

# LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO “NON BIS IN IDEM” EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL\*

MARtA NAVAs-PAreJo Al onso

Profesora Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Carlos III de Madrid

## EXTRACTO

**Palabras clave: Non bis in ídem; responsabilidad; sanción; prejudicialidad; procedimiento sancionador**

El presente artículo aborda el análisis de la aplicación del principio non bis in ídem en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Partiendo de la delimitación de su concepto y fundamento, se examinan sus condicionantes de aplicación, teniendo siempre todo como eje central el objetivo del principio: impedir la doble sanción en los supuestos de triple identidad (sujeto, hecho y fundamento), y señalando las especialidades que se presentan en materia laboral. De igual modo, se analiza el contenido del principio señalando las principales dificultades derivadas de la existencia de su doble vertiente, material y procesal. Posteriormente, se estudia la aplicación concreta del principio a las diversas situaciones de conflicto que se producen en el terreno laboral estableciendo los pasos y criterios a seguir en función del ámbito en que se produce la concurrencia de la doble sanción. Se tratan así, entre otras, cuestiones relativas a delitos en materia preventiva, responsabilidad en materia de prestaciones, recargo de prestaciones, delitos de defraudación a la Seguridad Social, y cuestiones en materia disciplinaria como son los relativos a las relaciones de sujeción especial, cláusulas reguladoras de la reincidencia, despidos repetidos o imposición de medidas cautelares.

## ABSTRACT

**Keywords: Double jeopardy; liability; penalty; lis pendens; penalty proceedings**

The present article analyses the application of the principle of double jeopardy (*non bis in ídem*) in the field of Labour and Social Security Law. Starting with the delineation of its concept and legal basis, its application requirements will be examined, with special consideration of the aim of the principle: preventing that, in cases of triple identity (subject, fact and legal basis), a double penalty be charged; with special regard to nuances imposed by Labour Law. The content of the principle will be further analysed, noting the fundamental difficulties arising out of the twofold nature of the principle, as a matter of substance and of procedure. The article goes on to study the specific application of the principle to distinct conflicts that arise in the field of Labour Law, establishing the steps and criteria to be taken, depending on the situation in which the double penalty occurs. Among other, issues relating to criminal offences related to preventive measures, liability in respect of social benefits, crimes for fraud involving the Social Security, and disciplinary matters such as those pertaining to special employment relationships, regulatory provisions on recidivism, repeated dismissals or the imposition of provisional measures will be dealt with.

\* El presente trabajo se inserta en las labores del Proyecto de Investigación sobre Enfermedades del Trabajo, financiado por la Secretaría de Estado de Investigación, DER2009-12887-C02-C01, en el que la autora es miembro del grupo coordinado correspondiente a la Universidad Carlos III, Madrid.

## ÍNDICE

1. Introducción
2. Concepto, fundamento y naturaleza jurídica: la constitucionalidad indirecta del Principio non bis in idem
3. Requisitos de aplicación: la concurrencia de la triple identidad y sus problemas de interpretación
  - 3.1. La identidad de sujeto
  - 3.2. La identidad de hechos
  - 3.3. La identidad de fundamento.
4. El contenido del Principio non bis in idem: la primacía de la vertiente material sobre la procesal
  - 4.1. El establecimiento de relaciones de preferencia entre ámbitos del poder público: la preferencia de la jurisdicción penal sobre la administrativa
  - 4.2. La prohibición de doble enjuiciamiento
5. Ámbitos de conflicto y problemas frecuentes en la aplicación del non bis in idem
6. La aplicación del Principio non bis in idem en los ámbitos de conflicto puros en el marco del derecho del trabajo y de la seguridad social
  - 6.1. Prevención de Riesgos Laborales y ámbito penal: la regla de los concursos como respuesta a la doble imposición de sanción
  - 6.2. Conflictos en el ámbito administrativo: el recargo de prestaciones y responsabilidad por prestaciones de Seguridad Social
    - 6.2.1. Recargo de prestaciones: la modulación de la ?gura jurídica como respuesta a la vulneración del non bis in idem
    - 6.2.2. La responsabilidad en materia de prestaciones de la Seguridad Social
  - 6.3. Conflictos en el ámbito laboral puro: la responsabilidad disciplinaria en las relaciones laborales privadas
7. Manifestaciones del Principio non bis in idem en el ámbito de los conflictos mixtos
  - 7.1. Problemas de aplicación: la prevalencia de la vertiente material del principio.-
  - 7.2. Prevención de riesgos laborales: la coincidencia entre las infracciones penales y administrativas y las normas penales en blanco
  - 7.3. Seguridad Social: los delitos de defraudación
  - 7.4. La doble sanción en el marco de las relaciones de sujeción especial: conflictos en el ámbito mixto penal-administrativo disciplinario
  - 7.5. Infracciones por vulneración de derechos de los trabajadores: condiciones de trabajo, libertad sindical y movimientos migratorios. Conflictos en el ámbito mixto penal y administrativo-laboral
8. Conclusiones

## 1. INTRODUCCIÓN

El principio non bis in ídem es una institución básica en el derecho punitivo del Estado. Ya se considere principio general del derecho o norma fundamental, su configuración y aplicación plantean numerosas dificultades, esencialmente porque se trata de un principio que no se encuentra recogido expresamente en la CE; lo cual supone que no se cuenta con una definición del mismo, ni constitucional ni siquiera legal, generando una serie de problemas en torno a su fundamento, a su naturaleza jurídica, a su contenido y a lo que se refiere a sus reglas de funcionamiento, esto es, lo que se ha denominado como “la sistemática general” del non bis in ídem<sup>1</sup>. Esta situación genera una evidente inseguridad jurídica a la que coadyuvan los propios tribunales, en la medida en que el TC ha ido elaborando una extensa doctrina al respecto, aunque confusa y en ocasiones contradictoria y el TS, que ha seguido generalmente la doctrina del TC, no lo ha hecho siempre de forma adecuada. Al margen de los constantes, y no siempre fructíferos, esfuerzos de la doctrina por clarificar el tema.

El non bis in ídem es, no obstante, un principio fundamental que, aunque rige fundamentalmente en el marco del derecho administrativo sancionador y del derecho penal, esto es, el contexto del sistema punitivo estatal, lo cierto es que la idea de justicia material que late detrás de él ha hecho que se extienda su aplicación y exigencia al ámbito privado. Más concretamente, en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social se pueden detectar diversas situaciones donde la aplicación del non bis in ídem es fundamental. Situaciones relacionadas con la existencia de un sistema sancionador administrativo para las infracciones cometidas en el orden social y cuyo principal exponente viene determinado por la LISOS, así como con el repertorio de conductas, conectadas con la dimensión laboral, tipificadas como delitos o faltas en el CP, siendo habitual encontrar hipótesis de aplicación del non bis in ídem, por ejemplo, en el marco de la prevención de riesgos laborales o en el de la Seguridad Social. Además, el derecho laboral cuenta con un espacio específico en el que la aplicación del non bis in ídem se suscita frecuentemente y es el referido al derecho disciplinario que, en el marco del empleo público, supondrá la aplicación de un sistema sancionador de carácter administrativo, y que, en el ámbito privado, se considera aplicable igualmente, aunque de forma matizada, como principio informador de la responsabilidad disciplinaria del trabajador. Lo que se pretende, por tanto, en este trabajo es contribuir a aclarar el funcionamiento del principio non bis in ídem y su aplicación en el terreno del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, prestándose especial atención a los extremos ya señalados anteriormente y que constituyen las principales dificultades de interpretación y de

<sup>1</sup> Nieto, A. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos, 1993, p. 399 y ss.

aplicación relacionadas con dicho principio: concepto, fundamento y naturaleza jurídica; condicionantes y contenido del principio; sus reglas de funcionamiento; y, por último, su aplicación concreta al ámbito laboral y de la Seguridad Social.

## 2. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA: LA CONSTITUCIONALIDAD INDIRECTA DEL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM

Se ha dicho que no existe un concepto constitucional de non bis in ídem<sup>2</sup> aunque sí es cierto que hay alguna referencia a su contenido en determinados textos internacionales y legales que, o bien mencionan el objetivo del principio, o bien algunas de sus reglas de funcionamiento<sup>3</sup>. El problema fundamental es, precisamente, que no existe una norma general que recoja el principio, y son sólo algunas leyes sectoriales las que regulan algunos de sus efectos pero de manera no uniforme, creando una gran inseguridad jurídica al respecto<sup>4</sup>. En general, puede decirse que el non bis in ídem no es una creación nueva del TC o una idea original fruto de la labor de los constituyentes. Se trata de una formulación que data de la época romana<sup>5</sup>, bajo la que latía cierta idea de justicia

<sup>2</sup> No se va aquí a hacer referencia a la tradicional discusión acerca de la terminología más correcta para denominar el principio. Se ha optado por utilizar la más conocida, “non bis in ídem” frente a “ne bis in ídem” por ser esta la forma de negación correcta al utilizarse aisladamente y ser la más habitual en el ámbito laboral. (Lopez Barja de Quiroga, J. *El principio Non bis in ídem*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 15).

<sup>3</sup> Existen previsiones en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, o en el Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen. De igual modo se recoge en diversas normas sobre la potestad sancionadora de la Administración, como es el caso del art. 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPyPAC), o del art. 3 LISOS, en el art. 155 de la derogada OGSHT de 1971, en el RD 1398/1993, de 4 de agosto, de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración (REPEPOS), en la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco (LPSPV), en el Decreto 245/2000, de 16 de noviembre, Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid o, incluso, en el art. 8 CP que regula el concurso aparente de leyes cuya fundamentación se sitúa en el non bis in ídem. (Muñoz Lorente, J. *La nueva configuración del principio non bis in ídem. Las sanciones administrativas como límite a la intervención de la jurisdicción penal. Especial referencia al ámbito medioambiental*. Madrid: Ecoiris, 2001, p. 25 y ss).

<sup>4</sup> Nieto, A. *Derecho Administrativo Sancionador...* op. cit., p. 399.

<sup>5</sup> Y parece ser que en su vertiente procesal, aunque también hay opiniones en sentido contrario. (Benlloch Petit, G. El principio non bis in ídem en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario. /En/ *Revista del Poder Judicial*, nº 51, 1998, p. 306). Estableciendo su origen en los griegos, Muñoz Clares, J. *Ne bis in ídem y Derecho Penal. Definición, patología y contrarios*. Murcia: Diego Marín, 2006.

material. De hecho, incluso antes de la aprobación de la CE, el Real Decreto-Ley de 25 de enero de 1977, la llamada Ley de Orden Público, establecía que “no se impondrán conjuntamente sanciones gubernativas y sanciones penales por unos mismos hechos”.

Debido a la extensión de su ámbito de aplicación, existen conceptos elaborados desde las diferentes ramas del derecho<sup>6</sup>, pero el más utilizado, por completo, proviene del campo de lo laboral y lo concibe como “un principio general del Derecho, que sobre la base de los principios de proporcionalidad y cosa juzgada prohíbe la aplicación de dos o más sanciones o el desarrollo de dos o más procesos o procedimientos, sea en uno o más órdenes jurídicos sancionadores, cuando se dé una identidad de sujetos, hechos y fundamento –de sujetos, objeto o causa material y de acción o razón de pedir, si nos referimos a la perspectiva procesal-, y siempre que no exista una relación de supremacía especial de la Administración respecto al sujeto en cuestión”<sup>7</sup>. De esta definición pueden, pues, extraerse su naturaleza jurídica, su objetivo y sus requisitos.

El objetivo fundamental que se persigue es evitar la imposición de dos o más sanciones a un mismo sujeto por el mismo hecho y basadas en el mismo fundamento. Hasta ahí no hay discusión, pero lo referido al fundamento sobre el que se sustenta el principio y a su naturaleza jurídica sí es una cuestión más controvertida. No se trata aquí de reproducir las distintas elaboraciones doctrinales. Baste decir que, por lo que se refiere a su fundamento, la doctrina oscila<sup>8</sup> entre justificarlo en el principio de legalidad, el de proporcionalidad, en el de seguridad jurídica o la cosa juzgada<sup>9</sup>.

En general, el TC considera que el non bis in ídem se encuentra íntimamente relacionado con los principios de legalidad y tipicidad recogidos en el art. 25 CE<sup>10</sup>. Una equiparación basada en circunstancias de origen histórico

<sup>6</sup> Algunos autores lo definen como “un comportamiento dentro del Ordenamiento jurídico que, fundamentalmente en el ámbito de lo sancionador, recurre a la acción [...] para multiplicar los efectos de un hecho, entendido el hecho en el preciso sentido de conducta humana reprochable y la consecuencia como consecuencia jurídica establecida por el derecho sancionador”. (Muñoz Clares, J. *Ne bis in ídem y Derecho Penal. Definición, patología y contrarios*. Murcia: Diego Marín, 2006, p. 259).

<sup>7</sup> Una cuestión ésta, la de la relación de supremacía especial sobre la que se volverá más adelante. Del Rey Guanter, S. *Potestad sancionadora de la administración y jurisdicción penal en el orden social*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, p. 111.

<sup>8</sup> Como así se encarga de exponer Alarcón Sotomayor, L. *La garantía non bis in ídem y el procedimiento administrativo sancionador*. Madrid: Iustel, 2008, p. 22 y ss.

<sup>9</sup> En este sentido, Nieto, A. *Derecho Administrativo Sancionador*. op. cit., p. 400 y ss., afirma que si bien en su origen el principio non bis in ídem derivó de la cosa juzgada en sus dos efectos, positivo y negativo, actualmente no puede afirmarse éste que sea su fundamento.

<sup>10</sup> STC 2/1981, de 30 de enero (RTC 1981\2).

y en la pretensión protectora del TC<sup>11</sup> pues, con esta equiparación o relación del *non bis in ídem* con el principio de legalidad, el TC ha querido dotarle de rango de derecho fundamental; de hecho, ésta es la naturaleza que se predica del mismo y, por ello, su protección lleva asociada todas las garantías propias de este tipo de derechos. En todo caso, lo cierto es que la doctrina, que niega en su amplia mayoría esta relación con el art. 25 CE<sup>12</sup>, lo relaciona más bien con el principio de proporcionalidad (a veces llamada culpabilidad por algunos autores<sup>13</sup>) y con el de seguridad jurídica<sup>14</sup>, afirmando que integrar el *non bis in ídem* en el art. 25 CE es una “impureza auténticamente inconstitucional”<sup>15</sup>. Las afirmaciones anteriores se basan en que se considera que uno de los principales fundamentos del *non bis in ídem* es evitar la sobre-reacción frente a una conducta ilícita, lo que lo relaciona inevitablemente con el principio de proporcionalidad que impide imponer una sanción a un sujeto por un mismo hecho de modo que exceda la proporcionalidad a su culpabilidad<sup>16</sup>. No obstante, éste no es un fundamento que por sí sólo sea suficiente para el *non bis in ídem* ya que no impediría la imposición de la segunda sanción realizando una compensación entre los efectos de ambas, esto es, moderando la segunda sanción en atención a la entidad de la primera y apelando a los criterios tradicionales que se utilizan para graduar las sanciones. Y es que el *non bis in ídem* por sí mismo no prejuzga qué sanción es prioritaria.

Por estas razones, también se considera mayoritariamente que el fundamento del *non bis in ídem* descansa de forma añadida en la seguridad jurídica ya se derive esta del art. 9.3<sup>17</sup>, del 25.1 o del 24.1 CE<sup>18</sup>, puesto que en un Esta-

<sup>11</sup> En cuanto que, de una parte, el constituyente renunció a recoger expresamente este principio en el art. 9.3 CE, donde parte de la doctrina lo encuadra (Muñoz Clares, J. *Ne bis in ídem...* op. cit., p. 268 y ss), porque consideró que era más adecuada su integración en el art. 25 CE. Se aportan muchos argumentos para ello pero se ha llegado a afirmar que se trató más de una decisión de tipo sistemático que de fondo ya que con ello se pretendía recoger en el mismo precepto todos los principios relativos al *ius puniendi* estatal (De Leon Villalba, F. J. *Acumulación de sanciones penales y administrativas*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 364).

<sup>12</sup> A favor de la conexión del *non bis in ídem* con el principio de legalidad, Salvador Concepcion, R. El principio *non bis in ídem* y su incidencia en la sanción de infracciones en materia de prevención de riesgos laborales. /En/ *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n° 31, 2012, p. 252.

<sup>13</sup> Puesto que consideran el principio de proporcionalidad ínsito en el de culpabilidad. (Lopez Barja de Quiroga, J. *El principio Non bis in ídem...* op. cit., p. 55 y ss).

<sup>14</sup> Orcaray Reviriego, J. J. El principio *no bis in ídem* y su reflejo en el procedimiento sancionador por infracciones del orden social. /En/ *Justicia Laboral*, n° 29, 2007, p. 17.

<sup>15</sup> Nieto, A. *Derecho Administrativo...* op. cit., p. 419.

<sup>16</sup> Lopez Barja de Quiroga, J. *El principio...* op. cit., p. 20.

<sup>17</sup> Fierro Rodríguez, D. Los caracteres generales del principio *non bis in ídem*. /En/ Noticias jurídicas, enero 2013. [http://noticias.juridicas.com/articulos/00-Generalidades/201301-principio\\_non\\_bis\\_in\\_idem.html](http://noticias.juridicas.com/articulos/00-Generalidades/201301-principio_non_bis_in_idem.html)

<sup>18</sup> Muñoz Lorente, J. *La nueva configuración del principio...* op. cit., p. 49 y ss.

do de Derecho no puede admitirse la existencia para un mismo sujeto de una amenaza permanente de recibir distintas sanciones por un mismo hecho<sup>19</sup>. Lo esencial es que los dos citados son los fundamentos del principio y no pueden funcionar por separado ya que, si únicamente se acudiera a la seguridad jurídica, el non bis in ídem se consideraría respetado cuando se impusiera una doble sanción siempre que el sujeto tuviera el conocimiento y pudiera prever que esa será la respuesta del ordenamiento jurídico<sup>20</sup>.

La anterior posición, esto es, la que sostiene que el fundamento del non bis in ídem se sitúa en la proporcionalidad y la seguridad jurídica, es la que aquí se comparte. En todo caso, lo cierto es que el TC lo relaciona con el principio de legalidad, aunque en diversas ocasiones también ha hecho referencia al principio de seguridad jurídica e, incluso, a la cosa juzgada. A pesar de su carácter de derecho fundamental otorgado por el TC, ha llegado a señalarse que, más que un principio general del derecho, como se afirmaba en la definición anterior, se está ante una norma<sup>21</sup>. Lo que sucede es que, si el non bis in ídem se caracterizara como principio general del derecho, no cabría amparo en relación con el mismo, lo que sí sucedería en cambio si se fundara en el art. 25.1 CE<sup>22</sup>.

### 3. REQUISITOS DE APLICACIÓN: LA CONCURRENCIA DE LA TRIPLE IDENTIDAD Y SUS PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN

En cuanto a los condicionantes o requisitos para la aplicación del non bis in ídem, se deducen de la definición antes transcrita y que ya se establecieron por el TC desde su primera sentencia sobre el tema, la STC 2/1981, de 30 de enero<sup>23</sup>. En este sentido, el TC hace referencia a dos aspectos: de una parte, la necesaria la concurrencia de una triple identidad de sujetos, hechos y fundamento; de otra parte, que, de existir una relación de sujeción especial entre el sujeto y la Administración Pública, se enervaría la aplicación de este principio.

El principal condicionante de la aplicación del non bis in ídem es la concurrencia de la llamada triple identidad, esto es, que las situaciones objeto

<sup>19</sup> Lopez Barja de Quiroga, J. *El principio... op. cit.*, p. 20. También, la STC 2/2003 (RTC 2003\2).

<sup>20</sup> Muñoz Lorente, J. *La nueva configuración... op. cit.*, p. 49 y ss. No obstante, parte de la doctrina conecta el non bis in ídem únicamente con el principio de proporcionalidad (voto particular STC 177/1999, de 11 de octubre; y las STC 2/2003, de 16 de enero y STC 334/2005, de 20 de diciembre (RTC 2003\2 y RTC 2005\334 respectivamente) que serán analizadas posteriormente.

<sup>21</sup> Una diferenciación entre principio y norma justificando la consideración del non bis in ídem como norma o regla y no como principio en Nieto, A. *Derecho Administrativo... op. cit.*, p. 40 y ss.

<sup>22</sup> Muñoz Lorente, J. *La nueva configuración del principio... op. cit.*, p. 21.

<sup>23</sup> RCT 1981\2.

de comparación se materialicen en la pretensión sancionadora respecto de un mismo sujeto, por un mismo hecho y con un mismo fundamento<sup>24</sup>.

### 3.1. La identidad de sujeto

La identidad de sujeto parece en principio una cuestión de fácil resolución: para que la prohibición de la doble sanción surta efectos, es necesario que el sujeto al que se vaya a sancionar sea el mismo. Ahora bien, en el marco del Derecho Laboral también se exige que haya identidad "subjctiva pasiva", es decir, que los trabajadores afectados por el incumplimiento a sancionar del sujeto activo sean los mismos<sup>25</sup>, por lo menos, cuando la concurrencia de sanciones se produce entre el ámbito penal y administrativo<sup>26</sup>. Se hará una referencia a la importancia de esta identidad cuando se examine el tema de los delitos de peligro en materia preventiva.

