

Criterio Técnico núm. 45/2006 de 11 de febrero de 2006

Por el que se establecen orientaciones interpretativas sobre las circunstancias de graduación en las actas de obstrucción a la labor inspectora. Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Se vienen observando diferencias en la fundamentación y aplicación de los criterios de graduación, tanto para la agravación como para la atenuación de las propuestas de sanción, establecidos en el Art.39 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden social, en adelante TRLISOS, aprobada por el R.D. Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (B.O.E. del 8).

Si bien es cierto que, conforme a reiterada jurisprudencia (por todas, STS de 28 de febrero de 2000), “la Administración puede usar de una cierta discrecionalidad en la graduación de la sanción para acomodarla al conjunto de circunstancias concurrentes en la infracción”, no lo es menos que el principio de seguridad jurídica exige cierta proporcionalidad y armonía entre el interés que se protege y el medio que se aplica: la sanción (STS de 14 de julio de 2000).

Las diferencias que se vienen observando en las propuestas de sanción son considerables, hasta el punto de que por hechos iguales o análogos se proponen sanciones de cuantía muy dispar. Con el objeto de conformar y uniformar criterios de interpretación, reducir las diferencias de trato ante situaciones similares, y evitar, en la medida de lo posible, la anulación del acta o la reducción de la cuantía de la sanción propuesta, sea en sede administrativa o judicial, por incorrecta aplicación de las circunstancias de graduación, se ha considerado oportuno elaborar las siguientes orientaciones, que servirán de aplicación de forma directa a las actas de obstrucción, aunque su finalidad es que se tengan en cuenta para otras infracciones en la medida en que sean extensibles a las mismas.

En consecuencia, y en virtud de lo previsto en el artículo 18.3.7 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (B.O.E. del 15), esta Dirección General, en condición de Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a propuesta de la Subdirección General de Organización y Asistencia Técnica, dicta las siguientes:

ORIENTACIONES INTERPRETATIVAS

PRIMERA.- LA ACTIVIDAD SANCIONADORA COMO ACTIVIDAD REGLADA.

La actividad sancionadora de la Administración no es una actividad discrecional, sino una actividad típicamente jurídica y aplicativa de la norma, según lo reconoce el Tribunal Supremo (1) . Ciertamente es que, admitiendo que la actividad sancionadora es de naturaleza reglada, esta condición, no puede siempre alcanzar todos los puntos y vértices de aquella actividad. Así, no siempre la invocación del principio de igualdad en un caso similar sirve para proponer la misma sanción. Hay que examinar cada caso (2) , pero en las situaciones sensiblemente iguales debe darse una sanción similar por obra de los principios de igualdad y seguridad jurídica (3) . Ha de concluirse, en cualquier caso, que parece aconsejable cierta uniformidad e igualdad en los criterios para graduar y aplicar las

sanciones, haciéndose imprescindible que las sanciones propuestas en las actas de infracción y obstrucción respeten la proporcionalidad arriba aludida (4) . En este sentido, siempre deben expresarse con detalle los criterios de graduación aplicados (Art. 53.1 del TRLISOS y debe explicitarse el peso de cada criterio de graduación (Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1990, de 17 de diciembre), por exigirlo así los principios de seguridad jurídica y defensa del imputado (5) .

SEGUNDA.- CRITERIOS DE GRADUACIÓN DE LAS SANCIONES DEL ORDEN SOCIAL: NUMERUS CLAUSUS Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

En primer lugar, debe aclararse que las circunstancias agravantes o atenuantes expresadas en el TRLISOS (LA LEY 2611/2000), constituyen un “numerus clausus”, de acuerdo con los principios indeclinables del “derecho sancionador”, según los cuales existe una prohibición de imponer sanciones amparándose en reglas interpretativas extensivas o analógicas. En consecuencia no pueden aplicarse a las actas de obstrucción otros criterios de agravación que los que figuran en el elenco del Art. 39 del TRLISOS

