obstruccionistas con respecto a sus deberes frente a la Seguridad Social. En este sentido, hay que traer a colación otra vez que el artículo 37 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, derogó el apartado 3 del artículo 22 de la LISOS (correlativamente con el art. 101 de la Ley General de la Seguridad Social), y por tanto suprimió la obligación de los empresarios de llevar un Libro de Matrícula del Personal, o el sistema de documentación que hubiera sido autorizado para sustituir dicho libro.

Uno de los tipos infractores que en mayor medida es objeto de impugnación es el que está recogido en el artículo 22.2 de la LISOS, según el cual, es infracción grave «no solicitar, en tiempo y forma, la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, considerándose una infracción por cada uno de los trabajadores afectados». En primer lugar, se ha de comentar de este precepto que, a diferencia de otras infracciones graves, dispone un régimen específico, ya que se considera que el empresario incurre en una infracción por cada uno de los trabajadores respecto de los cuales se haya incumplido la obligación de Seguridad Social correspondiente. Por otra parte, la mayor litigiosidad se produce, con respecto a este precepto, en aquellos supuestos en los que el debate radica en la existencia o no de relación laboral entre empresa y trabajadores, ya que en caso de no producirse, falta uno de los elementos esenciales previstos en el tipo (el ingreso de trabajadores por cuenta ajena al servicio del empleador) ¹⁰⁷.

¹⁰⁶ BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 2001.

¹⁰⁷ Por ejemplo, la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Cataluña, de 13 de septiembre de 2002 (JUR 2003\17148), que estima el recurso de la empresa por cuanto consigue acreditar que entre ella y uno de los trabajadores de la empresa (el que se encarga del control de calidad de sus productos) existe una relación jurídica mercantil, en el seno de la cual la prestación de servicios por parte de éste se realiza conforme a las condiciones en el contrato de arrendamiento de servicios firmado por ambas partes, cosa que se evidenciaría por el ejercicio por dicho trabajador de una actividad empresarial y profesional, con establecimiento abierto al público, y el cumplimiento de sus obligaciones tributarias que de tal ejercicio comercial dimanar; también la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Cataluña, de 26 de septiembre de 2002 (JUR 2003\17322), que confirma la sanción a la empresa por la relación laboral que mantienen con los trabajadores: éstos realizan labores de venta de sus productos, siguiendo sus directrices y utilizando los medios del empleador, perciben retribución mensual y están supeditados al control de la empresa, incluso en el horario, no facturando directamente a los clientes y no encontrándose de alta en la SS; por último, la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Madrid de 30 de enero de 1996 (RJCA 1996\320) que anula la sanción de tres multas a la empresa por no haber dado de alta en tiempo y forma al Régimen General de Seguridad Social a tres trabajadores; la sentencia atiende los argumentos de la empresa de que tiene concertados con los trabajadores una relación mercantil ya que se trata de unos trabajadores se han comprometido con la empresa a reparar cámaras y aparatos de vídeo, aparatos de televisión y microondas, que ésta a su vez, recibe de sus clientes, pudiendo realizar los trabajos de reparación, o bien en el domici-

Finalmente hay que manifestar que el artículo 23 de la LISOS recoge las infracciones muy graves, que como nota general suelen tipificar conductas que violan deberes normativos relevantes con clara intención defraudatoria ¹⁰⁸.

En este marco es necesario referirse a la modificación producida con respecto al antiguo artículo 29.3.2 de la Ley 8/1988, que en la actual LISOS ha pasado a desdoblarse en dos tipos de infracciones, la prevista en el artículo 23.1 a), que sanciona al empresario que ocupe trabajadores que perciban prestaciones de Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, sin que por la empresa se haya dado de alta en la Seguridad Social con anterioridad al inicio de la prestación laboral, y el artículo 23.1 c), que tipifica el falseamiento de documentos para que los trabajadores obtengan o disfruten fraudulentamente prestaciones, así como la connivencia del empresario con sus trabajadores para la obtención de prestaciones indebidas o superiores a las que procedan en cada caso.

Como se ha encargado de manifestar la doctrina judicial derivada del antiguo artículo 29.3.2 de la Ley 8/1988 ¹⁰⁹, así como de los dos preceptos actuales de la LISOS, las diferencias entre ambas infracciones radican en que mientras el artículo 23.1 a) sanciona un incumplimiento imprudente del empresario consistente en no dar de alta al trabajador contratado previamente al inicio de la prestación de servicios, que perciba prestaciones de Seguridad Social incompatibles con la realización de un trabajo por cuenta ajena ¹¹⁰, el 23.1 c) persigue sancionar la conducta dolosa del empleador consistente en la connivencia con sus trabajadores para la obtención por éstos de prestaciones

lio de la empresa, o bien en su propio domicilio, o bien en el domicilio del cliente; además, para la fijación del precio se atiende al tiempo empleado en la reparación; y considerando también que los trabajadores de los que se habla cotizan por el Régimen Especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos.

¹⁰⁸ Con respecto a algunas de las infracciones empresariales, GARCÍA BLASCO recuerda que se trata de conductas en las que debe concurrir la culpabilidad del infractor para que sea objeto de sanción, manifestada en una clara intención de sustraerse a la obligación impuesta con un propósito determinado, si bien, en algún caso, debería haberse previsto expresamente la intencionalidad del empresario, como por ejemplo, el antiguo artículo 15.1 de la LISOS, en el que parecía exigirse un conocimiento excesivo para el empresario de las normas sobre compatibilidad. Se ha pensado, también, que en el actual 23.1 de la LISOS, se mantiene la misma redacción que el artículo 15.1 de la LISOS, pero se ha añadido la coletilla, de que para que se complete la infracción, el empresario no debe haber dado de alta al trabajador con anterioridad al inicio de su actividad (*vid.*, *Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril, op. cit.*, págs. 158 y ss.).

¹⁰⁹ Que sancionaba «La connivencia con los trabajadores para la obtención indebida por parte de éstos de las prestaciones de desempleo, o para eludir el cumplimiento de las obligaciones que les correspondan, así como dar ocupación a trabajadores titulares de las prestaciones por desempleo cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social. Se presumirá que existe connivencia en el caso de que los trabajadores perceptores de prestaciones no hayan sido inscritos en el Libro de Matrícula con carácter previo a su entrada en el trabajo».

¹¹⁰ Afirma la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Cantabria, de 12 de marzo de 1997 (JUR 1997\705) en referencia al antiguo artículo 29.3.2 de la LISOS que «resulta indiferente a estos efectos que la empresa desconociera la situación de desempleados de los trabajadores a los que ocupa, lo cual es perfectamente verificable simplemente con el hecho de darles de alta en la Seguridad Social en el momento establecido legalmente, esto es, con anterioridad al inicio de la relación laboral, encontrándonos, en consecuencia, ante una conducta negligente pero que pudo haberse evitado si la empresa hubiera cumplido con sus obligaciones legales, ya que la conducta dolosa se enmarcaría dentro de la connivencia fraudulenta con el trabajador para la percepción por éste de las prestaciones por desempleo».

indebidas o superiores a las que procedan. Como dice la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Cataluña, de 20 de septiembre de 2002 (JUR 2003\17239), el elemento clave de la conducta infractora prevista en este último precepto es la connivencia entre empresario y trabajador. En el caso sometido a la revisión del Tribunal, una empresa contrata verbalmente a un trabajador que percibe el subsidio de desempleo. Ante el argumento del empleador de que desconocía que el trabajador fuese beneficiario de un subsidio, la resolución judicial manifiesta que la conducta es subsuible en el precepto cuando el empleador «tiene conocimiento de que el mismo es titular de la prestación por desempleo, o de acuerdo con las circunstancias del caso, pudo haber conocido tal circunstancia», de este modo, la sentencia confirmó la sanción al empresario ya que éste era titular de una explotación ganadera sin estar inscrito como empresario agrícola, no había dado de alta al trabajador en el Régimen Especial de trabajadores agrarios ni había efectuado las cotizaciones correspondientes.

