



**UNIVERSIDADE DA CORUÑA**

**TRABAJO FIN DE GRADO 2016**

**IAGO RON RODRÍGUEZ**

**-DESPIDO DE UN TRABAJADOR Y ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO-**

**DIRECTOR:**

**ALBERTO ARUFE VARELA**

# -SUMARIO-

---

- 0) INTRODUCCIÓN.....pág.3
  
- 1) ¿QUÉ ACCIONES LABORALES PUEDE EJERCITAR EL TRABAJADOR DESPEDIDO?¿CÓMO ARGUMENTARÍA DICHAS ACCIONES?.....pág.3
  - 1.1. VÍA EXTRAJUDICIAL.....pág.6
    - 1.1.1. VÍA ADMINISTRATIVA (SANCIONADORA).
    - 1.1.2. VÍA ADMINISTRATIVA (CONCILIACIÓN LABORAL PREVIA).
      - 1.1.2.1. EL ACTO DE CONCILIACIÓN LABORAL.
      - 1.1.2.2. EFECTOS DEL ACTO DE CONCILIACIÓN LABORAL.
  - 1.2. VÍA JUDICIAL.....pág.10
  - 1.3. CONCLUSIÓN PERSONAL.....pág.12
  
- 2) ¿QUÉ RESPONSABILIDADES PARA EL EMPRESARIO PODRÍAN DERIVARSE DE LA SITUACIÓN DEL TRABAJADOR DON ALBERTO PÉREZ DOMINGO?.....pág.13
  - 2.1. INFRACCIONES A LA LEY SOBRE INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL(LISOS).....pág.14
  - 2.2. SANCIONES.....pág.16
  
- 3) REPRODUZCA EL ITER PROCEDIMENTAL DE LA ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO EN AMBAS SITUACIONES.....pág.20
  - 3.1. PROCEDIMIENTO LLEVADO A CABO POR LA INSPECCIÓN DE TRABAJO EN EL CASO DE D. FRANCISCO.....pág.21
    - 3.1.1. INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.
    - 3.1.2. TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.
    - 3.1.3. FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.
  - 3.2. PROCEDIMIENTO LLEVADO A CABO POR LA INSPECCIÓN DE TRABAJO EN EL CASO DE D. ALBERTO.....pág.26
    - 3.2.1. PROCEDIMIENTO PARA LA LIQUIDACIÓN POR DEUDAS A LA SEGURIDAD SOCIAL.
  
- 4) RAZONE CUÁLES SERÍAN LAS CONSECUENCIAS QUE PROCEDERÍAN DE LA ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO.....pág.30
  - 4.1. CONSECUENCIAS EN EL CASO DE D. FRANCISCO.....pág.30
    - 4.1.1. INFRACCIÓN AL 7.5 DE LA LISOS POR TRANSGRESIÓN DE LOS LÍMITES LEGALES PACTADOS EN REFERENCIA A LAS HORAS DE TRABAJO.
    - 4.1.2. INFRACCIÓN AL 7.5 DE LA LISOS POR NO RESPETAR LOS DESCANSOS QUE DEBERÍAN SERLE ASIGNADOS.
    - 4.1.3. INFRACCIÓN AL TRATO DE COACCIÓN DE D. FERNANDO A D. FRANCISCO.

4.1.4. CUANTÍA FINAL DE LAS INFRACCIONES COMETIDAS A D. FRANCISCO.	
4.2. CONSECUENCIAS EN EL CASO D. ALBERTO.....	pág.33
4.3. ESPECIAL REFERENCIA A SITUACIÓN DE SEGURIDAD E HIGIENE.....	pág.33
4.4. CONCLUSIÓN.....	pág.37
5) UNA VEZ PLANTEADA LA SITUACIÓN, INDIQUE QUÉ DEFENSA PODRÍA ACTUAR EL EMPRESARIO FRENTE A UNA EVENTUAL SANCIÓN ADMINISTRATIVO-LABORAL. JUSTIFÍQUELO.....	pág.38
5.1. DEFENSA DE DON FERNANDO ANTE LA SANCIÓN DERIVADA DE LOS ACTOS CON DON FRANCISCO.....	pág.39
5.2. DEFENSA DE DON FERNANDO ANTE EL SUPUESTO DE DON ALBERTO.....	pág.40
5.3. DEFENSA DE DON FERNANDO ANTE LA SITUACIÓN DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.....	pág.41
5.4. CONCLUSIÓN.....	pág.42
6) FIN TRABAJO FIN DE GRADO.....	pág.42
7) BIBLIOGRAFÍA.....	pág.44
8) ARCHIVOS ADJUNTOS.	

En relación al presente Trabajo de Fin de Grado, he decidido hacer esta breve introducción con el fin de orientar al lector en los sucesivos supuestos que se expondrán. El epígrafe escogido para su desarrollo ha sido el caso denominado “Despido de un trabajador y actuación de la inspección de trabajo”. Este supuesto estará dividido en cinco cuestiones que abarcarán varios aspectos del caso, siendo estas cuestiones precedidas por una breve introducción al tema elegido.

## **0. INTRODUCCIÓN**

Estamos ante un caso donde un trabajador llamado D. Francisco firma un contrato (impulsado en gran medida por una situación de necesidad al encontrarse este hombre en el paro desde hacía unos años) con una empresa de construcción y rehabilitación según el cual el cómputo de horas semanal a trabajar será de 40 horas. La jornada laboral de este trabajador excede las 40 horas/semana establecidas en el contrato, no respetándose tampoco los descansos asignados. Por si esto fuera poco, D. Francisco es víctima de vejaciones y amenazas, trabajando bajo coacción y desembocando todo esto en una visita de D. Francisco al médico, el cual le diagnostica depresión y varios problemas fisiológicos derivados de esta situación.

Ante este panorama, D. Francisco decide denunciar su caso ante la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. Al enterarse su jefe, D. Fernando, de esta medida adoptada por D. Francisco, decide despedirle por ello.

Como consecuencia de la denuncia realizada por el trabajador, un inspector de trabajo realiza la visita correspondiente al centro de trabajo, observando que no solo son ciertas las circunstancias expresadas por D. Francisco, sino que hay otro trabajador, D. Alberto, que no está dado de alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social. Paralelamente también observa el inspector que las condiciones de seguridad e higiene necesarias para esa actividad (de obra) no se cumplen.

## **1. ¿QUÉ ACCIONES LABORALES PUEDE EJERCITAR EL TRABAJADOR DESPEDIDO? ¿CÓMO ARGUMENTARÍA DICHAS ACCIONES?**

Estamos ante un caso en el que el trabajador denuncia extrajudicialmente unos hechos que le son lesivos por parte del empresario, y que, como consecuencia de esa denuncia, es despedido. Es lo que la jurisprudencia ha denominado “garantía de indemnidad” que podemos definirlo como la protección que tiene el trabajador por el ejercicio de los derechos laborales que le asisten (ejercicio de acciones judiciales, derecho de huelga, reclamación de acciones de cualquier tipo, etc) y que da lugar a la nulidad de las acciones que la empresa pueda imponer contra el trabajador (incluyéndose el despido). Tiene su fundamento en el artículo 24.1 de la Constitución (“*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”) debido a que nadie puede quedar en una situación de indefensión frente a la vulneración de sus derechos.

Ha sido objeto de definición por numerosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entre las que podemos citar la Sentencia Tribunal Constitucional 76/2010, de 19 de octubre de 2010 que dice: “*Como ha señalado en numerosas ocasiones este Tribunal en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, la garantía de indemnidad en el campo de las relaciones laborales se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos*”; la Sentencia Tribunal Constitucional 16/2006, de 19 de enero; Sentencias Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril, y 90/1997, de 6 de mayo, en relación al derecho de huelga, etc.

De ello se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental (tutela judicial), ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo (artículo 4.2g) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores).

En relación con lo anterior, podemos entender, asimismo, que a D. Francisco se le ha vulnerado su derecho a la integridad moral del artículo 15 de la Constitución (*“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”*) al ser vejado, amenazado y haber trabajado bajo coacción.

Es por estas vulneraciones que cabe catalogar el despido de D. Francisco como despido nulo, con base jurídica en el artículo 55.5 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores que nos dice: *“Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”*. En base a los preceptos constitucionales y el citado del Estatuto no cabe otra que catalogar el despido como despido nulo por haber sido despedido el trabajador por poner en conocimiento de la autoridad competente el hecho de ser objeto de vejaciones y amenazas en el ámbito laboral y por ende, ver menoscabado su derecho a la garantía de indemnidad, fruto de la tutela judicial efectiva.

Ante este panorama, las acciones laborales que puede ejercitar D. Francisco son dos: la primera, poner el asunto en conocimiento de la Inspección de Trabajo, la cual actuará de oficio por la vía administrativa a través de los inspectores de trabajo; y la segunda, que D. Francisco, a instancia de parte, decida recurrir a la vía judicial para reclamar sus derechos laborales. Si D. Francisco recurre a la vía administrativa únicamente (y digo únicamente porque una opción no descarta a la otra), no obtendrá unos resultados tan satisfactorios como en la vía judicial, puesto que en la vía administrativa, la administración, a través de su potestad sancionadora, actuará detectando las infracciones cometidas y sancionándolas, mas eso no es suficiente para que los derechos laborales que se le han vulnerado a Francisco se resarzan, para ello debemos acudir también a la vía judicial.

Como bien dije antes, no son excluyentes una acción con la otra, sino que son complementarias, puesto que la actuación administrativa puede tener un gran peso para posteriormente enlazarla con la vía judicial<sup>1</sup>.

Además, desde 1981<sup>2</sup>, existe jurisprudencia constitucional constante en casos de despido nulo que nos dice que compete al trabajador probar meramente indicios de la discriminación o vulneración de sus derechos fundamentales; y tras esta prueba indiciaria, la carga de la misma cambia para el empresario, que será quien quedará obligado a la aportación de una justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, teniendo en cuenta que si el empresario no ofrece esta prueba plena, entonces quedará acreditado que discriminó o vulneró los citados derechos fundamentales en el despido del trabajador. En este caso, D. Francisco podría probar la vulneración de su derecho a la integridad moral y de los tratos degradantes a través dos tipos de documentos, por

un lado tendríamos los documentos resultantes de los diagnósticos de las lesiones sufridas dados por el médico en fecha 3 de mayo de 2014. Por otro lado, se podría probar también estos hechos usando los informes resultantes de la inspección realizada por el inspector de trabajo, o los resultantes del proceso administrativo sancionador abierto contra el empresario, en donde también quedarían acreditados (si finalmente la administración decidiera sancionar) los hechos descritos. Por tanto, observamos que los medios de prueba que posee D. Francisco son de bastante peso en vista a un posible recurso a la vía judicial o a la administrativa, o a ambas como bien dijimos.

En segundo lugar, visto el precepto constitucional infringido por el empresario y vistas las vías a las que puede acudir el trabajador, vamos a analizar que acciones puede ejercitar dependiendo de si decide recurrir a la vía administrativa o a la judicial.

---

<sup>1</sup>. Por poner un ejemplo: los documentos resultantes de las sanciones administrativas impuestas al empresario por la vulneración de los derechos del trabajador, van a tener un peso de prueba fundamental en la vía judicial.

<sup>2</sup>. El precedente sobre el tema es la Sentencia del Tribunal Constitucional 38/1981 de 23 de noviembre donde se despide a dos trabajadores de una empresa vulnerándose los arts.14, 24 y 28 de la Constitución puesto que se despide discriminatoriamente a ambos trabajadores (art.14), posteriormente en juicio se dan por probadas causas de despido disciplinario no notificadas en la carta de despido a los trabajadores, lo cual provoca la indefensión de los mismos (art.24, garantía de indemnidad); y finalmente se vulnera su derecho sindical (art. 28). Véase archivo adjunto 1°

## 1.1. VÍA EXTRAJUDICIAL

### 1.1.1. Vía administrativa (sancionadora)

El recurso a la vía administrativa es una de las dos acciones laborales que D. Francisco ha decidido ejercitar, acción por la cual se le despide. La actuación de la administración en este ámbito se basa en una norma sancionadora básica para este sector, el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto que aprueba la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Esta ley, en su artículo 1.1 nos dice: “*Constituyen **infracciones administrativas** en el orden social las acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables tipificadas y sancionadas en la presente Ley y en las leyes del orden social*”. Por tanto, ya el primer artículo de esta norma nos indica que estamos ante una vía administrativa para la defensa del trabajador frente a las irregularidades del empresario. De este modo, este es el primer paso a seguir por D. Francisco, paso que en virtud del caso ya ha seguido al denunciar ante la Inspección de Trabajo los hechos. Y enlazando con esta denuncia hecha por D. Francisco, el artículo 1.2 de nos dice: “*Las infracciones no podrán ser objeto de sanción sin previa instrucción del oportuno expediente, de conformidad con el procedimiento administrativo especial en esta materia, a propuesta de la **Inspección de Trabajo y Seguridad Social**, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden que puedan concurrir*”. Por tanto, al denunciar D. Francisco los hechos ante la administración, esta abre expediente sancionador por las irregularidades detectadas empleando su potestad sancionadora y a través de sus inspectores de trabajo, irregularidades entre las que encontramos (a modo meramente identificativo puesto que en puntos posteriores las trataremos más por lo menudo) la del artículo 8.11 de la ya citada norma sancionadora del orden social que nos cataloga como infracción muy grave “*Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores*” en relación a las amenazas y coacciones de D. Fernando; y del artículo 7.5 de la misma norma en relación al exceso de las horas de trabajo pactadas por contrato y de la negativa a los descansos pactados legalmente, catalogada dicha infracción como grave: “*La transgresión de las normas y los límites*

*legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores”.*

#### 1.1.2. Vía administrativa (conciliación previa)

Paralelamente a la medida de carácter administrativo ya tomada por D. Francisco de poner los hechos en conocimiento de la Inspección de Trabajo, existen otras medidas que debe tomar (en ocasiones obligatorias) antes de llegar a la vía judicial, es la relativa a la conciliación del trabajador con el empresario o la de acudir a un procedimiento arbitral (cualquiera de las dos a elección del trabajador).

En lo que a este punto respecta, tenemos que estar muy atentos al cómputo de los plazos de prescripción y caducidad de acciones del trabajador. El artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores nos señala que el plazo para ejercer cualquier tipo de acción contra el despido caducará a los veinte días siguientes de aquel en el que se hubiera producido (*“El ejercicio de la acción contra el despido o resolución de contratos temporales caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido”*). El cómputo de días se calcula en días hábiles<sup>3</sup> y el plazo de caducidad queda interrumpido por la presentación de la solicitud de conciliación<sup>4</sup> en los términos establecidos en el artículo 63 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

En este punto D. Francisco tiene dos opciones, o solicitar la conciliación, o acudir directamente a la vía judicial sin previo trámite puesto que el caso de D. Francisco puede quedar exento de dicho acto en virtud del artículo 64.1 de la Ley 36/2011 reguladora de la jurisdicción social (*Se exceptúan del requisito del intento de conciliación o, en su caso, de mediación los procesos que exijan el agotamiento de la vía administrativa, en su caso, los que versen sobre Seguridad Social, los relativos a la impugnación del despido colectivo por los representantes de los trabajadores, disfrute de vacaciones y a materia electoral, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a los que se refiere el artículo 139, los iniciados de oficio, los de impugnación de convenios colectivos, los de impugnación de los estatutos de los sindicatos o de su modificación, los de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, los procesos de anulación de laudos arbitrales, los de impugnación de acuerdos de conciliaciones, de mediaciones y de transacciones, así como aquellos en que se ejerciten acciones laborales de protección contra la violencia de género*). Si decidiera acudir directamente a la vía judicial, lo realizará en los términos que veremos más adelante, de lo contrario deberá el empresario atender las demandas del trabajador o intentar negociar las peticiones realizadas por el mismo y llegar así a un acuerdo.

##### 1.1.2.1. El acto de conciliación laboral

El acto de conciliación aparece regulado en el Real Decreto 2756/1979, de 23 de noviembre, por el que el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación asume parte de las funciones que tiene encomendadas y es una materia que a día de hoy se encuentra delegada a las Comunidades Autónomas a través de sus áreas de trabajo (en Galicia, Consellería de Trabajo e Benestar).

---

<sup>3</sup>En relación al plazo de caducidad debe tenerse en cuenta que la S.T.S de 23 de enero de 2006, dictada en unificación de doctrina por la sala de lo social, deja sentado que los sábados y los domingos, los días 23 y 31 de diciembre, los días de

fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en las respectivas CCAA y localidades son días inhábiles a todos los efectos.

<sup>4</sup> La solicitud de conciliación, también llamada papeleta de conciliación laboral, es un procedimiento del orden social obligatorio en multitud de reclamaciones para intentar solucionar la controversia de manera extrajudicial, dando una oportunidad a la empresa para que negocie con el trabajador y se avenga a sus pretensiones o bien negocien sobre las mismas. Es el requisito previo para la tramitación del proceso judicial.

Respecto a la autoridad ante la que se presentan, esta varía de una comunidad a otra, pero por poner un ejemplo, en la ciudad de A Coruña, la autoridad encargada es el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación (SMAC) dependiente de la Consellería de Traballo e Benestar (Orden de 17 de octubre de 2013 por la que se da publicidad al modelo normalizado de papeleta de conciliación a presentar en las secciones de mediación, arbitraje y conciliación (SMAC) de la Comunidad Autónoma de Galicia).