La cuestión se ha suscitado de forma frecuente en los casos de obstrucción con ocultación de trabajadores extranjeros. En estos casos se ha venido aplicando en ocasiones con carácter supletorio o integrador, la regla de proporcionalidad contenida en el Art. 131.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que regula el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, en adelante LRJAPC , (B.O.E. del 27), donde se indica que “el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas”. A este respecto, debemos distinguir entre un criterio de graduación y un principio general de proporcionalidad que puede seguirse a la hora de aplicar los criterios de graduación. Este principio, por tanto, no se configura como un criterio de graduación, sino como un principio de inspiración en la aplicación de los criterios de graduación. Tal norma sería de aplicación en defecto de norma específica que regulara la materia en el orden social, lo que no es el caso, pues el TRLISOS implanta un sistema de calificación de las infracciones y graduación de las sanciones completo y cerrado. Cuestión distinta es que el legislador deba, por ser conveniente, adaptar esta norma a aquella de orden general. Así, el Art.131.2 LRJAPC no se refiere a la “aplicación de las sanciones establecidas”, sino al “establecimiento de sanciones pecuniarias”.

La existencia, como se ha señalado, de un principio de “numerus clausus” y de una prohibición absoluta de técnicas de extensión analógica avalan esta interpretación. La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 1989 confirma este criterio al declarar que sólo los criterios regulados en la correspondiente norma sancionadora deben tenerse en cuenta y no otros distintos por muy dignos que sean de tomarse en consideración. Por otra parte, desde esta perspectiva no cabe, pues la aplicación subsidiaria del Art. 131.2 de la citada LRJAPC ya que, en general, la aplicación subsidiaria de una norma se predica cuando existe una laguna legal de la disposición que se trata de completar, circunstancia que no concurre en el citado Art. 39 del TRLISOS ni tampoco se ha incluido en este precepto previsión alguna al respecto.

Distinto es el caso del mencionado principio de proporcionalidad como principio de referencia general. En este sentido, hay que recordar la sentencia del TS de 19 de mayo de 1981, que, citando la STS de 2 de febrero de 1979, declaraba que la proporcionalidad debe tenerse en cuenta a los fines de determinar la sanción, y son los Tribunales los que, en último extremo, controlarán la existencia o no de proporcionalidad en la imposición de una sanción (STS de 1 de febrero de 1985). Sin embargo, para calificar de quebrantado el principio de proporcionalidad se precisará que la desproporción sea importante, notoria o manifiesta (por todas, la STS de 2.11.1981). Cuando el beneficio obtenido con la sanción es superior al importe de la multa y el sujeto responsable es de ello consciente, su conducta constituye un auténtico fraude a la legislación administrativa sancionadora y a la política que inspira tal legislación. Por lo tanto, la admisión de dicha regla requerirá en todo caso un elemento de conexión con el criterio de graduación de fraude, que viene relacionado en el Art. 36 del TRLISOS, criterio que posteriormente se analizará con más detalle.

TERCERA.- APLICACIÓN DE VARIOS CRITERIOS DE GRADUACIÓN.

En principio, cuando se incluyen en el acta varios criterios agravantes, el Tribunal Supremo ha señalado que no existe ninguna relación aritmética entre la utilización de uno o más criterios legales y la graduación de la sanción, ya que ésta también depende de la “importancia que se le otorgue en el caso concreto a cada uno de los criterios empleados” (Sentencia del TS de 27.10.2004), por lo que la proporcionalidad, según el Tribunal Supremo, no exige esa relación aritmética, ni tampoco la ha establecido el legislador.