Con respecto a estas infracciones cabe hacer varias últimas advertencias: en primer lugar, que la infracción muy grave establecida en el artículo 23.1 a) de la LISOS (no dar de alta a trabajadores perceptores de prestaciones periódicas) es similar a la infracción grave prevista en el artículo 22.2 (no solicitud por el empresario de la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio), si bien, se diferencian en que el primero de ellos agrava la sanción para la empresa ya que, además de no dar de alta, los trabajadores que prestan sus servicios son beneficiarios de prestaciones de Seguridad Social incompatibles con su trabajo ¹¹¹; en segundo lugar, que el artículo 23.1 a) y el artículo 23.1 c) tipifican conductas diferentes, y por lo tanto, una empresa puede ser objeto de sanción por las dos infracciones ¹¹²; en tercer lugar, que con respecto a ambos preceptos, se ha de traer a colación que según el artículo 23.2 de la LISOS, disponen de un régimen específico, ya que el empresario incurre en una infracción por cada uno de los trabajadores que hayan obtenido o disfruten fraudulentamente de las prestaciones de Seguridad Social.

Y por último, se ha traer a colación que la sanción impuesta a una empresa al amparo del artículo 29.3.2 de la Ley 8/1988 ha sido uno de los factores que han dado lugar a la STC 34/2003, de 25 de febrero de 2003. En el caso, el empresario, pese a haber visto anulada la sanción primeramente impuesta en función de aquel precepto, es impelido a través de un acta de liquidación a que pague las cuotas a la Seguridad Social por el período de cotización por el trabajador al que no dio de alta (y eso que, como se ha visto, el juez no había comprobado que la empresa hubiera cometido ninguna infracción por no considerar acredita la presencia de una relación laboral). En este sentido, el TC mantiene la resolución que obliga a la liquidación por la empresa por la diferente perspectiva jurídica en la apreciación de los hechos que se realiza cuando se pretende la imposición de una sanción administrativa o cuando lo exigido es la liquidación de cuotas a la Seguridad Social.

¹¹¹ La STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Cataluña, de 22 de junio de 2002 (JUR 2002\260037), confirma la sanción a una empresa que no había dado de alta a un trabajador mientras éste seguía cobrando la prestación de Seguridad Social, pese a que el trabajador realizase su trabajo a tiempo parcial, ya que el 23.1 a) de la LISOS no realiza ninguna distinción al efecto.

¹¹² Véase la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Cantabria, de 12 de marzo de 1997 (JUR 1997\705).

5. LAS INFRACCIONES DE LOS EMPRESARIOS RESPECTO AL TRABAJO DE EXTRANJEROS

El artículo 37.1 de la LISOS acogió la regulación proveniente del artículo 35.1 de la antigua Ley 8/1988, y pasó a considerar como infracción muy grave las conductas de los empresarios que utilizasen trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el preceptivo permiso de trabajo, o su renovación. En general, la principal finalidad que ha prevalecido a la hora de aplicar el precepto ha sido la del control de la posesión por el trabajador extranjero por cuenta ajena de su permiso de trabajo, dejando al margen cuestiones de carácter estrictamente laboral: por ejemplo, la STS de 22 de mayo de 1996 (RJCA 1996\3192), en el supuesto de un inmigrante con permiso de residencia, e incluso de permiso de trabajo por cuenta propia, pero que es contratado por cuenta ajena por una empresa, confirma la sanción impuesta a ésta ya que «la regulación del artículo 35.1 de la Ley 8/1988, de 7 abril, se refiere a la realización del trabajo sin el permiso correspondiente, y esto era lo sucedido en el caso de autos ya que el permiso preceptivo era el de trabajo por cuenta ajena. Pues la infracción no deviene sólo de que se trate de un ciudadano extranjero sino también de que se contrate a una persona que no reúne los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico. Para ello no obsta que luego se obtenga el permiso, pues existía un ilícito administrativo si se había dado empleo a la persona con anterioridad...»¹¹³.

Al hilo de esta doctrina, otras sentencias del Orden social también han confirmado las sanciones administrativas a empresas que habían utilizado a trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, aunque se hubiera formalizado un contrato de trabajo ante el INEM, y se hubiera dado de alta a la trabajadora a la Seguridad Social¹¹⁴; también, pese a que al trabajador extranjero se le hubiera denegado la renovación del permiso, aunque posteriormente dicha denegación fuera revocada mediante sentencia judicial¹¹⁵; en otros casos, se ha sancionado a la empresa, pese a que los trabajadores extranjeros tuvieran el propósito de residir en España ya que esta intención no se exige por el artículo 35.1 de la Ley 8/1988 para entender cometida la infracción que recoge¹¹⁶; o finalmente, se ha aplicado dicho precepto a supuestos en los que el trabajador tiene permiso de trabajo, pero no el correspondiente al ámbito empresarial y productivo para el que trabaja¹¹⁷.

Cierto es que en ocasiones, el alcance del artículo 35.1 de la Ley 8/1988 se ha atemperado por otras resoluciones judiciales en función de la operatividad del principio de culpabilidad en el ámbito del Derecho administrativo sancionador. En algunos casos, la aplicación del principio de culpabilidad en aras a la inimputabilidad del empresario de la infracción del artículo 35.1 se ha centrado

¹¹³ También, por ejemplo, la STS de 9 de mayo de 2000 (RJCA 2000\4304), en la cual, ante la sanción a una empresa por haber cometido la infracción tipificada en el artículo 35.1 de la Ley 8/1988, no atiende el argumento de ésta de que había actuado de forma no culpable ya que había advertido a la Autoridad laboral del grave problema de falta de trabajadores, con intervención incluso de la representación sindical en la empresa, ya que para el TS, dicha circunstancia puede afectar a la graduación de la sanción, pero no alteran la realidad de la infracción cometida consistente en la utilización de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo.

¹¹⁴ STSJ de Andalucía (Málaga), de 29 de diciembre de 1998 (RJCA 1998\5150).

¹¹⁵ STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 29 de diciembre de 1998 (RJCA 1998\5078).

¹¹⁶ STSJ de Andalucía (Sevilla), de 22 de marzo de 2001 (RJCA 2001\185885).

¹¹⁷ STSJ de Murcia de 26 de octubre de 1998 (RJCA 1998\25914).

únicamente en la actuación de éste en relación a la tramitación, o a las condiciones relativas a la obtención del permiso de trabajo, desde la única perspectiva de tratarse de un requisito administrativo que autoriza para trabajar en España a trabajadores extranjeros: por ejemplo, algunas sentencias no han confirmado sanciones a empresas si los trabajadores extranjeros, pese a carecer de sus permisos de trabajo, ya habían iniciado la tramitación para obtenerlos ¹¹⁸, o por tratarse de inmigrantes que ya poseían sus permisos de trabajo aunque éstos no fueran los idóneos para la actividad productiva que realizaban o el ámbito geográfico en el que trabajaban ¹¹⁹.