Centrando la atención, pues, en la "identidad subjctiva activa", si se traslada esta exigencia al marco de por ejemplo la prevención de riesgos laborales, ante por ejemplo un accidente de trabajo con resultado de muerte las acciones penales pueden dirigirse contra diversos sujetos además del empresario, imputado habitual. Pues bien, en el caso de que los hechos cometidos por un mando de la empresa puedan considerarse propios de un ilícito penal, no quiere decir que no pueda imponerse una sanción administrativa por los mismos hechos al empresario, ya que no existe identidad de sujeto. De igual modo, en el terreno administrativo, son diversos los posibles sujetos activos de las infracciones, tal y como expresa el art. 2 LISOS, si bien lo habitual es que sea el empresario. Distinto sería el supuesto de que se pretendiera condenar penal y administrativamente al empresario por esos mismos hechos. Ahí es donde la identidad del sujeto activaría el non bis in ídem e impediría esa doble sanción.

Ahora bien, esta circunstancia ha planteado determinados problemas que, en parte, han encontrado solución tras la reforma del CP del año 2010. Se trata de las situaciones en las que el empresario, como tal, es una persona jurídica. Como se sabe, hasta el año 2010 no se ha producido un reconocimiento legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el entendido de que, en el caso penal, la responsabilidad era eminentemente personal, algo que se justificaba entre otras cosas por la imposibilidad del cumplimiento de las penas privativas de libertad por parte de las personas jurídicas. Esta imposibilidad de sanción penal ha desaparecido con la reforma del CP del año 2010 al permitir el art. 31 bis CP la condena penal de las personas jurídicas por los delitos co-

<sup>24</sup> Algo que algún autor ha identificado con lo establecido en el art. 1252 CCiv. (Del Rey Guanter, S. *Potestad sancionadora... op. cit.*, p. 126).

<sup>25</sup> Carrero Domínguez, C. *El régimen jurídico sancionador en prevención de riesgos laborales*. Madrid: La Ley, 2001, p. 327.

<sup>26</sup> No así cuando se produce dentro del ámbito penal. (Del Rey Guanter, S. *Potestad sancionadora... op. cit.*, p. 241).

metidos en nombre o por cuenta de ellas y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho<sup>27</sup>.

En la situación anterior a la reforma y de acuerdo con el juego de identidades señalado, la cuestión que se planteaba era si una infracción de una norma que tiene por sujeto activo en el ámbito administrativo, y por tanto susceptible de sanción, a una empresa, persona jurídica<sup>28</sup>, y en el penal a una persona física (el gerente, administrador, o el “encargado”, como indica el art. 318 CP, por ejemplo), podía entenderse cometida por el mismo sujeto a efectos de la identidad predicada como condición para la aplicación del non bis in idem. En general, la respuesta de la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia del TC y TS ha sido negativa<sup>29</sup>. Cuando en una empresa se cometía una infracción que estaba prevista como tal tanto en el ámbito penal como administrativo, si el sujeto activo tipificado en el delito era la persona física y en el administrativo la persona jurídica, se entendía que no había identidad subjetiva y, por tanto, sería posible la doble sanción; esto es, no se aplicaría el non bis in idem por faltar, por lo menos, uno de sus requisitos. Se intentaba con ello evitar los abusos que podían producirse con la excusa de la forma jurídica de la empresa<sup>30</sup>, pero era también una solución que no podía considerarse adecuada desde un punto de vista de la justicia material o, incluso, del principio de proporcionalidad, que es, como se ha indicado antes, uno de los fundamentos sobre los que se apoya el principio non bis in idem. Fundamentalmente en el caso de sanciones económicas, pues su desembolso podía recaer finalmente en el mismo sujeto si se diera la situación de ponerse en marcha mecanismos de derivación de responsabilidad por insolvencia de la empresa o de acciones de responsabilidad contra el administrador de la misma. Casos en que, desde un punto de vista material, la doble sanción existiría. Además, esta solución llevaba a una diferencia de tratamiento en función de la forma jurídica de la empresa<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Aunque se establezcan circunstancias atenuantes como: la confesión de la infracción a las autoridades; la colaboración aportando pruebas al efecto; la reparación o disminución del daño anteriormente al juicio oral; o adoptar medidas para la prevención y descubrimiento de los delitos en el futuro. (Martínez Rodríguez, J. A. *La doctrina jurídica del principio non bis in idem y las relaciones de sujeciones especiales*. Barcelona: Bosch, 2012, p. 62).

<sup>28</sup> Art. 2 LISOS.

<sup>29</sup> STC 70/2010, de 16 de abril (RTC 201070); ATC 1479/1991, de 25 de noviembre (RTC 1991\1479); STS 7 de julio de 2003 (RJ 2003\4593). En cambio existe alguna norma que considera que se trata de sujetos iguales, como es el caso del art. 9.3 de la Ley de procedimiento sancionador del País Vasco.

<sup>30</sup> Se alegaba que al variar la identidad de sujeto supondría dejar “indemne la estructura organizativa de la empresa”. (Guisasola Lerma, C. *La identidad de sujeto sancionado como presupuesto del derecho al non bis in idem*. *En/ Revista de derecho y proceso penal*, n° 10, 2003, p. 215).

<sup>31</sup> Sólo en el caso de que la empresa no se constituyera como sociedad, supuesto más habitual en las pequeñas y medianas empresas, donde la separación entre propiedad y control es menor, era inevitable declarar la identidad de sujeto y, por tanto, la interdicción de la doble sanción. (Navas-Parejo Alonso, M. *Obligaciones y responsabilidades de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral*. Valladolid: Thomson Reuters – Lex Nova, 2012, p. 62 y ss).

Por otro lado, debe tenerse en cuenta el hecho de que si no se consideraba que existía la triple identidad, el procedimiento administrativo no se suspendía (un efecto derivado del *non bis in ídem* como se verá más adelante), de manera que no sólo podía afectar al criterio de la vinculación de los hechos probados (también efecto del *non bis in ídem* que se examinará con posterioridad), sino también que la persona física pudiera ser imputada en el proceso penal y citada como testigo en el procedimiento administrativo<sup>32</sup>. Por este motivo se propuso que, a la hora de aplicar el criterio de la identidad del sujeto, sería conveniente atender al caso concreto y valorar hasta qué punto, dadas las circunstancias y condiciones del sujeto específico, podía hablarse o no de identidad. Es decir, establecer si la persona física y la jurídica eran “entidades autónomas a efectos sancionatorios”<sup>33</sup>, si se entendía que la empresa actuaba de forma desvinculada respecto de sus representantes<sup>34</sup>. Además, se afirmaba que, para no vulnerar el *non bis in ídem*, la pena impuesta a la persona física y la sanción a la persona jurídica deberían expresar un reproche distinto<sup>35</sup>.

En la actualidad, con la reforma del CP, el art. 31 bis CP establece que las sociedades pueden ser sujetos activos de los delitos y condenadas por ellos; se las considera, por tanto, “penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho”. De igual modo, serán también responsables por los hechos cometidos por las personas sometidas a la autoridad de las personas físicas que ostentan el cargo de representantes legales o administradores de hecho o de derecho cuando han podido realizar los hechos debidos a una falta de control de las primeras. Así pues, en principio puede parecer que, a efectos del *non bis in ídem*, el problema anterior habría quedado resuelto pues, abierta la posible imputación de responsabilidad penal directa a las personas jurídicas, existiría sin lugar a dudas una identidad de sujeto cuando la sanción penal concurre con otra administrativa. No obstante, hay que llamar la atención acerca de lo establecido por el apartado 2 del mencionado art. 31 bis CP, del que se deduce que, en estos supuestos, no sólo se condenará a la empresa persona jurídica sino también al autor material de los hechos, en cuyo caso, existiendo pena de multa, se moderarán las cuantías con el fin de evitar la desproporción. Por tanto, existiendo doble identidad no será posible la condena administrativa pero sí la doble condena penal en un sentido material, que es lo que sucederá si el representante o administrador ostentara también la propiedad de la empresa. Para evitar esta consecuencia, no obstante, se acude

<sup>32</sup> Pérez Manzano, M. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in ídem*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 126 y ss.

<sup>33</sup> Guisasaola Lemna, C. La identidad de sujeto sancionado... *op. cit.*, p. 236.

<sup>34</sup> Orcaray Reviriego, J. J. El principio *non bis in ídem*... *op. cit.*, p. 24.

<sup>35</sup> Alarcón Sotomayor, L. *La garantía non bis in ídem*... *op. cit.*, p. 42.

a la moderación de las cuantías en atención al principio de proporcionalidad.

En definitiva, en la actualidad se sigue entendiendo que no hay identidad de sujeto entre una persona física y una jurídica, pero el problema se desplaza de la sede administrativa en concurrencia con la penal al interior del ámbito penal, a pesar de que el art. 31 bis CP establece esa particular aplicación del principio de proporcionalidad a la que se hacía mención y que parece tener en cuenta, además, la idea de justicia material. En todo caso, seguirá existiendo inevitablemente una diferencia de régimen cuando el sujeto sea persona jurídica en contraposición a aquél en que sea una persona física, pues en este último supuesto la condena penal será única. A ello hay que añadir la inaplicación del art. 31 bis CP cuando la empresa es la Administración.

### 3.2. La identidad de hechos

También este requisito parece en principio sencillo de determinar: no puede sancionarse dos veces a un mismo sujeto por unos mismos hechos. Pero el análisis de los supuestos fácticos es complejo ya que hay que determinar si este análisis de identidad debe hacerse de un modo físico o jurídico; y también en qué medida estos hechos son incardinables o interpretables jurídicamente y se integran en un tipo infractor. De acuerdo con la STC 2/1981 “para la individualización de los hechos es preciso tener en cuenta criterios de valoración jurídica”, lo cual ha sido interpretado como la necesidad de seguir un criterio fáctico y normativo. Por tanto, habrá un solo hecho cuando “la actuación corresponda a una misma manifestación de voluntad (criterio fáctico), y sea valorada unitariamente en un tipo (criterio normativo)”<sup>36</sup>. Es decir, será esencial examinar el tipo, no tanto el hecho natural, ya que sólo importan las actuaciones que contempla el tipo<sup>37</sup>. Esto es lo que hace que, en ocasiones, un mismo hecho tenga cabida en distintos tipos y, por tanto y en determinadas condiciones, puede ser objeto de dos sanciones diferentes; algo que produce indudables problemas de aplicación. Para resolverlo será necesario que los distintos ámbitos tengan en cuenta la acotación de los hechos realizados por los demás tal y como establece la STC 2/2003<sup>38</sup>.

Por otra parte, el elemento de los hechos juega un papel añadido. En efecto, en el marco de la llamada vertiente procesal del principio, o material según algunos autores<sup>39</sup>, uno de los aspectos que más importancia revisten es la co-

<sup>36</sup> Alarcón Sotomayor, L. *La garantía non bis in idem... op. cit.*, p. 44.

<sup>37</sup> Nieto, A. *Derecho Administrativo... op. cit.*, p. 449.

<sup>38</sup> De acuerdo con esta sentencia, el TC podrá revisar la existencia de la triple identidad pero partiendo de la acotación de los hechos realizada por los órganos judiciales y tomando como base la calificación de estos hechos realizada en sede judicial. De igual modo, la STC 91/2009, de 20 de abril (RTC 2009\91).

<sup>39</sup> Vertientes que se examinarán posteriormente.

herencia entre los ámbitos sancionadores a la hora de la apreciación de los hechos. Así pues, los hechos declarados probados por uno de los órdenes deben ser los mismos que para el otro; de modo que, si en el orden penal se declaran unos hechos probados y con base en ellos se adopta una decisión acerca de si son constitutivos o no de delito o falta, esos mismos hechos son los que se deberán tener en cuenta por parte de la Administración. A esto se dedicará más atención en epígrafes posteriores ya que se trata de un aspecto fundamental.

### 3.3. La identidad de fundamento

La identidad de fundamento es probablemente el elemento que más problemas de interpretación plantea. Desde el principio, el TC lo ha interpretado en un sentido de interés o bien jurídico protegido, similar al “valor social o individual cuya lesión o puesta en peligro encarna la acción típica de la infracción”<sup>40</sup>. No se trata, por tanto, de la ?nalidad pues está claro que la óptica es distinta desde el ámbito administrativo y del penal<sup>41</sup>. Baste conocer este dato para imaginar las di?cultades que ello plantea dado que se trata de una cuestión en constante debate por parte de la doctrina para cada tipo penal o cada sanción administrativa<sup>42</sup>. Además, como se verá más adelante, es el elemento fundamental que late detrás del caso excepcional que supone estar ante una relación de sujeción especial. Por esto se ha considerado como una regla que opera “como la gran coartada para justificar las excepciones a las reglas generales del non bis in idem”<sup>43</sup>.

En general, la regla es que se podrá castigar dos veces por lo mismo a un mismo sujeto siempre que las normas sustentadoras del castigo protejan bienes jurídicos diferentes<sup>44</sup>. Por tanto, ante una doble lesión, un doble castigo sería considerado proporcional<sup>45</sup>. Una circunstancia que no es en absoluto desconocida para el derecho penal que, ante este tipo de situaciones, cuenta con un instrumento esencial: la regla de los concursos. Se trata de soluciones ante situaciones que, si bien parece que pueden ser doblemente sancionadas, no

<sup>40</sup> STS 30 de mayo de 2000 (RCJ 2000\5155); STS 17 julio 2001 (RCJ 2001\6685).

<sup>41</sup> Orcaray Reviriego, J. J. El principio *no bis in idem*... *op. cit.*, p. 27.

<sup>42</sup> Ya que, como dice la doctrina, no existe una lista de bienes jurídicos protegidos, lo que hace que el legislador tenga mucho margen en este sentido. (Nieto, A. *Derecho Administrativo*... *op. cit.*, p. 407 y ss).

<sup>43</sup> Nieto, A. *Derecho Administrativo*... *op. cit.*, p. 407.

<sup>44</sup> Es más, se afirma incluso que la identidad se produce cuando se pretende la protección de los mismos aspectos del mismo bien jurídico. (Orcaray Reviriego, J. J. El principio... *op. cit.*, p. 28).

<sup>45</sup> Benloch Petit, G. El principio non bis in idem... *op. cit.*, p. 345.

parece de justicia material, ni necesario ni proporcional<sup>46</sup>, que sea así; por lo menos mediante la mera acumulación completa de las sanciones.

Si se aplican estas consideraciones al marco laboral, se ha considerado que no es posible afirmar la inaplicabilidad del non bis in idem por el hecho de considerar “que existe una naturaleza jurídica diferente entre la sanción administrativa y la penal en el Orden social, de forma que sea posible su compatibilidad por inexistencia de concurrencia en este plano”<sup>47</sup>. Es decir, que habrá que analizar caso por caso los supuestos para determinar si existe esa identidad de bien jurídico protegido y, por tanto, para sancionar dos veces, debe haber un doble bien jurídico protegido afectado. No obstante, hay doctrina<sup>48</sup> que considera que a este requisito se debería añadir uno secundario. Se trata de la exigencia de que, para que opere el non bis in idem, además de existir un mismo bien jurídico a proteger, haya identidad en la lesión o ataque al bien. En este sentido es clarificador el art. 18.2 LPSPV<sup>49</sup> que establece que hay identidad de fundamento cuando: “a) la infracción penal o administrativa que se castiga con la pena o sanción precedente proteja el mismo bien jurídico frente al mismo riesgo que la infracción que se esté considerando”. No obstante, como argumento en contra de esta posibilidad, debe señalarse que la exigencia de este requisito adicional añadiría trabas a la aplicación del non bis in idem disminuyendo la protección del sujeto ante la doble sanción<sup>50</sup>.

En conclusión, el condicionante fundamental para la aplicación del principio non bis in idem es, por tanto, que se produzca la llamada triple identidad. En todo caso, a ello se añaden una serie de aspectos que es necesario tener en cuenta. En primer lugar, el non bis in idem protege únicamente frente a las sanciones; esto es, lo prohibido por el principio es la doble sanción en sentido estricto, no la acumulación, por ejemplo, de una sanción con una medida cautelar, algo muy habitual en el ámbito disciplinario; o con una medida res-

<sup>46</sup> Sendín García, M. “Una garantía básica del derecho disciplinario: el principio non bis in idem”. En Domínguez-Berrueta De Juan, M., Jiménez Franco, E. (dirs.). *Los empleados públicos. Estudios*. Salamanca: Ratio Legis, 2006, p. 304.

<sup>47</sup> Del Rey Guanter, S. *Potestad sancionadora... op. cit.*, p. 256 y ss.

<sup>48</sup> Alarcón Sotomayor, L. *La garantía non bis in idem... op. cit.*, p. 47.

<sup>49</sup> Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

<sup>50</sup> Algo que esta norma compensa en su apartado b) estableciendo identidad de fundamento también en casos de diferencias entre bienes jurídicos distintos: “b) existiendo ciertas diferencias entre los bienes jurídicos protegidos o los riesgos contemplados, éstas no tengan la entidad suficiente como para justificar la doble punición, por referirse a aspectos cuya protección no requiere la segunda sanción”.

trictiva como puede ser la retirada de una licencia<sup>51</sup>. En la órbita laboral es el caso de las medidas de paralización de trabajos en situaciones de riesgo grave e inminente, la efectividad de los requerimientos de subsanación, entre otros, o la posibilidad de que, aún excluyéndose la sanción administrativa por existir condena penal, se establezcan otros efectos como la liquidación de cuotas a la Seguridad Social o el reintegro de las ayudas, bonificaciones o prestaciones sociales indebidamente percibidas<sup>52</sup>. Por último, el TC, ya en su STC 2/1981 así como los autores en sus diversas definiciones del principio, consideran que se aplica cuando existe triple identidad pero no hay una relación de sujeción especial del sujeto respecto a la Administración. Una hipótesis que se analizará posteriormente cuando se examine la aplicación del *non bis in ídem* al ámbito del Derecho del Trabajo; baste decir por el momento que en esta materia lo esencial será el fundamento sobre el que descansa cada sanción y no la existencia de esa relación de sujeción especial.

#### 4. EL CONTENIDO DEL PRINCIPIO *NON BIS IN ÍDEM*: LA PRIMACÍA DE LA VERTIENTE MATERIAL SOBRE LA PROCESAL

Cuando el TC se refiere al contenido del *non bis in ídem* lo hace distinguiendo entre dos vertientes, una material y otra procesal<sup>53</sup>. Generalmente la vertiente material suele identificarse con el objetivo último del principio, esto es, impedir la doble sanción en situaciones de triple identidad. Por tanto, si el *ius puniendi* es único, también debe serlo la sanción a imponer en estos supuestos<sup>54</sup>. A esto hay que añadir el hecho de que se considera que el *bis in ídem* se produce únicamente con la imposición de la sanción, no con la mera existencia o tipificación de dos normas sancionadoras para los mismos sujetos, hechos y

<sup>51</sup> STC 48/2003, de 12 de marzo (RTC 2003\48): “si tiene función represiva y con ella se restringen derechos como consecuencia de un ilícito, habremos de entender que se trata de una pena en sentido material; pero si en lugar de la represión concurren otras finalidades justificativas deberá descartarse la existencia de una pena, por más que se trate de una consecuencia gravosa”.

<sup>52</sup> Orcaray Reviriego, J. J. El principio *no bis in ídem*... *op. cit.*, p. 36 y ss.

<sup>53</sup> STC 77/2010, de 19 de octubre (RTC 2010\77); STC 188/2005, de 7 de diciembre (RTC 2005\188).

<sup>54</sup> Sanz Rubiales, I. Potestad sancionadora administrativa, *non bis in ídem*, y primacía del orden penal. (Comentarios a la STC 177/1999, de 11 de octubre). /En/ *Revista del Poder Judicial*, n° 59, 2000, p. 546. Así pues, se afirma que “en última instancia, el principio *non bis in ídem* está basado, como en definitiva lo está todo el Derecho, en la idea de justicia [...]”. (Del Rey Guanter, S. *Potestad sancionadora*... *op. cit.*, p. 121).

fundamento<sup>55</sup>. Aunque, dentro de esta última interpretación, se discuta si habría vulneración del principio desde el momento en que se produjera la declaración de la imposición de la segunda sanción o no la habría si, existiendo esa declaración, materialmente se moderan las sanciones a imponer de modo que, en la práctica, se sufra únicamente una<sup>56</sup>. En todo caso, se ha considerado que es más garantista extender la órbita de protección del non bis in ídem incluso hasta el momento de su tipificación, algo que obligaría al legislador a realizar una depuración del ordenamiento jurídico que, desde este punto de vista, sería conveniente y deseable.

En definitiva, la vertiente material del principio se refiere a la no imposición de la doble sanción. Pero lo cierto es que, por sí sola, la vertiente material no es suficiente pues esta afirmación del principio prohibitivo de la doble sanción, que es su objeto o finalidad esencial, no establece ninguna regla de prevalencia entre sanciones, sino que con no sancionar dos veces, se vería respetado<sup>57</sup>. Estas cuestiones son las que constituyen la vertiente procesal del principio que se ha definido como aquella que “imposibilita dos procesos y dos resoluciones iguales, en atención a los indeclinables derechos de todo ser humano de ser juzgado únicamente una vez por una actuación presuntamente delictiva, y a la importante defensa de los valores de seguridad y justicia que dominan el ámbito del proceso criminal”<sup>58</sup>.