Para la postulación en este acto no es necesaria la intervención de abogado (tampoco en el proceso judicial posterior) sin bien es recomendable que D. Francisco vaya acompañado por uno para facilitar la tramitación del asunto.

No existe un modelo oficial de documento de conciliación, aunque si es cierto que varias Comunidades Autónomas ponen a disposición de sus ciudadanos documentos autorellenables<sup>5</sup> para así suplir el conocimiento de métodos técnicos (véase en el caso de Galicia la Orden anteriormente citada). De este modo, el documento de conciliación debe contener, como mínimo, los siguientes datos:

1. Identificación de cada parte: DNI del trabajador, CIF de la empresa y domicilio social de la empresa, y domicilio del trabajador.
2. Fecha de presentación del documento y firma de quien lo presentare.
3. Descripción de la relación laboral del trabajador con la empresa, en la que se indique lugar y clase de trabajo, antigüedad, categoría profesional y salario.
4. Enumeración clara y concreta de los hechos y de las reclamaciones planteadas. Si se trata de la impugnación de un despido, su fecha y causa justificativa de los mismos.
5. Indicación de si el trabajador va a asistir acompañado de abogado.

Se han de presentar tantas copias del documento como partes interesadas existan en el proceso, quedando distribuidas de la siguiente manera: una de esas copias se devuelve al que la presenta, la otra se la queda el registro del servicio de conciliación, las copias a la parte/s contraída/s se envían con indicación de la fecha y hora a la que son citados y la última se la queda el órgano encargado de la conciliación.

El procedimiento de conciliación podemos dividirlo en cinco partes:

- 1º. Presentación del documento de conciliación ante el SMAC (o autoridad encargada de dicha función en el resto de CCAA).
- 2º. Presentada la papeleta de conciliación se citarán a las partes con indicación del lugar, día y hora del acto con una copia de la papeleta. La citación se hará por correo certificado con acuse de recibo, telegrama o cualquier otro medio del que quede la debida constancia. La forma habitual es el correo certificado.

---

<sup>5</sup>. Véase dirección electrónica <https://sede.xunta.es/detalle-procedemento?codCons=TR&codProc=812A> en la cual podemos presentar de manera electrónica la solicitud de conciliación en los términos de la Orden de 17 de octubre de

2013 por la que se da publicidad al modelo normalizado de papeleta de conciliación a presentar en las secciones de mediación, arbitraje y conciliación (SMAC) de la Comunidad Autónoma de Galicia).

- 3º. Comparecencia de las partes por si o por medio de representante. La comparecencia es obligatoria por cualquiera de las dos maneras citadas. En este punto pueden ocurrir dos opciones:
  - Que el solicitante no aparezca: se tiene por no presentada la papeleta y a efectos de prescripción y caducidad se entenderá no interrumpido ningún plazo.
  - Que el empresario (o representante del mismo) no aparezca: se tendrá la conciliación por intentada sin efecto, imponiendo las costas del proceso a la parte que no hubiere comparecido sin causa justificada, incluidos los honorarios (límite de 600 euros), si la sentencia posterior declarare lo expuesto en la papeleta de conciliación.
- 4º. Celebración del acto de conciliación en el que cada parte expone sus argumentos e intentando el conciliador que ambas lleguen a un acuerdo.
- 5º. Se procede a levantamiento de acta de conciliación en la que se expone si las partes han llegado a un acuerdo o no, recogándose los puntos del mismo.

#### 1.1.2.2. Efectos del acto de conciliación laboral:

El principal efecto del acto de conciliación laboral es la ya citada suspensión del plazo de caducidad e interrupción de los plazos de prescripción en los términos que establece el artículo 65 de la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social. Esto es así aunque nos encontremos ante un caso de presentación voluntaria a la conciliación (supuesto en el que el hecho esté exento de dicho trámite pero se decida acudir a él igualmente).

Por otro lado, otro de los efectos del acto, es el resultado que del mismo se desprende, pudiendo ser:

- Existe acuerdo de conciliación: este acuerdo es el título válido para iniciar las acciones ejecutivas sin necesidad de ratificación ante el juez o tribunal, en el caso de que alguna de las partes no cumpliera el acuerdo al que llegaron.
- No existe acuerdo de conciliación: si no existiere el acuerdo, quedaría abierta la posibilidad para continuar con el proceso y presentar la consiguiente demanda ante el juzgado de lo social.

De esta manera, terminaríamos el proceso previo a la vía judicial, que (repito) es potestativo para D. Francisco, eligiendo él mismo si le resulta más o menos beneficioso. Desde mi punto de vista, dependiendo de si la pretensión de Francisco es reincorporarse a su puesto de trabajo en condiciones, por decirlo así, de cordialidad, yo me decantaría por el acuerdo de conciliación, puesto que de esta manera le estaremos dejando ver al empresario que nuestra finalidad no es entrar en una disputa legal con él, sino solucionar la controversia de manera pacífica y poder proseguir con las labores de trabajo dentro de un clima de cordialidad y, por supuesto, de normalidad.

Si la pretensión de D. Francisco es optar directamente por la vía judicial, o bien si el acto de conciliación no resultó favorable, nos encontraríamos (ahora sí) ante una disputa legal que solo podríamos solucionar de una única manera,

#### 1.2. VIA JUDICIAL

La vía judicial se inicia con la demanda interpuesta ante los Juzgados de lo Social con el contenido que nos describe el artículo 80 de la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social. La demanda

presentada por considerar el trabajador que ha sido despedido por entender vulnerados sus derechos fundamentales es lo que el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores denomina despido nulo, pero no será el demandante quien lo califique sino el juez. El principal efecto que se busca con dicha demanda es la readmisión inmediata del trabajador, con el abono de los salarios dejados de percibir (artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores).

La demanda deberá contener una serie de requisitos que, como bien dijimos, aparecen establecidos en el artículo 80 de la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social, y que son los siguientes:

- 1º. Designación del órgano ante el que se presenta.
- 2º. Designación del demandante, enumerando su número de documento nacional de identidad o identificación de ciudadano extranjero.
- 3º. Enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión y de todos aquellos que resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas, teniendo en cuenta que en ningún caso pueden alegarse hechos nuevos o distintos sustancialmente a los aducidos en el acto de conciliación o de mediación (si los hubiere) en vía administrativa.
- 4º. La súplica correspondiente en los términos adecuados a la pretensión ejercitada.
- 5º. Domicilio del demandante en caso de litigar por sí o, en caso de designar abogado, procurador o graduado social, deberá ir suscrita por el profesional en cuestión, que se entenderá asume su representación con plenas facultades procesales y facilitará los datos necesarios.
- 6º. Fecha y firma.

Además de estos requisitos generales para la demanda que D. Francisco debe presentar, existen una serie de requisitos que podemos denominar “subsidiarios” para los despidos disciplinarios. Tienen su regulación en el artículo 104 de la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social y deben interpretarse en consonancia con los requisitos generales citados, y son:

- 1º. Antigüedad, categoría profesional, salario, tiempo y forma de pago, lugar de trabajo, modalidad y duración del contrato, jornada y características particulares del trabajo que se realizaba antes de producirse el despido.
- 2º. Fecha de efectividad del despido, forma en que se produjo y hechos alegados por el empresario, acompañando o haciendo mención de la comunicación recibida por el mismo.
- 3º. Cualquier otra circunstancia relevante para la declaración de nulidad o improcedencia. En este punto de la demanda, es donde D. Francisco debe describir la vulneración a su derecho a la garantía de indemnidad.

La demanda debe ir acompañada de la papeleta de conciliación (caso de que se hubiere intentado), pudiendo el secretario judicial dar archivo de las actuaciones si no se presentare (artículo 81.2 de la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social). Una vez admitida la demanda, el secretario judicial intentará la conciliación judicial, llevando a cabo la labor mediadora que le es propia, en los términos del artículo 84 de la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social.

Si no hubiere acuerdo por las partes, se pasará a juicio, dando cuenta de lo actuado.

En el acto de juicio, es muy importante que los medios de prueba que presente D. Francisco consigan enlazar el hecho de denunciar ante la Inspección de Trabajo y la Seguridad Social los abusos a los que era sometido con el hecho de su despido, para así poder mostrar al juez que D. Francisco, ante este hecho queda totalmente desprotegido y se le vulnera su derecho de defensa

(garantía de indemnidad como bien dijimos). Estos documentos pueden ser: informes de médicos acompañados también de copia de informe de la visita de D. Francisco a la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social y carta o documento a través del cual haya sido despedido, para así poder hacer una reconstrucción temporal al juez de lo ocurrido y que pueda observar cómo se desarrollaron los acontecimientos unos tras otros dando lugar al despido. Debemos tener en cuenta a efectos de prueba, que en los supuestos de vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas, corresponde al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (artículos 96 y 181.2 de la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social)(básicamente lo que nos viene a decir es que el empresario es quien deberá probar el porqué de esa vulneración, explicar su razonamiento y acreditarlo si fuere posible).

Los efectos resultantes de la demanda son, teniendo en cuenta la interpretación dada al artículo 55.6º del Estatuto de los Trabajadores en consonancia con el artículo 113 de la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social, la readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir, tal y como se establece (aparte de en la ley) en sentencia del Tribunal Constitucional<sup>6</sup>. En relación a este punto, D. Francisco tendría incluso la posibilidad de solicitar la ejecución provisional de la sentencia que declarara la nulidad para, de esta manera, si el empresario o él mismo optaren por recurrir, mientras dure la tramitación del recurso, tendrá el empresario que satisfacer al trabajador la retribución que debería venir percibiendo con anterioridad a la producción de los hechos y continuará el trabajador prestando servicios, a menos que el empresario decida hacer el abono al que se refiriere la sentencia sin compensación alguna (artículo 297 de la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social).

D. Francisco tiene la opción (y debería optar por ella visto el caso) de solicitar la imposición de medidas cautelares. La Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social, en su artículo 180.4º, establece una serie de medidas a las que pueden optar aquellos trabajadores víctimas de acoso en el ámbito laboral. Las medidas que pueden solicitar son: la suspensión de la relación o la exoneración de prestación de servicios, el traslado de puesto o de centro de trabajo, la reordenación o reducción de tiempo de trabajo y cuantas otras tiendan a preservar la efectividad de lo establecido en la sentencia.

### 1.3. CONCLUSIÓN PERSONAL

Personalmente, la decisión más acertada para D. Francisco, la que realmente le otorgaría mayor beneficio, sería intentar primeramente llegar a un acuerdo a través del acto de conciliación laboral por la vía extrajudicial, acto en el que podría proponer al empresario D. Fernando su readmisión (con el pago de salarios no percibidos desde el despido). Optaría por dar un voto de confianza al empresario para que lo sucedido no se volviera a repetir (en caso de volverse a repetir cualquier tipo de vulneración o menoscabo de derechos fundamentales del trabajador acudir directamente a la vía judicial sin más miramientos). Si no se llegare a acuerdo en el acto de conciliación, acudir a la vía judicial y solicitar como medida cautelar el traslado a otro centro de trabajo en el cual no se encuentre D. Fernando, o siendo esto imposible, solicitar directamente la suspensión de la relación o la exoneración de prestación de servicios (es evidente que si el empresario no acepta las condiciones del acuerdo de conciliación da a entender que su intención no es llevar las cosas por buen camino, no se apreciaría en él buena fe, por lo tanto lo mejor para que D. Francisco no pase humillaciones o menoscabos en su puesto de trabajo es exigir el traslado lejos de su jefe, o de no poder ser, el abandono del mismo). Todas estas suposiciones a título personal las condiciono también a la forma

en la que responda el empresario, dependiendo de cuál sea su respuesta, aconsejaría a D. Francisco actuar de una manera u otra.

---

<sup>6</sup>Véase S.T.C. 3/98, de 12 de enero de 1998, en la cual podemos apreciar la readmisión por vulneración de derecho fundamental de una trabajadora interina del Servicio Valenciano de Salud (SERVASA), siendo esta readmisión obligatoria, sin opción de poder optar por indemnización que la sustituya.

## **2. ¿QUÉ RESPONSABILIDADES PARA EL EMPRESARIO PODRÍAN DERIVARSE DE LA SITUACIÓN DEL TRABAJADOR DON ALBERTO PÉREZ DOMINGO?**

Nos encontramos ante un supuesto de un trabajador (D. Alberto) que está prestando sus servicios a una empresa sin estar inscrito en el correspondiente régimen de la seguridad social. Para saber las responsabilidades que conlleva este hecho, tenemos que empezar analizando la fuente jurídica básica sobre el mismo, la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social).

En virtud de los artículos 15, en relación con el 7.1º de la Ley General de la Seguridad Social y con el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, la afiliación o el alta a la seguridad social es obligatoria para las personas que trabajen por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, sea física o jurídica, denominada empresario. La afiliación puede practicarse de tres formas, de acuerdo con el artículo 16 de la Ley General de la Seguridad Social: a petición de las personas o entidades obligadas a dicho acto (empresario D. Fernando en este caso), a petición de los interesados o de oficio por la Administración de la Seguridad Social. Corresponde a los empresarios el cumplimiento de las obligaciones de solicitar la afiliación y de dar cuenta a los correspondientes organismos de Administración de la Seguridad Social de los hechos determinantes relativos a las altas, bajas o cualesquiera modificaciones. Si las personas o entidades antes citadas incumplieren tales obligaciones de alta o inscripción, podrán los interesados instar su afiliación, alta o baja sin perjuicio de que se hagan efectivas las responsabilidades en que aquellas hubieran incurrido, incluida la imposición de las sanciones que resulten procedentes. Por último, también podrán ser instados, de oficio, la afiliación, alta, baja o modificación de otro tipo, por los correspondientes organismos de la Administración General de la Seguridad Social cuando, a raíz de los datos de que dispongan, de las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o por cualquier otro procedimiento, se compruebe la inobservancia de dichas obligaciones. Vemos por tanto, que existe una obligación de afiliación que recae sobre el empresario, siendo en su defecto potestativo a instancia de parte por los interesados (los propios trabajadores) la solicitud de

inscripción, o de oficio por la Administración General de la Seguridad Social, pero siempre y cuando los empresarios no hubieren realizado el acto al que están, repito, obligados.

Cuando el empresario incumple esta obligación de inscribir, nos encontramos ante lo que la doctrina llama “infracotización”, que puede darse de dos modos, cuando el empresario no inscribe/da de alta al trabajador en cuestión, o cuando si lo hace pero evade parte de sus obligación de cotizar a la Tesorería General de la Seguridad Social<sup>7</sup>. En este supuesto de D. Alberto nos encontramos ante la primera situación, no lo da de alta, con todo lo que ello puede significar (si decide, por ejemplo, optar a una determinada prestación, no le será concedida por no cotizar durante este período; básicamente, es como si no lo hubiere trabajado a efectos de cotización).

Esta obligación incumplida por el empresario en la afiliación de sus trabajadores citada en la Ley General de la Seguridad Social está considerada como una infracción en el Real Decreto Legislativo 5/2000 de 5 de agosto que aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social<sup>8</sup> (artículo 135 de la Ley General de la Seguridad Social que nos remite a la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social). El articulado de esta ley nos dice que “*son sujetos responsables de las infracciones las personas físicas o jurídicas y las comunidades de bienes que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracción en la presente ley...*”. (artículo 2). El articulado es muy extenso, y en él se tratan infracciones de varios aspectos laborales (infracciones en materia de relaciones laborales, en materia de prevención de riesgos laborales, en materia de trabajos de extranjeros, etc) pero la tipología jurídico-social que nos interesa a nosotros en este apartado, se encuadra en el Capítulo III bajo la rúbrica de “Infracciones en materia de Seguridad Social” y en el Capítulo VI en lo relativo a “Responsabilidades y Sanciones”.

Así pues, el artículo 20 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social nos dice que son infracciones en materia de Seguridad Social las acciones y omisiones de los distintos sujetos responsables contraria a las disposiciones legales y reglamentarias que regulan el sistema de la Seguridad Social, tipificadas y sancionadas como tal en esta ley. Este precepto nos conlleva al principio de tipicidad del artículo 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que establece que sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una ley. Nos encontramos entonces en un punto donde ya hemos determinado dos cosas, la primera que es el supuesto de hecho (la situación irregular del trabajador D. Alberto); y la segunda, que siendo responsabilidad del empresario (como hemos argumentado legalmente) esta situación de irregularidad, el Estado puede proceder a evaluar y sancionar esa irresponsabilidad (consecuencia jurídica al supuesto hecho antes expuesto). Veremos ahora qué tipo de infracción es cometida y qué sanción lleva aparejada dicha infracción.

## 2.1. INFRACCIONES A LA LEY SOBRE INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL

Como bien dije antes, la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social es la norma encargada de establecer las infracciones y sanciones cometidas en el ámbito laboral, y es la norma que empleamos para catalogar y castigar la acción del empresario D. Fernando.

---

<sup>7</sup>. Véase al respecto JOSÉ MARÍA CARPENA NIÑO, “La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social por infracotización”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº74, 2008, págs. 22 a 29. Archivo adjunto 6º.

