

La apropiación indebida de la cuota obrera: aspectos administrativos

José Antonio Martínez Lucas*

I. Introducción

Uno de los temas que, sin duda, ha preocupado más a la doctrina administrativista es el relativo al Derecho Administrativo Sancionador debido, fundamentalmente, al gran auge y espectacular desarrollo que está tomando el poder sancionador de la Administración pública española, a diferencia del panorama que nos ofrece el Derecho comparado caracterizado por el rechazo del poder punitivo de la Administración, si bien matizado en estos últimos tiempos a través de la vía de la despenalización¹.

Consecuencia de esta honda preocupación, se ha tratado de elaborar una teoría general de la infracción administrativa, a la que resulten de aplicación los principios y

* Letrado de la Administración de la Seguridad Social

¹ ESTEVE PARDO. Sanciones administrativas y potestad reglamentaria, REDA nº 49, 1986. GARCIA DE ENTERRIA. El problema jurídico de las sanciones administrativas, REDA nº 10, 1976. La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Supremo, REDA Nº 29, 1981. Curso de Derecho administrativo, volumen II, Madrid, 1988, págs 147 y ss. GARRIDO FALLA. Tratado de Derecho administrativo, volumen II, Madrid, 1987, págs 137 y ss. PARADA VAZQUEZ. El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal, RAP nº 67, 1972. Derecho administrativo. Parte general, Madrid, 1989, págs 327 y ss. PAREJO ALFONSO. Manual de Derecho administrativo, Barcelona, 1990, págs 242 y ss. SUAY RINCON. El Derecho sancionador, perspectivas de reforma, RAP Nº 109, 1986.

parámetros propios del campo del Derecho penal², influida claramente por los pronunciamientos del Tribunal Constitucional al establecer como límites a la potestad sancionadora de la Administración los recogidos por el artículo 25 de la Constitución³.

El presente trabajo tiene una diversidad de finalidades. De una parte, contribuir a la formación y desarrollo del estudio del Derecho administrativo sancionador mediante el análisis de una específica sanción administrativa que se inserta en el campo de la Seguridad Social. De otra, intentar si el posible encontrar matices diferenciales con la conducta delictiva de la "apropiación indebida de la cuota obrera"⁴. Finalmente, solucionar alguno de los problemas que pueden comportar la aplicación del principio non bis in idem en el caso de concurrencia con el orden jurisdiccional penal.

II. La protección administrativa de la Seguridad Social

La instauración de un sistema público de Seguridad Social de corte predominantemente contributivo en la realidad española hace necesario, de un lado, allegar los medios económicos suficientes para sufragar los gastos dimanantes de la protección que proporciona el sistema y, de otro, dotar de un aparato coactivo con la finalidad de prevenir y reparar aquellas conductas que sean contrarias a los pilares básicos de su sostenimiento.

La virtualidad del principio contributivo se traduce en la obligación de cotizar por los dos sujetos con intereses contrapuestos en la relación laboral: el empresario y el trabajador. Esta obligación de cotizar la asume en mayor medida el empresario debido, principalmente, a la incapacidad contributiva de los trabajadores, justificándose en base a la responsabilización legal del empresario por las necesidades de los trabajadores a su servicio.

En el régimen jurídico vigente, el empresario se concibe, por una parte, como sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar frente a la Tesorería General de la Seguridad Social, debiendo ingresar la cuota total (art. 68 LGSS); por otra parte, como sujeto responsable del descuento de la aportación de los trabajadores al tiempo de realizar el pago de los salarios, de manera que, si no se realizase el descuento en ese momento, no podría realizarlo con posterioridad (art. 68.2 LGSS).

² Ejemplos de esta teorización los encontramos en autores como GARBERILLOBREGAT. La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y procedimiento administrativo sancionador, Madrid, 1989. SANZ GANDASEGUI. La potestad sancionadora de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional, Madrid, 1985. SUAY RINCON. Sanciones administrativas, Bolonia, 1989.

³ STCo 77/1983, de 3 de octubre. Anteriormente, el Tribunal Supremo en sus sentencias de 2 y 25 de marzo de 1972 entendió que los principios del Derecho penal eran de aplicación a las infracciones y sanciones administrativas.

⁴ Una reiterada doctrina de la Sala II del Tribunal Supremo, condensada en las sentencias de 21 de diciembre de 1978, 22 de enero de 1979, 23 de junio de 1980, 25 de marzo de 1981, 28 de abril de 1983, 7 de junio de 1984, 20 de diciembre de 1985, 24 de febrero de 1986, 11 de noviembre de 1988 y 29 de septiembre de 1989, viene instando la conducta de no ingresar a la Tesorería General de la Seguridad Social de la cuota correspondiente al trabajador, una vez descontada, dentro del tipo penal del artículo 535 del Código Penal.

Esta responsabilidad es mayor en el supuesto del apartado 3 del artículo 68 al disponer que “el empresario que habiendo efectuado tal descuento (se refiere a la retención de la aportación del trabajador) no ingrese dentro del plazo la parte de cuota correspondiente a sus trabajadores, incurrirá en responsabilidad ante ellos y ante las Entidades Gestoras afectadas, sin perjuicio de las responsabilidades penal y administrativa que procedan”.

El legislador ha expresado, por tanto, la necesidad de la protección del pilar básico de la Seguridad Social: la obligación de cotizar. Esta responsabilidad se bifurca en dos tipos, queriendo hacer compatible la reacción del orden penal y administrativo, fruto de la concepción política de la época, que vendrá a poner fin la promulgación de la Constitución y la doctrina del Tribunal Constitucional.