Sin embargo, ante la falta de regulación expresa específica del proceso de graduación, pueden contemplarse como criterios orientadores los del Código Penal, cuya aplicación supletoria se ha mantenido por una acrisolada jurisprudencia (6) . Por ejemplo, la STS de 26 de julio de 1996 aplica el Código Penal a la graduación de una sanción laboral, entendiendo que, por analogía con el Art. 61 del mismo (precepto vigente a la sazón), la concurrencia de una sola circunstancia agravante daría lugar a la sanción en grado mínimo, dejándola en la mitad del tramo de este grado. El actual Art. 66 del Código Penal vigente (L.O. 10/1995, de 23 de noviembre (, B.O.E. del 24) establece varias reglas sobre aplicación de penas en función de circunstancias atenuantes o agravantes. Ahora bien, el traslado a los procedimientos sancionadores administrativos de alguna de estas reglas resulta complicada, ya que mientras el Juez penal aprecia siempre de oficio las circunstancias atenuantes, la experiencia demuestra que no ocurre otro tanto en los procedimientos administrativos. Sin embargo, la regla contenida en el punto 3º puede ser francamente orientadora. La citada norma establece:

“(…) 3ª. Cuando concurren una o varias circunstancias agravantes, los Jueces y Tribunales impondrán la pena en la mitad superior de la establecida en la Ley (…)”

El traslado de esta regla a la graduación del TRLISOS implicaría que uno o más criterios de graduación justificarían la propuesta de sanción en la mitad superior de la cuantía de la multa, considerando como límite inferior la cuantía mínima del grado mínimo y como límite superior la cuantía máxima del grado máximo.

No obstante, parece lógico entender que la aplicación de un solo criterio de agravación llama a los grados inferiores. A “sensu contrario” así parece desprenderse de lo señalado en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1998, que admitió el grado máximo con tres criterios de agravación. Al tratar más adelante los criterios de graduación de forma individualizada, se desarrollarán las normas de interpretación más racionales, aunque sí podemos anticipar que, por una razón de pura lógica, la dimensión de la empresa y, en especial, su cifra de negocios debe tener especial relevancia a la hora de situar la cuantía del grado aplicable.

Por último, el hecho de que exista alguna circunstancia que encaje en alguno de los supuestos de graduación no quiere decir que siempre deba ser tenida en cuenta. Han de indicarse solamente aquellas que sean especialmente relevantes. Por otra parte, cuando se reflejan en el acta criterios agravantes junto a criterios atenuantes, se admite la eficacia compensatoria entre unas circunstancias agravantes y otras atenuantes (7) .

CUARTA.- EXPLICITACIÓN DE LOS CRITERIOS DE GRADUACIÓN.

Se exige no sólo la mención del criterio de graduación que concurra en los términos del Art. 39.2 del TRLISOS o la mera remisión genérica a dicho artículo, sino que su invocación requiere una motivación específica, huyendo de cualquier apreciación subjetiva, con el fin de quedar acreditada su existencia. En tal sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1998 y de 15 de julio de 1985. Si no se hace referencia expresa al criterio aplicado se provoca la indefensión del imputado (8) .

QUINTA.- ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DE GRADUACIÓN.

Los criterios de graduación de las sanciones establecidos en el art. 39.2 del TRLISOS deberían de interpretarse en la forma siguiente:

5.1. Negligencia o intencionalidad del sujeto infractor.

En todas las infracciones se exige algún grado de dolo o culpa, estando éstos incluidos siempre en la definición del ilícito administrativo, por lo que, en principio, tales criterios no sirven para graduar la sanción. Tal conclusión puede atemperarse, en cambio, si nos atenemos a alguna declaración jurisprudencial. Así, una intencionalidad especialmente cualificada y destinada a engañar mediante ocultación, malicia específica, engaño o malas artes puede tomarse como criterio de graduación de acuerdo con la STS 15.3.1988. Por ejemplo, en un acta de infracción por obstrucción podría darse esta especial intencionalidad cuando el empresario ha pretendido que un determinado trabajador - en situación ilegal - sea suplantado por otro trabajador - en situación legal - en la comparecencia ante la Inspección, todo ello con el fin de engañar; o cuando un empresario oculta a los trabajadores durante la visita del inspector o subinspector. Malicia e intención de ocultación son, pues, factores que el Tribunal Supremo ha valorado como representativos de esta circunstancia de agravación (STS 9. 12. 98). En caso de que se aplique este criterio jurisprudencial de intencionalidad especialmente cualificada, debe exponerse el mismo en el acta como un dolo superior en grado al contenido en la propia definición del ilícito, con el fin de justificar adecuadamente la circunstancia agravante.