No obstante, en otras ocasiones, los tribunales han utilizado el principio de culpabilidad, o también en algunos casos la actuación de buena fe del empresario ¹²⁰, para anular sanciones a empresas por cuestiones estrictamente laborales, en otras palabras, no se ha imputado la infracción del artículo 35.1 de la Ley 8/1988 a empresas que utilizaban a trabajadores extranjeros que, pese a no contar con el permiso de trabajo, cumplían con sus obligaciones laborales, por ejemplo, si habían satisfecho las cuotas correspondientes a sus trabajadores irregulares o ilegales a la Seguridad Social, quien a su vez las había admitido plenamente ¹²¹; en otros casos, por haberlos contratado a través de ofertas de empleo que había cursado el propio INEM ¹²², o aun sin esa circunstancia, haber visado el contrato en el INEM, haber inscrito al trabajador en el libro de matrícula de la empresa, y haber dado de alta al trabajador en el Régimen General de la Seguridad Social, ya que se considera que en estos casos la propia actuación de las empresas ha hecho «aflorar» las irregularidades, y de transparencia en la utilización de los trabajadores extranjeros ¹²³.

Esta doctrina judicial ha venido apostando por considerar que la razón de ser del artículo 35.1 de la Ley 8/1988 (y correlativamente, del art. 37.1 de la LISOS) se halla en evitar el incumplimiento por los empresarios de sus deberes sociales respecto del trabajador extranjero, imponiéndole condiciones laborales contrarias a las leyes, así como preservar la actividad laboral de los trabajadores españoles ¹²⁴. Con esta premisa, diversas sentencias han resuelto la anulación de sanciones a empresas que ocupaban a trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo pero habían cumplido con sus obligaciones laborales, entre otras, afiliando al trabajador al Régimen General de la Seguridad Social, y cotizando por él ¹²⁵; o que contrataban a un trabajador extranjero sin permiso de trabajo para la actividad de la empresa, pero sí para otro sector de actividad, y lo daban de alta a la Seguridad Social ¹²⁶;

¹¹⁸ STSJ de Madrid, de 12 de mayo de 1999 (RJCA 1999\3210).

¹¹⁹ STSJ de La Rioja, de 27 de julio de 1998 (RJCA 1998\2697), o STSJ de Baleares de noviembre de 2001 (RJCA 1998\48648).

¹²⁰ Véase la jurisprudencia que aporta J. LÓPEZ LÓPEZ en su trabajo: «Infracciones administrativas y extranjería», *Justicia Laboral*, Número extraordinario de 2001: *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, págs. 201-202.

¹²¹ STSJ de Cataluña de 18 de enero de 1996 (RJCA 1996\36).

¹²² STSJ de Baleares de 6 de mayo de 1995 (RJCA 1995\436).

¹²³ STSJ de Andalucía (Sevilla) de 15 de junio de 2001 (RJCA 2001\280671); STSJ de Andalucía (Sevilla) de 17 de julio de 1999 (RJCA 1999\3927); STSJ de Andalucía (Granada) de 20 de enero de 1997 (RJCA 1997\232); STSJ de Cataluña de 12 de septiembre de 1997 (RJCA 1997\1926); STSJ de Cataluña de 8 de mayo de 1998 (RJCA 1998\2679).

¹²⁴ Véase la STSJ de Cataluña de 13 de enero de 1995 (RJCA 1995\1); STSJ de Cataluña de 13 de septiembre de 1995 (RJCA 1995\749); STSJ de Cataluña de 18 de enero de 1996 (RJCA 1996\36); STSJ de Cataluña de 10 de diciembre de 1991 (RJCA 1991\871); STSJ de Baleares de 18 de septiembre de 1998 (RJCA 1998\3211).

¹²⁵ STSJ de Cataluña de 18 de enero de 1996 (RJCA 1996\36); STSJ de Cataluña de 21 de octubre de 1995 (RJCA 1995\4128).

¹²⁶ STSJ de Baleares de 18 de septiembre de 1998 (RJCA 1998\3211).

o que tenían ya solicitada la concesión de dicho permiso, reuniendo las condiciones bastantes para su obtención, y la empresa en cuestión había procedido a anotar al trabajador extranjero en el Libro de Matrícula del Personal de la empresa y a darle de alta en la Seguridad Social, procediendo a abonar las oportunas cotizaciones ¹²⁷.

En conclusión, tanto el artículo 35.1 de la Ley 8/1988, como el artículo 37.1 de la LISOS, venían disponiendo de un doble fundamento o bien jurídico protegido: la de control de la tenencia por el trabajador extranjero del permiso de trabajo, cuya sola inexistencia justifica la imposición de la sanción administrativa, pero también, el hecho de tratarse de una infracción incluida en una ley de naturaleza laboral, cuyo sujeto responsable es el empresario (art. 2.5), permiten sostener que la infracción persigue sancionar la utilización por éste de trabajadores extranjeros bajo condiciones de trabajo ilegales, o como afirman las sentencias comentadas, aquellas conductas en las que no se cumplan por el empleador los «deberes sociales» a que viene obligado por la normativa laboral. Así, el incumplimiento por el empleador ante sus trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo de las condiciones de trabajo mínimas legales entra a formar parte del bien jurídico protegido por el tipo previsto en el artículo 37.1 de la LISOS.

No obstante, la aprobación de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (modificada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre), ha removido este panorama jurídico. De hecho, el régimen de infracciones y sanciones en materia de extranjería ha sido uno de los elementos centrales de las diferentes reformas legislativas operadas en estos últimos cuatro años, tanto inicial de la LO 4/2000, como de las sucesivas modificaciones normativas de que ha sido objeto.

El actual artículo 54.1 d) de la LO 4/2000 tipifica como infracción muy grave del empleador «la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el correspondiente permiso (autorización) de trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados», que a tenor del artículo 55.1 c) LO 4/2000, implica una sanción económica desde 6.001 hasta 60.000 euros, y la posibilidad de que se adopte la clausura del establecimiento o local desde seis meses a cinco años (art. 123. 3 Real Decreto 864/2001, que desarrolla la LO 4/2000) ¹²⁸. Además, se ha de recordar, en este sentido, que con la reforma llevada a cabo por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, pasó a ser sancionable cada infracción por cada trabajador irregular afectado, mientras que con la LO 4/2000 originaria sólo se preveía sancionar la contratación o utilización habitual de trabajadores extranjeros, sin que existiera referencia alguna a la individualización de la sanción.

¹²⁷ STSJ de Cataluña de 13 de enero de 1995 (RJCA 1995\1).

¹²⁸ En el artículo 118.5 Real Decreto 864/2001, donde se contienen varias disposiciones sobre la resolución del procedimiento de expulsión de los trabajadores extranjeros, se dice que «si la resolución se adoptase en aplicación de la infracción prevista en el artículo 54.1d) de la LO 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, y sin perjuicio de la expulsión acordada, podrá contener pronunciamiento por el que se adopte la clausura del establecimiento o local desde seis meses a cinco años». A mi parecer, esta regulación sólo es aplicable al empresario, ciudadano extranjero en situación ilegal, que contrata a su vez a trabajadores ilegales. El procedimiento que debería seguirse sería, en este sentido, es el de carácter social, ya que en el artículo 134.5 del Real Decreto 864/2001, se dice que en los casos del artículo 54.1 d) cuando el empresario infractor sea extranjero, en el acta de infracción [realizada por el procedimiento social y por el propio artículo 134] se hará constar la posibilidad de aplicar expulsión.