<sup>8</sup> Ley que nace como instrumento ante función del Estado de la imposición de sanciones ante infracciones que entroncan con la actividad económica de la Seguridad Social, que son las que definen conductas referidas a la percepción de sus ingresos o realización de sus gasto.

En su artículo 22, la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social nos dice que son infracciones de carácter grave:

***“2. No solicitar, en tiempo y forma, la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, considerándose una infracción por cada uno de los trabajadores afectados.”***

El empresario ya dijimos que está obligado al alta de los trabajadores en el régimen oportuno de la Seguridad Social. La afiliación constituye el acto administrativo a través del cual se promueve por el empresario el inicio de la relación de seguridad social de un sujeto incluido dentro de su campo de aplicación, en resumen, se concede a la persona la condición de asegurado.

Esto es solamente en la afiliación inicial, pero la responsabilidad, dice el artículo, que también afecta al alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, como es el caso de D. Alberto.

Tal y como establece la doctrina, la infracción administrativa tiene por objeto la protección de diversos intereses: de un lado, los derechos de los trabajadores a la Seguridad Social, y de otro lado, el correcto funcionamiento de los actos públicos de encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social.

La infracción relacionada con la falta de alta requiere que estemos en presencia de un empresario y un trabajador subordinado o, en caso contrario, si se trata de una relación ajena al orden social, no son ilícitas; salvo que la existencia de tal relación laboral sea constituida como un fraude para eludir las obligaciones para con la Seguridad Social. Lo que no resultan sancionables son los errores razonables en lo relativo al régimen en el que deben ser dados de alta los trabajadores, pero en el supuesto que estamos analizando, esta circunstancia no se da, puesto que el empresario no da de alta al trabajador voluntariamente.

La sanción que acabamos de analizar es de índole administrativa, pero podría darse el caso de que la sanción a la que se enfrente el empresario D. Fernando fuere de índole penal. Me refiero con esto a los supuestos 1º y 2º del artículo 311 del Código Penal:

*“Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses:*

- 1º. Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.***
- 2º. Los que den ocupación simultáneamente a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda o, en su caso, sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo, siempre que el número de trabajadores afectados sea al menos de:***
  - a) el veinticinco por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cien trabajadores,***
  - b) el cincuenta por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de diez trabajadores y no más de cien, o***

*c) la totalidad de los mismos, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cinco y no más de diez trabajadores.*

*3º. Los que en el supuesto de transmisión de empresas, con conocimiento de los procedimientos descritos en los apartados anteriores, mantengan las referidas condiciones impuestas por otro.*

*4º. Si las conductas reseñadas en los apartados anteriores se llevaran a cabo con violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado.”*

Esto quiere decir, que si D. Fernando hubiere impuesto a D. Alberto, bajo engaño o abuso de situación de necesidad, las condiciones de Seguridad Social que hemos visto (lo hubiere hecho trabajar sin darse de alta en la Seguridad Social, a sabiendas por parte de ambos, e impidiendo a Alberto reaccionar ante la situación), sería considerado delito con pena de prisión que podría verse impuesta con mayor dureza si concurriera violencia o intimidación por parte del empresario.

Paralelamente, también podría imponerse sanción penal si no se da de alta a una pluralidad de trabajadores cuando se les dé a todos una ocupación simultánea. Se trata de un supuesto en el que el fraude a la Seguridad Social es elevado, puesto que se trata de un elevado número de trabajadores, no solo de uno como aparentemente es el caso de D. Alberto. Esta pena también puede incrementarse en los casos de violencia o intimidación.

## 2.2. SANCIONES

Las infracciones no serán objeto de infracción sin la instrucción de un proceso, un procedimiento. Este procedimiento es iniciado a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como bien ocurre en el caso que estamos analizando. La Inspección de Trabajo, cuando las circunstancias del caso lo aconsejen y siempre que no haya daños directos para los trabajadores, puede advertir y aconsejar en vez de iniciar el procedimiento sancionador. En estos casos, debe darse cuenta a la autoridad laboral competente de los hechos.

Nos dice la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social en sus artículos 39 y siguientes que las sanciones por infracciones catalogadas en la ley como leves, graves o muy graves podrán imponerse en tres tipos de grados<sup>9</sup>: mínimo, medio y máximo. La graduación de las mismas se ajustará a los criterios siguientes:

- ✓ La negligencia e intencionalidad del empresario infractor.
- ✓ El fraude o connivencia.
- ✓ El perjuicio causado
- ✓ El incumplimiento de las (anteriormente citadas) advertencias previas y requerimientos de la Inspección de Trabajo.
- ✓ La cifra de negocios de la empresa.
- ✓ El número de trabajadores afectados.
- ✓ La cantidad defraudada.

Tanto el acta de la Inspección de Trabajo como la resolución que recaiga en el mismo deben desarrollar los criterios seguidos para la graduación de la infracción y, de no apreciar ninguna circunstancia, la sanción será impuesta en su grado mínimo en su tramo inferior. Tener en cuenta que la persistencia continuada en la comisión de una infracción se sanciona con el grado máximo.

La reincidencia en las sanciones (artículo 41 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social), supone un incremento en cuantía de hasta el duplo del grado de la sanción correspondiente a la infracción cometida, teniendo como límite las cuantías máximas previstas para las infracciones muy graves (no podrá superar dichas cuantías).

La reincidencia entra en juego cuando se comete una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción anterior en el plazo de los 365 días siguientes a la notificación de ésta. Los requisitos para poder ser considerada la acción como reincidente son los siguientes:

- 1º. Que se señale tal circunstancia y su causa en la notificación de la misma.
- 2º. Que estemos ante infracciones del mismo tipo y calificación.
- 3º. Que la resolución sancionadora de la primera haya adquirido firmeza en la vía administrativa.
- 4º. Que entre la fecha de firmeza de la primera infracción y la comprobación de la segunda infracción no hubiere transcurrido más de un año.

Recordar que si el acto realizado por D. Fernando fuere constitutivo de delito, la pena que se le impondría sería de prisión de seis meses a seis años o multa de seis a doce meses.

Si lo ocurrido (como es de esperar en este caso) fuere solo una infracción administrativa, la sanción que contempla la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Or

---

<sup>9</sup> La distribución en grados de las sanciones no es más que el ejemplo del principio de proporcionalidad recogido en el artículo 131 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que nos establece que “*en la determinación de la normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación...*”. El principio de proporcionalidad es el claro ejemplo de armonía entre medios empleados y la finalidad que se trate de obtener. (STS de 17 de mayo de 1990 que nos ilustra acerca de la regla de proporcionalidad y cómo puede operar en tres direcciones: que el objetivo sea subsumible en la finalidad que se persigue, que los medios empleados sean proporcionales en relación al fin y medidas en juego idóneas y aptas para la realización del concreto fin perseguido).

den Social en materia de infracciones graves (como bien la catalogamos antes) en su artículo 40, es la siguiente:

*“1. Las infracciones en materia de relaciones laborales y empleo, en materia de Seguridad Social, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 siguiente, en materia de emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros, así como las infracciones por obstrucción se sancionarán:*

*a) Las leves, en su grado mínimo, con multa de 5.000 a 10.000 pesetas ; en su grado medio, de 10.001 a 25.000 pesetas ; y en su grado máximo, de 25.001 a 50.000 pesetas.*

***b) Las graves con multa, en su grado mínimo de 50.001 a 100.000 pesetas ; en su grado medio, de 100.001 a 250.000 pesetas ; y en su grado máximo, de 250.001 a 500.000 pesetas.***

*c) Las muy graves con multa, en su grado mínimo de 500.001 a 2.000.000 de pesetas ; en su grado medio de 2.000.001 a 8.000.000 de pesetas ; y en su grado máximo, de 8.000.001 a 15.000.000 de pesetas...”*

Vemos que la cuantía de las sanciones se encuentra establecida en pesetas en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, pues bien, debemos estar atentos a la Resolución de 16 de octubre de 2001 por la que se convierte a euros la cuantía fijada para las sanciones de la LISOS, siendo el resultado el siguiente:

\*Infracciones Leves:

→Grado mínimo De 30,05 a 60,10

→Grado medio De 60,11 a 150,25

→Grado máximo De 150,26 a 300,51

**\*Infracciones Graves:**

**→Grado mínimo De 300,52 a 601,01**

**→Grado medio De 601,02 a 1.502,53**

**→Grado máximo De 1.502,54 a 3.005,06**

\*Infracciones Muy Graves:

→Grado mínimo De 3.005,07 a 12.020,24

→Grado medio De 12.020,25 a 48.080,97

→Grado máximo De 48.080,98 a 90.151,82

Esta resolución realiza la equivalencia de las sanciones a la adaptación de la moneda única europea. Vemos por tanto que la sanción que corresponde a la infracción grave cometida por el empresario D. Fernando del artículo 22 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social se castigará con la multa establecida en el apartado de infracciones graves.

Llegados a este punto, nos queda esclarecer dentro de qué grado podemos catalogar tal infracción. Recordemos que los grados dependen de varias circunstancias del sujeto (negligencia, si fuere reincidente, el ánimo defraudatorio de la misma, etc). Estas circunstancias son tenidas en cuenta por las autoridades laborales que tramitan el procedimiento, y en este caso, son examinadas por la Inspección de Trabajo en la visita realizada al lugar de trabajo. En vista de la intencionalidad de D. Fernando y de las condiciones que los inspectores de trabajo visualizan respecto de las condiciones de seguridad e higiene, todo ello lleva a pensar que el empresario era conocedor de estas circunstancias, y siendo conocedor, las consentía. Esto hace que (opinión personal, puesto que los que examinan las circunstancias son los Inspectores de Trabajo) la pena más acorde a estos hechos sea la de multa por infracción grave en su grado medio y en su cuantía máxima, la de 1.502,53. Esta es la pena que, intuyo, se le pondría al empresario, ligada esta pena al alta del trabajador por supuesto.

Existe un supuesto de previsión de reducción automática del 50% de la cuantía de las sanciones en materia de Seguridad Social para el caso de conformidad con la liquidación practicada y que tiene su antecedente en el ordenamiento tributario. Concretamente, estamos hablando del artículo 82.3 de la Ley General Tributaria, que contempla la opción de reducir un 30% cuando el sujeto infractor manifieste su conformidad con la propuesta de regularización que se le formule. Esta norma se ve

extrapolada al ordenamiento social en el artículo 40.3 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social:

*“3. Las sanciones en materia de Seguridad Social cuando se deriven de actas de infracción y liquidación que se refieran a los mismos hechos y se practiquen simultáneamente, se reducirán automáticamente al 50 por 100 de su cuantía si el sujeto infractor manifiesta su conformidad con la liquidación practicada, ingresando su importe en el plazo procedente”*

Este precepto normativo presenta un doble beneficio, por un lado al sancionado que puede beneficiarse de una reducción de la sanción considerable, y de otro para la propia Administración que está interesada en disminuir la litigiosidad y aligerar el procedimiento<sup>10</sup>.

Por último, y en relación con lo anterior, si D. Fernando manifiesta su conformidad con lo dispuesto en las actas resultantes de la Inspección de Trabajo, se le puede practicar la

---

<sup>10</sup>. La reducción de la sanción derivada del artículo 82.3 de la Ley General Tributaria no significa que el individuo renuncie a su derecho a la tutela judicial. Debe entenderse únicamente que con esto, el legislador pretende agilizar y flexibilizar el cobro de las deudas tributarias, entendiéndose que la condonación afecta sólo a la sanción. Así lo entiende y lo establece con palabras similares la Sentencia Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril de 1990.

reducción del 50 por 100 de la cuantía. Quedaría entonces la cuantía de la sanción que antes impusimos de 1.502,53, convertida en 751,26 euros.

**CONCLUSIÓN:** El empresario D. Fernando comete una infracción catalogada como grave en la LISOS (no dar de alta al trabajador D. Alberto en el correspondiente régimen de la Seguridad Social) que lleva aparejada una sanción que entiendo personalmente (vistas las circunstancias) impuesta en la cuantía máxima de su grado medio y que puede ser objeto de un beneficio administrativo del 50 por 100 si el empresario manifestare su conformidad con lo expuesto por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, y se comprometiere (por supuesto) a regularizar la situación del trabajador D. Alberto. Esto es así siempre y cuando no hubiere mediado engaño o abuso de condiciones personales al trabajador o no hubiere más trabajadores en el mismo estado, porque de producirse alguna de estas dos circunstancias, también podría ser imputado el empresario por un delito contra los trabajadores del Código Penal.

### **3. REPRODUZCA EL ITER PROCEDIMENTAL RESPECTO DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO EN AMBAS SITUACIONES**

La Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social es el órgano administrativo al que corresponde ejercer las funciones de vigilancia del cumplimiento de las normas del orden social y exigir las responsabilidades pertinentes, así como el asesoramiento, mediación, conciliación o arbitraje en dicha materia

Son normas de carácter social aquellas que versen sobre: materias laborales, de prevención de riesgos laborales, de seguridad social y protección social, colocación, empleo, formación profesional para el empleo y protección por desempleo, economía social, emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros, igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el empleo, así como cuantas otras atribuyan la vigilancia de su cumplimiento a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Su regulación se encuentra establecida en la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, más esta ley nos ofrece una mera visión orgánica de la Inspección de Trabajo, sin entrar a evaluar su iter procedimental, sus formas de actuación, etc.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social puede actuar de varias maneras: de oficio siempre, como consecuencia de orden superior, de orden de servicio derivada de planes o programas de inspección, a petición razonada de otros órganos, en virtud de denuncia o por propia iniciativa de los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, conforme a criterios de eficacia y oportunidad, todo ello en los términos que reglamentariamente se determinen (artículo 20.3 de la Ley 23/2015 Ordenadora de la Inspección de Trabajo).

La ley acota demasiado el ámbito de actuación de la Inspección de Trabajo, y prueba de ello es el artículo 20.1º de la ya mencionada ley donde se dice que las *“actuaciones inspectoras tendrán por objeto el desarrollo de las funciones previstas en el artículo 12. Dichas actuaciones se regirán por lo dispuesto en esta ley, en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, y en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social y en sus normas de desarrollo”*. Vemos por tanto, que la actuación de la Inspección de Trabajo la encontramos delimitada normativamente por su propia ley reguladora, que nos dice que las funciones de la Inspección de Trabajo del artículo 12 (que son: de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y del contenido de los acuerdos y convenios colectivos, de asistencia técnica y de conciliación, mediación y arbitraje) se regirán por lo dispuesto en la citada ley, en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social y en la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social.

En relación a los procedimientos, para ello debemos acudir a la actualmente derogada Ley 42/1997, antigua ley reguladora de la Inspección de Trabajo. En su disposición adicional cuarta, determinaba los principios rectores del procedimiento sancionador por infracciones en el orden social y de liquidación de cuotas de la Seguridad Social, y en su disposición final única, autorizaba al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y aplicación de la ley de la Inspección de Trabajo. Fruto de ello fue la elaboración del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, actualmente vigente (y modificado) pese a haber sido derogada la ley que lo instó a elaborarse.

Este reglamento es el índice a seguir para el análisis de los procedimientos llevados a cabo por la Inspección de Trabajo. Debemos tener en cuenta, que vamos a analizar el iter procedimental de los dos supuestos ya vistos en los puntos anteriores, por un lado veremos el supuesto de D. Francisco y su despido, y por otro lado veremos el supuesto de D. Alberto y su falta de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social.

### 3.1. PROCEDIMIENTO LLEVADO A CABO POR LA ITSS EN EL CASO D. FRANCISCO

Recordemos que D. Francisco poseía un contrato de cuarenta horas y trabajaba más horas de las debidas sin cotización alguna y sin percibimiento de retribución por las mismas. También era privado de los descansos que le correspondían. Estas infracciones, las englobamos en el punto 1.1.1 en el artículo 7.5 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social que consideraba infracciones graves en materia de relaciones laborales: *“La transgresión de las normas y los límites*

*legales o paccionados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 23 y 34 a 38 del Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”.*

Así mismo, recordar que D. Francisco también era víctima de tratos vejatorios, amenazas y coacciones en el ámbito laboral por parte de su jefe. Esta conducta aparece tipificada (como también dijimos en el punto 1.1.1) en el artículo 8.11 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, calificando como infracción muy grave en materia de relaciones laborales: *“Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores”.*

Localizadas las dos infracciones cometidas, el procedimiento a seguir es el siguiente:

### 3.1.1. Iniciación del procedimiento

Primeramente, si el funcionario actuante considerare que los hechos que constituyen la infracción pudieren ser constitutivos de ilícito penal (artículo 5 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden Social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social), emitirá al Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, informe con expresión de los hechos y circunstancias y de los sujetos que pudieran resultar afectados. Si éste último estimase la concurrencia de ilícito penal, lo comunicará al órgano competente para resolver y éste remitirá el expediente al Ministerio Fiscal y se abstendrá de dar continuidad al procedimiento administrativo sancionador hasta que el Ministerio Fiscal resuelva no interponer acción o le sea notificada la firmeza de la sentencia o auto de sobreseimiento que dicte la autoridad judicial. La condena por delito en sentencia firme excluirá la imposición de sanción administrativa por los mismos hechos que hayan sido considerados probados siempre que concurra, además, identidad de sujeto y fundamento, sin perjuicio de la liquidación de cuotas a la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, y de la exigencia de reintegro de las ayudas, bonificaciones o de las prestaciones sociales indebidamente percibidas.

