



MINISTERIO
DE TRABAJO
E INMIGRACIÓN



54/0002514/10

SUBSECRETARÍA

DIRECCIÓN GENERAL DE LA
INSPECCIÓN DE TRABAJO Y
SEGURIDAD SOCIAL

Registro Salida

Fecha: 28/06/2010

Hora: 19:10:38

SUBSECRETARÍA

DIRECCIÓN GENERAL DE LA
INSPECCIÓN DE TRABAJO Y
SEGURIDAD SOCIAL

CRITERIO TECNICO Nº84 /2010 SOBRE LA APLICACION DE LA REINCIDENCIA EN LAS ACTAS DE INFRACCION.

La institución de la reincidencia en el Derecho Administrativo Sancionador tiene su origen en el Derecho Penal y se fundamenta en el mayor reproche social contra el infractor que persiste en conductas calificadas como vulneración de las normas.

En relación con las infracciones administrativas en el orden social también se aplica la institución de la reincidencia, recogida tanto en el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por R.D.Leg 5/2000, de 4 de agosto (BOE 8), en adelante TRLISOS, como en el Reglamento general para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por R.D. 928/1998, de 14 de mayo (BOE 3-6-98), en adelante RGISOS.

Esta duplicidad normativa provoca que la regulación de la figura de la reincidencia presente las peculiaridades siguientes:

Primera: Después de establecerse en el artº 40 TRLISOS la cuantía de las sanciones, el artº 41 se refiere a la reincidencia en tres apartados:

- El primero determina los elementos esenciales para la aplicación de esta agravante, al establecer: "1º- Existe reincidencia cuando se comete una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción anterior en el plazo de los 365 días siguientes a la notificación de ésta; en tal supuesto se requerirá que la resolución sancionadora hubiere adquirido firmeza".

- El segundo regula sus consecuencias sancionadoras: "2º- Si se apreciase reincidencia, la cuantía de las sanciones consignadas en el artículo anterior podrá incrementarse hasta el duplo del grado de la sanción correspondiente a la infracción cometida, sin exceder en ningún caso, de las cuantías máximas previstas en el artículo anterior para cada clase de infracción".

- En el tercero se refiere al supuesto concreto de las ETT: "3º- La reincidencia de la empresa de trabajo temporal en la comisión de infracciones tipificadas como muy graves en esta Ley podrá dar lugar a la suspensión de sus actividades durante un año. Cuando el expediente sancionador lleve aparejada la propuesta de suspensión de actividades, será competente para resolver el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales o la Autoridad equivalente de las Comunidades Autónomas con competencia de ejecución de la legislación laboral. Transcurrido el plazo de suspensión, la empresa de trabajo temporal deberá solicitar nuevamente autorización administrativa que le habilite en el ejercicio de la actividad".

Segunda: El artº 14.5 del RGISOS se refiere al contenido de las actas de infracción: "5.- La aplicación de la reincidencia exige que se señale tal circunstancia y su causa, y que se trate de infracciones del mismo tipo y calificación, 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. Si se apreciase reincidencia, la cuantía de las sanciones podrá incrementarse en la forma establecida por la legislación aplicable".



Tercera: El artº 37.7 RGISOS, al regular el procedimiento sancionador de las infracciones leves y graves en materia de prestaciones del Sistema de Seguridad Social establece: "A los efectos previstos en la Ley de Infracciones y sanciones en el orden Social existirá reincidencia cuando el sujeto responsable cometa una infracción del mismo tipo y calificación que otra ya sancionada en firme en el plazo de un año anterior al de la comisión de la que se examine conforme a lo previsto en el artículo 21 de este Reglamento. Si no se apreciase reincidencia, la comisión de posterior infracción será objeto de la sanción prevista en su calificación ordinaria".

Como señala un sector de la doctrina, en esta regulación de la reincidencia no existe la coordinación que cabe esperar entre una norma de rango legal y otra reglamentaria de desarrollo de aquella. Esta divergencia normativa plantea diversos problemas en la actuación de los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y de los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social, necesitando una aclaración para unificar los criterios de actuación.