En este sentido, numerosas voces doctrinales han optado por considerar que la Ley de extranjería ha integrado la infracción del empresario en materia de trabajo de extranjeros prevista en la LISOS, y por tanto, es la primera norma la que debe aplicarse conforme al principio de *lex posterior y de especialidad* ¹²⁹. De hecho, por esta postura se ha decantado el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, que considera que en materia de trabajo de extranjeros la LO 4/2000 «ha completado el régimen de infracciones y sanciones en materia de extranjería previsto en la normativa general (Real Decreto Legislativo 5/2000)», añadiendo que «por una parte, las modificaciones pretenden establecer medidas de lucha contra la inmigración ilegal, sancionando a los transportistas y a los organizadores de redes para el tráfico de seres humanos; por otra, el régimen sancionador pretende evitar esa inmigración ilegal...»; como resultado de ello, las infracciones en materia de trabajo de extranjero pasan a sancionarse conforme a las sanciones económicas previstas, no en la LISOS, sino en la LO 4/2000, en atención a la calificación que corresponda al tipo de infracción cumplida ¹³⁰.

Debe observarse cómo el artículo 54.1 d) tiene como principal finalidad la represión del empleador que contrate a trabajadores extranjeros por cuenta ajena, sin la correspondiente autorización previa para trabajar, dejando al margen cuestiones de carácter estrictamente laboral como puedan ser las condiciones de trabajo que estos últimos puedan sufrir. En este sentido, la infracción prevista en el artículo 54.1 d) LO 4/2000 integra una única perspectiva: el control del trabajo ilegal ejercido por trabajadores extranjeros, y por tanto, la exigibilidad al empleador a que solicite la obtención de los permisos de trabajo de aquellos que pretenda emplear, cuya inexistencia provocará la oportuna sanción administrativa, sin que el tipo abarque el cumplimiento o no por el empleador de sus obligaciones laborales con respecto a los trabajadores extranjeros.

Ello puede ser insuficiente cuando lo que también debería resolver la normativa es la regulación de medidas para los trabajadores extranjeros que, sin haber cometido ningún delito, ni poseer las correspondientes autorizaciones administrativas para trabajar, sean explotados en el puesto de trabajo ofertado por el empleador, sobre los que además puede recaer la sanción de expulsión. En este sentido, hay que partir también del dato ya enunciado por varias instituciones públicas españolas de que el deterioro e incumplimiento de las normas laborales en numerosas ocasiones cuando se trata de trabajadores extranjeros está abriendo paso «a un proceso de involución del sector laboral en general a costa de los inmigrantes, en el que las condiciones de contratación irregular pueden arrastrar a las condiciones del conjunto de los trabajadores de los sectores afectados» ¹³¹. Así, el Defensor del Pueblo español ha llamado ya la atención sobre la Administración para que busque formulas prácticas que

¹²⁹ CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La tutela sancionadora en materia laboral: de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social, al Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que aprueba el texto refundido de la ley de infracciones y sanciones en el orden social (I)», *Aranzadi Social*, núm. 14, noviembre de 2000, págs. 15 y ss.; PURCALLA BONILLA, M.A.: «La regulación de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: la reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, a través de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre», *Tribuna Social*, núm. 122, febrero de 2001, pág. 59; véanse los comentarios también de MERCADER UGUINA, R. y TOLOSA TRIBIÑO, C.: «Problemas y lagunas del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social», *Relaciones Laborales, La Ley*, Tomo 2001-II, págs. 921 y ss.

¹³⁰ Consúltense la página Web del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: <http://www.mtas.es/guia2002/texto/guia.html> [Consulta: 4 de noviembre de 2002].

¹³¹ Véase el Informe especial sobre la Inmigración en la Ribera de Navarra, de 11 de diciembre de 2001, realizado por la Defensora del Pueblo de Navarra.

permitan dignificar la situación de los extranjeros que permanecen en España y sobre los que pesa una orden de expulsión que no puede ejecutarse. Según el Defensor del Pueblo «estas personas no pueden, en principio, trabajar ni acceder a un estatus de residente legal. Obviamente eso les hace candidatos idóneos para asumir empleos en la economía sumergida –con todo lo que esto supone en cuanto a riesgo de explotación laboral o a la falta de condiciones básicas de seguridad y salud laboral– y en algunos casos los lleva a la marginalidad en cualquiera de sus muy variadas formas».

Para hacer frente a esta problemática, pueden traerse a colación algunas propuestas para una mejor y más eficaz lucha contra la utilización de trabajadores extranjeros bajo condiciones de trabajo abusivas o ilegales: una de ellas es la defensa de aquella interpretación de la normativa vigente según la cual se permite la compatibilidad de la imposición de la sanción ex artículo 54.1d) de la LO 4/2000, junto a la prevista en el artículo 37.1 de la LISOS, este último en cuanto precepto que, por su inclusión en una normativa de carácter estrictamente laboral, puede actuar contra la explotación que sufren los trabajadores extranjeros a manos de aquellos empresarios que incumplen la normativa social. El artículo 37.1 de la LISOS serviría así no tanto para controlar el flujo inmigratorio al mercado de trabajo para salvaguardar la desigualdad con los trabajadores nacionales (cuestión que queda en el ámbito de la LO 4/2000), sino más bien para perseguir el nicho laboral que conforman los trabajadores extranjeros que, partiendo de la carencia de su permiso de trabajo, sufren condiciones de trabajo abusivas, en las que no se respeta la legislación laboral.

La tesis sobre la compatibilidad de las sanciones derivadas de la LISOS y de la LO 4/2000 sólo pretende aportar un instrumento para la lucha contra la explotación laboral de los extranjeros, en un marco jurídico en que sigue siendo exigible la autorización para trabajar y la sanción de expulsión ante su falta, si bien también es cierto que este argumento supone un refuerzo del enfoque represivo de las medidas de policía frente a la inmigración ilegal, que la doctrina *iuslaboralista* tilda en general de inefectivo, apostándose más bien por una mayor protección de los derechos del trabajador extranjero mediante la derogación legal de la posibilidad de expulsarlos del país en función de su trabajo irregular, o la retirada legal de la necesidad de obtener el permiso de trabajo ¹³².

En todo caso, hay que hacer mención en este marco de la represión de las conductas infractoras en materia de trabajo de extranjeros que la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en su artículo 48, prevé un incremento de la sanción administrativa al empresario que emplee trabajadores extranjeros sin autorización para trabajar en la cuantía que hubiera correspondido a las cuotas de la Seguridad Social calculadas en función del período de empleo irregular del trabajador extranjero. Esta disposición ha abierto un debate sobre si con ello el legislador ha pretendido vaciar de contenido el artículo 36.3 de la LO 4/2000, por el cual se reconoce prestaciones en materia de Seguridad Social a los trabajadores extranjeros en situación irregular, al pretender sustituir el pago de las cotizaciones efectivas, necesario para poder tener dere-

¹³² RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: «El Derecho del Trabajo y los inmigrantes comunitarios», *op. cit.*, págs. 1 y ss.; RAMOS QUINTANA, M.: «El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica». Ponencia presentada al XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, a celebrar en Santander los días 8 y 9 de junio de 2001 (*Id.*, la página web de Internet de la AEDT: <http://www.aedtss.com/>), pág. 50.

cho a las prestaciones, por una multa equivalente por su importe. En este sentido, diversos informes y estudios sobre este tema no están de acuerdo con esta interpretación legal, y mantienen más bien que lo pretendido por la Ley 62/2003 ha sido evitar que los empresarios se enriquezcan injustamente por el hecho de tener un trabajador en situación irregular por cuanto que hasta la fecha, la Tesorería General de la Seguridad Social ha venido anulando las Actas de liquidación levantadas por la Inspección de Trabajo ante la constatación de que un empresario no había cotizado por un trabajador extranjero en situación irregular ¹³³.

Finalmente, debe considerarse que continúa vigente la infracción de carácter muy grave, prevista en la LISOS, imputable a las personas físicas o jurídicas que promuevan, medien o amparen el trabajo de los extranjeros en España sin el preceptivo permiso de trabajo. Junto a esta infracción, la LO 4/2000 considera infracción muy grave la conducta de «inducir, promover o facilitar, formando parte de una organización con ánimo de lucro, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español siempre que el hecho no constituya delito».