Esto es así por el denominado principio del non bis in ídem, para evitar un doble castigo al sujeto. Es una manera de subordinar a la Administración a la autoridad judicial, paralizando el procedimiento administrativo para poder continuar con el procedimiento penal<sup>11</sup>.

También tienen potestad los inspectores de trabajo, según su ley ordenadora (Ley 23/2015), de proponer ante su superior la formulación de oficio de demanda ante los Juzgados de lo Social en la forma prevista en el artículo 148 de la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social. Si se formulase demanda, se dará cuenta al órgano competente para resolver, y se producirá la suspensión del expediente administrativo sancionador y del procedimiento liquidatorio cuando lo hubiere, con notificación a los interesados y al proponente, mientras no se dicte sentencia firme. Una vez comunicada la sentencia firme, se continuará la tramitación del expediente administrativo sancionador o liquidatorio, dictándose la correspondiente resolución, que respetará el pronunciamiento del orden jurisdiccional social sobre el fondo del asunto.

La iniciación del procedimiento se realizará de oficio, como resultado de la actividad inspectora, por acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Dichas actas deben contener los siguientes extremos<sup>12</sup>:

- a- Nombre y apellidos o razón social, domicilio, actividad, documento nacional de identidad, número de identificación fiscal, código de cuenta de cotización a la Seguridad Social y, en su caso, número de Seguridad Social de autónomos, del presunto sujeto infractor. Si se comprobare la concurrencia de responsable subsidiario o solidario, se hará constar tal circunstancia, fundamentación fáctica y jurídica de su presunta responsabilidad y los mismos datos exigidos para el sujeto responsable directo.
- b- Los hechos comprobados por el funcionario actuante, con expresión de los relevantes a efectos de la tipificación de la infracción, los medios utilizados para la comprobación de los hechos que fundamentan el acta, y los criterios en que se fundamenta la graduación de la propuesta de sanción; asimismo, consignará si la actuación ha sido mediante visita, comparecencia o por expediente administrativo.
- c- La infracción o infracciones presuntamente cometidas, con expresión del precepto o preceptos vulnerados, y su calificación.
- d- Número de trabajadores de la empresa y número de trabajadores afectados por la infracción, cuando tal requisito sirva para graduar la sanción o, en su caso, calificar la infracción.
- e- La propuesta de sanción, su graduación y cuantificación, que será el total de las sanciones propuestas si se denunciara más de una infracción. Se incluirán expresamente la propuesta de las sanciones accesorias que procedan como vinculadas a la sanción principal.
- f- Órgano competente para resolver y órgano competente para realizar los actos de instrucción y ordenación del expediente sancionador y plazo para la interposición de las alegaciones ante éste.
- g- Indicación del funcionario que levanta el acta de infracción y firma del mismo y, en su caso, visado del Inspector de Trabajo y Seguridad Social con su firma e indicación del que la efectúe.
- h- Fecha del acta de infracción.

Las actas de los inspectores que cumplan con todos estos requisitos tendrán la naturaleza de documentos públicos, y estarán dotadas de la presunción de certeza de los hechos que en las mismas se expongan por parte de los funcionarios actuantes.

El inspector actuante, podrá establecer cualesquiera medidas provisionales (siempre bajo el ya citado principio de proporcionalidad) de conformidad con el artículo 13 de su

---

<sup>11</sup>. Esta subordinación de la Administración al órgano judicial de la que hablamos es explícitamente tratada por el Tribunal Constitucional en su sentencia del 3 de octubre de 1983 (RTC 1993/77) en la que señala como una de las consecuencias de esa subordinación “*la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta*”.

<sup>12</sup>. Enumeración extraída del artículo 14 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

ley reguladora (Ley 23/2015) para asegurar la eficacia de la resolución y evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción.

Los inspectores de trabajo, pueden optar por medidas preventivas en lugar de iniciar el procedimiento sancionador. Las medidas preventivas a tomar por el inspector de trabajo (siempre de modo discrecional) son el advertir y el aconsejar, en lugar de iniciar o recomendar el procedimiento.

Estas medidas preventivas encuentran su regulación en diversos convenios internacionales como el número 129 de la Organización Internacional del Trabajo o el número 81.

El tercer paso es el de acumular las infracciones en una sola acta. En el caso de D. Francisco, el inspector actuante acumulará las sanciones en una misma acta por ser éstas de la misma materia (independientemente de que una sea grave y la otra muy grave).

El resultado de las investigaciones y hechos ocurridos por parte del inspector/es correspondiente son las actas que ya hemos mencionado. Como idea, podemos describir las actas como los documentos en los que los órganos de inspección plasman los hechos comprobados durante su investigación. Estos hechos pueden dividirse en dos tipos: las llamadas actas de infracción (que son las que se imponen en este apartado al caso de D. Francisco) o un descubierto de cotización a la Seguridad Social que pone en marcha el llamado procedimiento de liquidación y recaudación de cuotas, que da lugar a las llamadas actas de liquidación.

Las actas de infracción serán notificadas en los términos del artículo 17 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden Social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social. Su notificación al presunto sujeto infractor se hará en el plazo de diez días hábiles contados desde la finalización de la actuación inspectora. Esta finalización (si hubiere alguna duda o controversia sobre la misma) será la indicada en la fecha del acta.

A las actas de infracción se le podrán formular las alegaciones que el presunto infractor estime convenientes ante el órgano instructor del expediente, aportando cualesquiera pruebas que estime oportunas, todo ello en el plazo de los quince días hábiles siguientes a la notificación del acta. La no realización de alegaciones podrá dar lugar a que el acta de infracción pueda ser considerada propuesta de resolución.

### 3.1.2. Tramitación del procedimiento

Notificadas las actas, el siguiente paso es la tramitación e instrucción del expediente, y en este punto debemos hacer una aclaración. Existen Comunidades Autónomas con competencia sancionadora en el ámbito laboral (artículo 4.2 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden Social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social), lo que hace que los expedientes sancionadores deban ir dirigidos a sus órganos encargados en vez de a los órganos estatales. Distinguiremos por tanto en este punto dos tipos de tramitación distintos, el de las Comunidades Autónomas y el del Estado:

#### → Tramitación e instrucción del expediente sancionador en el ámbito de competencias de las Comunidades Autónomas:

El órgano instructor del expediente deberá remitir la propuesta de resolución, junto con el expediente, al órgano competente autonómico para resolver con una antelación mínima de quince días al del vencimiento del plazo para dictar resolución.

En caso de haber sido formuladas alegaciones dentro de plazo, el órgano instructor podrá solicitar ampliación del informe por parte del funcionario actuante que lo hubiere practicado, siendo este informe preceptivo si concurrieren en la alegación hechos nuevos o distintos a los consignados o provocare indefensión por cualquier circunstancia.

Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo señalado para las mismas, el informe emitido valorará las pruebas aportadas (si las hubiere) o que se hubieran practicado y las alegaciones producidas. Cuando de las diligencias practicadas se desprenda la invocación o concurrencia de hechos distintos a los reseñados en el acta, el órgano instructor, antes de emitir su propuesta de resolución, dará audiencia al supuesto responsable por término de ocho días con vista de lo actuado. Realizado el trámite de audiencia, el sujeto responsable podrá formular nuevas alegaciones por término de otros tres días, a cuyo término quedará visto para la propuesta de resolución.

#### →Tramitación e instrucción del expediente sancionador en el ámbito de la Administración General del Estado:

En el ámbito de la Administración General del Estado, la instrucción del procedimiento corresponde a la Jefatura de Unidad Especializada de la Seguridad Social, que finalizará el expediente con propuesta de resolución, incluyendo la propuesta de sanciones accesorias (si las hubiere), que se remitirá al órgano competente para resolver junto con el expediente administrativo sancionador con una antelación mínima de quince días al del vencimiento del plazo para dictar resolución (que es de seis meses).

En caso de haber sido formuladas alegaciones, el procedimiento será el mismo, con los mismos plazos, que en la tramitación por el órgano autonómico, pero en vez de ser este el encargado de las mismas será la Jefatura de Unidad Especializada de la Seguridad Social.

Cuando de las diligencias practicadas fruto de las alegaciones al acta se desprenda la invocación o concurrencia de hechos distintos a los reseñados en el acta, el órgano instructor, antes de emitir su propuesta de resolución, dará audiencia al supuesto responsable por un plazo de ocho días con vista de lo actuado. Realizado este trámite de audiencia, el presunto infractor podrá realizar nuevas alegaciones por otro período de tiempo de tres días. Después de esto quedará ya listo el acto para para realizar la propuesta de resolución correspondiente, que deberá remitirse al órgano competente para resolver con la antelación de los quince días iniciales a los que nos referimos al principio.

#### 3.1.3. Finalización del procedimiento

El órgano competente para resolver deberá hacerlo en el plazo de diez días desde que finalizó la tramitación del expediente y mediante resolución motivada. El contenido de la resolución podrá confirmar, modificar o dejar sin efecto el acta propuesta por el inspector actuante.

La resolución decidirá sobre la propuesta de sanciones accesorias previstas en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social y se resolverá el expediente en un plazo máximo de seis meses computados desde la fecha de emisión del acta hasta la fecha de resolución, caducando el expediente en caso de superación de este período. La ley es estricta en relación con los plazos, llegando a establecerse en el artículo 20.3 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden Social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social que *“No se computarán dentro del plazo máximo para resolver las interrupciones por causas imputables a los interesados o motivadas por la suspensión del procedimiento a que se refiere este Reglamento.”*

La resolución será notificada al empresario D. Fernando informándole de su derecho a recurrirla, en qué plazo y ante que órgano (recordemos que podrá recurrir vía administrativa o incluso vía judicial si agotare la primera). Se le notificará así mismo de las sanciones económicas que conlleva el acta, y

en concreto, se le informará en la resolución de los siguientes extremos: 1º) El importe a ingresar fruto de la sanción/es cometida, 2º) El plazo, lugar y forma del ingreso y 3º) El aviso de que si en dicho período no se hiciera efectivo el pago del importe y sin haberse interpuesto el correspondiente recurso ordinario, se procederá con el devengo de intereses de demora y se procederá al cobro mediante el correspondiente procedimiento administrativo de apremio.

Contra la resolución se podrá imponer recurso ordinario ante el órgano superior del Jefe de Inspección Provincial u órgano equivalente en las Comunidades Autónomas en el plazo de un mes. La resolución a dicho recurso agotará la vía administrativa. Transcurridos tres meses desde la interposición del recurso ordinario sin que recaiga resolución, se podrá entender desestimado y quedará expedita la vía jurisdiccional contencioso-administrativa.

### 3.2. PROCEDIMIENTO LLEVADO A CABO POR LA INSPECCIÓN DE TRABAJO EN EL CASO DE D. ALBERTO

En este supuesto tenemos a D. Alberto, trabajador de la empresa que presta sus servicios a la misma con incumplimiento por parte del empresario de darlo de alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social. Esto conlleva una infracción grave, la cual ya hemos visto, en materia de Seguridad Social con su consecuente sanción administrativa pecuniaria.

En este supuesto debemos estar atentos a un doble procedimiento, por un lado tendremos el procedimiento por acta de infracción de la misma manera que en el supuesto de D. Francisco, solo que en este caso no existe acumulación de infracciones puesto que solo tenemos una infracción a la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. El segundo procedimiento que se desprende de esta infracción es el de las actas de liquidación.

Recordemos que las actas de infracción constituían los actos que dan inicio al procedimiento administrativo sancionador por incumplimientos en el orden social y junto a estas nos encontrábamos las actas de liquidación que constituían una de las posibles vías de inicio al procedimiento administrativo recaudador de deudas de la Seguridad Social.

Pues bien, en este supuesto tenemos dos tipos de actas, una de infracción por la infracción grave cometido por el empresario D. Fernando en materia de Seguridad Social, y un acta de liquidación para sanear sus deudas con la Seguridad Social. El procedimiento resultante del acta de infracción va aparejado al procedimiento de liquidación tal y como se desprende del artículo 34 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden Social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social; simplemente mencionar (que ya lo hice antes) que en este caso no hay acumulación de infracciones puesto que solo hay una infracción. El iter procedimental a desarrollar en este apartado es el correspondiente al acta de liquidación simultáneamente con la de infracción. Su regulación se encuentra plasmada en los artículos 29 y siguientes del Reglamento.

#### 3.2.1. Procedimiento para liquidación por deudas a las Seguridad Social

El procedimiento se inicia con la emisión de las actas de liquidación, que son documentos emitidos por la Inspección de Trabajo para requerir el ingreso voluntario de las cuotas en los casos en que el empresario no ha efectuado el pago en el plazo reglamentario, con lo que, además de reclamar la cantidad adeudada inicialmente, también se reclamará el correspondiente recargo por mora.

Para la iniciación del procedimiento debemos estar a lo que nos dice el artículo 29 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden Social y para los expedientes liquidatorios de la Seguridad Social en relación a las deudas contraídas con la Seguridad Social lo siguiente: *“La Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en relación con las deudas por cuotas a la Seguridad Social y conceptos de ingreso conjunto con éstas, podrá formular propuestas de liquidación, actas de liquidación y requerimientos en los supuestos y con alcance que se establece en este capítulo”*. Entendemos por tanto que la Inspección de Trabajo, ante una infracción en materia de Seguridad Social que conlleve deudas para con la misma, tiene potestad para dictar tres tipos de documentos: propuestas, actas y requerimientos.

La propuesta de liquidación procederá cuando la Inspección de Trabajo compruebe la falta total de cotización respecto a trabajadores dados de alta y no se hubieran presentado los documentos de cotización en plazo reglamentario, así como por trabajadores en alta no figurados en tales documentos aunque éstos hubieren sido presentados dentro de plazo y forma. La propuesta de liquidación determinará: el número de trabajadores afectados, las condiciones de los mismos (horas extraordinarias, contingencias generales, profesionales, bases de la cotización, etc) así como el recargo por mora que deba corresponder y el importe total de la liquidación, siendo firmado todo ello por el funcionario actuante de la Inspección de Trabajo.

Los requerimientos serán meras recomendaciones efectuadas por la Inspección de Trabajo en relación a errores en el tipo de cotización, en las bases, o en cualesquiera otros puntos de los que no se desprenda una voluntad infractora por parte del sujeto.

Las actas de liquidación procederán en deudas con la Seguridad Social contraídas por:

1. Falta de afiliación o de alta de trabajadores en cualquiera de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social.
2. Diferencias de cotización por trabajadores dados de alta cuando dichas diferencias no resulten directamente de los documentos de cotización presentados dentro o fuera del plazo reglamentario.
3. Por derivación de la responsabilidad del sujeto obligado al pago, cualquiera que sea su causa y Régimen de la Seguridad Social aplicable.

Nos dice el reglamento, que en aquellos supuestos en los que exista más de un responsable, la Inspección de Trabajo tiene la potestad de elegir entre extender acta a todos los sujetos o simplemente a uno de ellos, quedando tramitados a pesar de esto en un mismo expediente.

El acta de liquidación que se le abrirá a D. Fernando debe poseer una serie de requisitos tanto formales como materiales imprescindibles. Dichos requisitos los enumera el reglamento en su artículo 34 y son los siguientes:

- 1º. Debe determinarse el régimen de la Seguridad Social de aplicación.
- 2º. Nombre y apellidos o razón social, domicilio, actividad, documento nacional de identidad o número de identificación fiscal, el código de cuenta de cotización en la Seguridad Social y número de identificación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, del sujeto o sujetos responsables. Podrá eximirse de este dato cuando la empresa no estuviere regularmente constituida o inscrita.
- 3º. Aquellos hechos que llevan al funcionario actuante a la imposición de la liquidación y aquellos elementos que pudieren influir en la adopción de la misma y los medios utilizados

para su esclarecimiento. Así mismo debe plasmar también el funcionario actuante las vulneraciones a los preceptos que se han infringido, gozando estas de presunción de certeza<sup>13</sup>.

- 4°. Los datos que hayan servido de base para calcular el débito. En este apartado necesitaríamos el contrato de trabajo de D. Alberto para poder saber desde que día exacto presta sus servicios a la empresa a efectos de poder calcular el débito por la falta de alta a la Seguridad Social. En defecto de esta prueba, habría que buscar alguna otra que pudiera dar fe exacta de este hecho (testimonios del propio D. Alberto o cualquier otro compañero que tuviera constancia de lo ocurrido, por ejemplo). La fecha de inicio de la relación laboral es imprescindible para poder calcular la cantidad que el empresario adeuda a la Seguridad Social. Necesitaría la Inspección de Trabajo también la relación nominal, el grupo de cotización al que esté destinado D. Alberto y cuantos otros datos pueda recabar o deducir el funcionario actuante en relación a los fines indicados.
- 5°. El importe principal de la deuda, y, en los supuestos que fueran procedentes, los recargos, intereses y costas devengadas hasta la fecha en que se extienda el acta, y la suma total de dichos concepto.
- 6°. La indicación de la mutua o entidad con la que se hubiere concertado la correspondiente contingencia para accidentes de trabajo.
- 7°. La indicación conforme se practica simultáneamente el acta de infracción.
- 8°. Indicación del funcionario actuante con su firma.
- 9°. Informe de la posibilidad de proponer alegaciones ante el Jefe de la Unidad de la Inspección especializada en Seguridad Social.
- 10°. La fecha del acta de liquidación.