En todo caso y en relación con la vertiente material del principio existen dos posibilidades. De una parte, considerar que la vertiente material se identifica únicamente por el objeto del principio, el mencionado anteriormente de evitar la doble imposición de sanciones siempre que se cumplan los condicionantes de la triple identidad así como los restantes requisitos ya mencionados. De forma que la vertiente procesal se compondría, por tanto, de tres medidas procesales<sup>59</sup>: la regla de la prejudicialidad penal; la de la vinculación de los hechos probados; y la de la prohibición del doble enjuiciamiento. De otra parte, se afirma<sup>60</sup> que la vertiente material se integra tanto por el objetivo fundamental del principio como por una serie de instrumentos a su servicio consistentes

<sup>55</sup> STC 234/1991, de 10 de febrero (RTC 1991\234); STS de 15 de marzo de 1985 (Ar. 1594), que establece que el cumplimiento del non bis in ídem no corresponde al legislador sino al aplicador. Una explicación en este sentido en Nieto, A. *Derecho Administrativo... op. cit.*, p. 404 y ss.

<sup>56</sup> STC 2/2003, de 16 de enero (RTC 2003\2); STC 334/2005, de 20 de diciembre (RTC 2005\334).

<sup>57</sup> Sanz Rubiales, I. *Potestad sancionadora... op. cit.*, p. 547.

<sup>58</sup> STS de 24 de marzo de 1971 (Ar. 1475).

<sup>59</sup> STC 77/1983, de 3 de octubre (RTC 1983\77).

<sup>60</sup> Nieto, A. *Derecho Administrativo... op. cit.*, p. 422. Alarcón Sotomayor, L. *La garantía non bis in idem... op. cit.*, p. 104 y ss.

en la vinculación de los hechos probados y la paralización del procedimiento<sup>61</sup>; dejando, en consecuencia, a la prohibición del doble enjuiciamiento como el único componente del verdadero non bis in ídem procesal.

Aunque más tarde se aludirá a las consecuencias que puede tener este diverso punto de vista, lo cierto es, en general, que el principio tiene el objetivo de impedir la doble sanción y para lograrlo se sirve de los mecanismos o reglas mencionados anteriormente. Por tanto, son instrumentos que algunos interpretan por sí mismos como componentes del non bis in ídem y del art. 25 CE, de modo que, si se incumplen, se considera vulnerado el principio y el precepto constitucional. Si bien existe otra opinión que los considera meros coadyuvantes de la vertiente material, es decir del objetivo ?nal del non bis in ídem que no es otro que evitar la lesión de la vertiente material<sup>62</sup>. Esta es la interpretación más aceptada<sup>63</sup> e indudablemente la que deriva de determinados pronunciamientos del TC, en concreto, de la STC 177/1999, de 11 de octubre; pero que se puso posteriormente en duda con la STC 2/2003, de 16 de enero y con la STC 334/2005, de 20 de diciembre<sup>64</sup>. La necesidad de determinar exactamente el contenido de la relación de interdependencia entre ambas vertientes, material y procesal, del principio tuvo origen en un problema de aplicación que se examinará posteriormente.

#### **4.1. El establecimiento de relaciones de preferencia entre ámbitos del poder público: la preferencia de la jurisdicción penal sobre la administrativa**

Una de las primeras medidas para la correcta aplicación del non bis in ídem es la prejudicialidad penal. Ya se llame vertiente procesal o instrumento de la vertiente material, es una manifestación que no es exclusiva del non bis in ídem ya que de la misma hay referencias en normas sectoriales (como es el caso del art. 7 del REPEPOS), o en el art. 3.2 LISOS.

La prejudicialidad consiste, como se sabe, en la paralización del procedimiento administrativo en el momento en que se detecten indicios de delito

<sup>61</sup> Esto es, son reglas que son consecuencia procedimental de la vertiente material y que tienen más ámbitos de aplicación que no siempre el objetivo de evitar el doble castigo.

<sup>62</sup> Muñoz Lorente, J. *La nueva configuración...* op. cit., p. 56.

<sup>63</sup> Benlloch Petit, G. *El principio non bis in ídem...* op. cit., p. 307.

<sup>64</sup> RTC 1999\177, RTC 2003\2 y RTC 2005\334 respectivamente.

y ante supuestos de triple identidad<sup>65</sup>. Las reglas de funcionamiento de esta medida procesal son las siguientes<sup>66</sup>.

En primer lugar, es suficiente con que existan indicios de hechos que puedan constituir delito, se esté instruyendo o no causa penal; de hecho, lo habitual es que sea la propia Administración la que detecte precisamente dichos indicios de delito aunque también puede hacerlo el propio sujeto. En este sentido, es frecuente que el TC considere que, en casos de alegación tardía, o falta de alegación por el sujeto, para posteriormente denunciar la vulneración del non bis in idem cuando se tenía conocimiento del seguimiento de una causa penal paralela, aquél pierde la oportunidad de ver protegido su derecho por transgresión de la buena fe<sup>67</sup>. En todo caso hay normas, como el REPEPOS, que indican que la obligación de paralizar no es inmediata sino que sólo surge cuando la jurisdicción penal determina que efectivamente existen esos indicios de delito; en este sentido, la STS de 23 de diciembre de 2004<sup>68</sup> estableció que la obligación de paralización opera cuando se inicia el proceso penal en sentido estricto.

En segundo lugar, es necesario, como condicionante para la paralización, que haya un supuesto de triple identidad, aunque existe alguna excepción a esta regla que establece también la necesidad de paralización cuando existe identidad de hecho pero no de sujeto o de fundamento<sup>69</sup> o cuando, a pesar de que el hecho es diferente, está muy conectado con el que debe ser objeto del procedimiento sancionador. La paralización del procedimiento administrativo no afectará, sin embargo, a las medidas cautelares o provisionales adoptadas en

<sup>65</sup> Las razones que explican esta prejudicialidad o prevalencia del derecho penal sobre el derecho administrativo sancionador se han establecido en lo siguiente: un motivo cronológico, pues el derecho penal ya tenía sus principios fundamentales consolidados; una razón constitucional, pues los principios del derecho penal suponen unas garantías de los derechos de los individuos; por último, una razón dogmática, pues ambas ramas del derecho forman parte de un valor superior, que es el derecho punitivo estatal, que actualmente se identifica con el derecho penal en sentido estricto. Por tanto los principios del derecho penal no es que sean exclusivos del penal y este se considere superior, sino que son principios del derecho punitivo del Estado, siendo los únicos que se conocen. (Nieto, A. *Derecho Administrativo... op. cit.*, p. 169 y ss.)

<sup>66</sup> Alarcón Sotomayor, L. *La garantía non bis in idem... op. cit.*, p. 110 y ss.

<sup>67</sup> STC 152/2001, de 2 de julio (RTC 2001\152). No obstante, la STC 2/2003 matiza este enfoque pues “lo que sostiene el TC: al recurrente no le es exigible una diligencia mayor, dado que el error lo ha cometido la Administración al no paralizar el expediente, y tal cosa no puede – o no debería – perjudicarlo. Sin embargo, lo que late bajo la doctrina constitucional de la STC 2/2003, Yáñez Hermida (ne bis in idem), es la presunción de que quien se aquieta a la sanción actúa de mala fe y comete fraude. Acaso por ello las consecuencias de esta doctrina, en el fondo, sí le perjudican, porque le obligan a soportar los dos castigos”. (Puerta Seguido, F.; Beltrán de Felipe, M. *Perplejidades acerca de los vaivenes... op. cit.*, p. 366).

<sup>68</sup> Ref. iustel 235063.

<sup>69</sup> STSJ Cantabria de 24 de febrero de 1999 (Ar. 185);

su caso<sup>70</sup>. Por último, la prejudicialidad exige la paralización del procedimiento y no sólo la de la acción de dictar la resolución sancionadora, tal y como lo establecen las STC 2/2003 o STC 77/1983, el art. 3.2 LISOS, o incluso el art. 94.3 EBEP. Dicha suspensión debe continuar hasta que haya finalizado la actuación judicial penal, es decir, hasta que haya sentencia firme<sup>71</sup>. Y durante ese tiempo, se interrumpe la prescripción de la infracción administrativa y se suspenden los plazos de duración máxima del procedimiento sancionador a efectos de su caducidad<sup>72</sup>. No obstante, aunque éstas son las reglas generales, la prejudicialidad no siempre opera de la misma manera. Como sucede en el ámbito del derecho administrativo disciplinario, supuesto en el que el procedimiento seguirá su curso, suspendiéndose únicamente la resolución definitiva del expediente sancionador<sup>73</sup>.

Una vez finalizado el proceso penal y en función de su resultado, el procedimiento administrativo podrá continuar o no. Así pues, si la sentencia penal es absolutoria, el proceso administrativo se reanuda. Si la sentencia es condenatoria, la administración archivará el proceso. Por tanto, después de la actuación penal, operará, por supuesto, la institución de la cosa juzgada<sup>74</sup> de modo que el orden administrativo deberá respetar la decisión penal y, en caso de condena, no abrir el procedimiento sancionador.

No obstante, existe otro efecto a tener en cuenta que matiza lo anterior y es el de la vinculación de los hechos declarados probados, que cuenta con más reconocimiento normativo<sup>75</sup>. La vinculación de hechos probados se entiende, a diferencia de lo que sucedía con la prejudicialidad penal, como una verdadera manifestación del principio *non bis in idem*<sup>76</sup>. Así pues, si la sentencia penal es absolutoria, el procedimiento administrativo se reanuda y será posible la condena, al igual que sucede si no existe la triple identidad. En estos supuestos se considera que el doble enjuiciamiento está permitido. No obstante, la Administración se encontrará vinculada por los hechos declarados probados o

<sup>70</sup> Por lo menos en tanto la autoridad judicial se pronuncie (art. 100.2 Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.) o si son compatibles con las acordadas en el proceso penal (art. 25.3 LPSPV) o, con las especialidades que establece el art. 3.4 LISOS.

<sup>71</sup> Así lo establece, por ejemplo, el art. 7.2 del RD 928/1998 del reglamento general sobre el procedimiento para la imposición de sanciones en el orden social.

<sup>72</sup> Alarcón Sotomayor, L. *La garantía non bis in idem...* op. cit., p. 133.

<sup>73</sup> Es el caso, por ejemplo, del art. 4 de la LO 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, o de la LO 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía. De igual modo, no hay que olvidar el ámbito disciplinario privado, donde los arts. 4 y 86 LRJS establecen la prejudicialidad penal únicamente en los supuestos de falsedad documental. En el mismo sentido, STC 25/1984, de 23 de febrero (RTC 1984/25).

<sup>74</sup> Martínez Rodríguez, J. A. *La doctrina jurídica...* op. cit., p. 35.

<sup>75</sup> Es el caso del art. 137.2 LRJAPyPAC y del art. 7.3 REPEPOS.

<sup>76</sup> Benlloch Petit, G. *El principio non bis in idem...* op. cit., p. 330.

declarados no existentes por la sentencia penal, pues "es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado", dice el TC en su STC 77/1983, de 3 de octubre<sup>77</sup>. Por tanto, si en el orden penal se declaran unos hechos, aunque estos no constituyan delito, serán los mismos hechos que deberán tomarse como base en el ámbito administrativo<sup>78</sup>. Si esos hechos se declaran expresamente como no existentes, la Administración no los podrá tener en cuenta.

En este sentido, hay que tener presente una serie de reglas<sup>79</sup>: en primer lugar, las resoluciones penales deben ser firmes; en segundo lugar, sólo vinculan respecto de las actuaciones de la Administración de tipo sancionador; en tercer lugar, son unos hechos que vinculan aunque no haya identidad de sujeto, por tanto, si en vía penal hay imputación de una persona física y en vía administrativa de una persona jurídica, será posible la sanción por ambos órdenes pero los hechos son vinculantes; en cuarto lugar, si hay declaración de hechos no probados, no porque no existan sino sólo porque no han sido probados, la Administración puede intentar la prueba por sus propios medios puesto que lo que se establece por la vía penal es que no se han podido verificar, no que no existan<sup>80</sup>; en quinto lugar, si en la vía penal se declara la inexistencia de todos los hechos, aún existiendo sentencia absolutoria, la Administración no podrá sancionar<sup>81</sup>; en sexto lugar, se discute si debe existir también vinculación respecto a la valoración de la prueba puesto que una distinta interpretación de los mismos datos, por ejemplo por un cambio de perito, podría llevar a resultados diferentes; en séptimo lugar, y finalmente, si la sentencia es condenatoria, en principio no podrá reanudarse el expediente sancionador administrativo salvo que los hechos que finalmente se hayan tomado en consideración para la sanción penal sean diferentes de los que tienen relevancia en el ámbito administrativo.

En todo caso, esta vinculación de los hechos probados, en los términos dichos, funciona de lo penal a lo administrativo pero no a la inversa, es decir, los hechos declarados probados en sede administrativa, caso de producirse

<sup>77</sup> STC 77/1983, de 3 de octubre (RTC 1983\77).

<sup>78</sup> La STC 77/1983 fundamentó esta vinculación en la cosa juzgada positiva (lo declarado en la sentencia debe considerarse la verdad jurídica) y negativa (imposibilidad de realizar un nuevo pronunciamiento sobre el tema).

<sup>79</sup> Alarcón Sotomayor, L. *La garantía non bis in idem... op. cit.*, p. 166 y ss.

<sup>80</sup> En este sentido, se plantea si el sobreseimiento provisional del proceso penal puede llevar a la reanudación del procedimiento administrativo, algo que no encuentra una respuesta clara aunque la doctrina considera que sería aconsejable continuar con la suspensión. En el mismo sentido, se plantea el problema de cómo proceder en el caso de que, por la vía del recurso de revisión, se modificara la declaración de hechos probados y ya existiera una sanción administrativa firme. (Benloch Petit, G. *El principio non bis in idem... op. cit.*, p. 333-334).

<sup>81</sup> Martínez Rodríguez, J. A. *La doctrina jurídica... op. cit.*, p. 38.

antes de iniciarse la vía penal, no vincularán a lo penal. No obstante, existen ejemplos en que esta vinculación de hechos probados opera también dentro de un mismo ámbito. Un ejemplo peculiar, aunque relaciona el orden contencioso con el social, se encuentra en el art. 42.5 LISOS, que se refiere, no a la vinculación respecto del orden penal, sino del contencioso-administrativo cuando se trata de sanciones concurrentes con el recargo de prestaciones.

#### 4.2. La prohibición de doble enjuiciamiento

La prohibición de doble enjuiciamiento es, en realidad, la única manifestación del *non bis in idem* que la doctrina está de acuerdo en encuadrar como perteneciente a la vertiente procesal del principio<sup>82</sup>. De vital importancia, suele asociarse al principio de seguridad jurídica<sup>83</sup>, y opera siempre y cuando no haya habido absolución o sobreseimiento del proceso penal pues en dicho supuesto será posible la actuación administrativa<sup>84</sup>. No obstante, se ha aceptado la posibilidad de un doble procedimiento por las STC 2/2003 y STC 334/2005<sup>85</sup>, al sostener que caben dos procedimientos cuando el administrativo sea menos complejo que el penal y sus sanciones no sean equiparables<sup>86</sup>. El hecho es que, en la práctica, este principio de prohibición de doble enjuiciamiento opera de forma estricta en caso de existencia de sentencia firme<sup>87</sup> salvo cuando existe sentencia absolutoria penal, puesto que entonces procede continuar con el procedimiento administrativo; o cuando se haya dictado previamente la resolución administrativa, situación más complicada resuelta en este sentido por el TC y sobre la que se harán algunas reflexiones posteriores.

En conclusión, pues, de todo lo escrito, las reglas de funcionamiento fundamentales del *non bis in idem* son, por tanto, las siguientes<sup>88</sup>: prohibición del doble castigo si existe triple identidad o concurso de normas; competencia

<sup>82</sup> Se la ha llegado a denominar como “la más completa expresión del *non bis in idem* procesal”. (Benlloch Petit, G. El principio *non bis in idem*... *op. cit.*, p. 339).

<sup>83</sup> En ocasiones, con dudas, a la cosa juzgada, pero esta interpretación es poco admitida pues no operaría entre una resolución administrativa frente a una sentencia penal (STC 2/2003 (RTC 2003\2)).

<sup>84</sup> Benlloch Petit, G. El principio *non bis in idem*... *op. cit.*, p. 338.

<sup>85</sup> Alarcón Sotomayor, L. *La garantía non bis in idem*... *op. cit.*, p. 175 y ss.

<sup>86</sup> No obstante, en realidad dicha argumentación se otorgó para justificar los casos en que se vulneraba la regla de la suspensión del procedimiento administrativo, argumentándose que sería posible el segundo enjuiciamiento en los supuestos en que no pretendiera sustituir al primero o contradecirlo o apartarse de lo decidido en el anterior. Sería una suerte de cosa juzgada material en el caso de que primero se sustanciara el proceso penal, y, si primero fuera el administrativo, no una cosa juzgada, que en este ámbito no es aplicable, sino la regla anteriormente mencionada. (Alarcón Sotomayor, L. *La garantía non bis in idem*... *op. cit.*, p. 185).

<sup>87</sup> De este modo, si el primer proceso ha sido anulado; no cabe hablar de un nuevo proceso. STC 23/2008, de 11 de febrero (RTC 2008\23); STC 115/2006, de 24 de abril (RTC 2006\115)..

<sup>88</sup> Alarcón Sotomayor, L. *La garantía non bis in idem*... *op. cit.*, p. 101.

exclusiva de los jueces de lo penal ante supuestos de triple identidad e indicios de delito e incompetencia de la Administración; prohibición a la Administración de tramitar el procedimiento cuando los jueces se estén ocupando de ese hecho, incluso cuando no se dé la triple identidad; respeto por parte de la Administración de la valoración de los hechos realizada por la jurisdicción penal; evitación de la reiteración de procesos<sup>89</sup>.

## 5. ÁMBITOS DE CONFLICTO Y PROBLEMAS FRECUENTES EN LA APLICACIÓN DEL NON BIS IN ÍDEM

Vistos los condicionantes y el contenido del principio non bis in ídem, es necesario hacer una referencia a su funcionamiento o, en sentido estricto, a las vías de solución de los posibles atentados que el principio trata de evitar. Para ello, hay que partir de dos premisas. La primera es delimitar el ámbito en que se produce el eventual conflicto o fricción; en segundo lugar, los conflictos en sí. En función de estos parámetros, los problemas serán distintos y las soluciones a los mismos también.

En cuanto a los posibles ámbitos de conflicto, se ha dicho que las principales fricciones en torno al non bis in ídem se producen en el campo sancionador cuando concurre el orden administrativo con el penal. Sin embargo, éste no es el único escenario posible de fricción ya que el conflicto no siempre se producirá entre ambos sino que también es posible que se produzca exclusivamente dentro cada uno de ellos<sup>90</sup>. Así pues, el primer supuesto es aquél que se podría denominar bis in ídem penal, o situación penal/penal. Es decir, casos de triple identidad a los cuales son aplicables dos o más normas penales y, por tanto, existen dos o más sanciones penales posibles. El segundo de los casos, es el del bis in ídem administrativo, o situación administrativo/administrativo. Al igual que el anterior, se produce cuando, existiendo triple identidad, hay dos o más normas sancionadoras administrativas aplicables, ya sea por el mismo o por distintos órganos de la Administración Pública. El tercer supuesto es aquél en que el conflicto se produce entre el ámbito penal y el administrativo, ya se produzca la fricción en un sentido o en otro; esto es, operando primero el administrativo o el penal y siendo, en el primer caso, la sanción administrativa establecida por una resolución o por una sentencia de dicho orden<sup>91</sup>. Para todas estas situaciones se suelen aplicar los principios propios del derecho penal al

<sup>89</sup> Muñoz Clares, J. *Ne bis in ídem y Derecho Penal...* op. cit., p. 269.

<sup>90</sup> Boto Álvarez, A. Sobre el principio *non bis in ídem* y la importancia de la técnica legislativa. (Al hilo de la STC 188/2005, de 7 de julio). /En/ *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 76, 2006, p. 275. STC 158/1985 (RTC 2005\158).

<sup>91</sup> Carrero Domínguez, C. *El régimen jurídico sancionador...* op. cit., p. --- p. 3233.

derecho administrativo sancionador<sup>92</sup>. Por último, y como especialidad, cabe señalar los conflictos que se producen en el ámbito del derecho disciplinario.

Expuestos los posibles ámbitos en que pueden desarrollarse este tipo de conflicto, siguiendo dicha estructuración hay que añadir que esos conflictos pueden ser también de varios tipos<sup>93</sup>: A) Si nos situamos en un marco estrictamente penal, los problemas fundamentales suelen ser la posible aplicación de dos sanciones para un mismo hecho, donde será necesario determinar si existe o no un mismo bien jurídico protegido y, en función de la respuesta, el derecho penal cuenta con una serie de instrumentos al efecto, como es la regla de los concursos. En este mismo ámbito, también puede producirse un supuesto de pluralidad de procesos penales, lo cual atentaría contra la prohibición de doble enjuiciamiento establecida en la vertiente procesal del principio non bis in ídem; o problemas de doble valoración (art. 67 CP); o toma en consideración de una sentencia extranjera (art. 23.2. b) LOPJ), cuestión muy relevante y compleja pero que no será tratada aquí<sup>94</sup>. B) Si nos situamos en el terreno administrativo, los problemas son similares, considerándose la posibilidad de la aplicación de las reglas de los concursos, para los cuales determinadas normas sectoriales ofrecen previsiones al respecto. C) Si, por último, el ámbito es mixto, esto es, cuando el conflicto se produce entre la rama penal y la administrativa, las posibles vulneraciones del non bis in ídem provienen de los siguientes casos: relaciones de especial sujeción del sujeto con la Administración; incorrecta paralización del procedimiento administrativo; no paralización del procedimiento administrativo y existencia de una resolución administrativa firme; y, en fin, trasgresión de la regla de subordinación entre los ámbitos, fundamentalmente en lo que hace a la vinculación de los hechos probados en vía penal.