Ambos tipos infractores están llamados a ser, en sus respectivos supuestos de hecho, unos de los más importantes en el futuro, si se tienen en cuenta las advertencias efectuadas por la OIT, en las cuales, se informa de la creciente importancia de «mafias permanentes» que actúan como intermediarios en diferentes segmentos del mercado de trabajo, o también de agencias privadas de colocación, en cuyas manos está la asignación de trabajadores a sus puestos de trabajo, y que actúan por ejemplo, ofertando peticiones de trabajo para puestos inexistentes, ocultando información falsa sobre condiciones de trabajo, cobrando tarifas ilegales de contratación, o seleccionando a los solicitantes no en función de sus cualificaciones laborales, sino de la cantidad que están dispuestos a pagar para conseguir empleo ¹³⁴.

6. INFRACCIONES POR OBSTRUCCIÓN A LA LABOR INSPECTORA

Las infracciones por obstrucción a la labor inspectora están reguladas en el artículo 50 del Capítulo VII (relativo a las disposiciones comunes), y por tanto, no se recogen de modo específico, a modo de las restantes infracciones, con un Capítulo propio.

La ley no realiza una definición de infracción obstructora, sino más bien, de qué se debe entender por infracción por obstrucción a la labor inspectora de carácter grave, al entender que serán consideradas así las acciones u omisiones que perturben, retrasen o impidan el ejercicio de las funciones que, en orden a la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y conve-

¹³³ Véanse este y otros argumentos en el Informe del Sindic de Greuges dirigido al Parlament de Catalunya correspondiente al año 2003, publicado en su página Web <http://www.sindicgreugescat.org/ca/index.do?action=list>; así como la Ponencia de Eduardo ROJO, Ferrán CAMAS, Ignacio CAMOS, Francina ESTEVE y Marina ILLAMOLA presentada al «II Congrés Immigració a Catalunya, de 17 d'abril de 2004», en la página Web de la Catedra de Inmigración, Derechos y Ciudadanía de la Universidad de Girona <http://web.udg.es/cidc/>.

¹³⁴ Véase la Revista *Trabajo* de la OIT, <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/magazine/20/20migran.htm>, núm. 20, junio de 1997.

nios colectivos tienen encomendadas los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y los Subinspectores de Empleo y de Seguridad Social, siempre que no tengan la calificación de leves o muy graves. A esta noción, hay que sumar la que ha añadido la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, al considerar también como infracción por obstrucción aquellas conductas que teniendo las mismas características de las señaladas anteriormente «afecten al ejercicio de los cometidos asignados a los funcionarios públicos a que se refiere el artículo 9.2 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en sus actuaciones de comprobación en apoyo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social».

Es en materia de infracciones leves donde se ha producido un cambio de importancia con respecto a la Ley 8/1988, al calificar de esta forma la falta del Libro de Visitas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el centro de trabajo. Así, este tipo infractor se ha trasladado desde el antiguo artículo 94.1 LET (dedicado a las infracciones laborales de carácter leve), a la LISOS como infracción de carácter leve por obstrucción de la labor inspectora. Este cambio sistemático ha merecido, en todo caso, algunas críticas, ya que no parece corresponder con el concepto de obstrucción que implica una actitud de impedir la actividad inspectora ¹³⁵, que el empresario no disponga del libro de visitas, razón por la cual, la falta de este documento debería mantenerse como infracción leve en el artículo 6 y no en el artículo 50 ¹³⁶.

Otro cambio de importancia, con respecto a la Ley 8/1988, es la nueva infracción de carácter muy grave consistente en «el incumplimiento de los deberes de colaboración con los funcionarios del sistema de Inspección de trabajo y Seguridad Social en los términos establecidos en el artículo 11.2 de la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social» [art. 50.4 c) de la LISOS]. Con respecto a este precepto, el Consejo de Estado también ha objetado la calificación como muy grave de una conducta tan genérica, y cuya gravedad no puede equipararse a la de otras conductas descritas como muy graves en el propio artículo [como el ap. b), relativo a supuestos de coacción, amenaza...], teniendo en cuenta, además, que el propio artículo 50.3 califica como infracción leve los meros retrasos ¹³⁷.

7. EL RÉGIMEN JURÍDICO SANCIONADOR: TIPOS Y CONTENIDOS DE SANCIONES CONTENIDAS EN LA LISOS

La Ley 30/1992 de Procedimiento Administrativo Común no establece un régimen general sobre el tipo de sanciones administrativas posibles que pueden imponerse por la Administración pública, ni sobre el significado de las más habituales, sino que se limita a aludir a las sanciones pecuniarias, y a reiterar la prohibición del artículo 25.3 CE (art. 131), por esa razón, son cada una de las

¹³⁵ *Dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, emitido el 27 de julio de 2000 (Material Inédito), pág. 20.

¹³⁶ *Ibidem*, pág. 20.

¹³⁷ Según este órgano, de mantenerse este tipo, su calificación no podría ir más allá del carácter de grave (*vid.*, *Dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, emitido el 27 de julio de 2000 (Material Inédito), pág. 30.

leyes sectoriales las que, junto a las infracciones, contienen, no ya las determinaciones sobre las concretas sanciones correspondientes a cada una de ellas, sino una regulación completa sobre las clases de sanciones posibles en cada ámbito ¹³⁸.

La LISOS, siguiendo la misma característica común que las restantes normas sancionadoras de carácter administrativo, contiene como sanción principal la de multa, y en concreto, la de carácter fijo, es decir, la imposición al sujeto sancionado de una cantidad de dinero que no depende para su fijación de ninguna otra cantidad monetaria (al contrario que las multas proporcionales, cuyo importe se establece en función –un porcentaje...– de otra cantidad de dinero, y cuyos ejemplos más cercanos en la LISOS se encuentran en su art. 40.3, relativo a las sanciones en materia de Seguridad Social cuando se deriven de actas de infracción y liquidación conjuntas, y en el art. 41, en materia de reincidencia).

Así el artículo 40 de la LISOS prevé diferentes multas fijas cuyo importe varía en función del tipo de infracciones: por una parte, si se trata de infracciones en materia de relaciones laborales y empleo, Seguridad Social, emigración y movimientos migratorios y trabajo de extranjeros, e infracciones por obstrucción, en cuyo caso, las sanciones pueden ir, por las infracciones leves, desde los 30,05 como mínimo hasta los 300,51 euros; por las infracciones graves, desde los 300,52 hasta los 3.005,06 euros; y por las infracciones muy graves desde 3.005,07 en su grado mínimo, hasta los 90.151,82 euros en su grado máximo. Por otra parte, si se trata de infracciones relativas a la prevención de riesgos laborales, las multas por las infracciones leves pueden suponer una sanción de 30,05 euros como mínimo, hasta 1.502,53 euros como máximo; las graves, de 1.502,54 a 30.050,61 euros; y finalmente las muy graves, disponen de una sanción económica que oscila entre los 30.050,62 a los 601.012,10 euros.

Como se observa, la LISOS marca un mínimo para las infracciones leves, evitando así, la imposición de multas estrictamente simbólicas, aun así, y dejando al margen las multas previstas en materia de prevención de riesgos laborales, que tampoco son una excepción en el ámbito administrativo sancionador sino que igualan las cantidades de otras leyes sectoriales, las restantes sanciones económicas mantienen los importes fijados en la LISOS, sin que el Gobierno haya hecho uso de la autorización para una actualización periódica, tal como se preveía en la disposición adicional 1.ª de la norma (y se sigue previendo en la misma disposición de la actual LISOS), con lo que cabe afirmar que en determinadas materias del orden social, y en función de su gravedad, las multas han quedado desfasadas en el momento actual ¹³⁹.