En consecuencia, a propuesta de la Subdirección General de Relaciones Institucionales y Asistencia Técnica, previa consulta a la Dirección General de Trabajo, Servicio Público de Empleo Estatal, Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social y autoridades competentes de las Comunidades Autónomas, esta Dirección General, en su condición de Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en aplicación de lo dispuesto en el artº 18.3.7 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre (BOE 15), dicta el siguiente

CRITERIO TECNICO

PRIMERO - La cuestión del cómputo del plazo.

El modo de computar el plazo de un año o 365 días precisa una especial aclaración ya que son evidentes las discrepancias entre la regulación del TRLISOS y del RGISOS. Y no es por que en el primero se mencionen 365 días y en el segundo el año, lo que plantearía eventualmente un problema de escasa importancia en los años bisiestos ("de minimis non curat praetor"), sino por los problemas de cómputo que se suscitan.

Hay que distinguir dos momentos: el inicial del cómputo del plazo ("dies a quo") y el día final a considerar dentro del plazo ("dies ad quem"). Igualmente hay que considerar el concepto de adquisición de firmeza de la resolución sancionadora, y el momento a de su aplicación. Es evidente que en los casos de discrepancia entre la Ley y el Reglamento, lo que debe predominar es la Ley.

a) - Día inicial para el cómputo del plazo

Siguiendo el artº 41.1. TRLISOS, tenemos que contar el plazo de un año desde la **notificación de la primera sanción**. Debemos aclarar que por aplicación del principio de presunción de inocencia y por los mismos términos que constan en el precepto, la notificación de la sanción es la de la resolución administrativa que confirma o modifica el acta de infracción, no es la notificación del acta de infracción, ya que ésta no contiene una sanción sino una propuesta. Así se determina en el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia 13/2006 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 9 de enero de 2006 (JUR\2006\131152), que confirma el Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 2 de diciembre de 2008 (RJ\2009\2002).

Igualmente es preciso aclarar que la resolución sancionadora propiamente dicha, o sea la que impone la sanción, es la que se dicte en primera instancia, a propuesta de la Inspección, por la Autoridad competente, Dirección General, Ministro, Consejo de Ministros o autoridad autonómica que corresponda, según sea la cuantía sancionatoria propuesta.



Las resoluciones que se dicten en los recursos de alzada, potestativo de reposición o extraordinario de revisión, no tienen la naturaleza de resoluciones sancionatoria, en sentido técnico, puesto que con ellas no se impone una sanción, sino que tienen la naturaleza de actos revisorios en vía administrativa.

b) - Día final para el cómputo del plazo

Un nuevo problema se vuelve a plantear sobre el día a considerar respecto de la segunda infracción: el de su comisión (TRLISOS), o el de su constatación (RGISOS). En una interpretación integradora de la normativa estimamos que, si de las actuaciones previas de comprobación se llega a la certeza del momento exacto de la comisión de la segunda infracción, o del momento o momentos en que se ha realizado ese segundo comportamiento antijurídico del empresario, rige la norma del artº 41.1 TRLISOS, existiendo o no reincidencia según se haya cometido o no la infracción antes del transcurso del año a contar desde la notificación de la anterior resolución sancionadora. Pero en caso de que no se pueda tener la mencionada certeza, el momento temporal de referencia en la segunda infracción es el de la efectiva comprobación por parte de la Inspección de Trabajo, como se señala en el artº 14.5 RGISOS.

c) - La adquisición de firmeza

La necesidad de que la previa resolución sancionadora haya adquirido firmeza, en los términos que se establecen en el TRLISOS, pudiera ser interpretada en un doble sentido, tanto la firmeza administrativa como la firmeza jurisdiccional, y en los dos se han decantado las posturas doctrinales: De un modo mayoritario - que además está recogido en el citado artº 14.5 RGISOS - se refiere a la vía administrativa.