La responsabilidad administrativa del empresario, recogida en el anterior apartado, se regulará en el Reglamento General de Faltas y Sanciones del Régimen General de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 2892/1970, de 12 de septiembre, cuyo artículo 4.1.3.a) y c) consideraba como faltas muy graves la de “retener indebidamente, no ingresándola dentro del plazo, la parte de cuota descontada a sus trabajadores” y la de “descontar a sus trabajadores una cantidad superior a la que legalmente proceda como parte de la cuota que a éstos corresponda”. La consecuencia de esta infracción será la imposición de la sanción de multa “en su grado mínimo de 100.001 a 200.000 pesetas; en su grado medio, de 200.001 a 300.000 pesetas; y en su grado máximo, de 300.001 a 500.000 pesetas” (art. 6.3 del citado Reglamento).

La Constitución de 1978 iba a consagrar la identidad de principios entre el orden represivo penal y el administrativo. De ahí, la necesidad de dotar de una cobertura legal adecuada a las infracciones laborales tipificadas en la etapa anterior por vía de Reglamento⁵.

El resultado final será la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social, que destina su capítulo III a las “infracciones en materia de Seguridad Social”.

El artículo 15.2 del anterior texto legal considera como infracción muy grave “retener indebidamente, no ingresándola dentro del plazo, la parte de cuota de Seguridad Social descontada a sus trabajadores, o efectuar descuentos, no ingresándolos, superiores a los legalmente establecidos”, llevando aparejada como sanción una multa “en grado mínimo, de 500.001 a 2.000.000 de pesetas; en su grado medio, de 2.000.001 a 8.000.000 de pesetas; y en su grado máximo, de 8.000.001 a 15.000.000 de pesetas⁶.”

⁵ Las sentencias del Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 de octubre, 42/1987, de 7 de abril y 3/1988, de 21 de enero, aclaran los límites de la potestad sancionadora de la Administración.

⁶ Un estudio general de la Ley 8/1988 lo realiza GARCIA BLASCO en “Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril”, Madrid, 1989. También se puede consultar el artículo de GARCIA FERNANDEZ ‘La Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social’, en LA LEY núm 2083, de 21 de octubre de 1988.

III. La conducta típica

El nuevo artículo 15.2 podemos descomponerlo en dos modalidades distintas de acción: la primera, consistente en la falta de ingreso dentro del plazo reglamentario de la aportación obrera descontada; la segunda, la falta de ingreso de descuentos superiores a los establecidos legalmente.

1. Retención indebida de la parte de cuota de la Seguridad Social descontada a sus trabajadores, sin su ingreso dentro del plazo.

El núcleo de la conducta típica viene constituido por la retención indebida del empresario que al abonar los salarios a los trabajadores descuenta las cuotas correspondientes a la participación de éstos para contribuir al sostenimiento de los gastos de la Seguridad Social y, reteniendo las mismas, no las transfiere a la Tesorería General de la Seguridad Social. Los presupuestos básicos para que podamos aplicar esta modalidad son los siguientes:

a) La constitución de la relación jurídica de cotización.

Aunque la literalidad del texto no lo recoja expresamente, constituye un requisito imprescindible la válida constitución de la relación jurídica de cotización, para lo que es necesario la inscripción del empresario y la afiliación y el alta de los trabajadores a su servicio. Cumplidos estos requisitos surge la relación jurídica de cotización perfecta y, por tanto, el deber específico de retener e ingresar las cantidades descontadas.

En el supuesto de ausencia de alta o de baja del trabajador, no puede haber contravención administrativa, al faltar el presupuesto necesario para que sea obligatorio efectuar el descuento de la cuota en el salario del trabajador y su ingreso posterior a la Tesorería General de la Seguridad Social. De esta manera, cuando el trabajador engañado por el empresario cree estar dado de alta, si el empresario descuenta la cuota y la retiene indebidamente, lo que se da es una estafa en concurso con el delito del artículo 499 bis del Código Penal y no la infracción administrativa del artículo 15.2 de la Ley 8/1988, ya que al faltar el alta no estaremos ante una relación jurídica de cotización perfecta, faltando la condición indispensable para que pueda realizarse legalmente la retención. En el caso de pagarse contra legem con los trabajadores la omisión del alta y la entrega a éstos de la totalidad del salario, la infracción que se daría es la regulada en el artículo 14.1.2 de la Ley 8/1988 y no la del artículo 15.2 o el delito de imposición ilegal de condiciones de trabajo del artículo 499 bis.1 ya que para su incriminación es irrelevante el consentimiento del trabajador.

b) El descuento de la cuota relativa a la aportación de los trabajadores.

Para que estemos en presencia de esta conducta es necesario, además, que el empresario descunte la parte de cuota correspondiente a la aportación del trabajador. Este descuento se realiza por el empresario en el momento de abonar el salario a los trabajadores a su servicio, teniendo reflejo formal en las nóminas. De no realizarse el descuento en el momento de hacer efectivas las retribuciones a los trabajadores, entraría en juego el número 2 del artículo 68 de la LGSS, quedando el empresario como sujeto obligado de las cuotas no descontadas en ese espacio temporal⁷.

⁷ El artículo 68.2 LGSS dispone que “el empresario descontará a sus trabajadores, en el momento de

En cuanto al ámbito objetivo del descuento, debemos tener en cuenta que la aportación del trabajador se concreta mediante la aplicación de unos tipos de cotización a la base de cotización que a cada concreto trabajador corresponda. El empresario podrá descontar por contingencias comunes o generales, por desempleo, por horas extraordinarias y por formación profesional, debiendo estar para fijar la cuantía total de la cuota descontada a los Reales Decretos de cotización⁸.

c) Retención indebida.

El descuento de las aportaciones de los trabajadores es una operación que normalmente la realizan los empresarios en el momento de hacer efectivas las retribuciones a los trabajadores a su servicio. Pero no por esa mera circunstancia estamos en presencia de una infracción administrativa. Es necesario, además, que se retenga estas cantidades y que se retengan indebidamente.