La apertura del acta de liquidación que se le abre a D. Fernando debe ir aparejada al acta de infracción que también se le debe abrir. Como bien se dijo con anterioridad, el procedimiento para el acta de infracción va aparejado al procedimiento de liquidación, siendo los requisitos del acta de infracción exactamente los mismos. De hecho, el acta de infracción puede remitirse en cuanto a los hechos y circunstancias al acta de liquidación, haciéndose constar este hecho expresamente. Ambas actas deben practicarse con la misma fecha y se notificarán simultáneamente.

El procedimiento que seguirán las actas será conjunto, siendo de aplicación el de las actas de liquidación, correspondiendo al Jefe de Unidad especializada de Seguridad Social de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la resolución del mismo (que será única para ambas).

Una vez hecho lo anterior, entra en juego la voluntad del empresario por regularizar la situación. Como dijimos en el punto 2.2, el empresario infractor puede ver mermada au

---

<sup>13</sup>. Entendemos la presunción de certeza como que “*los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados*”. Este principio es extraído de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Es un principio que regula todo procedimiento sancionador por parte de la administración y que, como procedimiento administrativo sancionador que es, extrapolamos al procedimiento de las actas en materia de infracciones sociales. Podemos, por tanto, calificar este principio como una presunción iuris tantum, puesto que el propio enunciado de la ley reconoce que puede destruirse con prueba en contrario por parte de los interesados.

tomáticamente al 50 por 100 la cuantía de la sanción si manifiesta su conformidad con la liquidación practicada. Este precepto era extraído del artículo 40.3 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, y se ve repetido en lo relativo al procedimiento por actas simultáneas de liquidación e infracción en el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden Social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social en su artículo 34.2, añadiendo a lo antes dicho la muletilla de que esta reducción solo puede practicarse cuando la cuantía de la liquidación supere la de la sanción propuesta inicialmente. Por tanto, en este momento es donde el empresario D. Fernando debe elegir si acogerse a este beneficio administrativo o no.

De las resoluciones que recaigan deberá darse traslado al Jefe de Unidad Especializada de la Seguridad Social de la Inspección Provincial que haya emitido la propuesta de resolución, y se notificarán en forma a los interesados, pudiendo optar estos (en caso de querer recurrir) por el recurso de alzada ante el superior jerárquico del órgano que dictó el acto.

CONCLUSIÓN: Estamos ante dos supuestos de infracciones laborales. Por un lado tenemos el supuesto de D. Francisco que debe resolverse mediante la tramitación de dos actas de infracción por infracciones graves, que podrán ser acumuladas por ser relativas a la misma materia, y pudiendo ser objeto la resolución resultante de dicha tramitación de recurso por parte del empresario. Por otro lado tenemos el supuesto de D. Alberto, en el que estamos ante un acta de infracción y una de liquidación por tratarse de una deuda contra la Seguridad Social por la falta de alta del trabajador. En este supuesto las actas se tramitarán de manera conjunta pero bajo las reglas de las actas de liquidación, y el resultado de las mismas podrá ser también objeto de recurso por parte del empresario infractor, el cual, en caso de estar de acuerdo con la liquidación dada, podrá adherirse a la bonificación del 50 por 100 de la sanción resultante.

#### **4. RAZONE CUÁLES SERÍAN LAS CONSECUENCIAS DE LA ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO**

Recordemos que el empresario D. Fernando se verá doblemente sancionado, por una parte por las infracciones cometidas en relación a D. Francisco y por otra parte por la infracción cometida por el estado de D. Alberto ante la Seguridad Social. Podríamos añadir a las responsabilidades achacadas al empresario por la Inspección de Trabajo una tercera no menos importante que las anteriores y que en el caso aparece citada de modo muy breve y sin mayor cuestión de fondo, y es que nos referimos a las infracciones por seguridad e higiene que detectan los inspectores actuantes en la evaluación del centro de trabajo. Enunciadas en este apartado estas tres responsabilidades, examinemos minuciosamente el resultado de cada una de ellas (de alguna ya lo hemos analizado en anteriores puntos).

##### **4.1. CONSECUENCIA POR LO OCURRIDO CON D. FRANCISCO**

En el caso de D. Francisco tenemos tres infracciones de distinto carácter pero de la misma naturaleza, una es la infracción grave al artículo 7.5 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social en referencia al exceso de horas trabajadas (en el caso nos cita que realiza jornadas semanales de más de cuarenta horas sin que estas cotizasen o se trataran como horas extraordinarias), otra es la infracción por no respetar los descansos que le deberían ser asignados (infracción grave también al artículo 7.5 Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social) y por último tenemos una infracción catalogada como muy grave al artículo 8.11 de la Ley sobre

Infracciones y Sanciones en el Orden Social en lo referente al trato degradante que el empresario proporciona a D. Francisco.

Cada una de estas tres infracciones lleva aparejada una correspondiente sanción tipificada y establecida en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, y que deberá ser fruto de su correspondiente tramitación por la Inspección de Trabajo, si bien el artículo 16 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden Social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social nos habla de la (ya mencionada) acumulación de infracciones en una misma acta. Esto es, que las infracciones de la misma materia, entendiendo por materia las infracciones a las relaciones laborales, a la Seguridad Social, de prevención de riesgos, etc, serán acumuladas en una misma acta.

Por tanto, nos encontramos antes tres infracciones de la misma materia, solo que una de ellas tiene diferente carácter puesto que es considerada como muy grave en contraposición a las otras dos que son de carácter grave. A pesar de acumularlas todas en la misma acta, desglosaremos la responsabilidad que deriva de cada una de ellas para D. Fernando y finalmente el resultado final del acta.

4.1.1. Infracción al 7.5 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social por transgresión de los límites legales pactados en referencia a las horas de trabajo

Teniendo en cuenta las circunstancias del sujeto infractor, derivadas de los criterios para graduar las sanciones tipificadas en el artículo 39 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, entiendo que existía intencionalidad por parte de D. Fernando de prolongar el horario de D. Francisco en más de cuarenta horas semanales. Entiendo esto porque el empresario no toma medida de resarcimiento alguna con su empleado cuando este, el día tres de mayo es diagnosticado de una baja laboral (si en el empresario no mediare esa intencionalidad, se sentaría a hablar con el trabajador para solucionar las irregularidades que se están cometiendo).

Como segundo elemento de agravación de la sanción, cito también (y en relación con el anterior) el perjuicio causado al trabajador. Estamos ante un caso en el cual el trabajador está física y psicológicamente frustrado, fruto de la actitud del empresario respecto a este punto. Tener en cuenta, que cuando el artículo 39 nos habla del perjuicio causado como elemento de graduación de la sanción, estamos ante un concepto amplio que engloba, en términos de la doctrina, los perjuicios causados no solo a los derechos de los trabajadores afectados por la conducta del empresario, sino también los casos de que se produzcan perjuicios para terceros ajenos a la relación jurídico laboral, tales como la Administración laboral u otros.

Por esto, entiendo que debe establecerse para esta infracción grave, multa en su grado máximo de conformidad con el artículo 40 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social en consonancia con la Resolución de 16 de octubre de 2001 (que recordemos convierte la cuantía de las sanciones de pesetas a euros) correspondiendo a la misma una cantidad de 3.005,06 euros (por existir dos circunstancias graves a la hora de graduar la sanción como lo son las anteriormente explicadas del artículo 39).

4.1.2. Infracción al 7.5 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social por no respetar los descansos que deberían serle asignados

Empezamos de la misma forma que el apartado anterior, teniendo en cuenta las circunstancias del sujeto infractor para la gradación de la sanción. En este caso, las circunstancias son las mismas que las expuestas para el caso de la transgresión de los horarios, de hecho, he llegado a dudar si englobarlas las dos en la misma infracción o entenderlas como dos infracciones diferentes. He optado por la segunda opción, pues entiendo que no hay un nexo causal que me lleve a guardar una relación entre no respetar los descansos del trabajador con hacerlo trabajar más horas de las debidas. Como son dos hechos sin nexo causal, y ambos perjudiciales para el trabajador, pues he decidido catalogarlos como infracciones distintas, pero estas infracciones distintas comparten una cosa, las circunstancias en las que el empresario, intencionalmente, era consciente de los perjuicios que causaba al trabajador.

Es por esto que acabo de explicar, la razón por la que entiendo que esta infracción grave debe llevar aparejada otra sanción de 3.005,06 euros de la misma manera que en la anterior.

#### 4.1.3. Infracción al trato de coacción de D. Fernando a D. Francisco

En este epígrafe estamos ante una infracción con la consideración de muy grave, en la que el empresario, fruto de su posición de dominio, veja, amenaza y coacciona al trabajador D. Francisco. El artículo 8.11 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social nos cataloga este hecho como una infracción muy grave “*Son infracciones muy graves: Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores*”. Las normas laborales sustantivas proclaman el derecho individual de los trabajadores a ser respetados en su intimidad y a la consideración debida a su dignidad (artículo 4.2 del Estatuto de los Trabajadores). La tutela de este derecho puede establecerse de diversas maneras, no solo a través de los mecanismos de las sanciones administrativas, y esto es prueba de la materialización de estos derechos por su vinculación con el del artículo 18 de la Constitución del derecho al honor y el 10.1 de derecho a la dignidad de la persona.

Por tanto, nos encontramos ante una infracción en la que como criterio para graduarla, tomaremos varios aspectos. En primer lugar concurre otra vez la intencionalidad<sup>14</sup> del empresario (puesto que queda evidenciada la intención de menoscabo del trabajador para así obligarlo a trabajar de una determinada manera), la cual podemos probar a través de los correspondientes informes médicos que diagnostican la baja a D. Francisco debido al grado de estrés al que es sometido. El segundo de los aspectos para graduar la sanción es el perjuicio causado (también visto con anterioridad), refiriéndome con esto al resultado de la infracción causada (trabajador coaccionado, problemas físicos y psíquicos derivados de tal situación, miedo en el trabajo, etc).

En base a estos criterios, vuelvo a acudir al grado máximo de la sanción, pero esta vez nos encontramos ante una infracción catalogada como muy grave, que en su grado máximo supone una multa por cuantía de 90.151,82 euros.

#### 4.1.4. Cuantía final de las infracciones cometidas a D. Francisco

Hemos visto que conforme al artículo 16 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden Social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social podemos acumular en la misma acta las sanciones que versen de una misma materia, como era en este caso. En los apartados anteriores nos hemos dedicado a desmenuzar las distintas infracciones con sus correspondientes sanciones, siento los resultados de las mismas tres multas, dos por infracción grave en su grado máximo y la última por infracción muy

grave en el mismo grado. Acumulando las cuantías en base al ya citado artículo, nos queda una multa total de 96.161,94 euros. Esta sería la consecuencia de la Inspección de trabajo en relación al procedimiento sancionador administrativo de D. Francisco desde mi punto de vista.

#### 4.2. CONSECUENCIA POR LO OCURRIDO CON D. ALBERTO

El caso de Alberto lo hemos detallado en el punto 2, con lo que no lo detallaré en este apartado para no ser repetitivo con el tribunal. La consecuencia del caso de D. Alberto era una sanción de 751,26 euros fruto de la reducción a la que se podía acoger el empresario en la liquidación de las cuotas por infracciones a la Seguridad Social del artículo 40.3 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social en relación con el 40.1 de la misma.

#### 4.3. CONSECUENCIAS POR LA SITUACIÓN DE SEGURIDAD E HIGIENE DEL CENTRO

Nos encontramos ante un hecho que aparece meramente nombrado en el caso sin mayor

---

<sup>14</sup>. La exigencia de culpabilidad es constante en la jurisprudencia. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1992 es una de las que lo señala de la siguiente manera: “ *En todo acto sancionador se requiere para ser conforme a derecho, que en la conducta del sujeto pasivo se den los elementos esenciales para que sea sancionable, siendo uno de esos elementos, en aplicación de la teoría del delito, la culpabilidad dolosa o culposa desplegada por el individuo que sea contraria a la misma y antijurídica, para efectuar correctamente el reproche administrativo*”. Esto nos dice que no basta con identificar una conducta, activa u omisiva, sino que se necesita, además, que tal conducta sea imputable a título de dolo o culpa a una persona física o jurídica determinadas.

cuestión de fondo, con lo que he decidido tratarlo de manera un tanto aislada en este apartado de “consecuencias” puesto que podría llegar a ser una de ellas. Se trata del incumplimiento de las condiciones de seguridad e higiene en el local que aprecia la Inspección de Trabajo.

La regulación básica sobre esta cuestión la encontramos en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales. Se establece en la misma que su objetivo es “*promover la seguridad y la salud de los trabajadores mediante la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo...Para el cumplimiento de dichos fines, la presente Ley regula las actuaciones a desarrollar por las Administraciones públicas, así como por los empresarios, los trabajadores y sus respectivas organizaciones representativas.*”. Estamos por tanto, ante una ley que tiene por fin la seguridad y la salud de los trabajadores a través de una serie de actuaciones de las diferentes Administraciones Públicas, de la colaboración empresarial, del trabajador y de los representantes del mismo.

El artículo 7 de esta ley, en relación con el 9 de la misma, hacen referencia a la Inspección de Trabajo como el órgano administrativo encargado de la tutela por parte de la administración de esta ley en los siguientes términos: “*En cumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley, las Administraciones públicas competentes en materia laboral desarrollarán funciones de promoción de la prevención, asesoramiento técnico, vigilancia y control del cumplimiento por los sujetos comprendidos en su ámbito de aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales, y sancionarán las infracciones a dicha normativa.*”

“*Corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la función de la vigilancia y control de la normativa sobre prevención de riesgos laborales.*

*En cumplimiento de esta misión, tendrá las siguientes funciones:*

- a) *Vigilar el cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, así como de las normas jurídico-técnicas que incidan en las condiciones de trabajo en materia de prevención, aunque no tuvieran la calificación directa de normativa laboral, proponiendo a la autoridad laboral competente la sanción correspondiente, cuando comprobase una infracción a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo previsto en el capítulo VII de la presente Ley...*”

Vemos que la salud e higiene debe ser custodiada de cierta forma por la administración laboral a través de la Inspección de Trabajo, que debe, en colaboración con empresarios y trabajadores, garantizar lo dispuesto en la ley, pudiendo, por incumplimiento de la misma, actuar de oficio contra el empresario responsable que no cumpla con la prevención de riesgos laborales. El incumplimiento por el empresario de las disposiciones en materia de riesgos laborales puede dar lugar incluso a responsabilidades penales<sup>15</sup>. Se debe tener en cuenta que las responsabilidades exigidas en estos supuestos pueden dar lugar a las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios causados al trabajador por el incumplimiento realizado y a los correspondientes recargos a la Seguridad Social fruto de los incumplimientos del empresario. Esto que acabamos de explicar aparece establecido en el artículo 42 de la Ley de Prevención de Riesgos de la siguiente manera: *El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento.*

Visto brevemente cual es el objeto de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y su relación con la Inspección de Trabajo, las consecuencias que se pueden derivar de los incumplimientos detectados en el lugar de trabajo pueden variar dependiendo de las circunstancias.

El artículo 43 de la Ley de Prevención otorga potestad al inspector actuante para requerir al empresario para la subsanación de las deficiencias que hubiere visto, salvo que fueren de una gravedad extrema y hubiere que recurrir a la paralización de trabajos (pero como el supuesto no menciona la gravedad del asunto, entendemos que no es de tal índole). Si el requerimiento hecho por el inspector de trabajo se incumpliera, y de no haberlo realizado de inicio, puede dar lugar a apertura de acta de infracción.

Con lo que tenemos dos opciones, que el inspector actuante simplemente requiera la subsanación de esas condiciones de seguridad e higiene que no se están cumpliendo, o que el inspector actuante no sea tan permisivo y abra acta de infracción ya de inicio, sin requerimiento alguno.

El alto valor jurídico a la integridad y vida de los trabajadores es la justificación por la cual los poderes públicos intervienen en esta materia y se erigen como garantes, proponiendo una serie de infracciones que aparejadas llevan sanciones para el empresario responsable, y estableciéndose una serie de delitos ya citados para la protección del trabajador en este ámbito. Existe multitud de jurisprudencia que fundamenta las infracciones administrativas en materia de seguridad y salud en el trabajo como la necesidad de evitar los peligros o riesgos que puede comportar la realización de la actividad laboral. Podemos citar como sentencia relevante la Sentencia del Tribunal Supremo 1152/1994, de 23 de febrero, adjunta al trabajo como documento

---

<sup>15</sup>. Véase artículos 316 y 317 de Código Penal referentes a la Prevención de Riesgos Laborales:

→Art.316: *Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e*

*higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”.*

→ Art.317: *Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado.*

5º de la que podemos concluir lo ya mencionado, que en materia de prevención y riesgos laborales, tanto el trabajador como la empresa tienen papeles de participación activa, situando en la sentencia a la administración como una garante, empleando para ello (si hace falta) su potestad sancionadora.

De optar por la sanción, debemos acudir nuevamente a la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que deroga en su disposición derogatoria única 2.c los artículos 45 a 52 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en materia de infracciones por dicha materia.