<sup>92</sup> Operación que se considera pertinente ya que “el derecho administrativo sancionador y el derecho penal convencional forman parte de una unidad superior - el Derecho punitivo del Estado-, que hasta ahora venía identificándose con el Derecho Penal en sentido estricto. En rigor, por tanto, cuando se imponen al Derecho Administrativo Sancionador los principios del Derecho Penal no es porque se considere a éste de naturaleza superior, sino porque tales principios son los únicos que se conocen - hasta ahora - como expresión del Derecho punitivo del Estado”. (Nieto, A. *Derecho Administrativo... op. cit.*, p. 169).

<sup>93</sup> Una exposición de los casos más habituales de colisión entre normas sancionadoras en Muñoz Clares, J. *Ne bis in ídem... op. cit.*, p. 247 y ss. y en Martínez Rodríguez, J. A. *La doctrina jurídica del principio... op. cit.*, 2012, p. 27).

<sup>94</sup> López Barja de Quiroga, J. *El principio... op. cit.*, p. 35 y ss.

## **6. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM EN LOS ÁMBITOS DE CONFLICTO PUROS EN EL MARCO DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

Partiendo del hecho de que, en el marco del derecho sancionador, pueden producirse conflictos de distinto tipo y en ámbitos diversos, en función del conflicto y el ámbito, las reglas a aplicar son diferentes. Por tanto, una vez localizado el ámbito (primer paso a realizar) lo más sencillo es comenzar con su interpretación procesal o vertiente procedimental. Así pues, debe iniciarse aplicando las reglas procesales de actuación o los mecanismos jurídicos previstos para esa concurrencia de supuestos, como sucede en el caso del derecho penal y los concursos. Y si se vulneran, se vulnera el non bis in ídem. Si se respetan, y finalmente se llega a la imposición de la doble sanción, por ejemplo por considerar que no existe triple identidad cuando sí que existe, también habrá vulneración del non bis in ídem a partir de la incorrecta interpretación de la triple identidad, esto es de la vertiente puramente material del principio. En este sentido, como este trabajo pretende analizar la aplicación del principio non bis in ídem en el terreno laboral, se hace a continuación una exposición de dichas reglas en los supuestos más característicos en que el principio es aplicable, comenzando por aquellos que se producen en un entorno de conflicto puro.

### **6.1. Prevención de Riesgos Laborales y ámbito penal: la regla de los concursos como respuesta a la doble imposición de sanción**

Comenzando por el ámbito penal, uno de los supuestos en materia laboral donde es más habitual encontrarse la problemática referida al non bis in ídem es el de la prevención de riesgos laborales. Las referencias fundamentales a la seguridad y salud laboral se contienen en los arts. 316-318 CP que regulan un delito de peligro concreto que se presenta bajo modalidades distintas dependiendo del grado de culpabilidad del sujeto<sup>95</sup>. Pero no son las únicas normas que han de tenerse en consideración al respecto. Los anteriores preceptos no exigen la producción efectiva de un daño en el trabajador, sujeto protegido, sino que basta con la puesta en peligro de la vida, salud o integridad física del mismo. En caso de existir ese daño, que en este terreno se concreta en la producción de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el CP prevé la aplicación, aunque no sea únicamente para este ámbito, de otros delitos o faltas como son los delitos y

<sup>95</sup> García Murcia, J. *Responsabilidades y sanciones...*, p. 111.

faltas de homicidio o lesiones imprudentes<sup>96</sup>. Estos son los tipos penales fundamentales y a los que aquí se hará referencia, aunque no son los únicos<sup>97</sup>.

Aunque los arts. 316 y ss CP no exigen la producción de un daño, lo cierto es que en realidad la comisión de este tipo de delitos suele ir aparejada precisamente a la producción de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional. En estos casos, un mismo hecho puede conllevar dos tipos de sanciones: la prevista en los arts. 316-318 CP y la propia de los homicidios o lesiones. Aquí es el propio CP el que aporta soluciones a este problema a través de la vía de los concursos<sup>98</sup>. Como se sabe, en el ámbito penal pueden darse situaciones en que un mismo hecho tenga cabida en distintas normas tipificadoras de delitos, otros en que el mismo hecho se descomponga en diversas partes y cada una de ellas tenga cabida en un delito diferente, o supuestos que en principio responden al mismo hecho pero que encuentran acogida en distintas normas que responden a intereses jurídicos diferentes.

Para ello es necesario comenzar con el análisis de la triple identidad, condicionante fundamental de la activación del principio non bis in idem. En este sentido, en cuanto a la identidad de sujeto, lo habitual es que, ante un accidente de trabajo, el sujeto imputado sea el empresario. Dejando al margen ahora si se trata de una persona física o jurídica, el hecho es que suele ser el principal responsable en estos casos. Pero no hay que olvidar que, en el marco de la responsabilidad penal por accidente de trabajo, es posible la imputación de responsabilidad a sujetos diversos, ya sean los propios trabajadores de la empresa, con o sin funciones específicamente preventivas, como a otro tipo de órganos como pueden ser los servicios de prevención ajenos. En este sentido, en la órbita penal son habituales las llamadas cadenas de responsabilidad, de manera que suele asociarse la actividad delictiva de otro tipo de sujetos a la del empresario. Así pues, podría darse el caso de que el empresario quede exonerado de responsabilidad, por ejemplo, por haber realizado una delegación de funciones y haber cumplido correctamente con sus obligaciones residuales de vigilancia, y no sea condenado por estos delitos; o que únicamente se le condene por uno de ellos debido a que la conducta punible esté contenida en uno de los tipos penales y no en otro<sup>99</sup>.

Esto lleva precisamente a examinar el segundo de los elementos característicos de la triple identidad: el hecho. Un elemento que, como se dijo anterior-

<sup>96</sup> Regulados en sus distintas modalidades en los siguientes preceptos: delito de homicidio imprudente (arts. 142.1 y 3 CP); falta de homicidio imprudente (art. 621.2); delito de lesiones imprudentes (arts. 147.1, 149, 150 y 152 CP); y la falta de lesiones imprudentes (art. 147.2 CP). En general, se considera que la falta de adopción de medidas de prevención no puede ser un medio para matar o lesionar dolosamente a un trabajador.

<sup>97</sup> Asimismo hay que tener en cuenta otros supuestos como son los contenidos en el art. 350 CP; los arts. 348 y 349 CP; o los casos de los delitos de acoso sexual y moral en el trabajo (arts. 184 CP y 173.2 CP), situaciones calificadas como accidente de trabajo (STSJ Madrid de 24 noviembre de 2008 (AS 2009\205), entre otras).

<sup>98</sup> Nieto, A. *Derecho Administrativo... op. cit.*, p. 407 y ss.

<sup>99</sup> Es lo que sucedió en el caso analizado por la STS de 28 de enero de 2008.

mente, debe valorarse jurídicamente, siendo el modo más habitual de hacerlo teniendo en cuenta la descripción del tipo. En el caso de que varios hechos sean tipos como una infracción, no se estará ante un supuesto de non bis in idem, pues evidentemente falta el elemento de la identidad de hecho; por el contrario, sería una situación de concurso real de infracciones cuya solución es la suma acumulada de las sanciones correspondientes. En cambio, si lo que hay es un solo hecho tipo en varias normas con distintas sanciones, existirá identidad de hecho y la respuesta dependerá del último de los elementos que componen el triángulo de las identidades, esto es, el fundamento de la sanción; y, si no existe esa identidad de fundamento, no se estará en el ámbito del non bis in idem, pues al no darse la triple identidad no habrá conflicto.

Los arts. 316-318 CP tipifican la conducta de no facilitar los medios de seguridad necesarios poniendo en peligro la vida e integridad física de los trabajadores. Por tanto es necesario examinar si esa específica conducta es la que provoca la lesión o fallecimiento del trabajador y si, a su vez, consiste en una falta de proporcionar esos medios. Si la conducta que provoca la lesión no entra dentro del concepto de medios, será constitutiva de delito de lesiones pero no del delito del art. 316 o 317 del CP. Lo mismo puede decirse en cuanto a la conducta reñida en el art. 318 CP que establece que, en los supuestos de ausencia de medios, serán responsables los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a aquéllos que “conociéndolos y pudiendo remediarlos, no hubieran adoptado las medidas para ello”. El concepto de medios es, como se sabe, uno de los más polémicos en esta materia, aceptándose en líneas generales que es la conducta consistente en “no hacer posible los medios necesario para conseguir las medidas de seguridad e higiene adecuadas”<sup>100</sup>, entendiéndose por medios no sólo de los materiales sino también los de carácter personal u organizativo<sup>101</sup>, y excluyéndose obligaciones como las de documentación y las de vigilancia, que tradicionalmente no se consideran integradas dentro del concepto de medios, aunque la posición judicial al respecto es confusa<sup>102</sup>.

<sup>100</sup> Muñoz Cuesta, J. Una respuesta jurídica a la siniestralidad..., *op. cit.* BIB 2002\1453.

<sup>101</sup> Como es el caso de la formación, selección de los trabajadores, imposición de un ritmo de trabajo inadecuado, falta de correspondencia entre la asignación de tareas y la capacidad del trabajador, inadecuación de los equipos de trabajo y medios de protección, o cualquier otra forma de comportamiento que impida o dificulte que los trabajadores realicen su labor en condiciones de seguridad. (Figuerola Navarro, M. C. «La responsabilidad penal...», *op. cit.*, 2005, p. 57). En contra de una inclusión tan amplia en el tipo, las SSTs de 26 de septiembre de 2001 (RJ 2001\9603) y de 4 de junio de 2002 (RJ 2002\6921).

<sup>102</sup> Yes que numerosos pronunciamientos penales, fundamentalmente de las Audiencias Provinciales, si bien en la práctica niegan la responsabilidad penal directa por el incumplimiento de la obligación de vigilancia, sí la aplican por la ausencia de reacción ante una situación generada por ausencia de vigilancia. Algo que lleva a concluir que quizá más valdría proceder a su inclusión expresa y prescindir del recurso a vías indirectas de penalización. SAP (Penal) Almería de 8 de febrero de 2003 (JUR 2003\76310); Navas-Parejo Alonso, M. “El papel de los arquitectos como responsables de los delitos contra la seguridad y salud de los trabajadores: la relevancia del análisis de su conducta”, *Aranzadi Social*, núm. 2, 2011).

Suponiendo que los dos elementos anteriores fueran coincidentes, esto es, que hubiera identidad de sujeto y hecho, resta por examinar si se produce la identidad de fundamento. Es aquí donde reside el elemento esencial en esta materia. En este sentido, y mayoritariamente, se considera que el bien jurídico protegido por estos delitos es diferente, tratándose, en el caso de los arts. 316 y ss CP, de la seguridad y salud laboral en un sentido colectivo, mientras que, en el caso del homicidio o las lesiones, se protege el bien “vida e integridad física”. Por tanto, existiría diversidad de fundamento y, con ello, no se produciría el problema del *non bis in ídem*, resolviéndose la cuestión por la vía del concurso de delitos. Una solución a partir de la cual se impone la sanción más grave en su mitad superior siempre que ésta no supere la suma de las penas de cada uno de los delitos<sup>103</sup>; una regla que se fundamenta, entre otras, en la idea de la proporcionalidad,<sup>104</sup> ya que se trata de supuestos en los que una conducta cabe en diversos tipos penales pero ninguno de ellos absorbe completamente el desvalor total de la acción<sup>105</sup>.

No obstante, hay que señalar que, como ya se advertía anteriormente, el problema esencial del elemento del fundamento en cuanto a la aplicación del *non bis in ídem* se encuentra precisamente en lo incierto del mismo. En este sentido, cuando se habla de la concurrencia de estos delitos hay tres posturas al respecto<sup>106</sup>.

Para los que consideran que el fundamento de los delitos es el mismo, puede tratarse como un concurso de leyes, absorbiendo el delito de homicidio o lesiones al de peligro<sup>107</sup>. Como se sabe, el *non bis in ídem* sólo permite la aplicación de una de las sanciones, de modo que hay que sacrificar una de ellas. En estos casos el injusto previsto en uno de los preceptos absorbe completamente el desvalor del contemplado por el otro, incluso en supuestos en que no coincidan totalmente los hechos pero el reproche de un precepto absorba al del otro<sup>108</sup>. Para ello, el CP establece una serie de criterios de elección entre las

<sup>103</sup> Art. 77 CP.

<sup>104</sup> Esto es, en el hecho de que la existencia de dos infracciones con distinto fundamento por un mismo hecho no necesariamente debe llevar aparejada la suma de las sanciones, pues ello podría llevar a una pena excesiva ya que la realidad es que el hecho ha sido único. (MUÑOZ LORENTE, J. *La nueva configuración... op. cit.*, p. 81.

<sup>105</sup> Muñoz Clares, J. *Ne bis in ídem y Derecho Penal... op. cit.*, p. 294 y ss.

<sup>106</sup> Ver Navas-Parejo Alonso, M. *Obligaciones y responsabilidades... op. cit.* 2012, p. 298 y ss.

<sup>107</sup> Art. 8 CP. Alarcón Sotomayor, L. *La garantía non bis in ídem... op. cit.*, p. 59.

<sup>108</sup> STC 2/2003, de 16 de enero (RTC 2003/2): “Existen casos en los que un acto, a primera vista, parece constituir más de un ilícito, mientras que un examen más atento muestra que únicamente debe ser perseguido un ilícito porque abarca todos los ilícitos contenidos en los otros [...]”.

normas<sup>109</sup> impidiendo la expansión de un mismo hecho sobre distintos tipos ya que “aplicada una determinada sanción a una específica infracción, la reacción punitiva ha quedado agotada”<sup>110</sup>.

Otra posibilidad es que esta absorción se produzca únicamente cuando el trabajador dañado sea el único que además se encontraba en situación de peligro; o que el delito de homicidio o lesiones sancione el daño al trabajador concreto mientras que el de peligro sancione la lesión del bien jurídico colectivo<sup>111</sup>. La jurisprudencia ha optado por utilizar una combinación de las dos últimas teorías en función de la situación que se produzca<sup>112</sup>. Así pues, cuando exista un peligro para la colectividad de trabajadores y un daño para uno o varios de ellos sin llegar a afectar a todos, la solución será la del concurso ideal de delitos del art. 77 CP ya que los bienes poseen diversa naturaleza de los protegidos por los tipos de homicidio o lesiones<sup>113</sup>. En cambio, si el trabajador dañado es el único que además se encontraba en situación de peligro, el delito de lesiones o de homicidio absorberá al de peligro. En este sentido, se afirma que la clave reside en que la puesta en peligro sea del colectivo de trabajadores y la lesión o muerte de uno o varios en concreto. No obstante, existe una tendencia doctrinal que considera que, ante la producción de un delito de peligro y uno de lesión, la solución debe ser siempre la del concurso ideal de delitos ya que, en definitiva, el bien jurídico protegido es siempre diferente y, siendo el del delito de peligro la seguridad y salud laboral, éste no es escindible para cada uno de los sujetos, por mucho que sólo uno de ellos sea dañado<sup>114</sup>.

<sup>109</sup> Son los siguientes: “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1.ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general; 2.ª El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible; 3.ª El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél; 4.ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”. Si estas reglas no pudieran ser aplicables, se proponen como criterios adicionales los de la voluntad, esto es, la decisión por el órgano superior y, si no, la cronología. (Nieto, A. *Derecho Administrativo... op. cit.*, p. 444).

<sup>110</sup> STC 153/1990, de 15 de octubre (RTC 1990\153) y MUÑOZ CLARES, J. *Ne bis in idem y Derecho Penal... op. cit.*, p. 132-133.

<sup>111</sup> Esto es, que se trate de un concurso ideal de delitos.

<sup>112</sup> STS (Penal) de 25 de abril de 2005 (RJ 2005\6547).

<sup>113</sup> Esto es, “en tanto que una única conducta omisiva produce dos resultados, uno el material por la muerte o causación de lesiones a uno o varios trabajadores, y otro resultado de peligro concreto el que afecta a otros trabajadores que estaban en la misma situación de riesgo pero no han sufrido atentado alguno contra vida, su integridad o su salud”. (MUÑOZ CUESTA, J. Una respuesta jurídica a la siniestralidad... Op. Cit. BIB 2002\1453). En el mismo sentido, STS (Penal) de 19 de octubre de 2000 (RJ 2000\9263).

<sup>114</sup> MATA Y MARTÍN, R. M. Derecho Penal y siniestralidad laboral: los concursos de infracciones. /En/ *Revista General de Derecho Penal*, nº 10, 2008. Ref. electrónica RGDP 10 (2008). [www.iustel.com](http://www.iustel.com).

## 6.2. Conflictos en el ámbito administrativo: el recargo de prestaciones y responsabilidad por prestaciones de Seguridad Social

En el caso en que la colisión se produzca exclusivamente en el marco administrativo, no existe ninguna regla general y hay distintas opciones al respecto ya que no hay un criterio específico, en principio, para que un órgano administrativo ceda frente a otro siendo ambos competentes para sancionar, considerándose que lo esencial es la comunicación entre Administraciones y diferenciándose los casos en que las dos normas sancionadoras son de ámbito estatal, autonómico o local. En este sentido, “hay que resolver conforme a las relaciones entre el ordenamiento estatal, autonómico y local, sobre todo, en virtud del principio de competencia”. No obstante, hay autores que consideran que el art. 8 CP es aplicable en todo caso a estas situaciones<sup>115</sup> y así lo prevén normas como es el caso de la LPSPV que establece la misma solución que este precepto. Pero otras, en cambio, aplican únicamente la norma que prevea una mayor sanción o aluden al criterio de competencia<sup>116</sup>. Sin embargo son soluciones sólo aplicables con claridad cuando las normas sancionadoras provengan de una misma ley y el conflicto se produzca en relación con un mismo órgano competente. Debido a estas dificultades interpretativas, se opta en muchas ocasiones por aplicar el art. 133 LRJAPyPAC y el art. 5.1 REPEPOS estableciendo un criterio cronológico, esto es, dando prevalencia a la sanción que primero se imponga<sup>117</sup>. Por otro lado, a los anteriores problemas de determinación de la preferencia del órgano sancionador, deben sumarse las dudas de aplicación que surgen ante determinados supuestos de procedimientos sancionadores administrativos caducados que permiten a la Administración reabrirlos al no producirse la prescripción de la infracción<sup>118</sup>.

En el campo del Derecho del Trabajo, los casos más paradigmáticos de conflictos en el ámbito administrativo son los referidos al recargo de prestaciones y a la responsabilidad en materia de prestaciones de la Seguridad Social. Pero no puede obviarse que existen otros, como es el supuesto de las infracciones en caso de jornada, horarios, etc, donde lo fundamental es que, si se cometen contra una generalidad de trabajadores, deberán tenerse en cuenta de

<sup>115</sup> Nieto, A. *Derecho Administrativo... op. cit. ... op. cit.*, p. 517.

<sup>116</sup> Como es el caso de la Ley de Industria (art. 30.1 Ley 21/1992, de 16 de julio) frente a las infracciones que puedan afectar a la seguridad y salud laboral teniendo preferencia éstas. Carrero Domínguez, Carmen. *El régimen jurídico sancionador...* Op. Cit., p. 345 a 349.

<sup>117</sup> Alarcón Sotomayor, L. *La garantía non bis in ídem...* op. cit., p. 86-87. En el mismo sentido, Sendín García, M.a. “Una garantía básica del derecho disciplinario... op. cit. ... op. cit.”, p. 305 y ss.

<sup>118</sup> Domenech Pascual, G. ¿Es compatible con el principio ne bis in ídem reabrir un procedimiento sancionador caducado? /En/ *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 136, 2007, p. 729 y ss.

forma acumulada, como si de un solo hecho se tratara y no tratarse como un pluralidad de infracciones, utilizando el componente colectivo como criterio para graduar la sanción<sup>119</sup>. En todo caso, también existen infracciones que se consideran de forma independiente, como así establece expresamente la LISOS, sin que ello vulnere el non bis in ídem al considerarse que no existe la identidad de fundamento<sup>120</sup>.

### 6.2.1. Recargo de prestaciones: la modulación de la ¿gura jurídica como respuesta a la vulneración del non bis in ídem

El conÁicto que puede producirse en el caso del recargo de prestaciones puede ser de diverso tipo. Como se sabe, se trata de una medida establecida en el art. 123 LGSS por el cual, cuando se produce un accidente de trabajo con falta de medidas de seguridad, el trabajador víctima del mismo será “indemnizado”, o el empresario “sancionado”, con una cantidad, que oscila entre el 30 y el 50 % de las prestaciones de seguridad social a que pueda tener derecho el trabajador. En lo que aquí interesa, el conÁicto se produce por la posible coincidencia de este recargo con una sanción administrativa; un conÁicto, pues, en el ámbito laboral-administrativo<sup>121</sup>.

Haciendo una breve recapitulación de los elementos del recargo pueden destacarse los siguientes<sup>122</sup>: existencia previa de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional; reconocimiento de una prestación por parte de la Seguridad Social por una de estas causas<sup>123</sup>; incumplimiento empresarial de la normativa de Seguridad y Salud en el Trabajo; y existencia de un nexo de cau-

<sup>119</sup> Art. 39 LISOS.