La palabra "retener", según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa "detener, conservar, guardar para sí". Es decir, el empresario al descontar la cuota obrera y no ingresarla, está realizando una desviación de cantidades que ha recibido de los trabajadores, recepción de carácter jurídica, ya que al constituirse el empresario como un recaudador indirecto de la Seguridad Social, no tiene sentido una recepción material de la parte del salario descontada debido a las características intrínsecas del dinero que, a diferencia de las demás cosas muebles, la simple entrega supone la transmisión de la propiedad⁹.

La utilización del término "indebida" supone que el empresario que haya descontado tales cantidades a los trabajadores no puede compensarlas de algún modo con derechos o créditos que ostente con la Seguridad Social. El empresario puede compensar un derecho a la devolución de ingresos indebidos de cualquier recurso, el pago de prestaciones satisfechas por las empresas en forma delegada, como consecuencia de su colaboración obligatoria en la gestión de la Seguridad Social o créditos respecto de los cuales, por disposición de carácter general, se prevea esta causa de extinción y en los términos que la misma regule (art. 46.2 del Real Decreto 716/1986). Esta compensación

hacerles efectivas sus retribuciones, la aportación que corresponda a cada uno de ellos. Si no efectuase el descuento en dicho momento no podrá realizarlo con posterioridad, quedando obligado a ingresar la totalidad de las cuotas a su exclusivo cargo".

⁸ Para el año 1989, la cotización a cargo del trabajador era: para contingencias comunes, el 4'8%; para desempleo, el 1'1%; para horas extraordinarias estructurales, el 2%; para las demás horas extraordinarias, el 4'8%; y para formación profesional, el 0'1%. La cotización para contingencias profesionales (accidentes de trabajo y enfermedad profesional) incumbe exclusivamente a la empresa y, por tanto, sin posibilidad de efectuarse descuentos a su cargo.

⁹ Dentro de las cualidades que distinguen el dinero de las demás cosas muebles, se señalan por la doctrina la ultrafungibilidad o fungibilidad por excelencia y su consumibilidad, al considerarse como un medio de cambio. La propiedad del dinero se transmite con la "traditio", es decir, que su utilización comporta la pérdida de la propiedad, pues el uso adecuado a su naturaleza es el gastarlo o consumirlo. Sobre las características del dinero, puede consultarse: BONET CORREA. Las deudas de dinero, Madrid, 1981, pags 273 y ss. CASTAN TOBENAS. Derecho civil español, común y foral, tomo 1, volumen II, Madrid, 1982, pags 615 y ss. GARRIGUES. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I, Madrid, 1983, pags 188 y ss. PUIG BRUTAU. Derecho general de obligaciones, tomo 1, volumen II, Barcelona, 1988, pags 325 y ss.

comporta respecto de las aportaciones de los trabajadores a la cotización, deducidas de los salarios y no ingresadas, una exclusión o disminución de la retención indebida de aquellas cuantías, siempre que la compensación se lleve a efecto de conformidad con la normativa vigente¹⁰.

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayor de 1988 desestimó el alegato de la empresa actora de la compensación por cuanto que “resulta imposible a la vista de los datos suministrados si se produce o no, aun partiendo de que fuera posible, que no lo es en el caso de autos”. Esta sentencia traía causa en la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional de 14 de noviembre de 1986 que desestimó la compensación al no haberse suministrado por la empresa el dato correspondiente a la cuantía económica de la cuota de Seguridad Social que como empresa le correspondía.

Finalmente, interesa destacar que en el ordenamiento vigente se le da una mayor importancia a la aportación obrera que a la cuota empresarial, como resulta de: a) el artículo 40 del Real Decreto 716/1986, de 7 de marzo, al establecer la imposibilidad de aplazamientos de la aportación de los trabajadores; b) los artículos 83 y siguientes de la Orden de 23 de octubre de 1986, al regular el procedimiento de ingreso separado de las aportaciones de los trabajadores; y c) el apartado 3 del artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores, al establecer la prohibición de cláusulas por virtud de las cuales se pusieran a cargo de la empresa la cotización que les corresponda a los trabajadores. Esta importancia cualitativa reseñada se completa con el aparato coactivo consistente en la infracción administrativa que es objeto de estudio.

d) Falta de ingreso de la cuota descontada dentro del plazo.

Además de la retención indebida de la cuota descontada a los trabajadores a su servicio, el empresario dispone de un lapso temporal dentro del cual no se puede incriminar por la contravención del artículo 15.2. Es necesario que transcurra el plazo de ingreso para considerar sancionable la conducta del empresario. La cuota total y, dentro de ella, la aportación descontada a los trabajadores, debe ingresarse por mensualidades vencidas, en un solo acto y durante el mes siguiente a su devengo (artículos 8 de la Ley 40/1980 y 69 del Real Decreto 716/1986). Excepcionalmente, en los casos en que se considere conveniente por la Tesorería General en razón de la índole de la actividad de la empresa o fijeza de sus trabajadores y para una mayor facilidad y simplicidad del proceso recaudatorio, dicho plazo puede ampliarse a dos o más meses naturales, si bien esta excepción no afectará a la forma y tiempo en que haya de efectuarse el descuento de la aportación que corresponda a los trabajadores (art. 71 de la Orden de 23 de octubre de 1986).

No obstante, el principio de integridad en el ingreso de las aportaciones de la cuota como regla general, los empresarios pueden ingresar las aportaciones de los trabajadores

¹⁰ El juego legal de la compensación, recogido por la Orden de 25 de noviembre de 1966, el Real Decreto 1694/1982, de 9 de julio y la Ley 44/1983, de 28 de diciembre, ha sido suavizado por la jurisprudencia, como se desprende de las sentencias de 1 de junio de 1979, 26 de octubre de 1982, 2 de mayo de 1983 y 21 de septiembre de 1984. También deben consultarse los artículos 46 a 49 y 72 del Real Decreto 716/1986 y los artículos 38 a 42 de la Orden de 23 de octubre de 1986.

por separado cuando prevean que va a ser incumplido el plazo general, entendiéndose aquéllas como ingreso a cuenta de la totalidad de la cuota, a cuya cantidad restante se aplicarían las normas de recaudación extemporánea y de responsabilidad, pero no cabría la sanción por infracción del artículo 15.2.

e) La disposición de medios de pago.