Este sentido de la firmeza en vía administrativa es el que esta Dirección General considera más ajustado a derecho siguiendo el RGISOS, rechazando las posturas que estiman la firmeza en vía jurisdiccional porque su aplicación (por los necesarios plazos de los trámites) haría imposible la institución de la reincidencia, aparte de que en vía jurisdiccional lo que, hablando con propiedad, alcanza firmeza son las sentencias, y en el presente caso la norma se refiere a las resoluciones administrativas; el artº 131.3.c. de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común (en adelante LRJAP), al mencionar la reincidencia, habla de "resolución firme", expresión que en esa Ley - que es subsidiaria en el Procedimiento Administrativo Sancionador en el Orden Social - tiene reiteradamente la significación de firmeza en vía administrativa (arts. 109, 115.1 y 118.1 LRJAP).

Por otro lado, ha de entenderse que la resolución sancionadora adquiere firmeza en vía administrativa con la notificación de la resolución del recurso de alzada o de reposición. Si no se presentara recurso, la firmeza se adquiere al mes de la notificación de la primera resolución (artº 115.1. LRJAP).

SEGUNDO - Necesidad de la constancia expresa en el acta.

Para que pueda apreciarse la reincidencia, en la propuesta formulada en el acta de infracción debe hacerse constar expresamente esta circunstancia junto con la correspondiente motivación - "su causa" - es decir, la referencia a la sanción precedente, su notificación, la adquisición de firmeza, y la constatación de la segunda infracción "del mismo tipo y calificación" (en el sentido que se aplica en el presente criterio técnico) así como la fecha de esta segunda infracción o de su constatación (también en el sentido que se expone en el presente criterio técnico). Por lo tanto la falta de mención de aquella circunstancia, así como la exposición incompleta o insatisfactoria de su motivación y de los elementos que la integran, dará lugar necesariamente a la no aplicación de la reincidencia por el órgano resolutorio y a reducir la cuantía sancionatoria dentro de los límites normales del artº 40 TRLISOS.



TERCERO - La identidad de tipo y calificación.

¿Cuál es el alcance que debe darse a la expresión "mismo tipo y calificación"? Un sector de la doctrina entiende que "infracciones del mismo tipo" son las agrupadas en cada una de las unidades sistemáticas del TRLISOS. De esta forma, la apreciación de la reincidencia exige, en primer lugar, que una infracción administrativa de un determinado tipo, en el sentido expuesto, concorra con otra infracción del mismo tipo cometida con anterioridad por el mismo sujeto responsable y, en segundo lugar, que en ambos casos la infracción haya tenido la misma calificación (leve, grave o muy grave). En consecuencia, según este sector doctrinal, podría entenderse que los tipos de infracciones administrativas son cuatro, de acuerdo con los cuatro grandes capítulos del TRLISOS: 1º de infracciones laborales, 2º en materia de Seguridad Social, 3º en materia de emigración, movimientos migratorios y extranjería y 4º en materia de sociedades cooperativas. Esta posición conduce a una excesiva amplitud y la apreciación de la reincidencia en casos de concurrencia de infracciones realmente dispares, por lo que restringe el concepto del "mismo tipo" a las infracciones recogidas en las diversas subsecciones, o simplemente secciones, si no hay posterior desglose.

Otro sector doctrinal se inclina por una concepción más amplia, al considerar que el "mismo tipo" es el de los cuatro grandes grupos de los mencionados capítulos, interpretación que le parece más acorde, al tratarse de ataques al mismo bien jurídico protegido en cada caso.