<sup>120</sup> Arts. 19.2.e), 19.3.b) y 22.10 LISOS. Orca y Reviriego, J. J. El principio... *op. cit.*, p. 54. De igual modo, se considera un caso de vulneración el establecido en el RD 597/2007 sobre publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, ya que se afirma que esta medida no es en realidad solamente accesoria, lo que no infringiría el non bis in ídem, sino que se trata de una sanción donde existe la triple identidad. Toscani Gimenez, D; Alegre Nueno, M., El Real Decreto 597/2007 (RCL 2007, 881) sobre publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de Prevención de Riesgos Laborales. ¿Una norma inconstitucional? En *Aranzadi Social*, n° 6, 2007. BIB 2007\834).

<sup>121</sup> Aunque hay quien dice que el conÁicto se produce únicamente dentro del ámbito administrativo, también se afirma la relación laboral-administrativo pues “en el ámbito laboral, la potestad sancionadora conserva algunas particularidades. [...] Por lo demás, el terreno “social” sancionatorio mantiene una autonomía dentro del amplio campo de las infracciones administrativas y prueba de ello es la existencia de una regulación específica del procedimiento sancionador para la imposición de sanciones en el orden social [...]”. (Lopez Cumbre, L. Las “escalas móviles” de cotización en el sistema de Seguridad Social. /En/ *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n° 2, 2003. iustel.com).

<sup>122</sup> Cristóbal Roncero, R. Recargo de las prestaciones económicas de accidente de trabajo por falta de medidas de seguridad. /En/ *Aranzadi Social*, Vol. IV, 1999, p. 2821.

<sup>123</sup> En caso de muerte, por ejemplo (García Ortega, J. El recargo de prestaciones económicas por accidente de trabajo o enfermedad profesional. /En/ *Tribuna Social*, n° 125, 2001, p. 55).

salidad entre el accidente o enfermedad y el incumplimiento empresarial. En lo que hace a la cuantía del recargo, está en función no del daño sino de la gravedad del incumplimiento, oscilando entre un 30% y un 50% de la prestación. El responsable del recargo de prestaciones será siempre el empresario, sin que pueda asegurarlo a diferencia de lo que sucede con las posibles indemnizaciones por daños de las que sea responsable por las mismas causas, como así lo establecen los apartados 2 y 3 del art. 123 L GSS. Por tanto, el recargo de prestaciones es una figura compleja que, además de contribuir a compensar al trabajador por el plus de injusticia que representa el sufrir un accidente por razón de un incumplimiento del empresario (perspectiva resarcitoria<sup>124</sup>), también es un mecanismo que pretende forzar al empresario, debido a la carga económica directa que supone, al cumplimiento de las pertinentes medidas preventivas.

Ahora bien, ante un accidente de trabajo, el empresario puede ser imputado por responsabilidades indemnizatorias, recargo de prestaciones, sanciones administrativas o sanciones penales. Y cuando tantas responsabilidades conluyen es inevitable hacer una reflexión acerca de la compatibilidad entre todas ellas. La clave está en la naturaleza jurídica de este tipo de responsabilidades. En general, la responsabilidad civil, de tipo indemnizatorio y privado, es plenamente compatible con la responsabilidad penal y administrativa. Estas dos últimas tienen límites a su compatibilidad, como ya se ha visto, a partir de la aplicación del principio *non bis in idem*. Pero cuando se habla del recargo, se observan en él rasgos propios tanto de una naturaleza indemnizatoria como sancionadora. Si se opta por la primera, los problemas de compatibilidad serán con la responsabilidad civil por la vía de la prohibición del enriquecimiento injusto de la víctima de un daño; esto es, que la indemnización debe serlo por el daño en su integridad, ni más ni menos. En cambio, si se considera que el recargo tiene naturaleza sancionadora, el principal problema se sitúa en la eventual vulneración del principio *non bis in idem* en su relación con las sanciones administrativas.

En definitiva, para resolver este conflicto jurídico es fundamental determinar la naturaleza del recargo. Sin pretender, desde luego, hacer ningún tipo de análisis exhaustivo sobre el tema, puesto que es una materia muy tratada por la doctrina y jurisprudencia, lo cierto es que la STS de 2 de octubre de

<sup>124</sup> Sempere Navarro, A. V.; Martín Jiménez, Rodrigo. *El Recargo de Prestaciones*. Navarra: Aranzadi, 2001, p. 32.

2000<sup>125</sup> llega a la conclusión de que el recargo es una sanción<sup>126</sup>, pero de carácter especial. Una sentencia que en realidad a lo que lleva es a que se tomen rasgos de uno y otro carácter, indemnización y sanción, modelando una ?gura ?nalmente compatible con los dos extremos mencionados, manifestando una extrema ductilidad que es la característica más llamativa del recargo. Así, será plenamente compatible con la indemnización civil porque es una sanción, pero también con la administrativa porque no se cumple el requisito de la triple identidad; es decir, se considera que el recargo presenta un diverso fundamento al de las sanciones administrativas, ya que protege un bien jurídico diferente.

En efecto, el TS estableció que la sanción administrativa “se incardina en la potestad estatal que impone la protección a los trabajadores”<sup>127</sup> y, por tanto, esta ?gura no crea una relación indemnizatoria entre el empresario y el perjudicado, pues contempla el hecho desde una perspectiva diferente a la de la sanción indemnizatoria<sup>128</sup> puesto que la ?nalidad preventiva del recargo lo es a priori, frente a las sanciones administrativas, que es a posteriori.<sup>129</sup> Esta postura jurisprudencial ha sido criticada<sup>130</sup> estableciendo que esto es cierto sólo si se habla de las diferentes vertientes, reparadora y preventiva, del recargo, pero que en realidad hay una misma perspectiva consistente en la protección del mismo bien social: la protección de la seguridad y salud de los trabajado-

<sup>125</sup> RJ 2000\9673.

<sup>126</sup> Los argumentos esgrimidos por los defensores de esta teoría pueden resumirse en los siguientes: la prohibición de aseguramiento del recargo, vigente desde 1922; el necesario incumplimiento previo; la tasación independiente de los daños reales (Mercader Uguina, J. R. *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo. Seguridad Social y derecho de daños*. Madrid: La Ley, 2001, p. 142.); la intervención de una autoridad pública (Alfonso Mellado, C. L. *Responsabilidad empresarial en materia de Seguridad y Salud laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 32); o el per?l preventivo represivo sin anticipos por el INSS ni aplicación del principio de automaticidad de las prestaciones (Purcalla Bonilla, M. A. *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral. Análisis crítico de su configuración jurídico-positiva*. Granada: Comares, 2000, p. 48). En contra, se alega que el recargo no se encuentra previsto en la LISOS, norma que agrupa todas las sanciones del orden social, y el problema de la compatibilidad con el principio non bis in idem. (Desdentado Bonete, A. El recargo de prestaciones de la Seguridad Social y su aseguramiento. Contribución a un debate. /En/ *Revista de Derecho Social*, nº 21, 2003, p. 16).

<sup>127</sup> STS 2 de octubre de 2000 (RJ 2000\9673); STSJ Galicia de 24 de enero de 2011 (AS 2011\931), entre otras.

<sup>128</sup> Martínez Garrido, L. R. “Tutela judicial de la salud laboral. Responsabilidad y recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. El principio non bis in idem y la problemática de su aplicación”. /En/ Agustí Juliá, (Dir.) *Estudio de la prevención de riesgos laborales*. Madrid: CGPJ, 1999, p. 152.

<sup>129</sup> Martínez Rodríguez, J. A. *La doctrina jurídica del principio... op. cit.*, 2012, p. 64.

<sup>130</sup> Desdentado Bonete, A.; Puebla Pinilla, A. de la. La responsabilidad del empresario por los accidentes de trabajo y el recargo de prestaciones por infracción de normas de seguridad. Algunas reAexiones sobre las últimas aportaciones de la Jurisprudencia. En *Tribuna Social*, nº 125, 2001, p. 25.

res. Algunos autores<sup>131</sup> van más allá incluso y consideran que la única vía para considerar que las perspectivas son diferentes es que el recargo sea calificado como indemnización; es decir, que esa diferencia sea, precisamente, considerar que la función del recargo es la de reparación, frente a la de la sanción administrativa, que es la de prevención. En todo caso, con la STS de 2 de octubre de 2000, parece que el problema se ha decantado a favor de la teoría sancionadora o preventiva<sup>132</sup>.

Así pues, el problema del recargo de prestaciones y su posible vulneración del non bis in ídem es un tema que, aun no estando cerrado a ojos de la doctrina, en la práctica se aplica de forma conjunta con las sanciones administrativas, al aceptarse los argumentos establecidos en su momento por el TS. Esto lleva a que jurisprudencia no siempre hable de una figura con carácter indemnizatorio sino mixto<sup>133</sup>, presentando sus rasgos de una manera en cierto modo tendenciosa con la finalidad de evitar su incompatibilidad con una de las dos responsabilidades en juego. Lo que ha llevado a afirmar que es “como si, por decirlo algo paradójicamente, el recargo no fuera indemnización por ser sanción y no fuera sanción por su finalidad indemnizatoria”<sup>134</sup>. En todo caso, hay que recordar lo establecido por el art. 42.5 LISOS, que establece que la declaración de hechos probados por una sentencia firme del orden contencioso-administrativo, vinculará al social en cuanto a la imposición del recargo de prestaciones.

#### 6.2.2. La responsabilidad en materia de prestaciones de la Seguridad Social

Otra manifestación de los conflictos en el marco administrativo es la que se produce en razón de la llamada responsabilidad en materia de prestaciones de Seguridad Social. Dicha responsabilidad, de carácter puramente objetivo, se recoge en los arts. 126 y 127 LGSS y presenta un funcionamiento, en principio, similar al de los seguros privados. Siendo inicialmente responsable el empresario, y de forma objetiva, esta responsabilidad es tasada pero no se traduce tanto en asumir directamente la responsabilidad sino en tener concertado un

<sup>131</sup> Igartúa Miró, M. T. El recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. Viejos problemas, nuevas soluciones a la luz de una “cambiante” doctrina jurisprudencial (II). En *La Ley-Actualidad*, 2001, p. 1.

<sup>132</sup> No obstante, los argumentos que la sentencia esgrime pueden considerarse discutibles comenzando con un voto particular de 7 de los 15 magistrados que conforman el pleno. (Martínez Rodríguez, J. A. *La doctrina jurídica... op. cit.*, 2012, p. 64).

<sup>133</sup> STS de 18 de julio de 2011 RJ 2011\6561; STS de 30 de mayo de 2000 (Ar. 2000\5155); STSJ Cantabria de 4 octubre de 2004 (JUR 2004\277140).

<sup>134</sup> Carrero Domínguez, C. Compatibilidad de responsabilidades y recargo de prestaciones. En *Temas Laborales*, nº 63/2002, p. 107. De hecho, algunos autores afirman que incluso en caso de considerar el recargo como indemnización el non bis in ídem también sería vulnerado si no se detrae su cuantía de la indemnización que corresponde al trabajador. (Martínez Rodríguez, J. A. *La doctrina jurídica... Op. Cit.* p. 66).

seguro obligatorio que, en este caso, se manifiesta por la obligación empresarial de afiliación, alta y cotizaciones a la Seguridad Social, produciéndose una especie de socialización de la responsabilidad ya que es la sociedad la que, mediante la aportación de fondos a la Seguridad Social, la que hace frente a esa responsabilidad transferida. De este modo, si el empresario cubre el riesgo, será la Seguridad Social la que responda posteriormente; pero, si no es así, se producirá un incumplimiento y el empresario deberá responder de las prestaciones cuya carga no ha transferido debido a su incumplimiento de afiliación o alta y de cotización, generándose (o mejor, manteniéndose) esa responsabilidad en el ámbito empresarial.

Esta responsabilidad empresarial directa en materia de prestaciones es uno de los supuestos en los que se plantea el respeto del principio non bis in idem. El principal conflicto es el que se produce cuando el empresario no ingresa las cuotas de Seguridad Social y se genera una contingencia con derecho a prestación por parte del trabajador. En este caso, el empresario no sólo deberá realizar el abono de las cuotas dejadas de ingresar más un recargo (art. 30 y ss LGSS) sino que, además, será sancionado administrativamente por una infracción grave o muy grave (arts. 22.2 o 23.1.b) LISOS que, en el caso de la infracción grave, supone una sanción que se calcula con base en la cuantía de las cuotas dejadas de ingresar y pueden llevar a suponer un 150% de las mismas, art. 40.2 LISOS). Además, y de acuerdo con el art. 126 LGSS, en consonancia con los arts. 94-96 LSS, el empresario deberá hacerse cargo de las prestaciones correspondientes, ya sea mediante su pago directo, ya sea mediante su abono a la Entidad Gestora, Mutua o Ente colaborador que las haya anticipado, algo que dependerá del supuesto de hecho concreto<sup>135</sup>.

En todo lo caso, lo que aquí interesa dilucidar es si existe una doble sanción administrativa, lo que fue afrontado, tras múltiples resoluciones judiciales, por la STS de 8 de mayo de 1997, de unificación de doctrina a través de la interpretación del propio art. 126 LGSS<sup>136</sup>. De acuerdo con esta jurisprudencia, para salvar la conformidad de los preceptos transcritos y de su contenido con

<sup>135</sup> De esta forma, de acuerdo con el art. 94 LSS, la cuestión será diferente si el incumplimiento es del alta o de la cotización. En el caso del alta, si esta situación deriva de un riesgo profesional, la entidad colaboradora está directa e inmediatamente obligada al pago de la prestación resarcándose posteriormente frente al empresario que ha incumplido. (Art. 61.2 RD 1993/1995, de 7 de diciembre y art. 94.4 LSS). Por el contrario, ante esta misma situación pero en el caso de un riesgo común, al no jugar el principio de alta presunta, el único y directo responsable será el empresario (art. 95.1.3 LSS), aunque puedan existir hipótesis de responsabilidad subsidiaria del INSS. Por otro lado, si nos situamos en los casos en que el incumplimiento empresarial se basa, no en la falta de alta o afiliación sino de cotización, la entidad gestora debe responder dirigiéndose posteriormente al empresario. (Gala Durán, C. *Responsabilidad empresarial...*, p. 82-83).

<sup>136</sup> Moreno Pelayo, M. La responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de Seguridad Social. En *Actualidad Laboral*, II/1998, p. 529.

determinados principios constitucionales, entre los que destaca el *non bis in ídem*, la clave está, como sucede de forma habitual en este tipo de figuras problemáticas, en el fundamento o bien jurídico protegido y, en este sentido, se considera esencial hacer descansar esa obligación de pago de las prestaciones por parte del empresario en algo que no sea equivalente a una sanción por incumplimiento de los deberes de afiliación, alta o cotización.

A este efecto, el TS establece que, a diferencia de lo que ocurre en el marco de la ordenación del contrato de seguro con el incumplimiento de la obligación de abonar las primas, en el Derecho de la Seguridad Social el incumplimiento de la obligación de cotizar no extingue la relación de Seguridad Social, realizándose el cobro de las cotizaciones debidas por vía ejecutiva con abono de los recargos procedentes; además de que, por otra parte, la falta de ingreso de las cotizaciones es una infracción grave sancionable administrativamente. Hasta aquí no existiría ninguna posibilidad de lesión del principio *non bis in ídem*, y, en cuanto a la responsabilidad prestacional, el TS considera que la interpretación del art. 126 LGSS debe pasar por la imputación de la responsabilidad empresarial únicamente cuando su incumplimiento conlleve un perjuicio al derecho de protección del trabajador, separándose por tanto, en cuanto al fundamento, de las concurrentes previsiones sancionadoras<sup>137</sup>. Fuera de este supuesto, el empresario debe ser sancionado administrativamente, de acuerdo con la LISOS, a ingresar lo no cotizado, pero no a responder de las prestaciones<sup>138</sup>, ya que esto sí supondría, en cambio, la vulneración del principio *non bis in ídem*. De aceptarse la diferencia de fundamento, el bien jurídico protegido sería distinto, por lo que no existiría doble sanción, estableciéndose, en todo caso, reglas de moderación del alcance de este tipo de responsabilidad.

En este sentido, se distingue, en primer lugar, entre contingencias comunes y profesionales. Si los descubiertos no afectan al periodo de carencia del trabajador y no ve perjudicado su derecho a la prestación en ningún caso, el empresario no será responsable de las prestaciones; por lo contrario, si la falta de cotización impide reunir el periodo de carencia y el trabajador ve perjudicado su derecho a la prestación, la responsabilidad se repartirá, proporcionalmente al incumplimiento, entre el empresario y la Entidad Gestora. Como en relación con las contingencias profesionales, al no requerirse alta formal ni periodo de carencia, no se produce afectación alguna del derecho del trabajador a las prestaciones, la jurisprudencia ha establecido que el criterio que determinará la

<sup>137</sup> STS 8 de mayo de 1997: "Fuera de este supuesto el incumplimiento empresarial en materia de cotización será objeto de sanción con independencia de la recaudación en vía ejecutiva de las cotizaciones adeudadas, pero no debe determinar un supuesto de responsabilidad". De igual modo, STSJ Aragón de 15 de mayo de 2006 (AS 2006\2997); STSJ Cataluña de 23 de noviembre de 2004 (AS 2004\3369).

<sup>138</sup> Moreno Pelayo, Manuel. *La responsabilidad empresarial...*, p. 531.

imposición o no de la responsabilidad prestacional al empresario será el de la relevancia de su incumplimiento; de modo que si el incumplimiento es temporal, transitorio y/o involuntario, el empresario estará exento de responsabilidad en materia de prestaciones<sup>139</sup>.

En realidad lo que estas afirmaciones jurisprudenciales pretenden es, directamente, exonerar al empresario en los supuestos en que su incumplimiento no haya perjudicado al trabajador. Por tanto, detrás de estas sentencias late una idea de que, por un lado, quien debe responder es el sistema público de Seguridad Social y no el empresario, a no ser que se cause un perjuicio, no al trabajador en el sentido de producirle un daño, sino un perjuicio en su derecho. Y esto porque el sistema de responsabilidades vigente, interpretado de forma tradicional, no sólo se opone a los principios del derecho sancionador y constitucional sino que, en general, su funcionamiento en el marco de esta responsabilidad se asemeja considerablemente al sistema de los seguros privados. De este modo, lo que estas sentencias del TS han hecho es hacer patente un problema que va más allá del principio de proporcionalidad y non bis in ídem, afectando a la propia estructura de funcionamiento del sistema, basado en reminiscencias históricas que lo acercan más a un modelo de responsabilidad privada, quizás más en consonancia con la prevención de riesgos laborales, que con un sistema público de Seguridad Social.

### **6.3. Conflictos en el ámbito laboral puro: la responsabilidad disciplinaria en las relaciones laborales privadas**

El principio non bis in ídem también es aplicable, aunque con ciertas dificultades, en el ámbito de la responsabilidad disciplinaria de la empresa privada y en el de las relaciones que se desarrollan en el marco del contrato de trabajo<sup>140</sup>. A pesar de que la naturaleza jurídica de la responsabilidad y del poder disciplinario es privada, ello no obsta a que algún principio de carácter público sí le sea de aplicación como sucede con el non bis in ídem<sup>141</sup>. De modo que una misma conducta, constituida por los mismos hechos y frente a la cual el poder sancionador del empresario tiene el mismo fundamento, sólo podrá ser

<sup>139</sup> González Ortega, S., Barcelón Cobedo, S. *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 7ª ed., 2013, p. 212 y ss. De igual modo la STSJ Aragón de 15 de mayo de 2006 (AS 2006\2997) establece esta moderación de responsabilidad.

<sup>140</sup> En todo caso, parte de la doctrina ha venido afirmando siempre que este principio es aplicable al ámbito privado debido a su carácter de principio general del derecho. (Del Rey Guanter, S. *Potestad sancionadora...* op. cit., p. 116).

<sup>141</sup> STSJ C. Valenciana de 3 de abril de 2012 (AS 2012\2114); STSJ Castilla y León de 21 de abril de 2010 (AS 2010\1802); STSJ País Vasco de 22 de febrero de 2005 (AS 2005\529).

sancionada una sola vez<sup>142</sup>, dejando al margen las situaciones de reincidencia. De hecho, cabe mencionar que el art. 60 ET, en materia disciplinaria, hace referencia a los principios de legalidad, proporcionalidad y buena fe, estando los tres muy interrelacionados y presentes en los fundamentos del non bis in ídem.

Esta aplicación del non bis in ídem a la vertiente disciplinaria no es la única posible en el marco del contrato de trabajo<sup>143</sup> pero sí la más relevante, si de un supuesto puro de conflicto o fricción se habla. Y se trata de un ámbito de aplicación puro ya que no entra en conflicto con la dimensión administrativa o penal; debe recordarse a este efecto que la responsabilidad disciplinaria no sólo es plenamente compatible con la responsabilidad indemnizatoria sino también con la penal<sup>144</sup> debido a las distintas naturalezas y finalidades de las mismas<sup>145</sup>. Esto hace que no opere aquí la regla de la suspensión del procedimiento disciplinario cuando se siga paralelamente otro penal por los mismos hechos<sup>146</sup>. Esta plena compatibilidad con la responsabilidad civil y penal, implica que la aplicación del principio non bis in ídem se produzca sólo en cuanto a la aplicación de la propia responsabilidad disciplinaria y no en su relación con las dos anteriores<sup>147</sup>.