Intencionalidad especialmente cualificada puede haber también, por ejemplo, cuando la empresa ya ha sido sancionada y no se puede apreciar reincidencia (STS 27.6.1995), siempre que se pueda iniciar nuevo expediente sancionador: Art. 7.4 RD 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 (B.O.E. del 3 de junio).

La conducta de obstrucción difícilmente admite las formas comitivas culposas, ni, en consecuencia, la agravación por negligencia.

5.2. Fraude.

Esta circunstancia de agravación exige la concurrencia de un propósito ilícito y un resultado prohibido por la norma, bajo la aparente cobertura de la misma. El fraude generalmente se traduce en la obtención de un beneficio mediante la conducta de obstrucción, beneficio que se puede expresar en forma de ventajas derivadas del incumplimiento de las obligaciones que establece la ley. Mediante la obstrucción se deja de cumplir con las obligaciones relativas, por ejemplo, a la Seguridad Social, vulnerándose la norma, el bien jurídico protegido y la fe pública. La conducta de fraude incluye la ocultación de datos e información a las Autoridades. En este criterio cobra especial importancia la regla de proporcionalidad contenida en el Art. 131.2 de la referida LRJPAC, según la cual la sanción no puede resultar más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas. En cualquier caso, debe explicitarse este criterio de la forma más concreta posible y debe construirse, si bien someramente, la relación entre la conducta de obstrucción, la ventaja obtenida, la ocultación y el ánimo defraudador.

5.3. Connivencia.

Esta agravante implica un acuerdo tácito entre el empresario y el trabajador de vulnerar la legislación vigente al obtener ambos ventajas de dicho incumplimiento. Hay indicios de que concurra esta circunstancia cuando el trabajador huye sin identificarse, sin mediar ninguna indicación, coacción, amenaza o fuerza por parte del empresario, con el fin de ocultar su situación irregular.

5.4. Incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección.

El requerimiento de documentos o identificación realizados mediante citación o en el Libro de Visitas en el momento de la visita no constituyen sino elementos integrantes de la actuación inspectora. Ahora bien, si la empresa no atiende tal requerimiento de información, el funcionario podrá realizar un segundo requerimiento, que, incumplido, sí podrá tenerse en cuenta en la valoración del grado en la sanción propuesta. Este requerimiento y/o advertencia debe ser formal (nueva citación, requerimiento o advertencia escrita o nueva diligencia en el Libro de Visitas) y no sólo verbal, pues debe ser expresado formalmente y quedar acreditado documentalmente (STSJ Cataluña de 30 de junio 2004). No puede, por tanto, apreciarse la agravante que nos ocupa si el requerimiento se hizo por teléfono o se aplazó la comparecencia por cualquier causa.

Cuando la advertencia o requerimiento se efectúa verbalmente, no implica que no exista, pero se plantea un problema de prueba si la empresa lo niega, lo que suele además suceder cuando se ha efectuado por teléfono; lo normal es que se documente mediante diligencia en el Libro de Visitas, pero si esto no fuera posible, debe hacerse constar expresamente en un oficio aparte y ser notificado al interesado para que al menos conste documentalmente su existencia. A veces las empresas alegan que la documentación requerida por la Inspección se encuentra en poder de terceros, por ejemplo, una gestoría, circunstancia que no puede admitirse, pues no aportar la empresa la documentación requerida, por no obrar en su poder constituye obstrucción, incluso cuando la citación sea para el día siguiente a la actuación inspectora, como señala la STS 16.2.1996, lo que no excluye que haya normalmente que dar un plazo razonable en el requerimiento de documentación.