La prevención de riesgos laborales se trata en la Ley sobre Infracciones en el Orden Social en sus artículos 11 a 13, diferenciando de menor artículo a mayor las infracciones en leves, graves y muy graves, al igual que en materia de relaciones laborales y Seguridad Social. El tipo de infracción que estamos buscando de aplicación al supuesto debe estar relacionada con la seguridad y la higiene. En relación con la seguridad existen multitud de infracciones aplicables al supuesto, porque no sabemos qué tipo de vulneración a la seguridad se está realizando (exposición a agentes nocivos, no proporcionar formación o medios adecuados a los trabajadores, seguridad colectiva de los trabajadores, señalización de seguridad de sustancias peligrosas, etc). Ante esta indeterminación del caso (que repito podría mencionar y analizar numerosas infracciones que aparecen mencionadas en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social relativas a la seguridad de los trabajadores) he optado por centrar el estudio en las infracciones de higiene, que son más concretas y determinadas.

La primera opción que podría encajar dentro del (tan indeterminado) supuesto que se nos presenta en esta materia, es la del artículo 11.1º que nos indica que es infracción leve *“La falta de limpieza del centro de trabajo de la que no se derive riesgo para la integridad física o salud de los trabajadores.”*. La falta de limpieza del centro de trabajo ha de ser esporádica u ocasional y, además, de escasa entidad, porque si ella se derivase riesgo de cualquier tipo para la integridad de los trabajadores, el hecho será subsumible en el artículo 12.17º como infracción grave.

La segunda opción es la que ya citamos en el párrafo anterior, la del artículo 12.17º que califica como infracción grave: *“La falta de limpieza del centro o lugar de trabajo, cuando sea habitual o cuando de ello se deriven riesgos para la integridad física y salud de los trabajadores.”*. La apreciación del riesgo para la integridad de los trabajadores (apreciación que debe hacer la Inspección de Trabajo) o la falta habitual de higiene, entendida como acostumbrada, ocasional, usual... nos sitúa en el tipo regulado en este artículo. Podemos entender esta infracción como una infracción agravada de la del artículo 11.1º.

En relación a las sanciones que llevarían aparejadas las infracciones anteriormente vistas, nos movemos de nuevo en un terreno en el que dependemos de las circunstancias que el inspector actuante detecte para graduar la sanción, puesto que ocurre lo mismo que ocurría en las sanciones por infracciones laborales y en las sanciones en materia de Seguridad Social, se divide cada categoría de infracción en tres tramos (mínimo, medio y máximo).

Para hacernos una idea, puesto que no sabemos si concurren circunstancias que puedan dar lugar a graduar la sanción, el artículo 40 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (otra

vez en consonancia con la Resolución por la que se convierten a euros las cuantías de las sanciones) por la comisión de la primera de las infracciones que hablamos en materia de higiene, esto es, la del artículo 11.1º de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, la sanción que se puede imponer es de 30,05 euros en su cuantía más baja del grado mínimo, hasta 1.502,53 en su cuantía más alta del grado máximo. Si por el contrario nos encontráramos ante una infracción catalogada como grave del artículo 12.17º, la sanción se hace más significativa, pudiéndose imponer una multa que iría desde los 1.502,53 euros en su cuantía más baja del grado mínimo, hasta los 30.050,61 como cuantía más alta del grado máximo. Por tanto, ante el desconocimiento que se presenta en el supuesto a cerca de este tema, no podemos dar con exactitud una consecuencia exacta a este aspecto, por eso me he ceñido a plasmar las diferentes opciones que existirían.

#### 4.4. CONCLUSIÓN

Para terminar este punto, hacer una breve conclusión de todo lo documentado en él. Recordar que teníamos en primer lugar las consecuencias de los actos hacia D. Francisco. Esta se dividieron en tres partes, en primer lugar la multa de 3.005,06 derivada del exceso de horas trabajadas legalmente por Francisco (hora que no se le retribuían como extraordinarias ni tampoco cotizaba por las mismas a la Seguridad Social); en segundo lugar tenemos una segunda sanción al 7.5 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social también de 3.005,06 euros por no respetar los descansos legales que le correspondían al trabajador; y por último lugar, teníamos la sanción más grave de todas, cuantificada la multa de la misma en 90.151,82 euros en relación a los tratos de coacción y amenazas que D. Francisco sufría.

En segundo lugar teníamos la consecuencia de lo ocurrido con D. Alberto, el cual trabajaba sin estar dado de alta en la Seguridad Social, y que dijimos suponía una multa para el empresario de 751,26 siempre que estuviere conforme con la liquidación practicada por la Inspección de Trabajo y se comprometiere a regularizar el estado del trabajador.

Por último, nos encontrábamos, a modo de mención, al final del caso, con la apreciación por parte del inspector de trabajo de unas irregularidades en las condiciones de seguridad e higiene, sin dar mayor dato de los mismos. En este punto optáramos por decir simplemente que mencionar infracciones en materia de seguridad dentro de la prevención de riesgos es muy poco concreto y era imposible analizar el caso desde esa perspectiva con tan escasa información, pero no en lo relativo a las condiciones de higiene, que tienen un campo más acotado. En estas encontramos dos posibilidades, la primera era que la infracción fuere de carácter leve y llevar aparejada la sanción de 30.05 euros a 1.502,53. Y la segunda posibilidad era que si la infracción resultare ser de carácter grave y la sanción que le correspondería sería de 1.502,53 a 30.050,61. Esto sería así en el caso de que la Inspección de Trabajo decidiera sancionar directamente, pero dijimos que existía la posibilidad de que en vez de sancionar por la falta de seguridad e higiene, eligiera simplemente requerir para la subsanación de las irregularidades.

#### **5. UNA VEZ PLANTEADA LA SITUACIÓN, INDIQUE QUÉ DEFENSA PODRÍA ACTUAR EL EMPRESARIO FRENTE A UNA EVENTUAL SANCIÓN ADMINISTRATIVO-LABORAL. JUSTIFIQUELO.**

La defensa del empresario frente a las sanciones que debe asumir es un apartado complicado, que implica tener que tirar abajo toda la estructura que hemos realizado hasta ahora. Al igual que en el punto anterior, las sanciones que recaen sobre D. Fernando discurren por varios cauces, por un lado

D. Francisco, por otro D. Alberto y por el otro tendríamos la novedosa mención del anterior punto a la prevención de riesgos. Para poder articular la defensa de D. Fernando debemos basarnos en dos normas que ya hemos visto y serán básicas: el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social y subsidiariamente del anterior, tendremos la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Este recorrido normativo consistente en acudir como norma general al Reglamento y subsidiariamente a la Ley 30/92 aparece plasmado en el artículo 51 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que nos establece lo siguiente:

*“1. Corresponde al Gobierno dictar el Reglamento de procedimiento especial para la imposición de sanciones del orden social.*

*2. El procedimiento sancionador, común a todas las Administraciones públicas, se ajustará a lo previsto en la presente Ley y en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, siendo de aplicación subsidiaria las disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que regula el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común.”*

Por tanto, debemos acudir para trazar la defensa<sup>16</sup> ante todas las sanciones que se le atribuyen a D. Francisco a este artículo de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, el cual nos deriva al Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden Social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social y subsidiariamente a la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo

---

<sup>16</sup> Desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1981, de 8 de junio, el Tribunal Constitucional ha venido recordando que las garantías del artículo 24 de la CE (entre las que se encuentra el derecho a defensa) que se imponen al proceso penal, también son aplicables con cierta matización al procedimiento administrativo sancionador. De no ser así, no podríamos garantizar la seguridad jurídica a la que hace mención el artículo 9 de la Constitución.

Común. De hecho, el propio Reglamento, en su artículo 22, nos remite a la Ley 30/1992 de la siguiente manera: *“El cómputo de los términos y plazos establecidos en el presente Reglamento, y el régimen de notificaciones y comunicaciones se ajustará a lo dispuesto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.”*

Por tanto, desarrollaremos la defensa de D. Fernando dividiendo de nuevo el supuesto en los tres apartados relativos a D. Francisco, D. Alberto y prevención de riesgos laborales.

### 5.1. DEFENSA DE D. FERNANDO ANTE LA SANCIÓN DERIVADA DE LOS ACTOS CON D. FRANCISCO

Las sanciones impuestas por el supuesto de D. Francisco eran tres, la primera por exceso en el horario semanal de trabajo, la segunda por no respetar los descansos previstos y la tercera por tratos vejatorios. Recibida resolución de estas tres sanciones, es cuando podemos articular la defensa, a través de la interposición del correspondiente recurso administrativo.

El primer paso que debe dar D. Fernando es justificar el despido del trabajador, para así poder tener un argumento sólido frente al resto de sanciones que se achacan. La justificación del despido de D.

Francisco la podemos encontrar en el período de prueba del trabajador en la empresa. El artículo 14.1º del Estatuto de los Trabajadores regula este período, definiéndolo de la siguiente manera:

*“Podrá concertarse por escrito un periodo de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos. **En defecto de pacto en convenio, la duración del periodo de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. En las empresas de menos de veinticinco trabajadores el periodo de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados.**”*

Entiendo que D. Francisco es un técnico titulado para trabajar en este tipo de empresa, con lo que (en defecto de pacto en convenio porque no nos lo especifica tampoco el caso), tiene un período de prueba de seis meses. Período de prueba que habiendo iniciado contrato el día 6 de diciembre de 2013, finalizaría el 6 de junio de 2014, procediéndose al despido el día 27 de mayo de 2014. Por tanto, D. Fernando puede alegar en el recurso que estas acusaciones que se le imputan no son más que una artimaña por parte de D. Francisco para poder ser admitido en la empresa sin la evaluación que supone el período de pruebas el cual D. Francisco, previendo que no lo pasaría, decide acudir al médico con el estrés propio de esa ansiedad por verse más fuera que dentro de la empresa tras el período de pruebas, y decide montar todo este espectáculo circense para así conseguir lo que dijimos con anterioridad, el acomodo en la empresa de D. Fernando ante la realidad de que va a ser despedido por no pasar ese período.

Todo esto, debe expresarse en período de alegaciones y, de no prosperar, en el recurso ante el órgano superior competente del que dictó la resolución en los términos del artículo 23 del Reglamento y por la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común subsidiariamente. El plazo de interposición del recurso es de un mes desde la emisión de la resolución que dicta la sanción correspondiente. La resolución de este recurso, o su silencio administrativo transcurridos tres meses sin que recaiga dicha resolución (desestimado), agotará la vía administrativa, abriendo la posibilidad de iniciar la vía contencioso-administrativa o de usar la vía (tasada para supuestos muy concretos) del recurso extraordinario de revisión del artículo 118 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>17</sup>.

Esta sería, por tanto, la defensa en la que se podría basar D. Fernando para la sanción que le es impuesta en relación con D. Francisco.

## 5.2. DEFENSA DE D. FERNANDO ANTE EL SUPUESTO DE D. ALBERTO

En este supuesto, la defensa del empresario debe pasar por negar cualquier relación laboral con el trabajador D. Alberto. Sin contrato todos sabemos que no se ven emanadas relaciones laborales algunas, con lo cual, D. Fernando puede intentar alegar esa falta de contrato, limitándose a decir en su recurso que D. Alberto (con el que D. Fernando tendría que tratar de arreglar reservadamente su estado laboral, al margen de la Inspección de Trabajo, si no quiere salir derrotado el empresario) era un simple conocido que durante el día de la inspección estaba prestándole ayuda desinteresadamente con algún asunto personal. Si consigue demostrar la inexistencia de contrato de trabajo, D. Fernando tendrá un buen argumento de peso para poder salir airoso de dicha sanción.

---

<sup>17</sup>. El recurso extraordinario de revisión se trata de un recurso excepcional que se presenta ante el órgano administrativo que dictó el acto firme en vía administrativa y se emplea para determinados supuestos:

1°. Que en el acto se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente.

2°. Que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida.

3°. Que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme, anterior o posterior a aquella resolución.

4°. Que la resolución se hubiese dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme.

En el primer supuesto el plazo de interposición de dicho recurso es de cuatro años desde la fecha de la resolución, en los demás casos el plazo es de tres meses desde el conocimiento de los documentos o desde la firmeza de la sentencia judicial.

El procedimiento que se debe llevar a cabo para recurrir la resolución del acta conjunta de infracción y liquidación lo extraemos del artículo 34 en consonancia con el artículo 33 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden Social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social. Primeramente, en el momento de la elaboración del acta, el empresario no debe optar por la aceptación o el reconocimiento de los hechos que da lugar a la reducción del artículo 40.3 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, porque de ser así ya habría confirmado en el proceso que los hechos eran verídicos, y toda la defensa que estamos fraguando no sería posible. La interposición del recurso ordinario debe hacerse durante el mes siguiente a la fecha de resolución de las actas conjuntas y debe presentarse ante el Director Territorial de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social que corresponda. Previo recurso, deben abonarse las cuantías fruto de la infracción en la Tesorería General de la Seguridad Social, hasta el último día del mes siguiente al de su notificación. De no abonarse, se procederá al procedimiento de apremio y no será posible la interposición del recurso (puesto que el requisito para admitir a trámite el recurso es el pago de la sanción, artículo 33.3 del Reglamento).

Interpuesto el recurso, se suspenderá (siempre que se hubiere garantizado el pago de las deudas contra la Seguridad Social) el procedimiento liquidatorio hasta los quince días siguientes a aquel en el que se dicte resolución del recurso.

La resolución que ponga fin al procedimiento recurrido agota la vía administrativa, pudiendo ser susceptible de recurso extraordinario de revisión bajo los excepcionales requisitos que antes mencionamos (si se hubieren vulnerado alguno de ellos) y de lo contrario, dar lugar a la apertura de la vía judicial contencioso-administrativa.

### 5.3. DEFENSA DE D. FERNANDO ANTE LA SITUACIÓN DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

En este apartado tenemos dos opciones, en caso de que el inspector actuante requiera a D. Fernando para corregir el supuesto de hecho que da lugar a la infracción, atender al requerimiento y realizar las labores de limpieza necesarias para que ese requerimiento no pase a constituir infracción; en el supuesto de que el inspector actuante optara por sancionar directamente en vez de por requerir, el procedimiento sería el de recurrir la infracción de la misma manera que lo hicimos en el apartado de defensa contra D. Francisco, previo intento de esgrimir los argumentos convenientes en el período de alegaciones: recurso ordinario en el plazo de un mes desde la resolución y ante el órgano superior competente al que dictó la resolución, que agotará la vía administrativa.

En el caso de tener que optar por el recurso, las alegaciones que podría dar D. Fernando podrían ser, por ejemplo (y por supuesto justificándose a través de los correspondientes documentos que las acrediten), que los servicios de limpieza de la empresa no les tocaba trabajar ese día, o que surgió algún tipo de problema por el cual ese día no pudieron prestar sus servicios. Esta defensa debe ser acreditada por la empresa encargada de la limpieza (si la hubiere) a través de los correspondientes justificantes, o de lo contrario, si el servicio fuere prestado por trabajadores de la empresa, podríamos incluso alegar que los mismo realizan las labores de limpieza al finalizar la jornada que es cuando mejor pueden realizar dichas labores. De ser así, también debemos acreditar que esas funciones son realizadas a última hora de la jornada laboral.

#### 5.4. CONCLUSIÓN

La defensa del empresario no es tarea fácil, puesto que estamos ante varias infracciones y si para cada una de ellas debemos proponer una defensa que sea, coloquialmente, “pillada por los pelos”, estamos ante un trabajo un tanto difícil. Aun así, entiendo que si en el primer supuesto nos basamos en el período de prueba, en el segundo supuesto en la no existencia de relación laboral alguna y en el tercero atender al requerimiento o remendar un poco con el tema de las labores de limpieza en la empresa, podremos tirar para adelante. Los procedimientos para la elaboración de recurso son los mismos, con lo cual es ir aplicando el mismo proceso ante distintas situaciones, la dificultad de este punto radicaba en cómo defender lo que, a priori, podría resultar en gran parte indefendible, sobre todo en un supuesto como este en el que entiendo debo dar argumentos de defensa a la parte “mala” por llamarlo de manera coloquial.

#### 6. FIN TRABAJO FIN DE GRADO

Finalizo el presente trabajo, dando gracias al lector por lograr captar su atención hasta llegado este punto final. Empecé en la introducción dando una serie de directrices entre las cuales no estaba prevista esta conclusión final, que he decidido añadirla con el fin de explicar un poco las sensaciones que he tenido a lo largo del trabajo.

Primeramente, lo veía todo muy complicado, puesto que en ocho meses cursados en la carrera de derecho laboral y de derecho de la seguridad social es muy difícil lograr ver con claridad el quid de las cuestiones cuando se plantean, y es muy difícil plantearles una solución. Ese temor a esa complejidad fue amainando cuando fui analizando los puntos, porque notaba que me gustaba el trabajo que estaba haciendo. Iba aprendiendo paso a paso aspectos de derecho laboral y de derecho administrativo que pese a haber visto en las correspondientes asignaturas, no se había podido (por falta de tiempo) entrar a analizar.