Esta Dirección General, en línea con otra posición doctrinal, distingue entre calificación y tipo. Al referirse la norma a la "misma calificación", tanto la infracción inicial como la reincidente han de tener la misma calificación (leve, grave o muy grave). Al referirse al "mismo tipo" no se considera que el legislador tuviera en consideración una simple clasificación sistemática de la norma, sino cada uno de los apartados concretos en que se tipifican por ley las infracciones administrativas, por eso se utiliza el término "tipo"; es más, en algunos apartados figuran tipificadas más de una infracción, por lo que los elementos característicos de cada una de ellas serán los que deban ser tenidos en cuenta para calificar "del mismo tipo" las varias infracciones que describa. Así, por ejemplo, serán del mismo tipo dos infracciones consistentes en "no consignar en el recibo de salarios las cantidades abonadas realmente al trabajador", pues aunque se trate de trabajadores distintos nos encontramos ante una misma tipificación en el artº 7.3 TRLISOS; pero no existe reincidencia, por ser distinto tipo, si la primera infracción es la antes descrita y la segunda consiste en "el incumplimiento de las obligaciones establecidas en materia de tramitación de los recibos de finiquito" tipificada en el artº 7.4 TRLISOS, aunque se refieran ambas infracciones al mismo trabajador perjudicado. Igualmente como ejemplo, el artº 12.23 TRLISOS tipifica conjuntamente dos infracciones distintas, y que por lo tanto han de considerarse "tipos distintos": Incumplir la obligación de elaborar el plan de seguridad y salud en el trabajo de las obras de construcción e incumplir la obligación de realizar el seguimiento de dicho plan. Según la mencionada Sentencia de 9-1-2006 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid "es bien sabido que el tipo, tanto en Derecho Penal como en Derecho Administrativo Sancionador, es la descripción abstracta de la conducta - acción u omisión - que la norma castiga".

Respecto a la graduación, como indica la misma Sentencia, "no es necesario que además de la identidad de tipo y calificación, concorra también en las dos infracciones de que se trate, para poder aplicar la reincidencia, que la graduación de las sanciones sea la misma, porque la graduación se refiere a la sanción una vez calificada la infracción como leve, grave o muy grave, en tanto que el tipo y su calificación se refiere no a la sanción sino a la infracción, y es el caso que la apreciación de la reincidencia de acuerdo a lo previsto en el artº 41.1 del TRLISOS exige tan solo que entre la primera y la segunda infracción se dé la coincidencia en el tipo y en la calificación de las infracciones, y no impone que las sanciones concurrentes se impongan en el mismo grado" (F.D.3º).

CUARTO- Aplicación del duplo en la sanción.



La nueva cuantía sancionatoria puede incrementarse hasta el duplo del grado correspondiente a la infracción cometida, sin exceder en ningún caso de las cuantías máximas previstas en el artº 40 TRLISOS para cada clase de infracción, es decir 187.515 euros, salvo en materia de prevención de riesgos laborales que son de 819.780 euros, y 37.920 euros en materia de cooperativas. Nos encontramos, por lo tanto, ante una posibilidad, no ante una obligación, de incremento de la propuesta sancionatoria - y posteriormente de la correspondiente resolución administrativa - dentro del máximo señalado; pero si no se incrementa en alguna cuantía sobre la primera sanción impuesta sería un tanto incongruente mencionar la existencia de la reincidencia, que resultaría entonces inoperante.

Existe el problema consistente en que el mencionado duplo tiene como referencia el grado que se aplique a la segunda infracción cometida, por lo que pudiera darse el caso de que, si esta última tuviere un grado inferior que la primera, la sanción aplicable a la segunda infracción pudiera ser inferior a la de la primera aunque se aplicara en toda su amplitud la agravante de la reincidencia.

La Disposición adicional octava.Dos de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre ha añadido un nuevo párrafo d) al artº 40.1 del TRLISOS, fijando nuevos criterios de proporcionalidad para determinar las cuantías de las sanciones por las infracciones de los arts. 22.3 y 23.1.b. del propio TRLISOS. En estos supuestos la aplicación del mencionado duplo por reincidencia, sigue una sistemática distinta en cuanto al tope; es cierto que no se marca una cuantía expresa, y si se aplicara el tope de 187.515 euros la agravación por reincidencia no sería operativa en los supuestos en que la sanción rebasara dicho límite. No obstante, para estas infracciones, el tope del duplo estará en el 100 por 100 del importe de las cuotas de Seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta no ingresados, incluyendo recargos, intereses y costas.

QUINTO - Ausencia de alguno de los requisitos para la reincidencia.