Aunque este requisito no está incluido en la redacción literal del precepto, debe insertarse como presupuesto necesario, pues sólo el empresario que tenga disponibilidad de medios de pago puede realizar efectivamente el descuento y retener indebidamente la cuota obrera.

Hacemos, pues, extensible este requisito que se exige en el delito de apropiación indebida de la cuota obrera a la infracción administrativa del artículo 15.2¹¹, si bien serán escasos los casos en que encontremos una ausencia total de liquidez. Si a pesar de una supuesta carencia de medios, el empresario realiza pagos a proveedores, podemos concluir que el empresario que ha retenido la cuota obrera tiene capacidad de pagos. Cualquier acto posterior al transcurso del plazo para el ingreso en la Tesorería General que implique una adquisición, compra, liberalidad o, en definitiva, un gasto, supone una disponibilidad de medios de pago y, por tanto, su calificación como infracción administrativa.

La sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de noviembre de 1986 desestimó el alegato de la crisis económica que padecía la empresa declarando que “no es causa eximente de su responsabilidad en cuanto a la obligación legal que sobre ella pesaba de ingresar en la Tesorería de la Seguridad Social las cuotas correspondientes a la Seguridad Social de sus trabajadores, siendo de estimar tal circunstancia sólo como atenuante de dicha responsabilidad, como precisamente tuvo en cuenta la Administración sancionadora cuando impuso la sanción en su grado mínimo”.

Tal doctrina resulta criticable por las razones antes expuestas: el empresario que carezca de capacidad de pago no puede retener efectiva y realmente las cuotas descontadas a sus trabajadores. En todo caso, creemos que se recorrerá una postura paralela al delito de apropiación indebida de la cuota obrera que, en un primer momento, el Tribunal Supremo no consideró este requisito como imprescindible al entender que el empresario al realizar el descuento en las nóminas tenía por este hecho capacidad de pago¹².

¹¹ La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1980 estimó que no había delito de apropiación indebida de la cuota obrera por cuanto que los hechos declarados probados manifiestan “la situación angustiosa y caótica de la empresa de autos, el esfuerzo denodado con el que se logró pagar parte de lo adeudado a los trabajadores de la misma, la ausencia de deducciones o descuentos, imposibles ante la penuria total y la carencia de recursos en que la empresa se hallaba a la sazón, y la falta de acreditamiento del adueñamiento pretendido o de que ‘el procesado haya dispuesto de tales sumas’, totalmente imposible, por lo demás, pues nadie puede apropiarse de lo que no tiene existencia real.

¹² La sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1976 frente a la alegación de la carencia de medios de pago por el empresario declaró que si “el recurrente o la empresa se quedaron con la cantidad descontada, no puede en buena lógica aducirse que no se ingresó por carencia de medios, ya que lo que había de ingresar era cabalmente lo descontado en tal concepto”. En el mismo sentido, las sentencias de 17 de febrero de 1977 y de 22 de enero de 1979.

Concluimos, por tanto, que sólo ante una carencia total de medios de pago podemos descartar el ilícito administrativo. Por consiguiente, la suspensión de pagos no puede suponer la carencia de medios de pago, ya que se caracteriza por una falta accidentada de liquidez, en cuanto que el activo debe ser superior al pasivo. Consecuencia de la capacidad de pago limitada del empresario, puede hacer efectivas facturas de sus proveedores, cobrar sumas de dinero debidas por sus clientes o realizar adquisiciones de mobiliario, máquinas o instalaciones para su mejor funcionamiento. Son actos dispositivos que nos indican que efectivamente existe disponibilidad de medios de pagos y, si a pesar de ello, el empresario prefiere hacer frente a tales gastos en función de las cantidades que le han abonado sus clientes, será posible su calificación como infracción administrativa.

La sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de junio de 1985 estimó el expediente de suspensión de pagos como un hecho que debe tenerse en cuenta en el momento de imponer la sanción, dando lugar a que la Sala modificara el acto administrativo impugnado rebajando la sanción a la cantidad de 301.000 pesetas en lugar del millón de pesetas impuestas por la Administración.

2. Efectuar descuentos superiores a los legalmente establecidos, sin su ingreso posterior.

El antecedente de este supuesto lo encontramos en el Reglamento General de Faltas y Sanciones del Régimen General de la Seguridad Social de 1970, al considerar como falta muy grave la de “descontar a sus trabajadores una cantidad superior a la que legalmente proceda como parte de la cuota que a éstos corresponda”.

El núcleo de esta conducta está constituido por la falta de ingreso del empresario que realiza descuentos superiores a los establecidos en el ordenamiento jurídico, siendo presupuestos básicos de esta modalidad los siguientes:

- a) La constitución válida de la relación jurídica de cotización como *prius* lógico de la realización de descuentos por el empresario.
- b) La realización de descuentos superiores por el empresario. Los descuentos que puede realizar el empresario son los expuestos anteriormente.
- c) La falta de ingreso que supone la retención indebida de las sumas descontadas por encima de las previstas en la ley.

IV. Los sujetos responsables

Es sujeto responsable de la infracción el empresario, que puede ser tanto una persona física como jurídica, según establece el artículo 2 de la Ley 8/1988. La delimitación del concepto de empresario como sujeto responsable de la infracción la obtenemos de la conjunción de la normativa laboral y de Seguridad Social. El empresario, desde un punto de vista laboral, “es la parte del contrato de trabajo frente a la que se asume la obligación de trabajar por la otra, y que asume a su vez respecto de ésta la obligación de remunerar”¹³.

¹³ ALONSO OLEA. Derecho del Trabajo. Madrid, 1987., pag 137.