En este ámbito pueden destacarse tres tipos de situaciones habituales. En primer lugar, aquéllas que hacen referencia a la naturaleza de las medidas dis-

<sup>142</sup> Cremades, B. M. *La sanción disciplinaria...* Op. Cit., 1969, p. 240. STS de 28 de febrero de 1983 (RJ 1983\1020), entre otras. Un análisis desarrollado acerca de la aplicación de este principio en el ámbito disciplinario, en Fernández López, M. F. *El poder disciplinario disciplinario en la empresa*. Madrid: Civitas, 1991, p. 290 y ss.

<sup>143</sup> Un ejemplo puede ser la polémica tradicional que se planteaba en torno a la posibilidad de solicitar indemnizaciones adicionales derivadas de la resolución del contrato de trabajo por el art. 50 ET, que en ocasiones se alegaba que vulneraba el non bis in ídem sin que en líneas generales se aceptara tal afirmación argumentando que no existe non bis in ídem al solicitarse la reparación integral de los bienes y derechos lesionados, así como la falta de aplicación del principio a este ámbito. (Tascon Lopez, R. La (in)compatibilidad entre las indemnizaciones derivadas de la resolución del contrato de trabajo basada en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores y las reclamadas al amparo del artículo 1101 del Código Civil. Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2004. /En/ *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n° 7, 2004. iustel.com).

<sup>144</sup> Castro Argüelles, M. A. *El régimen disciplinario en la empresa. Infracciones y sanciones laborales*. Pamplona: Aranzadi, 1993, p. 215 y ss.

<sup>145</sup> En el caso de la responsabilidad penal, la sanción castiga un ilícito con proyección en la sociedad y la disciplinaria, en el interior de la empresa. (Cremades, B. M. *La sanción disciplinaria en la empresa*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1969, p. 169).

<sup>146</sup> Pero es necesario tener en cuenta que, a partir del art. 86 LRJS, en los casos en que en ambos procesos se enjuicien los mismos hechos, es posible un recurso ante el TS para que se anule la sentencia firme laboral siempre que la sentencia penal sea absoluta por no haber existido o no haber participado el trabajador en los hechos imputados. (Carcelén García, J. *Faltas y sanciones: el expediente disciplinario en la empresa*. Madrid: Fundación Confemetal, 2001, 45 y ss). No obstante, la consideración de que los hechos no sean constitutivos de infracción penal no condiciona la calificación de los mismos en el orden social como causa de despido. (ATC 322/2006, de 25 de septiembre (RTC 2006\322)).

<sup>147</sup> Cremades, B. M. *La sanción disciplinaria...* Op. Cit., 1969, p. 240.

disciplinarias impuestas por el empresario. En segundo lugar, las que se refieren a los casos de reincidencia. Por último, las relativas a los supuestos de repetición del despido o de cambio de decisión del empresario acerca del tipo de sanción a imponer. Por lo que se refiere a la naturaleza de las medidas disciplinarias, el non bis in idem es un principio que, además de la triple identidad<sup>148</sup>, exige aquí para su activación, la concurrencia de una serie de condicionantes ya que la prohibición de la doble sanción no tiene lugar respecto de cualquier tipo de medidas sino precisamente en relación con las sanciones en un sentido estricto. Y, para que exista una sanción, en este caso, disciplinaria, es necesario que se den los siguientes requisitos: un bien jurídicamente tutelado cuya protección haya sido vulnerada; un sujeto con competencia para imponer la sanción y un sujeto sancionado; y la tipificación legal de la sanción<sup>149</sup>, considerada como la consecuencia que sufre el trabajador a partir de la comisión de un incumplimiento laboral. Es decir, “el uso de un poder contractual fuera de su contexto normal, con fines exclusivamente disciplinarios, que así se unen a los técnicos y organizativos como justificados del uso de aquellos poderes”<sup>150</sup>; que se materializa en una sanción que tiene naturaleza privada, aunque ostenta ciertos caracteres cercanos a lo público<sup>151</sup>; y que supone un perjuicio o pérdida para el sujeto sancionado<sup>152</sup>.

Así pues, otras medidas con efectos negativos sobre la situación del trabajador no pueden considerarse vulneradoras del non bis in idem cuando coinciden con una sanción ya que el principio únicamente juega cuando concurren dos sanciones. El caso más habitual es el de las medidas cautelares, como puede ser por ejemplo la suspensión de empleo y sueldo mientras se realizan las averiguaciones pertinentes con el fin de determinar si se ha producido una infracción y en qué medida. Es el TS el que ha establecido, en diversidad de ocasiones, que este tipo de medidas, de carácter preventivo, no son equiparables a una sanción, por lo que ante situaciones en que la empresa las impone y posteriormente procede a sancionar, no existirá vulneración del non bis in idem; si bien siempre será necesario examinar el caso concreto, los términos en que se impone la medida, e, incluso, si ésta estaba prevista en el convenio colectivo aplicable. Todo ello para determinar en el caso concreto la verdadera

<sup>148</sup> STSJ Madrid (Social) de 9 octubre de 2009 (AS 2009\2677), en que el tribunal entendió que la sanción por la reacción mediante insultos ante la imposición de una sanción previa se entiende basada en hechos distintos y por tanto no vulneradora del non bis in idem.

<sup>149</sup> Lopez Cumbre, L. Las “escalas móviles” de cotización en el sistema de Seguridad Social. En *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n° 2, 2003. iustel.com.

<sup>150</sup> Fernández López, M. F. *El poder disciplinario...* Op. Cit., 1991, p. 235.

<sup>151</sup> Cremades, B. M. *La sanción disciplinaria...* Op. Cit., 1969, p. 165.

<sup>152</sup> Fernández López, M. F. *El poder disciplinario...* Op. Cit., 1991, p. 228 y ss.

naturaleza de la medida impuesta<sup>153</sup>.

En cuanto a la reincidencia<sup>154</sup> ésta es, cuando es bien tratada, un elemento que funciona como criterio de agravación de la calificación de la infracción. Con la reincidencia se hace referencia a los supuestos en que un trabajador que comete una infracción ya había sido sancionado anteriormente por la comisión de otra falta, sea o no de la misma naturaleza. A este respecto, los convenios colectivos no especifican siempre cuántas faltas sancionadas son necesarias para apreciar reincidencia, considerándose generalmente que con una sola repetición ya se habrá incurrido en la misma<sup>155</sup>. Como requisitos para apreciar la reincidencia se han señalado los siguientes<sup>156</sup>: que la primera falta haya sido sancionada o que, si no lo fue, hubiese mediado por lo menos una advertencia al trabajador de la que quede constancia; que el plazo para computar la prescripción debe comenzar desde la comisión de la primera falta; y que será inaplicable si el conjunto de infracciones se sanciona de forma conjunta. Su función, cuando es tenida en cuenta, es, en fin, la de proporcionar un criterio para graduar la gravedad de la falta, concurriendo una falta disciplinaria diferenciada que se encuadra en un nivel superior<sup>157</sup>.

El problema esencial que plantea la reincidencia es establecerla de modo que no se llegue a situaciones doble sanción por la misma conducta. En este sentido, una de las sentencias fundamentales es la STC 188/2005, de 7 de julio, que aborda la constitucionalidad del art. 27.3.j) de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado que establece como falta muy grave el “haber sido sancionado por la comisión de tres o más faltas graves en el periodo de un año”. Nótese la diferencia entre esta formulación de la sanción y la más habitual en los convenios colectivos que es la consistente en que una infracción leve o grave que ha sido precedida de una o más del mismo carácter, será sancionada, la última, como si revistiera un grado superior de gravedad. La diferencia estriba en que, en el primer caso, todas las infracciones han sido anteriormente sancionadas; de modo que es como si se hiciera posteriormente

<sup>153</sup> STSJC. Valenciana de 3 abril de 2012 (AS2012\2114): En un caso de despido por ausencias al trabajo con previa amonestación; STSJ La Rioja de 9 septiembre de 2008 (AS 2008\2373): en que se considera una amonestación con posterior despido como no constitutiva de sanción con base en la ausencia de intención empresarial en dicho sentido; STSJ I. Canarias de 29 marzo de 2004 (AS 2004\1101) para medidas cautelares.

<sup>154</sup> También denominada por los convenios colectivos como reiteración aunque no sean similares en su significado. (Fernández López, M. F. *El poder disciplinario...* Op. Cit., 1991, p. 201).

<sup>155</sup> Como ejemplo de convenio colectivo en que se especifica el número de faltas necesarias para apreciar reincidencia, el del sector de desinfección, desinsectación y desratización. (Res. 13 octubre 2009. BOE 28 octubre 2009). En cambio, como ejemplo en que no se especifica el número de faltas necesarias, el IX Convenio Colectivo del personal laboral del Consejo General del Poder Judicial. (Res. 21 julio 2009. BOE 5 septiembre 2009).

<sup>156</sup> Castro Argüelles, M. A. *El régimen disciplinario...* Op. Cit., 1993, p. 192.

<sup>157</sup> Fernández López, M. F. *El poder disciplinario...* Op. Cit., 1991, p. 202 y ss.

un repaso de los antecedentes sancionatorios del sujeto para imponer una sanción por ese mero hecho. En el segundo caso, en cambio, lo que se produce es la agravación de la calificación de una infracción recientemente cometida y no sancionada todavía, por el hecho de existir un historial de infracciones acumulado y sin que se exija que la conducta infractora sea la misma, esto es, que haya identidad de hecho.

La STC 188/2005 se planteó la cuestión de si el primer tipo de formulación es acorde con la CE por no vulnerar el non bis in idem. Es decir si, con esa nueva falta muy grave, “se está sancionando un *factum* distinto al que fue sancionado ya en aquellas faltas graves, o si se trata en realidad de castigar los mismos hechos”<sup>158</sup>. En este sentido, se establece<sup>159</sup> que las sanciones agravadas en virtud de una situación de reincidencia serán correctas siempre que se tomen en consideración las anteriores infracciones más una nueva, es decir, un hecho no anteriormente sancionado. En cambio, sería contraria al non bis in idem una nueva sanción en virtud de la concurrencia de infracciones anteriores, ya sancionadas y sin que concurra ninguna nueva, pues sería como “resucitar” los hechos anteriores y tomarlos en consideración de nuevo sin que pueda explicarse esta operación en la existencia de fundamentos diferentes, que es la única explicación que podría justificar la doble sanción.

En la aplicación correcta de la reincidencia es cierto que las anteriores infracciones se vuelven a tomar en consideración, pero no para sancionarlas de nuevo sino a modo de antecedentes y criterios de agravación de la culpabilidad y de la gravedad de la acción. Así lo establecen la LISOS (norma que en ocasiones se suele tomar como referente para establecer los criterios de graduación de las infracciones<sup>160</sup>), y los convenios colectivos. También puede entenderse, como hace el voto particular a la STC 155/2005<sup>161</sup>, que en la reincidencia hay diversidad de hechos pues lo que se sanciona es una “una circunstancia nueva, no ponderada, valorada ni sancionada en los procedimientos disciplinarios previos”. Dicha circunstancia sería la concentración temporal de las infracciones graves, algo que no se utilizó para ponderar la calificación de las mismas en su momento, y se considera que habría que haber “aprovechado el último de los hechos (la última acción) para castigarlos de una manera cualificada por ser reincidente; pero lo que no es admisible es crear una infracción autónoma si no hay nuevos hechos distintos de los ya castigados, a no ser, claro, que respondan

<sup>158</sup> Boto Alvarez, A. Sobre el principio *non bis in idem* y la importancia de la técnica legislativa. (Al hilo de la STC 188/2005, de 7 de julio). En *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 76, 2006, p. 277.

<sup>159</sup> En este sentido, la STS de 7 de octubre de 1982 (RJ 1982\6128); También en cuanto a la reincidencia: STSJ Asturias de 29 abril de 2011 (AS 2011\1646); STSJ Andalucía de 2 marzo de 2012 (JUR 2012\235919).

<sup>160</sup> Navas-Parejo Alonso, M. *Obligaciones y responsabilidades...* Op. Cit. 2012, p. 576 y ss.

<sup>161</sup> RTC 2005\155.

a fundamentos distintos”<sup>162</sup>. La clave es, pues, que existe una nueva infracción más gravemente calificada y sancionada<sup>163</sup>, siendo fundamental la forma en que se regule por la norma sancionadora<sup>164</sup>.

La última situación de posible conflicto es aquella en la que el empresario corrige y repite las medidas sancionadoras, siendo necesario distinguir aquellos supuestos en los que la ley permite esa “doble sanción” por parte del empresario y aquellos en que no, siendo una actuación empresarial prevista en los arts. 55.2 ET y 115 LRJS, siempre bajo autorización judicial. Pero lo esencial aquí es analizar las implicaciones en relación con el non bis in ídem. En este sentido y en un primer momento y en relación con el caso concreto del nuevo despido por subsanación de defectos formales, la jurisprudencia consideró que, aparte de ser una medida prevista por el ET, lo fundamental es que la primera sanción (el primer despido) ha sido anulada, por lo que la imposición de la segunda no implica una doble punición. Lo mismo podría decirse, por tanto, cuando el empresario modifica la sanción inicialmente impuesta al trabajador y que el juez considera que es excesiva, supuesto en que podrá proceder a imponer la sanción adecuada a los hechos, tal y como establece el art. 115 LRJS. Pero debe plantearse si la misma argumentación es aplicable en la situación en que el empresario decide cambiar la sanción impuesta por otra sin mediar actuación judicial, aunque no cabe duda de que se ha anulado la primera sanción, por lo que parece que, siguiendo los anteriores argumentos, no hay bis in ídem. En todo caso, la diferencia estriba en considerar si la doble sanción, prohibida por el non bis in ídem, se produce cuando se impone o sólo cuando se ejecuta.

Se trata de una cuestión de extrema dificultad pues, como se ha visto en epígrafes anteriores, no hay en absoluto un acuerdo unánime al respecto. Así, de una parte, la STS de 22 de septiembre de 1988<sup>165</sup> se inclina por exigir la ejecución de la sanción para adquirir relevancia para la aplicación del non bis in ídem. Pero, quizá por efecto de la posterior jurisprudencia constitucional, comienzan a aparecer sentencias de los TSJ pronunciándose en sentido opuesto. Es el caso de la STSJ Castilla y León de 16 enero de 2006 y, posteriormente,

<sup>162</sup> Boto Alvarez, A. Sobre el principio... Op. Cit., 2006, p. 281.

<sup>163</sup> Castro Argüelles, M. A. La reincidencia en faltas graves como causa del despido disciplinario. Comentario a la STSJ de Madrid de 8 y 26 de noviembre de 2002 (AS 2003, 1342). En *Aranzadi Social*, nº 9, 2003. BIB 2003\986.

<sup>164</sup> Distinto es el caso de la reiteración de la comisión de los mismos hechos pero en periodos sucesivos, de modo que pueden sancionarse en diversas ocasiones o de la infracción continuada, que se trata de un caso de reiteración de conducta a lo largo del tiempo siendo tal reiteración un elemento esencial del tipo infractor imputándose entonces una sola infracción que engloba todos los hechos. Supuestos estos que también se dan en el marco de las sanciones administrativas al empresario y que tienen establecidos sus límites en el art. 4.6 1398/1993, 7.4 del RD 928/1998 y 39.7 LISOS. (Orcaray Reviriego, J. J. El principio *no bis in ídem* y su reflejo en el procedimiento sancionador por infracciones del orden social. En *Justicia Laboral*, nº 29, 2007, p. 56 y ss).

<sup>165</sup> JUR 1988\7096.

la STSJ Castilla y León de 21 de abril de 2010<sup>166</sup> las cuales entienden que la imposición de la sanción no es suficiente para activar la protección del non bis in ídem; si bien la STSJ de 2006 establece una serie de límites para poder proceder a anular la primera sanción y sustituirla por la siguiente<sup>167</sup>. Tales límites son: que esta operación por parte del empresario se realice dentro del plazo de prescripción, que se considerara interrumpido con la imposición de la primera sanción; que la primera sanción no se haya ejecutado; y que la primera sanción no haya sido recurrida ni anulada por sentencia judicial. Sin embargo, con posterioridad, la jurisprudencia ha comenzado a orientarse de nuevo en la línea de la primera sentencia del TS de 1988, esto es, en la de no admitir la rectificación empresarial una vez impuesta la sanción. Es el caso de la STSJ Asturias de 29 de abril de 2011<sup>168</sup> o de la STSJ Castilla y León de 25 abril 2013<sup>169</sup>. Así pues, se tiende a negar esta vía de acción empresarial que se sostiene en el hecho de que la impugnación de la sanción es posible desde la comunicación de la misma a pesar de que no se haya procedido a su ejecución<sup>170</sup>.

En todo caso, hay que recordar las resoluciones jurisprudenciales que se han pronunciado acerca de la aplicación de los principios sancionadores públicos en el ámbito privado, las cuales afirman que, a pesar de la extensión del principio a esa esfera, lo cierto es que el principio de legalidad no es aplicable, de modo que los límites a los excesos posibles provendrán de la normativa ordinaria, de igual modo que sucede con la prohibición de apertura de un se-

<sup>166</sup> AS 2006\168 y AS 2010\1802 respectivamente.

<sup>167</sup> Castro Argüelles, M.A. Anulación de una sanción, una vez notificada, y sustitución por un despido disciplinario. En *Aranzadi Social*, 2, 2006. BIB 2006\498.

<sup>168</sup> AS 2011\1646.

<sup>169</sup> STSJ Castilla y León de 25 abril 2013 (JUR 2013\238799): "La potestad sancionadora forma parte del poder de dirección empresarial y la imposición de una sanción es un acto unilateral del empresario que sanciona unos hechos que considera infracción. Esa decisión empresarial desde el momento de su toma se convierte vinculante para el empresario y con?ere al trabajador la seguridad jurídica necesaria de cara a tomar sus decisiones, y dentro de ellas de impugnar o no la sanción. Piénsese que el plazo para impugnar una sanción por aplicación de los artículos 115.4 en relación con el 103 de la LJS es de 20 días hábiles. La toma de decisión del empresario supone una vinculación al mismo que no puede alterar la cali?ación que haya realizado de una manera unilateral. La empresa sancionó los hechos con dos sanciones y no puede unilateralmente dejar sin efecto las mismas para imponer una sanción más grave pues se encuentra vinculada por la decisión tomada y la imposición del despido con posterioridad supondría vulnerar el principio non bis in ídem aplicable al procedimiento sancionador al estarse sancionando dos veces unos mismos hechos".

<sup>170</sup> Op. Cit. BIB 2006\498.

gundo procedimiento a partir del art. 24.2 C.E.<sup>171</sup>. Para analizar, debe señalarse que, en los casos de despido con vulneración del principio non bis in ídem, se califica este como improcedente y no como nulo a pesar de ser considerado como un derecho fundamental<sup>172</sup>.

## 7. MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM EN EL ÁMBITO DE LOS CONFLICTOS MIXTOS

### 7.1. Problemas de aplicación: la prevalencia de la vertiente material del principio

En lo que se refiere al principio non bis in ídem, el ámbito de colisión es mixto cuando se ven implicados el orden penal y el administrativo, siendo lo habitual que primero opere el administrativo pero puede darse el caso en que suceda lo contrario. Si anteriormente, en el caso de concurrencia en ámbitos puros, la aplicación del non bis in ídem suele referirse a la aplicación de medidas propias de los concursos penales y de interpretación material de los elementos de la triple identidad, en el caso del marco de conflicto mixto, siendo igualmente necesarias ambas operaciones, la vertiente procesal del principio tiene un protagonismo indudable que se rige por la aplicación de reglas diversas a las analizadas anteriormente.

Así, si se inicia primero el procedimiento administrativo, es cuando se determinan las infracciones cuando suelen detectarse los eventuales indicios de existencia de delito; lo que puede apreciarse por el propio sujeto infractor

<sup>171</sup> STSJ Castilla y León de 21 de abril de 2010 (AS 2010\1802). En este sentido, cabe también mencionar la STSJ de Cantabria de 19 de julio de 2004 (AS 2004\1026) y la STSJ Islas Canarias de 8 octubre de 2011 (JUR 2011\220790) afirmando que "Es cierto que la imposibilidad de sancionar dos veces un mismo hecho ha pasado de constituir un componente exclusivo del ordenamiento penal a ser de aplicación a todo el ordenamiento jurídico en el que exista potestad sancionadora (STS 4-4-83, R. 3971), pero en lo que al ordenamiento laboral se refiere sólo en lo relativo, o bien al supuesto en que "habiendo recaído ya condena penal firme de la parte empresarial con relación al accidente del trabajador que determina la infracción laboral..., no cabe su sanción administrativa por mandato del art.42.2 LPRL, al apreciarse entre la condena penal y la sanción administrativa identidad de sujeto, hecho y fundamento" (STSJ Madrid, Sala de lo C-A, 24-1-05, JUR 120213); o bien a la posibilidad de sancionar dos veces los mismos hechos, esto es a la vertiente procesal del mismo (nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos). Esto es, no se puede reiterar el despido en los mismos términos de uno anterior, pasando por alto la declaración de improcedencia realizada en una sentencia. El TS ha rechazado con toda rotundidad la duplicidad de despidos por las mismas causas considerando infringido el art.9.3 CE (STS 15-4-92, R.2656). El TS ha confirmado que la dificultad de aplicar el principio non bis in ídem está precisamente en su vinculación siempre a la actuación del ius puniendi del Estado (STSJ Cataluña 29-11-04, JUR 16960)".