Ante la falta de alguno de los requisitos no debe deducirse que la segunda infracción no puede ser sancionada; procede la sanción pero no puede aplicarse el efecto duplicatorio que la reincidencia comporta, siendo únicamente posible imponer la sanción correspondiente al tipo de infracción cometida, pues no parece correcto inferir de la no concurrencia de una circunstancia agravante la aplicación de un efecto eximente. Curiosamente en el RD 928/1998 (y ya anteriormente en el RD 396/1996) nada se dice en este sentido en la regulación general de la reincidencia (art. 14.5) y sin embargo sí se contempla así para la reincidencia referida a infracciones leves y graves en materia de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social (art. 37.7): Si no se apreciase reincidencia, la comisión de posterior infracción será objeto de la sanción prevista en su calificación ordinaria".

SEXTO - Distinción con la "persistencia continuada en la comisión de la infracción".

La persistencia continuada en la infracción aparece mencionada, con evidentes consecuencias agravatorias, en el artº 39.7 TRLISOS: "Se sancionará en el máximo de la calificación que corresponda toda infracción que consista en la persistencia continuada de su comisión". No nos encontramos ante un nuevo criterio de graduación, a pesar de que se regula en el mismo artº 39 TRLISOS, sino ante una infracción específica consistente en la persistencia continuada, en sí misma considerada como elemento esencial del ilícito, de unos hechos previamente sancionados, y que son determinantes en la fijación de la cuantía sancionatoria.

La diferencia esencial con la reincidencia consiste en que en ésta se repite el mismo ilícito, de modo que hay dos: el inicial y el reincidente; por el contrario, en la persistencia continuada existe el mismo ilícito administrativo que no consiste en un acto singular y puntual, sino que prolonga sus efectos en el tiempo. La distinción puede ser un tanto sutil, y a veces difícil de delimitar, pero importante, sobre todo, en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, cuando implique a trabajadores expuestos continuamente a un mismo riesgo, que no se corrige a pesar de haber concluido el oportuno expediente sancionador. Así, ante la persistencia continuada del mismo riesgo a pesar de la sanción impuesta, la ITSS puede aplicar unas medidas específicas de paralización de actividades por riesgo grave e inminente, pero en los demás casos resultaría que la sanción inicial sería algo así como un



salvoconducto para el infractor, pues en virtud del principio "non bis in idem", impediría reiterar la exigencia de responsabilidad administrativa por el incumplimiento de la misma norma, manteniendo las mismas situaciones de riesgo. El ilícito administrativo consistente en la persistencia continuada en la infracción pretende obviar ese obstáculo.

SEPTIMO - Especialidad en las sanciones a los trabajadores, solicitantes y beneficiarios en materia de empleo y de Seguridad Social.

El artº 41 del TRLISOS, puesto que está incluido en la sección relativa a los empresarios y otros sujetos que no tengan la condición de trabajadores o asimilados, no se aplica a los trabajadores, solicitantes y beneficiarios en materia de empleo y de Seguridad Social. Su sanción por infracción muy grave es, según el artº 47.1.c del TRLISOS la pérdida de la pensión durante un período de seis meses o la extinción de la prestación o subsidio de desempleo, y no una multa que pueda incrementarse por apreciarse reincidencia. En consecuencia, este Criterio Técnico no se refiere a la reincidencia por este tipo de infracciones.

Igualmente, en los supuestos por infracciones leves y graves de los mismos trabajadores, beneficiarios o solicitantes, la reincidencia que agrava la sanción está regulada en las letras a) y b) del artº 47.1 del TRLISOS, mediante un sistema distinta al que se establece para los empresarios, por lo que el contenido de este Criterio Técnico tampoco es de aplicación en la comunicación a la Entidad correspondiente que efectúe la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de acuerdo con los arts. 52.2 del TRLISOS y 37.2 del RGISOS.

Madrid, 28 de junio de 2010

EL DIRECTOR GENERAL
AUTORIDAD CENTRAL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO
Y SEGURIDAD SOCIAL



Ramundo Aragón Bombín

SRES. SUBDIRECTORES GENERALES, DIRECTORA ESPECIAL, DIRECTOR DE LA ESCUELA DE INSPECCIÓN, DIRECTORES TERRITORIALES Y JEFES DE INSPECCIÓN