El empresario, desde un punto de vista de Seguridad Social, es quien realiza una actividad económica que figure inscrito como tal en la Tesorería General de la Seguridad Social, como requisito previo e indispensable a la iniciación de sus actividades (art. 63 LGSS) y como presupuesto necesario para la constitución de la relación jurídica de cotización.

V. El principio de culpabilidad

Las dos modalidades que acaban de ser examinadas se incluyen dentro del Capítulo III de la Ley 8/1988, relativo a las infracciones en materia de Seguridad Social.

El concepto de estas últimas está recogido en el artículo 12 del mencionado texto legal al establecer que “son infracciones en materia de Seguridad Social las acciones y omisiones de los distintos sujetos responsables, a que se refiere el artículo 2.2, contrarias a las disposiciones legales y reglamentarias que regulan el Sistema de la Seguridad Social, tipificadas y sancionadas como tales en la presente Ley”¹⁴.

La anterior definición no comporta la exigencia del elemento voluntario o de culpabilidad en el sujeto responsable de la infracción, lo que conlleva a un distanciamiento con la técnica utilizada por el artículo 1.1 del Código Penal que, desde la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, se rechaza del ámbito punitivo penal todas las manifestaciones de responsabilidad objetiva.

Ante este estado de la cuestión, podemos adoptar dos posturas bien diferenciadas. Primera, considerar que la infracción en materia de Seguridad Social tiene una naturaleza diversa de la infracción penal; de aquí se sigue que no tengan que aplicarse los principios y garantías que rigen en el Derecho Penal, como es el caso de la exigencia de culpabilidad para que se pueda calificar un hecho como delictivo. Segunda, considerar que la infracción en materia de Seguridad Social tiene naturaleza análoga a la penal, por cuanto que ambas son manifestaciones del ius punitivo que detenta el Estado, siendo necesario la concurrencia de todos los requisitos necesarios en el ámbito penal para la existencia de una infracción y, por tanto, la exigencia de la culpabilidad en el sujeto responsable.

En este último sentido, SUAY RINCON se expresa en los siguientes términos: “Conocemos los elementos esenciales de la institución que nos ocupa (las sanciones administrativas), así, pues, podemos preguntarnos si partiendo de alguno de tales elementos (sujeto, objeto, finalidad, forma y presupuesto) puede o no sostenerse con fundamento la existencia de una diversidad de signo cualitativo entre estas sanciones y las penales. Si así fuera sus principios también habrían de ser diferentes (hablamos — claro está— en un sentido puramente dogmático). En caso contrario, sin embargo, la conclusión no podría ser otra que la existencia de una profunda y sustancial identidad entre las dos figuras, y no habría modo de defender para las sanciones administrativas

¹⁴ La regulación anterior establecía que “constituirán infracciones al Régimen General de la Seguridad Social las acciones u omisiones que se señalan en el presente Reglamento respecto a los distintos sujetos responsables (art. 1 del Decreto 2892/1970, de 12 de septiembre).

la aplicación de unos principios que no fueran los de las sanciones penales” “.. para terminar, en fin, afirmando que, desde un punto de vista sustantivo, no hay nada que , en realidad, diferencie las sanciones administrativas de las penales, por lo que, en conclusión, serán los principios propios de estas sanciones los que mejor se adecúan a las características intrínsecas de aquéllas” ¹⁵.

El Tribunal Supremo no aclara la cuestión, adoptando posiciones totalmente contradictorias en relación con la exigencia de culpabilidad. De un lado, hay pronunciamientos donde se estima la culpabilidad como un pilar básico del Derecho laboral sancionador. De otro, en ocasiones, no se estima necesario la concurrencia de culpa y vale, en consecuencia, la responsabilidad objetiva con carácter general, y como mucho aquélla opera como agravante de la sanción.

En la primera línea jurisprudencial se sitúa la sentencia de 23 de noviembre de 1981 que declaró que “en materia de culpabilidad cualquiera que sea la zona del derecho en que se valore no puede resolverse por meras presunciones o indicios, sino que hay que tener en cuenta la voluntad del autor y que su acción, objeto del expediente sancionador sea querida por él, conociendo la trascendencia y el alcance de la misma, lo que es consecuencia de una aplicación analógica de los preceptos que sigue el orden penal y sancionador...” ¹⁶.

Sin embargo, la sentencia de 3 de abril de 1979 declaró que “la culpabilidad, en cuanto relación psicológica de causalidad entre el agente y el resultado típicamente punible, no es elemento esencial para la existencia de infracciones sancionables en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo, toda vez que lo castigado en ese ámbito es el mero incumplimiento de los preceptos de la Ordenanza General” y la sentencia de 16 de enero de 1968 estimó que “la infracción de mandatos imperativos del Ordenamiento laboral presupone elementos subjetivos de culpabilidad del infractor, cuya prueba de ausencia corresponde acreditar a éste, ante el hecho objetivo de la transgresión” ¹⁷.

Nos adherimos a la postura que considera que la exigencia de la culpabilidad es un requisito imprescindible del Derecho administrativo sancionador, al considerarla más acorde con los postulados básicos del Estado de Derecho. El Tribunal Constitucional exige la presencia de este elemento al reiterar en varias ocasiones ¹⁸ que el derecho fundamental de presunción de inocencia es un derecho de aplicación directa, vinculante

¹⁵ SUAY RINCON. Sanciones administrativas, Bolonia, 1989, pags 73 y ss.

¹⁶ En el mismo sentido, las sentencias de 6 de noviembre de 1967, 27 de febrero de 1969, 6 de octubre de 1978, 1 de octubre de 1979, 17 de abril de 1979 y 22 de noviembre de 1979.