<sup>172</sup> Es el caso de la STSJ Castilla-La Mancha (Social) de 17 marzo de 2004 (JUR 2004\134871).

que, conforme a la buena fe y tal y como viene exigiendo el TC, debe y tiene la obligación de advertir al órgano que instruye el expediente sancionador correspondiente<sup>173</sup>. Pero también, y es lo habitual, pueden detectarse por el propio órgano administrativo. En este caso, y siempre que haya sospecha de existencia de triple identidad, debe pasar el tanto de culpa al Ministerio Fiscal para que se inicie el procedimiento penal<sup>174</sup>, suspendiéndose el procedimiento hasta que haya una resolución penal. Prevalencia, por tanto, de la jurisdicción penal que puede, o no, imponer la sanción correspondiente.

Si la sentencia condena al sujeto por un delito, caben dos situaciones: que exista triple identidad, en cuyo caso la Administración, si no existía proceso administrativo, no llega a iniciarlo; y si se paralizó, dictará resolución dándolo por terminado. No puede, por tanto, continuar con el procedimiento y condenar al sujeto pues incurriría en una transgresión del principio non bis in idem, no sólo en su sentido material sino también procesal debido a la prohibición del doble enjuiciamiento que se ha señalado anteriormente. Ahora bien, si esta sentencia es condenatoria pero se determina finalmente que falta alguno de los vértices de la triple identidad (hecho o fundamento generalmente), la Administración sí podrá continuar con el procedimiento a no ser que el tipo penal absorba la antijuridicidad y la culpabilidad de la infracción administrativa<sup>175</sup>.

Por otra parte, puede suceder que no haya condena en la jurisdicción penal, bien porque se dicte sentencia absolutoria, bien porque el Ministerio Fiscal decida no ejercer acciones penales, o bien porque se declare la inexistencia del hecho. En la primera hipótesis de sentencia absolutoria, se reanudará el procedimiento administrativo, siendo posible imponer una sanción de esta naturaleza, tal y como sucede si no se existe la triple identidad; si bien la Administración estará vinculada por los hechos declarados probados o declarados no existentes por la sentencia penal. Lo mismo sucede cuando el Ministerio Fiscal decide no ejercer la acción penal, ya que el procedimiento administrativo también se reanuda. Finalmente, en el caso en que se declare la inexistencia del hecho, no cabe continuar con el procedimiento administrativo.

Siendo las anteriores las reglas generales a aplicar, pueden generarse, sin embargo, algunas cuestiones. Por una parte, se puede interpretar erróneamente la inexistencia de una triple identidad, lo cual provocaría una doble actuación sancionadora que en este caso sí estaría prohibida. En segundo lugar, si la Administración no respeta los hechos probados, la resolución administrativa se

<sup>173</sup> STC 152/2001 (RTC 2001\152). En contra, se argumenta que, además de ser una carga que no debe asumir el ciudadano, obligarle a avisar de que su acción puede constituir un delito, generalmente con sanción más grave que la administrativa, puede considerarse una suerte de autoinculpación. (Muñoz Clares, J. *Ne bis in idem...* op. cit., p. 314).

<sup>174</sup> Art. 7 del RD 1398/1993, de 4 de agosto; art. 3 LISOS.

<sup>175</sup> Alarcón Sotomayor, L. *La garantía non bis in idem*, op. cit. p. 159.

anulará<sup>176</sup>. En tercer lugar, también es posible que se produzcan situaciones de desproporción cuando, no existiendo identidad de fundamento, la imposición de las sanciones penal y administrativa pueda considerarse excesiva, aplicándose analógicamente la solución, que se estudió antes, que se aplica en los casos de conflictos puros penal/penal<sup>177</sup>.

Por último, también puede originarse un problema que plantea muchas dificultades de solución y es el que se produce en los supuestos en los que la sanción administrativa es previa a la penal, algo completamente irregular a tenor de lo que se viene diciendo ya que se trata de una resolución firme de la Administración, dictada en un proceso que no se ha paralizado a pesar de iniciarse o ser precedentes las actuaciones penales. Lo que se puede calificar como una vulneración de las normas de funcionamiento del non bis in ídem, atentando a la esencia misma del principio. A este respecto, el TC si bien comenzó por considerar que era necesario sacrificar la regla de la prejudicialidad penal con la finalidad de preservar el contenido material del non bis in ídem, actualmente la regla es la contraria.

Así, en un principio, la STC 177/1999, de 11 de octubre<sup>178</sup>, sentencia de extraordinario valor en su momento, estableció que la vertiente procesal del non bis in ídem, que se habría lesionado al no suspender el procedimiento sancionador administrativo, era instrumental y subsidiaria respecto de la vertiente material del principio. Por tanto, si con su sacrificio se aseguraba la no imposición de la doble sanción, ésta era la solución a adoptar a pesar de vulnerar la regla de la paralización del procedimiento administrativo y la preferencia penal<sup>179</sup>, con lo que, además, se respetaba la prohibición de doble enjuiciamiento. Así pues, de acuerdo con el TC, en estos casos en que la Administración no paralizaba el procedimiento, el juez penal no debía sancionar. Eso sí, para el TC era fundamental la existencia de buena fe por parte del sujeto afectado pues, si pudo solicitar la paralización del procedimiento y no lo hizo, no se aplicará la norma, operando el Tribunal como si no le considerara merecedor de la protección que deriva de la aplicación del non bis in ídem. Un criterio que ya se ha criticado con anterioridad en este trabajo.

Es decir, conforme a esta interpretación, la vulneración de las reglas procesales no hacía que se considerara infringido el principio non bis in ídem ya que esto sólo sucedería cuando, vulnerándolas, se afectara también a su

<sup>176</sup> Op. cit., p. 170 y ss.

<sup>177</sup> De cualquier modo, es habitual encontrar distintas propuestas de solución entre las que se recogen la moderación de la sanción previa, el prescindir de su imposición o el conceder un mayor juego a las penas accesorias de inhabilitación en determinadas ocasiones (Benlloch Petit, G. El principio non bis... *op. cit.*, p. 374 y ss).

<sup>178</sup> RTC 1999\177, y STC 152/2001, de 2 de julio (RTC 2001\152).

<sup>179</sup> También en este sentido, la STS de 12 de mayo de 1986 en un caso de sanción administrativa previa a una sanción penal por delito fiscal, pues no es posible "duplicar o multiplicar la sanción sea cualquiera la autoridad que primeramente la haya impuesto".em, sino que, antes al contrario, el respaldo por el ordenamiento constitucional es el principio de Derecho non

vertiente material, en la medida en que se considera la vertiente procesal como una garantía adicional, complementaria del derecho<sup>180</sup> al afirmarse que la dimensión procesal del non bis in ídem cobra su pleno sentido a partir de su vertiente material. Por tanto, la preferencia de la jurisdicción penal sobre la administrativa debía entenderse como una garantía del sujeto, complementaria a su derecho a no ser sancionado dos veces por el mismo hecho, y no como una circunstancia que normalmente acabara limitando la garantía que implica aquel derecho fundamental<sup>181</sup>. Por otra parte, se trataba de una solución que simplificaba las medidas a adoptar por el sujeto, que se vería abocado, tras la sentencia penal, a instar la anulación de la administrativa<sup>182</sup>; o, en el caso incluso de no existir identidad de fundamento o haber una sentencia absolutoria en vía penal, a reclamar que la Administración tuviera en cuenta los hechos declarados probados en vía penal. En definitiva, una solución imperfecta pero que mayoritariamente se consideraba un mal menor.

El criterio anterior ha sido rechazado para entender que es preciso proceder al enjuiciamiento penal (STC 2/2003, de 16 de enero y STC 334/2005, de 20 de diciembre<sup>183</sup>). Esto es, se mantiene la preferencia penal pero, para evitar la vulneración del non bis in ídem, se modera en este ámbito la sanción, o la prohibición de doble castigo<sup>184</sup>. Es decir, se interpreta el non bis in ídem no en el sentido de un doble castigo formal sino material. No lo identifica con la declaración de la sanción sino con su ejecución práctica, con sus efectos, debiendo haber una compensación como si sólo hubiera recibido una sanción. Y es que se considera que el efecto de cosa juzgada no opera más que entre resoluciones judiciales, algo que no existe en estos casos<sup>185</sup>. Pero no se establece en modo alguno cuál sería la solución en caso de que lo anterior al proceso penal sí fuese una sentencia del orden contencioso-administrativo por haber existido alguna clase de recurso<sup>186</sup>.

Se permite, pues, al tribunal penal dejar sin efecto material resoluciones administrativas<sup>187</sup>, y en cierto modo, se induce al juez penal a aplicar cierta graduación de la pena al ser consciente de la necesidad de su moderación

<sup>180</sup> Muñoz Lorente, J. *La nueva configuración...* op. cit., p. 43 y ss.

<sup>181</sup> Lopez Barja de Quiroga, J. *El principio Non bis in idem...* op. cit., p. 45. Por otro lado, hay que señalar aquí que esta cuestión podría ser interpretada de distinto modo si se partiera de las opiniones doctrinales que afirman que la prejudicialidad penal no forma parte de la vertiente procesal del principio sino de la material. En todo caso, como se señalaba, su función sería de igual modo instrumental respecto del objetivo último del principio, esto es, evitar la doble sanción.

<sup>182</sup> Alarcón Sotomayor, L. *La garantía...* op. cit., p. 144 y ss.

<sup>183</sup> RTC 2003/2 y RCT 2005/334 respectivamente.

<sup>184</sup> Alarcón Sotomayor, L. *La garantía...* op. cit., p. 149 y ss.

<sup>185</sup> Puerta Seguido, F.; Beltrán De Felipe, M. *Perplejidades acerca...* op. cit., p. 376.

<sup>186</sup> Orcaray Reviriego, J. J. *El principio no bis in idem...* op. cit., p. 44.

<sup>187</sup> Algo muy cuestionable, como indica el Voto Particular de la STC 2/2003, pues "esta operación [...] puede conducir a un resultado de cierta predeterminación de la principal pena configurada como alternativa para el delito [...]. [...] el órgano judicial puede verse abocado a imponer; sin real margen de apreciación, la sanción [...] para en ella realizar la indicada absorción".

habida cuenta de la existencia de una previa sanción administrativa. Lo que no deja de plantear problemas como el relacionado con los hechos probados, que si bien no vinculan al orden penal, pueden llevar a una situación en la que en los dos órdenes se consideren circunstancias fácticas diferentes, generando una indudable indefensión. Y tampoco resuelve el problema de la existencia de penas de distinta naturaleza, pues si bien es sencillo moderar penas cuando ambas son de tipo pecuniario, no es así cuando una de ellas, la penal evidentemente, es una pena personal de privación de libertad. En realidad es como si el juez de lo penal anulara la resolución administrativa sin ser impugnada, cerrándose a la realidad de que han existido dos pronunciamientos y dos declaraciones de sanción.

Es más, aun en el caso de que no exista la triple identidad y que nunca hubiese habido un riesgo de vulneración del non bis in ídem, el permitir ese doble enjuiciamiento vulnera el art. 25 CE. Aunque el argumento del TC es que no se produce esa vulneración “cuando debido a las características del procedimiento administrativo (atendiendo tanto a su complejidad como a su sanción), no sea equiparable a un proceso penal. De manera que, cuando pueda a?rmarse tal equiparación entre el procedimiento administrativo y el proceso penal, entonces, el principio non bis in ídem impedirá el doble procedimiento: la existencia previa de uno (el administrativo) obligará a cerrar el segundo (el penal)” (STC 2/2003). Por tanto, de acuerdo con el TC, en estos casos en que se incumple la prejudicialidad, el tribunal penal deberá, en primer lugar, analizar si la violación fue alegada por el sujeto en el momento oportuno; si existe triple identidad; y si existe proporcionalidad. Caso de no ser así, procederá a la moderación de la sanción. Pero, matiza, sólo en los casos en que la complejidad y la naturaleza de las penas de ambos procedimientos no sean equiparables. Por tanto, sólo hay vulneración del principio si los procedimientos son igualmente complejos y la naturaleza de las penas equivalente. Un criterio especialmente confuso cuya aplicación queda al albur de la interpretación judicial y que en absoluto resuelve los problemas que aquí se plantean. Es más, deja pendiente la cuestión de cómo moderar las sanciones, si se parte, porque es el criterio del TC, de que ambas son de distinta naturaleza.

De igual modo, el TC establece que la prohibición de doble procedimiento sólo se incumple si los dos han sido sustanciados con las debidas garantías ya que si uno de ellos se tramita sin respetar la “prioridad legal del orden jurisdiccional penal no impide un segundo procedimiento sancionador”. Con esto el TC, en la mencionada STC 2/2003, anula de?nitivamente las críticas acerca de la vulneración del doble enjuiciamiento a que se hacía referencia<sup>188</sup>. Es más, el TC añade que “sin embargo, en la regulación legal actual del procedimiento

<sup>188</sup> Lopez Barja de Quiroga, J. *El principio... op. cit.*, p. 72.

administrativo sancionador difícilmente se podrá efectuar la equiparación de ambos procedimientos en orden a determinar el alcance de dicha prohibición constitucional", con lo cual se puede ya apreciar la opinión del TC en cuanto a esta prohibición del doble procedimiento; esto es, que sólo va a operar cuando se produzca entre dos procesos penales<sup>189</sup>. Es cierto que esa solución evita otorgar a la Administración una vía de escape para poder resolver incumpliendo la regla de la prejudicialidad; pero también podría lograrse el mismo objetivo imponiendo las medidas disciplinarias correspondientes a los funcionarios incumplidores o, como alternativas<sup>190</sup>, permitiendo al juez de lo penal declarar la nulidad de la sanción administrativa o, incluso, aplicar la sanción siguiendo el criterio de la especialidad.

En definitiva, con todo lo dicho se pone de manifiesto que el non bis in idem no es únicamente un sistema de protección frente al doble castigo, una idea de proporcionalidad, de justicia material y de seguridad jurídica; también es, aunque indirectamente, un sistema de coordinación de responsabilidades.

## **7.2. Prevención de riesgos laborales: la coincidencia entre las infracciones penales y administrativas y las normas penales en blanco**

Una de las principales dificultades que se presentan en la relación entre el ámbito penal y el administrativo en la materia preventiva proviene de la configuración de los arts. 316 y ss CP como normas penales en blanco<sup>191</sup>. Estos artículos establecen como uno de sus elementos del tipo la necesidad de poner en peligro la seguridad en el trabajo mediante la infracción de normas de prevención de riesgos laborales; unas normas que no precisa en ningún sentido<sup>192</sup>, haciendo remisión a otras normas que sí contienen las medidas a adoptar y de las que se deriva la infracción. Esta dependencia de lo penal de la normativa administrativa y laboral hace que la posibilidad de encontrar supuestos de bis in idem crezca exponencialmente, pues es precisamente la infracción administrativa la que, en ocasiones, dotará de contenido la conducta típica por el delito penal.

Así pues, al ser normas penales en blanco, los delitos de peligro establecidos en los arts. 316 y ss. CP deben completarse en ocasiones con el contenido de la LISOS. Como se sabe, las infracciones en materia de seguridad y salud laboral se establecen en los arts. 11 a 13 LISOS. En general, las que habrían

<sup>189</sup> Puerta Seguido, F.; Beltrán De Felipe, M. Perplejidades acerca... *op. cit.*, p. 379.

<sup>190</sup> Muñoz Lorente, J. *La nueva configuración...* *op. cit.*, p. 84 y ss.

<sup>191</sup> STS (Penal) de 29 de julio de 2002 (RJ 2002\8826) entre otras.

<sup>192</sup> STS (Penal) de 12 de noviembre de 1998 (RJ 1998\7764); Moyna Méquez, José. Comentario al art. 316 CP. /En/ Gómez Guillamón, Rogelio (et. al.). *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*. Madrid: Colex, 2005, 10ª ed., p. 923).

de tenerse en cuenta son principalmente las calificadas como muy graves<sup>193</sup> pues son las que revisten la importancia suficiente como para justificar una sanción penal, aunque podría darse el caso de que parte del hecho cometido constituya una sanción independiente en materia administrativa aunque sea calificada como leve. Es el caso de no paralización de los trabajos en casos de riesgo grave o inminente, o la adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo con condiciones incompatibles con sus características personales o capacidades profesionales. Ambos supuestos, en caso de poner en peligro la vida o integridad física del trabajador, encajan en el tipo de los arts. 316 y ss CP, así como en el art. 13 LISOS. Lo mismo sucede cuando el promotor o empresario titular del centro de trabajo en las obras de construcción no adopta las medidas necesarias para garantizar la información e instrucciones a los trabajadores, o cuando (art. 13.10 LISOS) no se adoptan “cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores”. Por tanto, se observa una gran coincidencia entre los hechos tipificados en los preceptos de la LISOS y los que integran los tipos penales de los arts. 316 y ss CP<sup>194</sup>. Casos en que, por las reglas anteriormente señaladas así como en aplicación de lo dispuesto en el art. 5 del RD 928/1998 y en el art. 3 LISOS, será necesario pasar el tanto de culpa al Ministerio Fiscal y suspender el procedimiento administrativo.

### 7.3. Seguridad Social: los delitos de defraudación

La concurrencia conactiva se produce también en el ámbito de la Seguridad Social. Así, existen una serie de delitos “contra los derechos de los trabajadores” que afectan a la Seguridad Social. Es el caso del art. 311.2 CP, esto es, ausencia de alta de una pluralidad de trabajadores que se sanciona con penas de prisión y multa, que se confronta con una infracción semejante tipificada como grave en el art. 22.2 LISOS. La diferencia entre ambos supuestos es que el delito penal requiere que la conducta se haya realizado en relación con una pluralidad de trabajadores<sup>195</sup> cuya cuantía dependerá de la plantilla de la empresa o centro de trabajo. En caso de coincidencia de ambas sanciones, será necesario aplicar las reglas de la vertiente procesal del *non bis in idem*, esto es, prejudicialidad, vinculación de los hechos probados y prohibición de

<sup>193</sup> Art. 13 LISOS. (Del Rey Guanter, S. *Potestad sancionadora... op. cit.*, p. 208).

<sup>194</sup> De este modo, se afirma que “el elenco de hechos que pueden originar la infracción administrativa coincide básicamente con los que motivan la actuación penal”. (Orcaray Reviriego, J. J. El principio *non bis in idem... op. cit.*, p. 26).

<sup>195</sup> El número de trabajadores necesario para incurrir en este delito se establece mediante una escala en función de la plantilla de la empresa o centro de trabajo.

doble enjuiciamiento; siempre teniendo en cuenta las especialidades que se plantearían en el caso de que la Administración, incumpliendo estas reglas, resolviera sancionando con anterioridad a la jurisdicción penal.

Distinto es el caso de los delitos de defraudación contra la Seguridad Social, recogidos en los arts. 307 y ss CP, modificado el primero e introducidos como novedosos los arts. 307 bis y ter de forma relativamente reciente<sup>196</sup>. El art. 307 CP tipifica un delito de defraudación a la Seguridad Social por falta de pago de cuotas y conceptos de recaudación conjunta, así como por obtener devoluciones indebidas de las mismas o disfrutar de deducciones indebidas, siempre que la cuantía en todos estos aspectos sea superior a cincuenta mil euros y contabilizando a estos efectos los cuatro años naturales anteriores, previendo el CP la imposición de penas mayores si la cuantía es superior. Se trata, por tanto, de un delito que dependerá, en esencia, de la cuantía de lo defraudado y por lo que podría ser posible su concurrencia con las infracciones administrativas señaladas. Por otra parte, el nuevo art. 307 bis CP establece los supuestos de agravación de las penas en el caso de los delitos contra la Seguridad Social, mientras el art. 307 ter CP se refiere a delitos relacionados con las prestaciones de Seguridad Social, algo que hasta entonces no estaba previsto en el CP.

En relación con estos delitos de defraudación hay que hacer referencia a dos especialidades. La primera de ellas es la regulada en el apartado 3 del art. 307 CP y hace referencia a los supuestos en que se considerará regularizada la situación ante la Seguridad Social, estableciendo que la misma tendrá lugar cuando el sujeto haya reconocido la deuda y pagado las cuotas<sup>197</sup>. Y ello antes de la notificación de la iniciación de las actuaciones inspectoras dirigidas a determinar la deuda; de que el Ministerio Fiscal o Letrado de la Seguridad Social interponga la querrela o denuncia correspondiente; de que el Juez de Instrucción realice actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias; o cuando haya prescrito el derecho de la Administración a su reclamación. Esto es, se presupone que hay una buena fe por parte del sujeto que, sin conocimiento de las medidas tomadas al efecto, decide voluntariamente subsanar su deuda. Lo más relevante en este caso es la consecuencia de la regularización, que no es otra que el impedimento de que “se le persiga por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instru-

<sup>196</sup> Por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, cuya entrada en vigor se produjo el 17 de enero de 2013 a estos efectos.