Esta situación puede afectar también a uno de los elementos clave de la LISOS en el momento de establecer la multa administrativa. Como ya ha sido objeto de estudio con anterioridad, a tenor del artículo 39, una vez calificada la infracción en leve, grave o muy grave, las sanciones económicas se impondrán dentro de cada una de estas calificaciones en los grados mínimos, medio y máximo atendiendo a diversos criterios de graduación, entre los cuales, se encuentra el de la capacidad económica del sujeto infractor, que aparece recogido en materia de trabajo de extranjeros (no en la

¹³⁸ REBOLLO PUIG, M.: «El contenido de las sanciones», *Justicia Administrativa*, Número monográfico sobre el Derecho Administrativo Sancionador, 2001, pág. 163.

¹³⁹ *Vid.*, los comentarios de MATEOS BEATO, A.; GONZÁLEZ DE LENA, F.: «El Texto Refundido de la LISOS. Orígenes, orientaciones y contenido», *op. cit.*, pág. 77.

LISOS, pero sí en la LO 4/2000), y el criterio relativo a la «cifra de negocios de la empresa», aplicable a todas las infracciones de la LISOS, excepto en materia de prevención de riesgos laborales. En este sentido, la capacidad económica como criterio para imponer la sanción adecuada al patrimonio del sujeto infractor guarda una relación directa con el principio de proporcionalidad, una de cuyas vertientes es, en virtud del artículo 131.2 de la Ley 30/1992, la previsión en el establecimiento de las sanciones pecuniarias de que «la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas», cuyo objetivo por tanto, es hacer que la sanción impuesta por la comisión de la infracción correspondiente resulte verdaderamente perjudicial para el infractor, no simplemente haciéndole perder los beneficios obtenidos, sino bastante más que ello, con el objeto de disuadirle para evitar arriesgarse a volver a ser sancionado.

Por esa razón, junto al factor de graduación que se está comentando, es necesario tomar en consideración otros criterios previstos también en la LISOS que pretenden evitar cualquier tipo de ventaja pese a la comisión de una infracción, como el perjuicio causado y la cantidad defraudada (art. 39.2), el número de socios afectados o la repercusión social de la infracción (art. 39.4). Además, la finalidad buscada por el principio de proporcionalidad no sólo se intenta conseguir con la multa, sino con otro tipo de sanciones, como las previstas en el artículo 46 de la LISOS, donde, sin perjuicio de la imposición de la sanción económica, se establece la pérdida o la devolución de lo indebidamente percibido por los empresarios en materia de ayudas de fomento al empleo, formación ocupacional o protección por desempleo.

7.1. El régimen jurídico de la reincidencia.

El régimen de reincidencia se encuentra regulado en el artículo 41 de la LISOS, el cual, siguiendo la misma regulación que la prevista en la LISOS, expresa que aquélla se produce «cuando se comete una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción anterior en el plazo de los 365 días siguientes a la notificación de ésta; en tal supuesto se requerirá que la resolución sancionadora hubiere adquirido firmeza».

Para un sector de la doctrina *iuslaboralista*, el hecho de que la norma delimite exactamente cuándo la reincidencia dispone de eficacia jurídica, en concreto al reconocerla cuando se vuelva a cometer una infracción «del mismo tipo y calificación» que la anterior, es una muestra de seguridad jurídica para el infractor, al no incluir por tanto, conductas ilícitas que aun siendo cercanas o análogas, no sean exactamente iguales, jurídicamente hablando, aunque, en consecuencia, la LISOS dificulta también que se pueda reconocer la existencia de una reincidencia.

Además, la vigencia y efectividad de la reincidencia queda supeditada al dato temporal de los trescientos sesenta y cinco días, a partir de la notificación de la sanción primera o inicial. No obstante, en desarrollo de esta disposición, el artículo 14.4 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, expresa que para la aplicación de la reincidencia es necesario que «la resolución sancionadora de la primera infracción haya adquirido firmeza en vía administrativa, y que entre la fecha de dicha firmeza de la primera infracción y la comprobación de la segunda infracción no haya transcurrido más de un año».

Para empezar, el Real Decreto 928/1998 aclara lo que debe entenderse por «firmeza» en la LISOS al referirla a la vía administrativa, sin que sea necesario esperar la existencia de una resolución judicial firme. No obstante, la norma reglamentaria ha creado una cierta confusión sobre el momento inicial en el que debe empezar a computarse el período anual dentro del que es posible reconocer la reincidencia. A juicio de un sector doctrinal, dicho momento inicial es distinto en la ley y en el reglamento, ya que mientras en el primer caso se empieza a contar a partir de la notificación de la sanción (siempre que en todo caso se respete el dato, a la hora de apreciar la sanción correspondiente a la reincidencia, que la primera sanción ya sea firme), en el reglamento el momento inicial a partir del cual comienza a contarse el término dentro del cual se produce la segunda infracción es la fecha de firmeza de la primera sanción, con lo que puede haber un exceso reglamentario al ser la referencia legal claramente la notificación de la primera sanción ¹⁴⁰.

No obstante, la validez del reglamento puede mantenerse si se entiende que la disposición prevista en el artículo 41.1 de la LISOS, en concreto cuando exige que la primera resolución haya adquirido firmeza, no debe ser entendido como un requisito para resolver la sanción correspondiente a la comisión de una infracción reincidente, sino más bien, como un requisito para la configuración del plazo a partir del cual debe contarse el período para reconocer la reincidencia.

7.2. Sanciones accesorias de carácter intimidatorio.

Manteniendo la denominación que GARCÍA BLASCO utiliza en su estudio monográfico sobre la Ley 8/1988 ¹⁴¹, para referirse a una serie de sanciones previstas en la ley junto a las multas administrativas, pero de diferente naturaleza que éstas ya que suelen consistir en la pérdida de derechos o ventajas reconocidas a los sujetos infractores, paso a exponer cuáles son las que se mantienen actualmente en la LISOS, con el aviso, en particular, de que pese a su inclusión en este apartado, no todas parten de un mismo denominador común, sino que tienen características particulares que las hacen diferentes unas de otras.

En primer lugar, se ha de manifestar que, iniciando la Sección 2.^a del Capítulo que se está estudiando, relativa a «Normas específicas» en materia de responsabilidades y sanciones, se encuentra el artículo 42 de la LISOS, en cuyo apartado primero se establece que las infracciones a lo dispuesto en los artículos 42 a 44 de la LET (donde se regulan las garantías por cambio de empresario, y en particular la responsabilidad empresarial en caso de contrata de obras o servicios –art. 42–, la cesión de trabajadores –art. 43–, y la sucesión de empresas –art. 44–), determinan la responsabilidad de los empresarios afectados en los términos allí establecidos.

A mi modo de ver, el artículo 42.1 de la LISOS es un precepto confuso ya que su presencia en la ley de infracciones y sanciones en el orden social puede dar lugar a varias interpretaciones con un alcance jurídico diverso. Por una parte, puede sostenerse que lo que la disposición establece es

¹⁴⁰ MATEOS BEATO, A.; GONZÁLEZ DE LENA, F.: «El Texto Refundido de la LISOS. Orígenes, orientaciones y contenido», *op. cit.*, pág. 79; *Vid.*, también, CARDENAL CARRO, en «Una nueva norma para regular el procedimiento sancionador en el Orden Social: el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo». *Aranzadi Social*, núm. 7, 1998.