¹⁷ La sentencia de 31 de octubre de 1986 declaró que “respecto de la eficacia que el sobreseimiento en causa penal instruida por la muerte del trabajador pueda tener en el ámbito de la jurisdicción contenciosa-administrativa, se ha de recordar la doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia de 29 diciembre 1981 (R. 2162), según la cual incluso las sentencias recaídas en aquella jurisdicción carecen de efecto vinculatorio en ésta, pues admitida la realidad del hecho contemplado en ambos campos penal y administrativo, se opera en uno y otro con técnicas y criterios diversos, ya que mientras en el primero es esencial el elemento voluntarista en que está la esencia de la culpabilidad, en el segundo tal circunstancia sólo opera como agravante de la sanción...”. En el mismo sentido las sentencias de 28 de febrero de 1983 y 15 de junio de 1984.

¹⁸ Sentencias del Tribunal Constitucional 31/1981, de 28 de julio, 13/1982, de 1 de abril y 55/1982, de 26 de julio.

a todos los poderes públicos y con vigencia no sólo en el orden penal, sino también en el laboral y en el civil. Este principio tiene tal fuerza expansiva que proyecta su eficacia al conjunto del ordenamiento jurídico, especialmente hacia aquellas zonas que tienen una finalidad punitiva ¹⁹.

Partiendo de la anterior postura, debemos de criticar el artículo 12 de la Ley 12 de la Ley 8/1988 puesto que se impone una línea objetivadora al no exigir la concurrencia de la culpabilidad en la definición genérica de las infracciones en materia de Seguridad Social, constituyendo este elemento un presupuesto básico para poder sancionar la conducta de la infracción prevista en el artículo 15.2.

VI. La protección penal y administrativa por unos mismos hechos

1. El principio non bis in idem.

El apartado tercero del artículo 68 de la LGSS establece en su inciso final las consecuencias de la conducta del empresario de no ingresar, una vez descontada, la cuota obrera: “sin perjuicio de las responsabilidades penal y administrativa que procedan”.

Ante la existencia doble de una responsabilidad administrativa y penal, se nos plantean varios problemas: ¿cabe una duplicidad de sanciones administrativa y penal por unos mismos hechos?; en caso negativo, ¿qué conexión o conexiones se producen entre el procedimiento administrativo sancionador y el proceso penal?.

Para dar cumplida respuesta a tales cuestiones, debemos distinguir dos etapas, cuyo punto de tránsito se sitúa en el momento de entrada en vigor de la Constitución.

Antes de la entrada en vigor de la Constitución y, por tanto, desde la sentencia de 30 de octubre de 1971 primaba el principio de compatibilidad de las sanciones administrativas y penales ²⁰. Así la conducta prevista como “impago de la cuota obrera por el empresario que la ha descontado del salario del trabajador” podía estar sancionada doblemente: por una parte, la sanción penal del artículo 535 del Código Penal y, por otra, la sanción administrativa del artículo 6.3 del Reglamento General de Faltas y Sanciones del Régimen General de la Seguridad Social.

La Constitución supuso un vuelco total al sistema anterior por cuanto que, si bien no se recogió expresamente el principio non bis in idem, este principio iría “íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones, recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución” ²¹.

¹⁹ La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1987 declaró que el principio constitucional de presunción de inocencia resulta de inequívoca aplicación en el ámbito del Derecho administrativo sancionador. Además, sería una incongruencia que el administrado estuviera en peor situación que el delincuente, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1987.

²⁰ GARCIA DE ENTERRIA en “El problema jurídico de las sanciones administrativas”, REDA, 10, 1976, había calificado de “aberrante” la legitimación del “bis in idem”.

²¹ La literatura jurídica en torno al non bis in idem ha sido abundante: AGULLO AGÜERO. El principio “non bis in idem” en materia tributaria, LA LEY, núm 1355, de 26 de diciembre de 1985. ARROYO ZAPATERO. Manual de derecho penal del trabajo. Barcelona, 1988, págs 13 a 19. COBO DEL ROSAL y

GARCIA DE ENTERRIA, entre otros, sostuvo esta tesis desde un principio y, posteriormente, el Tribunal Constitucional, la haría suya en sentencia de 30 de enero de 1981 al establecer que el principio *non bis in idem* supone “que no recaiga duplicidad de sanciones —administrativa y penal— en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración —relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc— que justificase el *ius punendi* por los Tribunales”.

El principio *non bis in idem* no sólo conduce a una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, sino que también determina “la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado”, como dice la sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 de octubre.

Consecuencia de lo anterior es que la Administración no puede actuar mientras no lo hayan hecho los Tribunales de Justicia, debiendo respetar, cuando actúe a posteriori, el planteamiento fáctico que aquellos hayan realizado.

Una vez expuesta en grandes rasgos la significación del “*non bis in idem*” que se introduce en nuestro ordenamiento jurídico con la Constitución, se hace necesario su concreción en el terreno laboral y, más concretamente en el Derecho sancionador en materia de Seguridad Social por la posibilidad de una duplicidad de sanciones administrativas y penales por unos mismos hechos. El artículo 15.2 de la Ley 8/1988 ha complicado la cuestión al definir infracciones que pueden estar incriminadas en el ámbito penal.

Para resolver este problema de presencia en una misma conducta de infracciones administrativas y penales que podría dar lugar a procedimientos diferentes, el legislador ha previsto en el artículo 3 de la Ley 8/1988 “la concurrencia con el orden jurisdiccional penal” de la siguiente forma:

“1. En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento.

VIVES ANTON. Derecho penal. Parte general, Valencia, 1990, pags 75 y 76. GARBERI LLOBREGAT, ob. cit., pags 149 a 163. GARCIA DE ENTERRIA. Curso de Derecho administrativo, volumen II, Madrid, 1981, pags 170 a 172. MANZANO MORENO. El ilícito penal y el administrativo, el principio *non bis in idem* y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, BIMJ, núm 1386 de 15 de junio de 1985. MUÑOZ QUIROGA. El principio *non bis in idem*: STC de 3 de octubre de 1983, REDA, núm 45/1985. PARADA VAZQUEZ. Derecho administrativo. Parte general, Madrid, 1989, pags 359 a 362. PAREJO ALFONSO. ob. cit., pags 251 y 252.