5.5. Cifra de negocios de la empresa.

Como “cifra de negocios de la empresa”, teniendo en cuenta la literalidad de la norma, no ha de considerarse solamente la del centro visitado, sino la del conjunto de la empresa, puesto que se pretende apreciar la capacidad económica del sujeto infractor. Debe señalarse siempre la cifra económica exacta (STS Andalucía 17.4.1998). Se trata de un criterio aceptado por la jurisprudencia constitucional (entre otras, STC 19/1988, de 16 de febrero), aunque a veces es difícil de apreciar. Se suele considerar la cifra de negocios del último ejercicio económico. Desde un punto de vista práctico, podemos acudir a algunas pautas marcadas por los tribunales:

- a) No puede apreciarse esta circunstancia o debe apreciarse como atenuante cuando se trata de pequeñas empresas (a sensu contrario, STS 8.5.2000 y STSJ Extremadura de 26.7.2002).
- b) Sí debe apreciarse cuando se trata de empresas importantes (STS 8.5.2000 y STSJ Extremadura de 26.7.2002).
- c) No puede apreciarse o debe apreciarse como atenuante si la cuenta de resultados arroja pérdidas (STSJ Andalucía de 29.7.1999)
- d) Sí debe apreciarse si hay hechos trascendentales para la cifra de negocios (STS 15.3.1988).
- e) No debe apreciarse o apreciarse como atenuante si la empresa sufre una situación económica precaria -v.gr. suspensión de pagos- (STS 15.4.1988)

5.6. Número de trabajadores afectados.

Debe indicarse el número de trabajadores afectados expresamente y de manera inequívoca, evitando suposiciones o conjeturas. La ponderación de este criterio como circunstancia de agravación requiere una dosis alta de racionalidad, ya que la ley no establece mayores precisiones en cuanto a la aplicación del mismo. Tras examinar detenidamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo a lo largo de los últimos años, sólo se encuentran dos sentencias que pueden servir de orientación. Así:

a) Doce trabajadores afectados justifica el grado máximo (STS 25 julio 1989).

b) Veintiocho trabajadores de una plantilla de dos mil sirve para rebajar al sanción por graduación (STS 5.7.1988).

La primera de las sentencias constituye un ejemplo de aplicación del grado máximo por doce trabajadores afectados. Así, si la infracción fuera muy grave, la sanción no podría superar 4.006 Euros por trabajador y a partir del segundo trabajador, que es el resultado de dividir la cuantía mínima del grado máximo por los trabajadores afectados (12). La consideración, como cuestión de principio, de la cuantía mínima del tramo y no la máxima obedece a la interpretación restrictiva de la que siempre es tributario el Derecho sancionador (por todas la STS de 25 de julio de 1989).

Generalmente se aplica este criterio de graduación cuando no es posible identificar a los trabajadores en el curso de la actuación inspectora, pero, en su caso, idéntica regla puede aplicarse a los supuestos de infracciones por obstrucción leves y graves. No obstante, esta cantidad podría reducirse en cuantía hasta el mínimo del grado correspondiente, o aumentarse en su caso, en función de la significación de la relación entre los trabajadores afectados y la plantilla de la empresa, tal y como hace la Sentencia de 5 de julio mencionada en el apartado b) anterior, pero en tal caso debería justificarse tal circunstancia.

Por lo tanto, los criterios referidos arriba pueden servir de ayuda y mera orientación a la hora de cuantificar la sanción a proponer en el acta en los casos de obstrucción.