¹⁴¹ GARCÍA BLASCO, J.: *Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril, op. cit.*, págs. 158 y ss.

un simple recordatorio, a modo de refuerzo de la LET, de que las responsabilidades empresariales por incumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 42 y ss. del Estatuto, en materia salarial y de Seguridad Social básicamente, se resuelven conforme a lo que dichos preceptos establecen, lo que implica, por tanto, la responsabilidad solidaria del empresario principal de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y las referidas a la Seguridad Social (art. 42 LET, no hay que olvidar, con la reforma operada por la Ley 12/2001); la de los empresarios, cedente y cesionario, que, sin contratar con una ETT, recluten trabajadores para cederlos temporalmente a otros, con lo que responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social (art. 43 LET); y finalmente, la responsabilidad, solidaria también, del empresario cedente y cesionario respecto de las obligaciones nacidas con anterioridad a la transmisión de la empresa o con posterioridad si es declarada delito (art. 44 LET). De igual forma, los artículos 42.2 y 43.1 de la LISOS manifiestan que las responsabilidades entre empresas de trabajo temporal y empresas usuarias en materia salarial y de Seguridad Social se registrarán por el artículo 16.4 LETT, que establece una responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria con respecto a aquellas obligaciones, o solidaria en el caso de que se hayan incumplido determinadas prohibiciones establecidas en la ley. Pero, por otra parte, podría sostenerse también que los artículos 42 y ss. de la LISOS lo que en realidad están regulando es que las infracciones a lo dispuesto en los artículos 42 a 44 LET (y la normativa de ETT), implican la imputación a los sujetos infractores de una responsabilidad de carácter administrativo, a la que deberán hacer frente mediante las reglas de solidaridad que se establecen en los preceptos estatutarios.

No obstante, una interpretación como ésta no es acogida por la doctrina científica ni judicial. En primer lugar, porque esta última perspectiva no responde a la literalidad del artículo 42.1 y 2 de la LISOS en la que sólo se dice que las infracciones a la LET, o la LETT, determinan la responsabilidad en los términos que sólo ésta establece.

En segundo término, determinadas conductas contrarias a lo dispuesto en los artículos 42 a 44 de la LET, y la LETT, ya aparecen reguladas en el propio articulado de la LISOS como infracciones típicas, que implican una responsabilidad directa para el sujeto infractor, como por ejemplo, su artículo 7.11, que tipifica el incumplimiento de la obligación del empresario contratista o subcontratista prevista en el artículo 42.3 de la LET, o las obligaciones de empresario cedente y cesionario contenidas en el artículo 44.7 de la LET.

Finalmente, y en tercer lugar, porque si el legislador hubiera querido la imputación de una responsabilidad administrativa de carácter solidario entre los empresarios infractores, lo hubiera establecido directamente en la forma en la que lo ha hecho en tres preceptos: el artículo 23. 2, y el artículo 42.3, primer y segundo párrafo de la LISOS.

A) En el artículo 23.2 de la LISOS se establece una responsabilidad solidaria en materia de Seguridad Social de los empresarios que contraten o subcontraten la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad, por las infracciones de carácter muy grave que haya cometido el contratista o subcontratista durante el período de vigencia de la contrata: obsérvese que esta responsabilidad se ha separado de la general prevista en el artículo 42 de la LISOS, posiblemente para resaltar que la responsabilidad solidaria, lo es, justamente en materia sancionadora.

B) En el artículo 42.3, primer párrafo, de la LISOS, se establece también una responsabilidad administrativa de carácter solidario en materia de seguridad y salud en el trabajo. Según el precepto anterior «la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de dicho empresario principal».

En consecuencia, partiendo de que el artículo 24.3 LPRL impone un deber *in vigilando* que corresponde directamente y en primer grado a la empresa principal, el artículo 42.3 de la LISOS debe interpretarse en el sentido de que la responsabilidad administrativa por el incumplimiento de ese deber no es directa y exclusiva de la empresa principal, sino solidaria con la de los contratistas y subcontratistas. En este sentido, la regla de responsabilidad solidaria del artículo 42.3 TR LISOS conecta con el artículo 130.3, p. 2 de la Ley 30/1992, conforme al cual «serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas o jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores»¹⁴². Mediante esta fórmula, al igual que se permite a los trabajadores afectados presentar una reclamación directa frente a la empresa principal, presupone también que la responsabilidad deriva en su raíz de la empresa contratista o subcontratista (la empresa del trabajador), y que la empresa principal sería garante de la misma, que es por lo demás, el juego típico de la solidaridad en las obligaciones laborales¹⁴³.

Por cierto, hay que mencionar finalmente que la Ley 54/2003 ha añadido a la LISOS la cláusula según la cual «los pactos que tengan por objeto la elusión, en fraude de ley, de las responsabilidades establecidas en este apartado son nulos y no producirán efecto alguno» (y a tal efecto, la propia reforma establece como infracción muy grave la suscripción de dichos pactos). El objeto de esta adición es evitar, entre otros supuestos de pluralidad de empresarios, la ruptura del principio de responsabilidad solidaria de la empresa principal con los contratistas y subcontratistas del artículo 24.3 de la LPRL, del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal. Así, por ejemplo, el precepto que se está proyectando tendería a evitar aquella actua-

¹⁴² Según NIETO, en este precepto se recoge la figura del garante, el cual, por su deber de prevenir la infracción administrativa contra una obligación principal, resulta responsable si la infracción tiene lugar. Si el garante actúa con dolo o culpa la responsabilidad es completa. Ahora bien, si el garante actúa con diligencia exquisita, es muy duro endosarle la responsabilidad. En todo caso, su responsabilidad únicamente surge si ha habido culpabilidad por parte del otro, es decir, del infractor. En resumidas cuentas: en los supuestos de responsabilidad solidaria o subsidiaria, es claro que tiene que mediar culpabilidad por parte del autor; pero, en cambio, queda abierta la cuestión de si también es exigible alguna variedad de ella por parte del garante (*vid.*, *Derecho Administrativo Sancionador*, Segunda Edición Ampliada, Madrid, 1994, págs. 378-379).

¹⁴³ GARCÍA MURCIA, J.: *Responsabilidades y Sanciones en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo*. Aranzadi Editorial, S.A., Pamplona, 1998, págs. 174 y ss.

ción de la empresa principal, puesta de manifiesto por BERNARDO JIMÉNEZ, consistente en trasladar a la parte contratista la responsabilidad íntegra de la infracción mediante la detracción del importe de la sanción de la liquidación correspondiente al contrato concertado entre ambos ¹⁴⁴.

C) En el artículo 42.3, segundo párrafo de la LISOS, también se establece una responsabilidad administrativa de carácter solidario en materia de seguridad y salud en el trabajo cuando interviene una ETT. Conforme al precepto mencionado, sin perjuicio de las responsabilidades (administrativas) de la ETT por el incumplimiento de sus obligaciones correspondientes, «la empresa usuaria será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, así como del recargo de prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social que puedan fijarse, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo durante el tiempo de vigencia del contrato de puesta a disposición y traigan su causa de falta de medidas de seguridad e higiene».

No obstante, en materia de responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo se ha producido un entrecruzamiento de normativas sancionadoras con determinados elementos de incoherencia. Así, mientras que han quedado fuera de la LISOS las sanciones a los empresarios consistentes en la paralización de trabajos, la suspensión o cierre del puesto de trabajo, y la imputación de limitaciones a la facultad de contratar con la Administración, que han quedado fijadas en el Capítulo VII (relativo a Responsabilidades y Sanciones) de la LPRL, en cambio, la actuación, de carácter no sancionador, consistente en la imposición por la Autoridad competente a las Administraciones Públicas de medidas correctoras de los incumplimientos que hayan realizado de la normativa de PRL, no está en sede de la LPRL, sino de la propia LISOS ¹⁴⁵.