2. De no haberse estimado la existencia de delito la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados.

3. En todo caso deberán cumplirse de modo inmediato las medidas administrativas adoptadas para salvaguardar la seguridad e higiene de riesgo inminente”.

En virtud de esta nueva regulación, ante la falta de ingreso por el empresario de la cuota obrera descontada, la Administración, una vez levantada el acta, pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal, quedando el procedimiento administrativo en suspenso hasta que el órgano judicial no dicte sentencia firme u otra resolución que ponga fin al procedimiento penal.

Los supuestos que pueden producirse son varios:

1. El Ministerio Fiscal, una vez examinado el expediente administrativo, puede devolver las actuaciones sin formular querrela, por no estimar indicios de criminalidad, con la consiguiente continuación del procedimiento sancionador.

2. Si ante una conducta constitutiva de delito la Administración no se abstuviese de pronunciarse, la imposición de la sanción administrativa daría lugar además de a la nulidad por vicio de incompetencia, a la consiguiente responsabilidad de funcionarios y autoridades administrativas por usurpación de funciones judiciales (art 378 del Código Penal).

3. Si la jurisdicción penal dicta sentencia condenatoria, queda definitivamente cerrada la posibilidad de que la Administración imponga sanción posterior para la persona y por el hecho que ya fue enjuiciado. El contenido del principio non bis in idem impide la duplicidad de sanciones administrativas y penales siempre que se cumpla la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento²². Como dice ARROYO ZAPATERO, “si en el hecho constitutivo de la infracción penal y de la administrativa interviene, además de un autor persona física, una persona jurídica o una comunidad de bienes, el Tribunal penal puede condenar a la persona física pero no a la jurídica y una vez firme la sentencia condenatoria contra la primera, el procedimiento administrativo sancionador puede dirigirse —con el límite de los hechos considerados probados en la sentencia penal— contra la segunda. No hay aquí infracción del ne bis in idem, pues no se da en ambas condenas identidad de autor”²³.

4. Si no se ha estimado la existencia de delito —por sentencia absolutoria, archivo de actuaciones o sobreseimiento— cabe continuar el expediente sancionador administrativo en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados”. Somos de la opinión de ARROYO ZAPATERO, por cuanto “creemos que esta limitación constituye el más grave defecto de la regulación legal del ne bis in idem en materia de infracciones laborales, regulación coincidente con la dispuesta en materia fiscal por el Real Decreto nº 939, 26 abril 1986 en su artículo 66... salvo que tal limitación se entienda exclusivamente en el sentido siguiente: el expediente sancionador continuará respetando los hechos declarados probados por el Tribunal penal pero sin que se excluya

²² Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 1981.

²³ ob. cit., pag 18.

la apreciación de otros hechos nuevos o diferentes en el expediente administrativo que no se hallen afectados por la declaración del Tribunal penal”²⁴.

2. Identidad sustancial entre las sanciones administrativas y las penales.

El problema que nos plantea el apartado es que a primera vista la conducta estudiada puede ser objeto de incriminación dentro de un ilícito penal. Así, la primera modalidad se identifica con el presupuesto de hecho objeto del ilícito penal de la apropiación indebida de la cuota obrera. La segunda modalidad podría incluirse en el delito de estafa cuando medie engaño del empresario o bien en el de imposición de condiciones laborales o de Seguridad Social ilegales regulado en el artículo 499 bis.1 del Código Penal. Sin duda, el problema es mucho más agudo en el primer caso por cuanto hay reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que considera subsumible en el delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código Penal la conducta consistente en la falta de ingreso por parte del empresario de la cuota obrera de la Seguridad Social descontada del salario del trabajador²⁵, lo que ha provocado reacciones favorables y contrarias en la doctrina penal²⁶.

El legislador, desde la vigencia del non bis in idem, debería diferenciar los ilícitos penales y los administrativos, al efecto de no haber concurrencia entre ambas infracciones. Esta distinción podría darse en base a elementos objetivos o subjetivos de la conducta. El elemento subjetivo debemos, desde un principio, rechazarlo por las razones que hemos expuesto anteriormente. Solamente nos queda el elemento objetivo y, dentro de éste, sería válida la distinción en base a elementos cuantitativos, tal y como sucede con el delito fiscal.

Es preocupante, por tanto, la regulación que realiza el artículo 15.2 de la Ley 8/1988. No disponemos de un criterio válido para diferenciar el ilícito penal y el administrativo de apropiación indebida de la cuota obrera ni tampoco para no incriminar la conducta de la falta de ingreso de descuentos superiores en el ilícito penal del artículo 499 bis.1 del Código Penal. Al ser insostenible la distinción en base al juicio de culpabilidad que supondría la falta de voluntariedad para la calificación de las conductas como infracciones administrativas, el legislador debiera haber buscado una distinción cuantitativa que estableciera los límites entre el ámbito penal y el administrativo.

Estamos en presencia de un supuesto más de identidad sustancial de ilícitos administrativos y penales que permite concluir, una vez más, en favor de los que propugnan una igualdad de naturaleza entre las penas impuestas por los órganos

²⁴ ob. cit., pags 18 y 19.

²⁵ La sentencia del Tribunal Constitucional 8/1981, de 30 de marzo, ha entendido que la incriminación de la conducta de retención y no ingreso de las cuotas obreras descontadas en el artículo 535 del Código Penal es compatible con el principio de legalidad, recogido en el artículo 25.1 de nuestra norma fundamental.