5.7. Perjuicio causado y cantidad defraudada.

Ante la cuestión de qué ha de entenderse por perjuicio causado, podemos encontrar la respuesta en el Art. 311 y ss del Código Penal, que hace referencia a los trabajadores que por acción u omisión del empresario estén sometidos a condiciones laborales o de seguridad que perjudican sus derechos legalmente reconocidos. Por ejemplo: si la empresa no identifica a los trabajadores, existen indicios racionales de que tales trabajadores se encuentran en situación irregular, lo que implica un perjuicio para los mismos, pues su falta de identificación bien va a impedir o dificultar la actuación inspectora tendente a su regularización (alta de oficio, regularización de extranjeros, arraigo laboral), bien otras actuaciones que permitan la reclamación, en vía judicial, por parte del trabajador de un periodo de carencia y la responsabilidad de la empresa en orden a las prestaciones, o bien actuaciones tendentes a reconocer la estabilidad en el empleo, etc. Aunque el perjuicio causado o “potencial” (9) es inherente al tipo infractor (10) , puede servir como elemento para apreciar un plus de agravación si se concreta y detalla el tipo de perjuicio causado a los trabajadores (11) . Por ello, el perjuicio causado hay que entenderlo referido a los trabajadores y la naturaleza del perjuicio puede traducirse también en un quebranto económico (peor salario o prestación, etc). Las STS de 12 de diciembre de 2000 y de 30 de marzo de 2005 señalan que “la posibilidad de causar un perjuicio económico está relevada de prueba cuando resulte patente o se trate de un

riesgo notorio (...)”. Sin embargo, cuando ese perjuicio económico no resulta patente, el acta debe no sólo consignar ese posible riesgo, sino también acreditar la posibilidad de su concurrencia.

En cuanto a la cantidad defraudada, caben aplicarse similares planteamientos probatorios en cuanto a su concurrencia. Generalmente hay que entenderla referida a la Seguridad Social. En todo caso, será imprescindible concretar la causa de la defraudación, aunque su determinación o cuantificación pueda hacerse de forma aproximada o por referencia a periodos o conceptos, en su caso.

SIXTA.- CONCURRENCIA DE UN ACTA DE OBSTRUCCIÓN Y OTRO ACTA DE LA MATERIA OBSTRUIDA.

En ocasiones se procede a extender un acta por obstrucción a la labor inspectora porque la empresa ha impedido completar la actuación de identificación de una persona, por ejemplo, de un extranjero, y simultáneamente y como resultado de la misma actuación a extender otro acta por la ocupación del mismo trabajador extranjero que no ha podido ser plenamente identificado, aunque se haya conseguido algún tipo de información personal. En principio debe estimarse que sólo procedería practicar acta de infracción si el actuante finalmente ha logrado con posterioridad a la obstrucción, identificar al trabajador y determinar la situación que da lugar a la infracción.

En caso de no poder hacerlo, procedería extender acta de infracción por obstrucción, pero no ambas, ya que resultaría contradictorio sancionar por un hecho y por el contrario, salvo que se considerase que la obstrucción ha consistido en acciones que, aunque no han impedido, sí han perturbado o retrasado la actuación inspectora; supuestos éstos en los que sería posible extender ambas actas.

EL DIRECTOR GENERAL/AUTORIDAD CENTRAL DE LA INSPECCION DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Raimundo Aragón Bombín

SRES. DIRECTOR ESPECIAL, DIRECTORES TERRITORIALES Y JEFES DE LAS INSPECCIONES DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.

(1)

Sentencias de 23 de diciembre de 1981, de 3 de febrero de 1984 y de 19 de abril de 1985.

(2)

STS 18.11.88.

(3)

STS 23 .5.1987.

(4)

STS 28.2.2000.

(5)

STSJ Baleares de 26 de enero de 2001.

(6)

STS 28.12.1988 y STS 15.3.1988, por todas.

(7)

STS 17.2.1998.

(8)

STS 9.12.1998.

(9)

STS de 12 de diciembre de 2000 y de 30 de marzo de 2005.

(10)

STSJ Andalucía de 25.6.1999.

(11)

STSJ Castilla y León de 10.6.1997.