<sup>197</sup> En este sentido cabe señalar que con la modificación de este precepto y la previsión de esta vía de regularización en el propio tipo penal, se entiende que no opera como excusa absolutoria de modo que no es necesario que sea declarada por el Juez. (Lozano Ortiz, J. C. Aspectos penales de la lucha contra el fraude a la Seguridad Social. /En/ *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 104, 2013, p. 90).

mentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación”. El efecto es diferente en el caso de que este pago sea en un momento posterior, pero si se produce antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado, se le podrá imponer la pena inferior en uno o dos grados (art. 307.5 CP, aplicable también a los supuestos del art. 307 ter CP). Por tanto, en estos casos, a pesar de la regularización, el delito de defraudación a la Seguridad Social queda vigente y, con ello, la posible concurrencia con las sanciones administrativas pertinentes. Un problema actual que, con la redacción anterior del precepto, que conllevaba la total exoneración penal, era, aunque no unánimemente, considerado resuelto<sup>198</sup>.

La segunda de las especialidades se recoge en el art. 307.4 CP. Como se sabe, uno de los mecanismos procesales del non bis in ídem consiste en la paralización del procedimiento administrativo cuando existe un proceso penal que concurre con el primero. No obstante, el art. 307.4 CP establece un supuesto de excepción a dicha regla al recoger que: “La existencia de un procedimiento penal por delito contra la Seguridad Social no paralizará el procedimiento administrativo para la liquidación y cobro de la deuda contraída con la Seguridad Social, salvo que el Juez lo acuerde previa prestación de garantía”. Por tanto, un supuesto en que, sin existir condena penal ni declaración de hechos probados, el procedimiento administrativo puede determinar la existencia y cobro de dicha deuda. Esto plantea problemas de indudable importancia que se han venido señalando anteriormente, esencialmente referidos a las situaciones en que posteriormente los hechos probados por parte del orden penal sean diferentes a los establecidos por el administrativo, a pesar de que dicho precepto establezca que la liquidación administrativa se ajustará necesariamente a lo que se decida en el proceso penal. Por otra parte, el art. 307 CP añade como pena por este delito “la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años”, siguiendo lo que ya se establecía para los delitos de fraude contra la Hacienda Pública.

Por último, hay que señalar como novedad, la aprobación de los arts. 307 bis y ter CP. El primero de ellos estableciendo tipos agravados del art. 307 y el segundo referido a los delitos de fraude de prestaciones. Este último

<sup>198</sup> Dicha exoneración penal hacía que se considerase posible la responsabilidad de tipo administrativo en el caso de regularización de la deuda pues, aunque penalmente se haya declarado que los hechos son constitutivos de delito, lo cierto es que esto operaba como una resolución absolutoria a efectos administrativos. Y es que el objetivo del non bis in ídem es evitar la efectiva imposición de la pena, no la mera declaración del delito o la existencia de una sentencia firme. (Brandariz García, J. A. *La exención de responsabilidad penal por regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*. Granada: Comares, 2005, p. 170 y ss). En contra, Paramo Montero, P. (*Responsabilidad empresarial*. Valencia, 1995, p. 33).

reviste especial importancia pues anteriormente se intentaba llevar por la vía del delito de estafa o el de falsedad documental considerándose, de hecho, una variante especial del primero, algo a tener en cuenta para evitar situaciones de vulneración del non bis in ídem. Un delito, que al margen de lo criticable que pueda considerarse su configuración, tiene prevista también una posible vía de regularización y permite que la Administración pueda continuar en vía administrativa con la exigencia del reintegro de las prestaciones<sup>199</sup>. De igual modo, podrán encontrarse en situación de conflicto con las infracciones previstas en la LISOS al efecto<sup>200</sup>.

#### **7.4. La doble sanción en el marco de las relaciones de sujeción especial: conflictos en el ámbito mixto penal-administrativo disciplinario**

Es necesario comenzar afirmando que los principios y reglas de la potestad sancionadora son aplicables a la potestad disciplinaria de la Administración, a pesar de que se considere mayoritariamente que tienen naturalezas distintas pues la segunda nace de la relación de servicios del sujeto con la Administración. Por ello, en el caso del non bis in ídem, las pautas a seguir para examinar el respeto al mismo, serán las mismas que en el caso del régimen sancionador en general<sup>201</sup>.

Las relaciones sujeción especial se han calificado como una excepción al principio non bis in ídem y se han definido, entre otras formas, como “aquellas en que el sujeto en cuestión se encuentra en una situación más vinculada a la Administración que la que tienen el resto de los ciudadanos y; en consecuencia, sometidos a un régimen disciplinario distinto al del resto de los ciudadanos”<sup>202</sup>. La jurisprudencia, en este sentido, aporta distintas justificaciones a esta diferencia de tratamiento, hablando del “deber de respeto y obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos” (STC 81/1983 de 10 de octubre), o del “desmérito público que constituye la razón última de la sanción que se impone en vía administrativa” (STS de 14 de marzo de 2000), o la “salvación del prestigio y dignidad corporativos” (STS de 3 de junio de 1987). A este respecto, el TC ha afirmado<sup>203</sup> que esta excepción solo podrá aplicarse en los supuestos en que haya diversidad de fundamento (y siempre que la sanción sea proporcionada a esa protección<sup>204</sup>) ya que la existencia de una relación de especial sujeción no despoja a los sujetos de sus derechos fundamentales. Esto

<sup>199</sup> Lozano Ortiz, J. C. Aspectos penales..., 2013, p. 85, 92 y 93.

<sup>200</sup> Como es el caso del art. 26 LISOS.

<sup>201</sup> Boto Alvarez, A. Sobre el principio *non bis in ídem*... op. cit., p. 282.

<sup>202</sup> Muñoz Lorente, J. *La nueva configuración*... op. cit., p. 37, nota 79. También definidas por la STC 2/1987, de 21 de enero (RTC 1987\2).

<sup>203</sup> STC 234/1991, de 10 de diciembre (RTC 1991\234).

<sup>204</sup> Fierro Rodríguez, D. Los caracteres generales del principio..., op. cit. 2013.

es, en definitiva, exactamente igual que sucede con el resto de situaciones de conflicto de doble sanción. Si falta la identidad de fundamento no ha lugar al *non bis in ídem*, lo que convierte a las relaciones de sujeción especial en un dato irrelevante a la hora de aplicarlo, aunque hay que decir que, siempre que se esté ante una relación de especial sujeción, latirá una duda y será más fácil intentar probar esa diversidad de fundamento que ante un supuesto en que no existe esa especial vinculación<sup>205</sup>.

Se pueden identificar, a este respecto, varias situaciones. La primera, cuando se comete un delito común por un funcionario pero sin tener relación alguna con el servicio. Es el ejemplo del homicidio cometido por un Guardia Civil fuera de servicio pero con su arma reglamentaria, cuya "irreprochabilidad penal sí es, en todo caso, un "interés legítimo de la Administración"; y lo mismo sucede en el supuesto de los abogados colegiados que cometen un delito que conlleva antecedentes penales que impiden la permanencia en el Colegio. En todo caso, se discute si en estas situaciones se produce una desigualdad puesto que a estos sujetos se les aplican normas disciplinarias por conductas que, de no estar inmersos en una relación de sujeción especial, un empresario no podría sancionar disciplinariamente al no existir relación entre el delito y su actividad laboral. La segunda situación es aquella en la que el delito es de tipo común pero se comete en relación con el servicio o existe una afectación del mismo. Casos en los que se considera que lo correcto es aplicar analógicamente las reglas del concurso ideal de delitos y a que se entiende que esta figura no es directamente aplicable sin más al ámbito administrativo. En este sentido, la jurisprudencia únicamente ha hecho alusión a la imposibilidad de sancionar administrativamente cuando la norma penal ya integre una sanción específica al sujeto por su calidad de sometido a la relación de sujeción especial. Es el caso de las normas penales que llevan aparejadas como sanción penas de inhabilitación para el ejercicio de la profesión o aquellos supuestos en que el juez decreta tales medidas como penas accesorias<sup>206</sup>. Por tanto, el problema fundamental se plantea cuando, en el ámbito administrativo-disciplinario, se establecen medidas derivadas de la inhabilitación penal tales como la suspensión o la separación del servicio, muy habituales en este tipo de ocasiones. Algo que

<sup>205</sup> Boto Alvarez, A. Sobre el principio *non bis in ídem*... op. cit., p. 274. En este sentido puede señalarse la STC 180/2004, de 2 de noviembre (RTC 2004\180), donde se considera acorde al principio *non bis in ídem* la doble sanción administrativa (además de otra penal) a un Guardia Civil por conducir en estado de embriaguez debido a la diferencia de fundamento: de la primera sanción, la protección de la dignidad de la institución y de la segunda, la separación del servicio por ser, por ser el bien jurídico protegido el interés legítimo de la Administración de servir con objetividad los intereses generales.

<sup>206</sup> Como así establece el art. 55 CP.

puede suponer una desproporción en el castigo penal y el administrativo<sup>207</sup>. Por último, se puede dar la situación en que la infracción cometida por el funcionario se corresponda, no con un delito común sino con un delito específico para este tipo de colectivos. A modo de ejemplo, se puede mencionar el de malversación de fondos públicos. En dichos casos, a diferencia de los de delitos comunes, la existencia de una identidad de fundamento es más probable pues en el reproche penal puede verse incluido el mismo bien jurídico protegido en sede administrativa<sup>208</sup>.

En todos estos supuestos comentados, sea por esta identidad de fundamento, sea por la regla de la vinculación de los hechos probados, la regla general es la suspensión del procedimiento disciplinario, aunque, como se ha señalado anteriormente en este trabajo, en función del colectivo específico, dicha suspensión puede revestir especialidades<sup>209</sup>.

### **7.5. Infracciones por vulneración de derechos de los trabajadores: condiciones de trabajo, libertad sindical y movimientos migratorios. Conflictos en el ámbito mixto penal y administrativo-laboral**

Para analizar con el análisis de la aplicación del non bis in idem al ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, hay un último grupo de supuestos que se enmarcan en el terreno del contrato de trabajo. Se trata de las infracciones por vulneración de derechos, no todos ellos pero sí principalmente, fundamentales; comportamientos que están tipificados tanto en el marco penal como en el administrativo.

Partiendo de la tipificación en el orden penal para continuar con su proyección en el administrativo, uno de estos supuestos de infracción son los que se recogen en los arts. 311 y ss CP, si bien algunos de ellos se enmarcan en el ámbito estrictamente laboral mientras que otros inciden en temas de extranjería o de Seguridad Social. En este sentido, el art. 311 CP tipifica, en primer lugar, un delito consistente en la “imposición” a los trabajadores, mediante “engaño o abuso de situación de necesidad”, de condiciones laborales o de Seguridad Social que “perjudiquen, supriman o restrinjan” los derechos que tienen reco-

<sup>207</sup> Un estudio de supuestos y afirmaciones doctrinales, en Benlloch Petit, G. El principio... op. cit. p. 355 y ss.

<sup>208</sup> Martínez Rodríguez, J. A. *La doctrina jurídica...* op. cit., 2012, p. 138 y ss.

<sup>209</sup> De esta forma, el art. 94.3 del EBEP establece la suspensión del procedimiento disciplinario cuando de la instrucción del mismo resulte la existencia de indicios fundados de criminalidad. En cambio, la LO 12/2007 del régimen disciplinario de la Guardia Civil, establece en su art. 4 que la suspensión se produce en cuanto a la resolución definitiva, no en cuanto a la tramitación del expediente. En un sentido similar, la LO 4/2010 del Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía.

nocido por la normativa<sup>210</sup>. En definitiva, imposiciones por el empresario de condiciones laborales que lesionen los derechos del trabajador utilizando técnicas que vicien el proceso de libre formación de la voluntad de este último. Se trata, como sucedía en relación con los arts. 316 y ss CP, de una norma penal en blanco que hace referencia a las disposiciones legales, convenios colectivos o contratos individuales como base de los derechos de los trabajadores; una descripción que coincide con la contenida en los arts. 7.5 LISOS, 7.10, entre otros. Y es un delito que no exige el perjuicio efectivo del trabajador, sino sólo el que se di?culte el reconocimiento del derecho<sup>211</sup>. Es evidente que en estos casos existirá identidad de hecho y de sujeto, e incluso la identidad de fundamento con las infracciones establecidas en la LISOS; sin embargo, la concurrencia de las dos posibles sanciones sólo se producirá siempre que exista ese engaño o abuso de la situación de necesidad del trabajador, algo que el TS entiende mayoritariamente que no tiene que ser necesariamente equiparable al dolo<sup>212</sup>.

Un segundo grupo de infracciones son aquéllas que constituyen delitos en materia sindical, recogidos fundamentalmente por el art. 315 CP, que pena estas actuaciones de impedimento o limitación del ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga cuando medie engaño o abuso de situación de necesidad o, en su tipo agravado, cuando se lleven a cabo con violencia, fuerza o intimidación. Unas conductas que no tienen por qué ser desarrolladas por el empresario sino también por su personal directivo y que encuentran referentes en el art. 8 LISOS. Algo semejante sucede con el art. 314 CP, referido a la discriminación en el empleo, también sancionada en el art. 8.12 LISOS, si bien lo cierto es que este delito se impone cuando, produciéndose la situación de grave discriminación, “no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa”. En cambio, el art. 8.12 LISOS, si bien establece prácticamente la misma conducta, en lugar de esa precisión de la existencia de un previo requerimiento o sanción administrativa, señala que también son constitutivas de esta infracción “las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.

Las descripciones anteriores exigen algunas aclaraciones. La primera de ellas es que, para que el precepto penal sea aplicable, es necesario que la discriminación sea grave. Nada dice de ello el art. 8.12 de la LISOS, y si bien lo cierto es que se encuentra recogida entre las faltas calificadas como muy

<sup>210</sup> Una tipificación más clara que la de su antecedente, el art. 499 bis CP, que no hacía referencia expresa a ese engaño o abuso de la situación de necesidad.

<sup>211</sup> Del Rey Guanter, S. *Potestad sancionadora...* op. cit., p. 274.

<sup>212</sup> Op. cit., p. 271 y ss.

graves, parece que el CP quiere aportar un añadido en la conducta. Por tanto, la aplicación del precepto penal sólo entraría en cuestión desde el punto de vista del non bis in idem, ante una situación de gravedad. La segunda es que, cuando ambas discriminaciones son graves y no existen medidas administrativas al respecto, la sanción de la mera conducta empresarial no incurriría en un supuesto de non bis in idem al faltar la identidad de hecho puesto que el art. 314 CP exige un plus a esta conducta que es no restablecer la situación de igualdad mediando un requerimiento o sanción administrativa previa. Por tanto, el 314 CP no pretende únicamente erradicar y castigar la discriminación, sino también castigar la desobediencia a la medida administrativa así como la persistencia de la conducta. Se trata, pues, de una infracción que se mantiene y que, aunque ya se haya sancionado, se considera independiente. Muy diferente es el caso en el que la infracción no es en concreto la discriminación sino un trato desfavorable del empresario al trabajador como consecuencia del ejercicio de una acción administrativa o judicial destinada a exigir la igualdad de trato. Un hecho completamente distinto del anterior pues la conducta del empresario sería diferente a la de la discriminación en sí y que hace que en este caso no sea aplicable el non bis in idem.

Finalmente, queda hacer una breve referencia a los delitos en materia de extranjería, recogidos en los arts. 312 y 313 CP. En el caso del art. 312 CP se describe un delito de trá?co ilegal de mano de obra, reclutamiento de personas o incitación a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas y el empleo de extranjeros sin permiso de trabajo “en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”. La concurrencia con una norma administrativa parece que podría producirse con el art. 37.1 LISOS, que establece como infracción muy grave el dar ocupación a trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, por cada uno de los cuales se considerará que se ha cometido una infracción distinta. No obstante, los supuestos no son plenamente coincidentes, de modo que, si únicamente se da la ocupación al trabajador sin perjuicio, supresión o restricción de sus derechos, se aplicará la sanción administrativa; mientras que en el caso de que sí se establezcan esas condiciones perjudiciales para el trabajador a que alude el art. 312 CP, se aplicará la norma penal dado que el tipo incluye las conductas sancionables administrativamente. Como último ejemplo de con-?icto puede citarse el art. 313 CP que hace referencia a los movimientos migratorios de trabajadores desplazados al extranjero, en relación con los cuales sanciona los supuestos de simulación de contrato, colocación o engaño semejante; lo que se corresponde con la infracción establecida en el art. 36.2 LISOS, que sanciona la “simulación o engaño en la contratación de los trabajadores que se desplazan al exterior”. En estos casos de plena coincidencia, deberán activarse

las garantías procesales que se vienen comentando y que son propias del non bis in ídem, comenzando por la paralización del procedimiento administrativa y continuando con la vinculación de hechos probados.

## 8. CONCLUSIONES

En este trabajo se ha pretendido realizar un acercamiento a la ?gura del non bis in ídem mediante un enfoque centrado en el ámbito laboral y de la Seguridad Social, llegándose a las siguientes conclusiones.

En primer lugar, el principio non bis in ídem, si bien no tiene expresa acogida en la CE, es considerado un derecho fundamental por el TC, situándose su fundamento en el principio de proporcionalidad y de seguridad jurídica.

En segundo lugar, su aplicación requiere del cumplimiento de una serie de requisitos, el primero de los cuales es la exigencia de la triple identidad, de sujeto, hechos y fundamento. Por lo que hace a la identidad de sujeto, en el marco laboral y en situaciones de conflicto en ámbitos mixtos, se entiende que esta identidad debe serlo tanto del sujeto activo, principalmente el empresario, como del pasivo, el trabajador afectado. Los mayores problemas que plantea la exigencia de la identidad del sujeto se conectan con la negación de su existencia entre las personas jurídicas y las personas físicas que llevan a cabo su administración y control y que han sido parcialmente resueltos con la reforma del CP del año 2010 al admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas pero que traslada el problema de una doble sanción penal y administrativa a una doble sanción penal, permaneciendo los problemas de diferencia de régimen aplicable para los empresarios personas físicas frente a las personas jurídicas. En cuanto a la identidad del hecho, debe ser de los hechos considerados jurídicamente, teniendo especial relevancia en este sentido la vinculación de los hechos declarados probados en sede penal. Por lo que hace a la identidad de fundamento, interpretado como bien jurídico protegido, es el eje principal de estos condicionantes y gracias al cual se justifica la mayoría de las trasgresiones al principio, ya sea en el caso de las relaciones de especial sujeción como en ?guras altamente polémicas como es el recargo de prestaciones o la responsabilidad en materia de prestaciones en Seguridad Social. No obstante y a este efecto, no puede afirmarse de forma general la diferencia de fundamento entre la actuación sancionadora penal y administrativa o la de éstas y las impuestas en el orden social. Es necesario, pues, analizar el supuesto concreto y las normas específicas en juego. Finalmente, a la triple identidad, se le añaden otra serie de requisitos para la activación del principio non bis in ídem consistentes en la exigencia de que las normas en conflicto tengan la naturaleza de sanciones y la inexistencia de las relaciones de sujeción especial con la Administración; si bien, en este sentido, se ha llegado a la conclusión de

la desaparición de este criterio tras la STC que afirma que lo relevante en este caso es la falta de identidad del fundamento jurídico.

En tercer lugar y en relación con el contenido del principio, es preciso tener en cuenta sus dos vertientes: material, o prohibición de doble sanción, y procesal o instrumental que determina, en aplicación de una serie de reglas procedimentales, cuál de las sanciones en juego debe aplicarse. Esto se traduce en la existencia de las reglas de la prejudicialidad penal (si bien con excepciones), la vinculación de los hechos declarados probados, y la prohibición del doble enjuiciamiento sucesivo o simultáneo.

Respecto de en qué supuestos puede producirse la concurrencia conativa de dos o más sanciones, dándose la triple identidad, hay que diferenciar en función del ámbito de concurrencia, distinguiendo así los que se han denominado puros (penal, administrativo, laboral), de los mixtos (penal-administrativo), y los distintos tipos posibles de conato. En el campo laboral esto ha llevado a detectar diversos supuestos problemáticos desde la perspectiva de este principio. Así, en el ámbito puro, destacan las situaciones, en materia preventiva, de concurrencia de los arts. 316 y ss CP con los delitos de homicidio y lesiones así como con los de acoso, cuestión resuelta fundamentalmente por la vía de los concursos; o los supuestos de Seguridad Social, destacando lo referido al recargo de prestaciones y la responsabilidad en materia de prestaciones, casos ambos resueltos por la jurisprudencia aludiendo a la diversidad de bienes jurídicos protegidos; o también, en el marco laboral, lo referido en esencia al ejercicio del poder disciplinario del empresario, donde la aplicación del principio non bis in idem es admitida de forma generalizada por la jurisprudencia y que se resumen en problemas de configuración de las cláusulas de reincidencia, en los despidos repetidos y en la imposición de medidas cautelares.

En el ámbito mixto, destaca lo referido a la prevención de riesgos laborales, en concurrencia con las diversas infracciones de la LISOS, como es el caso de los delitos de defraudación a la Seguridad Social por falta de ingreso de cuotas, el tratamiento especial que suponen las relaciones de sujeción especial, o, por último, la existencia de una diversidad de delitos con consecuencias de perjuicio para los derechos de los trabajadores, extranjería y libertad sindical. Todas estas infracciones presentan indudables coincidencias con las infracciones administrativas correspondientes y ante las que es necesario atender a las específicas circunstancias del caso para afirmar la aplicación de una norma u otra. Un entorno de conato mixto que, en general, debe seguir una serie de pautas en su funcionamiento consistentes en la paralización del procedimiento administrativo hasta que recaiga resolución penal firme, y, en función del sentido de la misma, la reanudación del proceso administrativo (sentencia absolutoria) o su finalización (sentencia condenatoria), pero siempre, y en ambos casos, con la matización que supone la vinculación de los hechos declarados probados.