En segundo lugar, no era fácil dejar a un lado mientras hacía el trabajo esa especial sensibilidad por el trabajador que muchos tenemos, y sobre todo ante situaciones injustas, sensibilidad que tuve que apartar casi por completo en el último punto, cuando debo dar alegaciones en defensa del empresario que entendemos (de forma humana) que es la parte mala del asunto.

En tercer y último lugar, catalogar el trabajo de desarrollo consecutivo, puesto que no es muy difícil ver que una pregunta nos lleva a la otra (en la primera y segunda pregunta se nos pide que expliquemos una serie de cuestiones para las que en la tercera pregunta nos piden el procedimiento, en la cuarta pregunta nos piden las consecuencias de lo que antes analizamos, etc) y como consecuencia de esto a lo mejor me he hecho repetitivo en algún punto.

## -BIBLIOGRAFÍA-

---

1. BARRANECHEA, J. y FERRER, M.A., *Infracciones y Sanciones Laborales: infracciones y sanciones de empresarios y trabajadores, procedimiento sancionador y recursos*, 3ª ed., Deusto (Bilbao, 2004).
2. DEL REY GUANTER, SALVADOR, *Estatuto de los Trabajadores comentado y con jurisprudencia*, 3ª ed., La Ley/Grupo Wolters Kluwer (Madrid, 2013).
3. GARCÍA RUBIO, Mª.A., *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social: doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1999).
4. MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Derecho Crítico del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2012).
5. MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 3ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2013).
6. MINONDO SANZ, J., *Fundamentos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 2000).
7. MOYA CARTILLA, J.M., *Relaciones Laborales*, Wolters Kluwer 2014 (Valencia, 2014).
8. SEMPERE NAVARRO, A.V., *Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, Thomson Aranzadi (Navarra, 2003).
9. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, I., *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Aranzadi (Pamplona, 1999).

# ARCHIVO

# ADJUNTO

# 1º

-SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
38/1981, DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1981-

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Jerónimo Arozamena Sierra, Presidente, y don Francisco Rubio Llorente, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don Francisco Tomás y Valiente, don Plácido Fernández Viagas y don Antonio Truyol Serra, Magistrados, ha pronunciado

## **EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

## **S E N T E N C I A**

En el recurso de amparo promovido por don Juan Manuel Fernández Ramírez y doña María Vera López, representados por la Procuradora doña María José Millán Valero y bajo la dirección del Abogado don Tomás Iglesias Pérez, respecto del proceso laboral seguido ante la Magistratura de Trabajo núm. 5 de Sevilla, a instancia de los actores contra PINCOR, S. A., sobre despido, y en el que ha comparecido el Ministerio Fiscal, siendo Ponente el Presidente don Jerónimo Arozamena Sierra.

### **I. Antecedentes**

1. La Procuradora doña María José Millán Valero, en representación de don Juan Manuel Fernández Ramírez y doña María Vera López, presentó el día 27 de junio actual demanda de amparo. Expone en su demanda que, a su instancia y contra la Empresa PINCOR, S. A., y el Fondo de Garantía Salarial, se ha seguido proceso por despido al que puso fin en la instancia la Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 5 de Sevilla, de fecha 31 de enero de 1981 y en suplicación la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de fecha 29 de abril de 1981 y que es respecto de esta Sentencia contra la que dirige el recurso de amparo, para que, sustituyendo o corrigiendo lo que dice la misma, se declare por este Tribunal Constitucional que el despido laboral de que fueron objeto los demandantes es nulo, con nulidad radical, por vulnerar derechos constitucionales, debiendo ser readmitidos al trabajo, sin que quepa la indemnización como sustitutiva de la readmisión.

2. En la demanda se relatan como antecedentes los que constituyen los hechos probados de la Sentencia del Magistrado de Trabajo y se añade que en el proceso laboral habían solicitado la nulidad del despido como contrario a lo dispuesto en los arts. 14 y 28 de la C. E., y por esto viciado de nulidad absoluta tal como se infiere del art. 17 del Estatuto de los Trabajadores. Se trata de un despido que es nulo no por incumplimiento de requisitos formales, como dice la Sentencia del

Magistrado de Trabajo, sino por violación de derechos constitucionales por lo que la nulidad debe producir la readmisión, sin opción indemnizatoria tasada, prevista en el núm. 2 de la Sección Segunda del Título I del Libro IV de la Ley de Procedimiento Laboral en el supuesto de no readmisión de los trabajadores. En la Sentencia se exponen los hechos probados, de los que deben destacarse aquí los siguientes: a) El 20 de octubre del pasado año un grupo de trabajadores de la Empresa PINCOR, S. A., como representantes del Sindicato Andaluz de Trabajadores, pidieron la celebración de elecciones para el día 23 de octubre de mismo mes; b) Se constituyó la Mesa electoral y el 23 de octubre pidieron a la Mesa que les proclamara candidatos y, efectivamente, fueron proclamados el día 26 de dicho mes; c) el siguiente día, sin que conste si la Empresa tenía conocimiento del acuerdo, los actores fueron despedidos mediante cartas en las que se les decía que debido a las necesidades económicas de la Empresa dejarían de prestar servicios a partir del día 28; d) se intentó la conciliación sin resultado y se interpuso la demanda; e) la Empresa tiene a su servicio menos de veinticinco trabajadores y el señor Fernández ingresó a trabajar en la misma el 27 de noviembre de 1979 y María Vera el 5 de septiembre de 1976.

3. En los fundamentos jurídicos se invocan como preceptos constitucionales infringidos los arts. 14, 28 y 24 de la Constitución. La Sentencia vulnera el art. 14 porque, sin causa justificativa, mediante un despido discriminatorio, han sido despedidos de sus trabajos y, las actuaciones empresariales discriminatorias tienen la sanción de la nulidad radical. Además se infringe el art. 28 de la Constitución que consagra la libertad sindical, libertad que se vulnera cuando se despide injustificadamente a unos trabajadores proclamados candidatos a unas elecciones de representantes en la Empresa. Añade también la demanda que se ha infringido el art. 24, puesto que en el proceso se le ha causado indefensión al haberse vulnerado el artículo 100 de la Ley del Procedimiento Laboral, según el cual al demandado sólo deben admitírsele como motivos de oposición a la demanda los referidos a los hechos imputados en la carta de despido. Esta infracción procesal se alegó en el recurso de suplicación porque el empresario, para evitar la calificación de despido discriminatorio, se había defendido invocando en la confesión judicial motivos disciplinarios no recogidos en la carta de despido y estos planteamientos fueron recogidos por el Magistrado de Trabajo al establecer una disyuntiva ante las causas del despido, económicas o disciplinarias, que daban lugar a la exclusión del motivo discriminatorio.

4. La Sección Cuarta, de esta Sala, acordó por providencia del día 8 de julio siguiente, admitir a trámite la demanda y dispuso lo que manda el art. 51.1 de la LOTC. Fueron reclamadas las actuaciones al Tribunal Central de Trabajo y a la Magistratura de Trabajo, núm. 5 de Sevilla, que acusaron recibo los días 22 y 29 de julio, al tiempo que remitían las actuaciones, constando en las de la Magistratura el emplazamiento de los demandantes y de los demandados, la Empresa PINCOR, S.

A., y el Fondo de Garantía Salarial. El día 18 de septiembre se cumplió el trámite del art. 52.1 de la LOTC, entendiéndose el mismo con el Ministerio Fiscal y los actores, únicos comparecidos en el proceso.

5. En el plazo concedido el recurrente formuló alegaciones en las que sucintamente expuso lo siguiente: a) invoca el art. 14 de la C. E., que establece la igualdad de los españoles ante la Ley y la prohibición de la discriminación; b) que según el art. 10.2 de la C. E. las normas relativas a los derechos y libertades han de ser interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales, citándose al respecto el Convenio núm. 111 de la O.I.T. sobre la discriminación vigente en nuestro país, ratificado en virtud del Instrumento de 18 de noviembre de 1968, que establece, en su art. 1, que se considera discriminación cualquier distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación; c) reitera que se ha violado el art. 28 de la C. E., porque si en un proceso electoral se produce un despido sin justificación legal alguna y este despido trae consigo la ruptura de la relación laboral mediante indemnización, se produce una quiebra del sistema de ejercicio de la libertad sindical; d) invoca también el art. 24 de la C. E., sosteniendo que se ha producido indefensión, solicitando que se dicte Sentencia estimando el recurso.

6. El Ministerio Fiscal formuló, dentro del plazo concedido, las alegaciones en las que expuso lo siguiente: a) al Tribunal Constitucional le corresponde juzgar las violaciones de derechos o libertades constitucionales, supuestamente producidas en las resoluciones judiciales, «con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional»; b) que si bien la legislación vigente no extiende directamente las garantías de libertad sindical a quienes no tienen cargo representativo sindical, ello tiene relativa trascendencia práctica porque toda coerción injusta de la libertad de actuación sindical derivará automáticamente al campo acotado de los derechos genéricos del trabajador, que también se halla protegido contra las eventuales discriminaciones por razón de su afiliación y actividad sindical lícita; c) que la Recomendación núm. 143 de la O.I.T., complementaria del Convenio núm. 135 sobre protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa, ratificado por España, determina que «la protección prevista... debería asimismo aplicarse a los trabajadores que son candidatos o que han sido presentados como candidatos mediante los procedimientos apropiados existentes» y, por otra parte, que «por lo que se refiere a la terminación injustificada de la relación de trabajo de los representantes de los trabajadores, el establecimiento de una separación eficaz que comprenda, a menos que ello sea contrario a los principios fundamentales de derecho del país interesado, la reintegración de dichos representantes en sus puestos, con el pago de los salarios no cobrados y el

mantenimiento de sus derechos adquiridos»: d) que es dudosa, a pesar de la redacción del art. 56.3 del Estatuto de los Trabajadores, que la cobertura de protección contra el despido discriminatorio pudiera ir más allá de lo establecido en el art. 213 del Texto del Procedimiento Laboral, que, en último término, circunscribe la reintegración forzosa del despido a la garantía de los derechos salariales y de seguridad social, y la suspensión del deber de prestación de los servicios; e) la indeterminación y ambigüedad aparentes de la legislación laboral incide potencialmente en el ámbito de competencias de la justicia constitucional, y desde esta perspectiva, a tenor del art. 55.1 c) de la LOTC, se hace deseable profundizar acerca del alcance real del «restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad», así como la concreción de las «medidas apropiadas para su conservación», ante una hipotética conducta del destinatario frente a la decisión jurisdiccional pronunciada en tutela del derecho constitucional de igualdad y no discriminación; f) en orden a la corroboración de posible animus discriminatorio, el nudo gordiano de la relación fáctica estriba en la afirmación dubitativa: «sin que conste si la Empresa tenía conocimiento del acuerdo de proclamación de candidatos en el momento en que les cursaba las cartas de despido fundadas en necesidades económicas de la Empresa, reforzando dicha afirmación con la constatación de un hecho real, cual es el que aún no se había colocado en el Tablón de Anuncios del centro de trabajo el acuerdo de proclamación de candidaturas aceptado por la Mesa electoral; g) descartada la evidencia de las causas económicas o disciplinarias que hubieran legitimado la decisión de la Empresa, la hipótesis más verosímil es, tal vez, la del comportamiento empresarial inducido por la participación de los demandantes en el proceso electoral que se estaba desarrollando en la fecha de su despido; pero la rotunda afirmación del Magistrado, «sin que conste si la Empresa tenía conocimiento», aun expresada en una forma dubitativa, veda toda posibilidad al proceso constitucional, en el que en ningún caso se entrará a conocer de los hechos determinantes de las resoluciones judiciales cuestionadas; afirma que excede del marco procesal constitucional cualquier intento de reconducir el análisis de los elementos probatorios incorporados al proceso para posibilitar una fase fáctica que fuese discrepante de la resultancia judicial de los hechos probados; h) además, si se considera que al ordenamiento vigente no ha pasado ningún precepto similar al del art. 12 del derogado Decreto 1878/1971, de 23 de julio (directamente inspirado en el art. 6.2 e) de la Recomendación núm. 143 de la O.I.T.), que establecía que en todos los procedimientos en los que se alegue por los trabajadores que la resolución del contrato de trabajo... tiene carácter discriminatorio, en razón de su actividad sindical, corresponderá al empresario la obligación de probar que los actos determinantes de la supuesta discriminación están justificados, el argumento se refuerza; el valor de este precepto queda bien patente a través de las decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la O.I.T., citando como ejemplo el caso núm. 673, párrafo 65; i) sólo teniendo opción a utilizar un precepto de aquella naturaleza, hubiera podido ser eficaz la invocación del art. 14 de la C. E., reforzado con el 10 y el 7 entre otros, e inviabilizar la operatividad del principio

procesal de derecho común que invoca la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo: el de que invocada la discriminación por los demandantes despedidos, correspondía a estos últimos la prueba de su efectiva existencia y que constituía la verdadera causa de la decisión patronal de despido, realidad discriminatoria que la soberanía judicial declara no acreditada; en virtud de estos razonamientos el Ministerio Fiscal solicitó se dicte Sentencia desestimando la referida demanda sin imposición de costas.

7. Presentadas las alegaciones, se señaló para la deliberación de este recurso de amparo el día 11 del actual mes de noviembre, En la sesión de este día se deliberó y votó. El mismo día 11 de noviembre se presentó un escrito por la representación de los recurrentes solicitando que si se estimase que manteniendo el tenor literal de los arts. 208 y sigs. de la Ley de Procedimiento Laboral de 13 de junio de 1980 no es posible la efectiva aplicación de los preceptos constitucionales invocados en el presente recurso de amparo, la Sala eleve la cuestión al Pleno al objeto de la posible declaración de inconstitucionalidad de tales preceptos, de acuerdo con el art. 55.2 de la LOTC, con los efectos previstos en los arts. 38 y sigs. de la misma Ley.

## **II. Fundamentos jurídicos**

1. El punto de discrepancia, dentro del respeto a la premisa de facto del juicio de instancia, obligado en el caso del art. 44.1 c) de la LOTC, se encuentra en la causa a la que debe anudarse la nulidad del despido de los demandantes, como ruptura unilateral de la relación de trabajo declarada ilegítima por el Magistrado. La Sentencia declara la nulidad del despido, más lo hace por incumplimiento de los requisitos formales previstos en la Ley (en el Estatuto de los Trabajadores, arts. 51.3 al 7 y 55.3), mientras que los demandantes alegan que se descubre en el despido un propósito que atenta a derechos constitucionales (invocan los arts. 14 y 28), pues bajo la apariencia de un despido normal, que originariamente se presentó como justificado por causas económicas y luego, tardíamente y en momento procesal no hábil, como despido disciplinario, se oculta un despido discriminatorio, un acto de ruptura de la relación laboral a causa de la afiliación sindical y de la participación en proceso electoral con el designio de alcanzar funciones representativas de los trabajadores en el seno de la empresa. La nulidad del despido se justifica -según la Sentencia- en el incumplimiento de requisitos formales y los efectos que produce tal calificación son la readmisión inmediata del trabajador y el abono de los salarios dejados de percibir, si bien con las consecuencias en caso de no readmisión previstas en los artículos 208 y sigs. de la Ley de Procedimiento Laboral. Los demandantes defienden que el despido es nulo, mas no por razones formales; la nulidad es por vulnerar derechos constitucionales y comporta la obligación de readmisión, con opción a favor del

trabajador. El punto de discrepancia no es, como se colige de lo que acabamos de decir, de puras distinciones de categorías jurídicas, pues trasciende al ámbito de los derechos concretos.

2. La primera de las cuestiones, aludidas por el Magistrado de Trabajo y decidida pronto acudiendo a lo que entendió como reglas del *onus probandi*, es la de si estamos en presencia de un despido, con origen causal encubierto en ingerencias patronales vulneradoras de la libertad sindical. Confrontando el Magistrado las alegaciones de las partes, y apreciando las pruebas, llegó a la conclusión de que la invocada discriminación, violadora de la libertad sindical, no había sido probada, por lo que entendiendo que como afirmación de los actores, a ellos incumbía la prueba, desechó indicado motivo central de la demanda y resolvió el litigio configurándolo como despido nulo, con nulidad originada por el incumplimiento de requisitos formales. El *factum* del texto judicial no incorpora una negativa del carácter discriminatorio del despido, pues su conclusión es que este punto no había quedado probado. Cualquiera que sea la valoración de la prueba, y lo que pueda decirse acerca del juego de los criterios apreciativos en aquellas materias que ofrecen dificultades probatorias, como es, seguramente, la que nos ocupa, es lo cierto que el Magisterio resolvió este punto acudiendo a los principios comunes sobre el reparto de la carga de la prueba, desechando tanto posibles correcciones justificadas por dificultades probatorias, como soluciones que, con incidencia de las reglas del *onus probandi*, justifican una traslación de esta carga. La prueba de las manifestadas causas de despido hubiera rebatido el alegato de discriminación, mas al quedar aquéllas improbadas, adquiere relevancia la acusada causa oculta. Si la discriminación no pasa de ser alegación de parte sujeta a las reglas del *onus probandi*, sin corrección alguna, y sin que se opere aquí una traslación de la carga de la prueba, el obligado respeto al *factum* con exclusión de toda censura, dejaría zanjada la cuestión en el sentido decidido por el Magistrado de Trabajo.