²⁶ La tesis jurisprudencial de incriminación de la conducta en el artículo 535 ha encontrado apoyo en un sector de la doctrina española: ARROYO ZAPATERO, CONDE PUMPIDO TURON, FINA SANGLAS y MORILLA CUEVAS. Sin embargo, RODRIGUEZ DEVESA considera que, en virtud del principio de intervención mínima, tales conductas no son merecedoras de persecución penal. BAJO FERNANDEZ, entre otros, preconiza, de lege ferenda, la creación expresa de este delito, como hizo el Proyecto de 1980. Finalmente, CASTAÑEIRA considera que la incriminación de tal conducta es incompatible con el principio de legalidad.

judiciales penales y las sanciones acordadas por la Administración pública, sin que pueda fundamentarse una merma de garantías al aplicar los principios del ámbito penal al ámbito administrativo sancionador²⁷.

VII. La determinación de la sanción

Para la determinación de la sanción a imponer, el artículo 37.4 distingue la multa en grado mínimo, medio y máximo, lo que supone una remisión al artículo anterior que establece en su apartado primero que "... las sanciones se graduarán en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores afectados en su caso, perjuicio causado, cantidad defraudada, como circunstancias que puedan atenuar o agravar la infracción cometida".

Aunque no se recoja en el precepto, la precaria situación económica de la empresa debe tenerse en cuenta bien como circunstancia que pueda atenuar la infracción cometida, bien como compensación entre circunstancias atenuantes y agravantes.

Así lo estimó la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1988 al declarar que "en cuanto a la gravedad de la falta, no se ha prescindido de las circunstancias previstas en el art. 5º del Decreto 2892/1970, relativas al número de trabajadores afectados, perjuicio producido a los mismos, importancia económica de la empresa, repercusión social y conducta observada por aquélla, pues la sanción señalada en la sentencia corresponde al grado máximo de las infracciones tipificadas como muy graves, según el art. 6º.2 de la norma citada; lo único que ha hecho la sentencia es imponer ese grado máximo en su alcance mínimo, a la vista de las circunstancias económicas que atravesaba la empresa. Y puesto que está acreditado, que se encontraba en situación de suspensión de pagos, al no haber sido objeto de contradicción las afirmaciones que al respecto efectuó la empresa, ha de estimarse correcta la valoración jurídica de esta circunstancia realizada por la Audiencia pues, el citado precepto —el art. 5º.— admite la ponderación atenuatoria de otras circunstancias, además de las antes descritas, para la graduación de la faltas".

La sanción podrá incrementarse hasta el duplo del grado de la sanción correspondiente a la infracción cometida, con el límite de 15.000.000 de pesetas si se apreciase reincidencia, es decir, cuando se cometa 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, siempre que la resolución sancionadora hubiere adquirido firmeza (artículo 38 de la Ley 8/1988).

La sentencia del Tribunal Supremo antes señalada, comentando el antiguo artículo 6.4 del Decreto 2892/1970, de 12 de septiembre, que recogía el concepto reincidencia

²⁷ Las sentencias de 10 de febrero de 1983 y 21 de febrero de 1984 del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos establecen la imposibilidad de la distinción sustantiva entre ambos tipos de sanciones, por lo que les son de aplicación las garantías prescritas en los artículos 6 y 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

declaró que “para que sea apreciable esa causa de agravación, se exige que haya mediado una anterior resolución administrativa de la que derive la sanción a que el precepto alude como objeto de la notificación que expresa. En el caso de autos, si bien el Acta de la Inspección se refiere a reincidencia, ello lo hace cuando realiza la valoración jurídica de los hechos que la propia Acta describe. Y entre esos hechos se limita el Inspector a reseñar que en fechas de 13 de septiembre de 1979 y 30 de abril de 1980, se habían levantado a la empresa imputada otras dos Actas por hechos similares, pero sin hacer la más mínima referencia a que por los mismos se hubiera llegado a la imposición de sanciones. Por consiguiente, si, como es sabido, la presunción de certeza de las Actas de la Inspección, no se extiende a las valoraciones jurídicas del Inspector y no se había aportado prueba alguna que demostrara la concurrencia de esa anterior sanción efectivamente impuesta por resolución administrativa, como exige la norma, forzoso es concluir que era acertada la decisión de la sentencia apelada acerca de la falta de concurrencia de la agravante cuestionada y la improcedencia de la duplicación de la sanción efectuada por la Administración en consideración a dicha reincidencia”.

VIII. Conclusiones

El estado de la cuestión en relación con la conducta comentada no deja de ser más desesperanzador. Si, en un sentido global, la Ley 8/1988, de 7 de abril, merece dar una felicitación al legislador debido a la caótica y dispersa regulación de las infracciones y sanciones en el orden social, amén de cumplir con los principios de legalidad y tipicidad definidos claramente por la doctrina del Tribunal Constitucional, al descender al análisis pormenorizado de un supuesto de hecho el legislador no ha sido consciente de que ya estaban insertos en el ámbito penal. Y decimos que no ha sido consciente porque no podemos llegar a otra conclusión en el sistema administrativo en que nos encontramos.

En el caso que tratamos no nos encontramos ante una técnica de despenalización, por las siguientes razones: primero, porque la conducta estaba recogida anteriormente en el Reglamento General de Faltas y Sanciones del Régimen General de la Seguridad Social de 1970; segundo, porque la utilización de la política legislativa de despenalización es propia de ordenamientos comparados donde el poder sancionador de la Administración era muy limitado y el nuestro se caracteriza justamente por la nota opuesta; tercero, porque en la Ley de 7 de abril de 1988 se ha previsto el supuesto de concurrencia del ámbito sancionador administrativo con el orden jurisdiccional penal.

La cuestión se complica aún más en el caso de la apropiación indebida de la cuota obrera ya que algún sector de la doctrina penal ha criticado con dureza la inclusión de la mencionada conducta en el artículo 535 del Código Penal, con lo que llegamos a una clara contradicción al estar convirtiendo el legislador hechos merecedores de penas privativas de libertad, en infracciones y sanciones administrativas, que únicamente se podría obviar en base a un criterio delimitador de naturaleza cuantitativa.