En otro orden de cosas, junto a esta estructura de responsabilidades empresariales, la LISOS establece un bloque de sanciones que, sin perjuicio de la imposición de las multas administrativas, implican la prohibición al sujeto infractor de que realice determinadas actividades, como por ejemplo, en materia de prevención de riesgos laborales, la cancelación a las entidades que actúen como servicios de prevención ajenos, de las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas, y de las entidades acreditadas para desarrollar o certificar la formación, de las acreditaciones otorgadas por la autoridad laboral (art. 40.3) o la suspensión temporal de las actividades de las empresas de trabajo temporal en caso de reincidencia en la comisión de una infracción muy grave, que junto a ese efecto, se le suma la consecuencia de que la autorización que poseía no recupera su eficacia y tiene que volver a pedirla (art. 41.3), o finalmente, las

¹⁴⁴ BERNARDO JIMÉNEZ, I.: «La Inspección de Trabajo y Seguridad Social: actuaciones en materia de prevención de riesgos laborales», en AA.VV.: *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social* (Coordinada por VÁZQUEZ GONZÁLEZ, I.), Aranzadi, 1999, págs. 198-199.

¹⁴⁵ Hay que decir, no obstante, que determinado sector de la doctrina considera que las medidas relativas a la paralización de actividades, suspensión o cierre de los centros de trabajo, o las limitaciones para contratar a la Administración no tienen naturaleza sancionadora sino que se trata de medidas preventivas directas y materiales, que tratan de evitar previsibles daños y/o detener el daño causado, siendo éste su objetivo primordial y no el de actuar como función coercitiva frente a posibles incumplimientos e incumplidores (*vid.*, DURÁN ROMASEWSKYS, S.: «Inexistencia de sanciones ante las infracciones de la Administración pública en materia de seguridad y salud laborales», *Aranzadi Social, 1997-V, Estudios e Índices*, págs. 195 y ss.).

sanciones previstas para los empresarios que colaboren voluntariamente en la gestión de determinadas prestaciones de Seguridad Social, la suspensión temporal de la autorización para colaborar, o incluso su retirada definitiva (art. 45).

Debe citarse también un bloque de sanciones que consisten propiamente en la privación de un derecho administrativo, es decir, de un derecho frente a la Administración pública, muchas veces, ya reconocido incluso por ésta. En este grupo, pueden incluirse las sanciones previstas para los empresarios en materia de empleo, relativas a la pérdida de las ayudas u otros beneficios que puedan haberse reconocido, o las que le inhabilitan al empresario para obtener subvenciones y otras ayudas públicas, previstas en su artículo 46 de la LISOS.

Finalmente pueden referirse algunas sanciones específicas con peculiaridades específicas, como la sanción consistente en publicar la sanción una vez firme, que se trata de una medida aplicable exclusivamente cuando se impone una sanción económica sobre infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, y por tanto, no es en sí misma una sanción de carácter autónomo (art. 40.2).

8. CONCLUSIONES

El principal objeto del presente trabajo es el análisis de la potestad sancionadora de la Administración pública en el orden social en relación a las infracciones cometidas por la parte empresarial.

1. Con respecto al primer título de este estudio, dedicado al análisis de la operatividad de los principios constitucionales del Derecho administrativo sancionador en el ámbito de la LISOS, se han tratado en primer lugar los principios de legalidad y tipicidad, y en este marco se ha advertido que es en materia de prevención de riesgos laborales donde se percibe visiblemente la presencia de infracciones de carácter abierto, básicamente por la utilización de conceptos jurídicos indeterminados. Además, también en este bloque de infracciones se recogen algunos tipos en los que se integra el requisito de incumplir la normativa de prevención de riesgos laborales cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales, con lo que, a falta de dicho marco reglamentario, aquellos tipos no pueden resultar aplicables.

Por lo que se refiere al principio de culpabilidad, y conforme a la doctrina constitucional, el presente trabajo plantea que la normativa social en materia de infracciones y sanciones no admite un régimen punitivo de responsabilidad objetiva o sin culpa, sólo que el modo de operar de dicho principio es distinto que en otros regímenes punitivos. Por una parte, la exigencia de dolo o culpa en la realización de la infracción no hay que referirla con respecto a un resultado antijurídico, ya que éste falta en la mayor parte de infracciones en materia social (aspecto muy palpable en las relativas a prevención de riesgos laborales), sino más bien, a la previsibilidad y evitabilidad de la propia acción u omisión que ha supuesto el incumplimiento de la norma. Así, la comprobación de que el empleador ha actuado de forma dolosa o negligente es esencial para posibilitar la imposición de una san-

ción administrativa (de hecho, para los casos en los que dicho elemento subjetivo no aparece contenido en la conducta infractora, la LISOS lo utiliza también como criterio para la graduación de las sanciones administrativas).

Finalmente, se ha de comentar que cada vez adquiere una mayor relevancia el principio de *non bis in idem* en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, es decir, la imposibilidad de sancionar los hechos que ya hayan sido objeto de sanción penal o administrativa, en los casos en los que concurra identidad de sujeto, fundamento y hechos, si bien se ha concluido que, en la fase jurídica actual, la aplicación de este principio en el Orden Social es especialmente difícil por la dificultad que supone apreciar la triple identidad expresada en una misma conducta infractora.

2. En relación al propio contenido de la LISOS, el presente trabajo ha pretendido afirmar el papel preponderante de la parte empresarial como sujeto responsable de la mayor parte de bloques de infracciones recogidas en la ley, si bien se ha hecho eco de la ampliación de los sujetos responsables, como consecuencia de las reformas habidas en estos últimos años, aspecto especialmente visible en materia de seguridad y salud en el trabajo.

En este sentido, la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, ha incluido en el ámbito de la LISOS un régimen sancionador específico sobre las obras de construcción, recogiendo consiguientemente una serie de tipos infractores que corresponden a los sujetos intervinientes en las obras de la construcción, y particularmente, a los promotores de las operaciones constructivas. En este apartado se ha hecho también un análisis detallado sobre la doctrina judicial habida en torno a las infracciones graves, en concreto ante aquellas conductas del empresario que «solamente» dispone la utilización de equipos de protección pero no su utilización efectiva, así como sobre las resoluciones que han diferenciado entre el régimen de infracciones graves y muy graves, anudando a estas últimas el requisito de «inmanencia» del riesgo laboral para poder ser apreciadas.

Por otra parte, el presente trabajo ha tratado también de forma preponderante el régimen sancionador en materia de extranjería, sobre todo por la entrada en vigor de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que ha hecho de las infracciones relativas al trabajo de los extranjeros una normativa de carácter especial, separada de la regulación sistemática de la potestad sancionadora en materia laboral establecida en la LISOS, la regulación del cual, pese a su vigencia formal, ha sido en gran medida vaciada tanto por la Ley de extranjería como por el reglamento que la ha desarrollado. Aun así, este estudio ha pasado a estudiar el artículo 54.1d) de la Ley 4/2000 que tipifica como infracción muy grave del empleador la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el correspondiente permiso de trabajo, que implica una sanción económica desde desde 6.001 hasta 60.000 euros, y se ha analizado el alcance de la reforma habida con la última Ley de acompañamiento de los presupuestos en la que se prevé un incremento de la sanción administrativa al empresario que emplee trabajadores extranjeros sin autorización para trabajar en la cuantía que hubiera correspondido a las cuotas de la Seguridad Social calculadas en función del período de empleo irregular del trabajador extranjero.