3. Como acaba de decirse, la dificultad probatoria de la motivación antisindical hubiera podido obviarse trasladando al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable de despido, cualquiera que fuera su justificación formal y la viabilidad sustancial para romper la relación de trabajo. Esta es la solución que se recoge en decisiones del Comité de Libertad Sindical de la O.I.T. (así, 130x informe, caso núm. 673, par. 65), apoyadas en la Recomendación núm. 143 (III, 6.2 e)), dentro del marco general de «las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores» la libertad sindical, a las que obligan los Convenios de la O.I.T. -87 (art. 11), 98 (art. 1) y 135 (art. 1)-. La falta en la normativa laboral directa de precepto que recoja esta garantía o la no mención en aquellos de los candidatos a representantes de los trabajadores, para los que se recomienda indicada protección (como hacía el art. 10 del Decreto 1878/1971), no es obstáculo a que, respecto de la libertad sindical, se reconozca que es el empresario el que debe probar que el despido, tachado de discriminatorio, obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito

atentatorio a la libertad sindical, y que este principio se generalice a todos los trabajadores y, desde luego, a los trabajadores que son candidatos o que han sido presentados como candidatos a la elección o al nombramiento de representantes de los trabajadores (punto sobre el que volveremos más adelante). Un principio de justicia, que opera en el tratamiento de las reglas de la prueba, apoya la conclusión de que asuma el empresario la carga de probar los hechos generadores de la extinción de la relación laboral, bien constituyan causa legítima subsumible en alguna de las de ruptura unilateral de aquélla, a impulso del empresario, bien sin legitimar el despido por causas excluyentes de su procedencia o por incurrir en nulidad, se presenten razonablemente como ajenos a todo propósito discriminatorio atentatorio a un derecho constitucional.

4. Los Convenios de la O.I.T. entran en juego, además de en el punto que hemos tratado en el fundamento anterior, para decidir ámbitos de libertad sindical. El despido de un trabajador a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales [Convenio 98, art. 2 b) ] o el despido de los trabajadores por razón de su condición de representantes de los trabajadores (Convenio 135, art. 1), protección que la O.I.T. recomienda se aplique también a los trabajadores que son candidatos, o que han sido presentados como candidatos (Recomendación 143, III, 5 y 7.1), se comprenden en el cuadro de ingerencias empresariales atentatorias a la libertad sindical, sujetas a interdicción y para las que se demanda una protección eficaz, de la que forma parte el imponer al empresario la carga de probar que el despido está justificado. El análisis ahora debe ser si estos actos, que como acabamos de ver están vedados por convenios y recomendaciones internacionales, están también proscritos mediante el reconocimiento de derechos constitucionales, esto es, y en el marco de los planteamientos del demandante del amparo, en los arts. 14 y 28.1 de la Constitución, a cuya defensa sirve, en vía interna última, el recurso de amparo (arts. 53.2 y 161.1 b)), también de la Constitución. Si se observa lo que dice su art. 10.2, los textos internacionales ratificados por España son instrumentos valiosos para configurar el sentido y alcance de los derechos que, en este punto, recoge la Constitución. Los Convenios de la O.I.T. ratificados por España constituyen, sin duda, textos invocables al respecto, al igual que otros textos internacionales (así, el art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 1.5 del Código Civil). Los convenios se incorporan al ordenamiento interno, y de estas normas internas surgen los derechos individuales, que cuando se recogen en el capítulo de derechos o libertades para cuya protección se abre el recurso de amparo (como es el caso del derecho sobre el que este proceso se cuestiona), adquieren un valor capital las reglas del Convenio o Tratado. Las Recomendaciones de la O.I.T., si bien, como es obvio, distintas de los Convenios, y sin alusión directa en el art. 10.2 de la Constitución, son textos orientativos, que sin eficacia vinculante pueden operar como criterios interpretativos o aclaratorios de los Convenios, carácter con el que se invocan aquí las Recomendaciones a las que hemos hecho sucinta referencia.

5. Los argumentos centrales de la demanda son que los actos imputados al empresario atentan a la libertad de opción sindical o al ejercicio de derechos sindicales, en el ámbito de libertad que garantiza la Constitución, y desarrolla la Ley, para alcanzar puestos de representación de los trabajadores en el seno de la empresa. Mediante la decisión del empresario de ruptura de la relación de trabajo, se consumó el despojo del indicado derecho a alcanzar puestos de representación y, a la vez, se privó a los demandantes de su puesto de trabajo. Contra la actuación del empresario se actuó por los trabajadores acudiendo a dos procesos laborales, en uno, con el designio de evitar que se consumara su expulsión de la Empresa y, por tanto, de su participación en el proceso electoral, y en el otro, dentro del ámbito de la relación laboral, para obtener la nulidad del despido como contrario a lo dispuesto en el art. 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, a lo que luego se añadió, como argumento principal, la vulneración de los arts. 14 y 28.1 de la Constitución. Pues bien, a este segundo proceso y a la demanda de que otorguemos el amparo ante un despido nulo con la plenitud de efectos que son corolario de la nulidad de un acto conculcador de un derecho fundamental, limitan los demandantes el recurso. Con estas precisiones, la cuestión se ciñe al art. 28.1 de la Constitución y al restablecimiento del derecho conculcado, una vez que el acto lesivo se declare nulo y se reconozca el derecho o libertad pública. Queremos decir con esto, ante todo, que la cuestión aquí es más que un problema de igualdad, un problema de libertad sindical, aunque, ciertamente, la igualdad constituya una fundamentación genérica de la libertad. La libertad de afiliarse a cualquier sindicato y la libertad de no afiliarse, y el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación en el seno de la empresa, para defender los intereses a cuyo fin se articulan las representaciones obreras, necesita de garantías frente a todo acto de ingerencia, impeditivo u obstativo del ejercicio de esa libertad. La libertad sindical es así un derecho constitucionalizado y para su defensa está también abierta la defensa en vía constitucional.

6. Como ya anunciamos en otro de los fundamentos jurídicos, la protección frente a los actos de discriminación, vedados por el art. 28.1 de la Constitución en lo que es propio de la libertad sindical, alcanza subjetivamente a todos los trabajadores, aunque respecto de los cualificados por su carácter de representantes adquiera la protección un especial reforzamiento (así, Convenio de la O.I.T. -135, art. 1-) con especial proyección en materia de despido traducible, entre otras particularidades, en garantías formales y en una inversión de la opción entre readmisión o indemnización (art. 68 c) del Estatuto de los Trabajadores y arts. 212 y 213 de la Ley de Procedimiento Laboral). La no inclusión en la literalidad de los preceptos reguladores actualmente de las garantías sindicales de aquellos que son candidatos, o que han sido presentados como candidatos a la elección o al nombramiento de representantes de los trabajadores, no es obstáculo a la protección frente a despidos discriminatorios, pues, además de que, como hemos dicho, alcanza a

todos los trabajadores, recaba una especial atención cuando los actos que se denuncian como discriminatorios afectan a los candidatos en curso el proceso electoral y se les imputa propósitos de interferir decisivamente en la libre dotación de la representación obrera. Tal es, por otra parte, el contenido de la Recomendación de la O.I.T. -143 (III, 7.1-, complementaria -con el valor que según lo que dijimos en su momento, tienen las Recomendaciones el Convenio de la O.I.T. -135-.

7. No es a este Tribunal Constitucional al que corresponde el señalar, acudiendo a la legislación en vigor, los efectos del despido nulo por incumplimiento de los requisitos formales, que ha sido el declarado por el Magistrado de Trabajo. Tal poder es exclusivo de los jueces del orden jurisdiccional laboral (art. 117.3 de la Constitución). La cuestión para nosotros es reconocer el derecho o libertad pública y adoptar, dentro de lo previsto en el art. 55.1 de la LOTC, las medidas precisas para restablecer a los demandantes en la integridad de su derecho. Pues bien, se cumple dicho objetivo, afirmando que la nulidad es radical, y, por ello, comporta necesariamente la readmisión, excluyéndose toda facultad de opción ejercitable por el empresario, pues los efectos que se anudan a tal nulidad reclaman la reintegración de los trabajadores en su puesto con el pago de los salarios y el mantenimiento de sus derechos adquiridos. La naturaleza de la obligación de readmisión y los medios de coercibilidad de la misma y el tratamiento, en su caso, de los medios sustitutorios de la restitución in natura, son, por lo demás, materias que justificarán pronunciamientos ejecutorios en su tiempo -y por el cauce previsto para la ejecución-, más que no reclaman ahora pronunciamientos previsores ante la eventualidad de obstáculos en la ejecución. La literalidad de los arts. 212 y 213 de la Ley de Procedimiento Laboral no son un obstáculo a la plena efectividad del derecho o libertad conculcada, pues aunque se concreten a los delegados o miembros del Comité de Empresa, constituye cauce analógicamente aplicable a los supuestos de nulidad ab radice, sanción que comporta la violación de derechos constitucionales fundamentales. La alegación tardíamente formulada para que traslademos al Pleno del Tribunal la supuesta inconstitucionalidad de estos artículos, es, como bien se ve, inatendible, pues no se da el supuesto del art. 55.2 de la LOTC.

8. A lo que se ha estudiado hasta este momento, añaden los demandantes en una acumulación de *causae petendi* que, sin embargo, se traduce en un *petitum* único coherente sólo con una de las invocaciones aludidas (las de los arts. 14 y 28.1 de la Constitución), que también se ha vulnerado el art. 24 en cuanto consagra el derecho al proceso debido. A esta acumulación, que, por lo demás ninguna consecuencia infieren de ella los demandantes, falta, ante todo, el presupuesto fáctico en que pretende fundarse, pues se denuncia como un caso de indefensión el que el demandado en confesión judicial haya explicado motivos del despido, y que sobre esta prueba, haya discurrido la Sentencia, para concluir, no obstante, con la declaración de nulidad del despido por falta de requisitos formales. Ni el art. 24 constitucionaliza todas las reglas procesales para hacer depender del

cumplimiento estricto de las mismas el derecho al proceso debido ni se ha operado en el caso denunciado una indefensión entendida como situación en que quedan los titulares de derechos o intereses legítimos, cuando se ven imposibilitados para ejercer los medios legales suficientes para la defensa. Por lo demás, el art. 100 de la Ley de Procedimiento Laboral limita los motivos de oposición a la acción contra los despidos, de modo que en el caso de despido disciplinario la materia litigiosa queda acotada por referencia a lo que dispone el art. 55.1 del Estatuto de los Trabajadores. El proceso ha concluido con Sentencia, declarando la nulidad del despido, y, por tanto, sin acoger motivos justificativos del despido fundados en hechos imputados en la carta de despido o traídos ulteriormente al proceso.

## **F A L L O**

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Juan Manuel Fernández Ramírez y doña María Vera López en cuanto:

- a) Declarar que los despidos de que fueron objeto los demandantes por parte de la empresa PINCOR, S. A., son nulos, con nulidad radical.
- b) Reconocer el derecho de los demandantes a no sufrir discriminación por razón de su pertenencia a un sindicato y de presentarse como candidatos para cubrir puesto de representación obrera en la empresa.
- c) Restablecer a los recurrentes en la integridad de su derecho o libertad, para lo cual deberán ser admitidos en la empresa, con todo lo demás que procede en los casos de despido nulo, con nulidad radical.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintitrés de noviembre de mil novecientos ochenta y uno.

**ARCHIVO**

**ADJUNTO**

**2º**

**-MODELO DE PAPELETA DE CONCILIACIÓN  
LABORAL-**

## **Modelo de papeleta de conciliación laboral por despido**

AL SERVICIO DE MEDIACIÓN, ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE.....

Don/Doña....., DNI....., mayor de edad, con domicilio a efectos de notificación en....., y número de teléfono a efectos de notificación....., ante el SERVICIO DE MEDIACIÓN, ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN comparezco y como mejor proceda en Derecho

DIGO

Que por medio del presente escrito, interpongo ACTO DE CONCILIACIÓN POR DESPIDO, frente a la empresa..... con CIF....., en la persona de su legal representante, con domicilio social en la ..... a fin de que se avenga a reconocer los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha..... inicié mi relación laboral con la citada empresa, ostentando una categoría de..... y percibiendo una remuneración mensual de..... euros incluyendo el prorrateo de pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- Con fecha....., la citada empresa me ha entregado carta fechada ese mismo día, en virtud de la cual se me notificaba mi DESPIDO disciplinario/objetivo por entender que.....

TERCERO.- Se estableció para dicha decisión una efectividad del día.....

CUARTO.- Que los hechos alegados en la referida carta no se ajustan en absoluto a la realidad.

QUINTO.- Que la empresa deberá reconocer la IMPROCEDENCIA/NULIDAD de la decisión extintiva. En caso de que se reconozca la nulidad se deberá readmitir en mi puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes del despido y con abono, en todo caso, de las cantidades dejadas de percibir.

SEXTO.- Que ostento/no ostento, ni he ostentado en el último año, cargo de carácter sindical. (Indicar en su caso si se corresponde a Delegado de Personal, componente del Comité de Empresa o Delegado Sindical, e igualmente indicar si se ha ostentado ese cargo durante el año anterior.)

Por lo expuesto,

SOLICITO AL SERVICIO DE MEDIACIÓN, ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE..... que, tenga por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo, tenga por interesada la celebración de acto de conciliación en materia de despido con....., señale fecha y hora para la celebración del acto, cite a las partes de comparecencia al mismo y, en su día, expida y me entregue copia certificada del acta que se redacte, con los apercibimientos de rigor y en especial, que se instarán las acciones que en derecho procedan ante la jurisdicción laboral,

ARCHIVO

ADJUNTO

3º

-SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
3/1998, DE 12 DE ENERO DE 1998 -

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don José Gabaldón López, Presidente, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio González Campos, don Carles Viver Pi-Sunyer y don Tomás S. Vives Antón, Magistrados, ha pronunciado

## **EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

## **S E N T E N C I A**

En el recurso de amparo núm. 474/95, promovido por doña Pilar Alfonso Ferrer, representada por el Procurador de los Tribunales don Manuel Monfort Edo y asistida del Letrado don Federico Javier López Peiro, contra Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 28 de diciembre de 1994. Han comparecido el Ministerio Fiscal y la Conselleria de Sanitat i Consum de la Generalitat Valenciana, representada por la Letrada doña Manuela Domingo Gómez. Ha sido Ponente el Magistrado don Fernando García-Mon y González Regueral, quien expresa el parecer de la Sala.

### **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 15 de febrero de 1995, doña Pilar Alfonso Ferrer anunció su propósito de interponer recurso de amparo contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 28 de diciembre de 1994, solicitando designación de Procurador por el turno de oficio. Tras los trámites correspondientes, por providencia de la Sección Cuarta de la Sala Segunda, de 4 de diciembre de 1995, se tuvo por designado por el turno de oficio como Procurador a don Manuel Monfort Edo, el cual, en nombre y representación de doña Pilar Alfonso Ferrer, formalizó en plazo, mediante escrito registrado en este Tribunal el 8 de enero de 1996, demanda de amparo contra la Sentencia citada, por considerar que vulnera los arts. 14, 24 y 25 C.E.

2. La demanda de amparo tiene su origen en los siguientes hechos:

a) La recurrente fue contratada por el Servicio Valenciano de Salud (SERVASA) el día 30 de marzo de 1992, como Médico interino por vacante de plantilla, para prestar servicios en Onteniente. Con efectos de 30 de junio de 1992, el citado Organismo procedió a cesarla en su puesto, alegando como motivo el cumplimiento de una Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 15 de Valencia, de 25

de mayo de 1992, que había declarado nulo el despido de don Francisco Vidal Fernández y condenado al Servicio de Salud a su readmisión.

b) Doña Pilar Alfonso presentó demanda por despido, que fue estimada por la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Valencia de 25 de noviembre de 1992. El órgano judicial consideró que el cese de aquélla no obedecía en modo alguno al cumplimiento de la referida Sentencia, por lo que procedía declarar la nulidad del despido y la readmisión de la actora manteniéndola en su contrato como interina hasta la cobertura reglamentaria de la plaza, según jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en unificación de doctrina.

c) En el mismo sentido se pronunció la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 23 de noviembre de 1993, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el Servicio Valenciano de Salud. El Tribunal declaró no ser de aplicación en este caso la doctrina mantenida en otros pronunciamientos anteriores, según la cual la readmisión del anterior ocupante de la plaza constituye cobertura legal suficiente para el cese del que le sustituye, y ello porque en el supuesto enjuiciado no se daban los presupuestos fácticos para la aplicación de dicha doctrina. El Tribunal Superior precisó que en la Sentencia en cuyo cumplimiento se fundaba aquél para justificar el cese de la actora, constaba que la plaza ocupada por don Francisco Vidal fue ocupada tras el cese de éste por el facultativo Sr. Valls, extremo admitido por la demandada. Y ello, según manifestó el órgano judicial, sin que "(...) ni en aquella Sentencia, ni en el nombramiento de la actora, ni en ninguna actuación en el proceso, se haga referencia alguna a la actora ni a que, a su vez, haya podido sustituir al Sr. Valls, ni, en definitiva, que la plaza que ocupa con carácter interino sea la que precedentemente ocupó el interino readmitido Sr. Valls. No existe, pues, vinculación alguna entre la actora y lo decidido en la Sentencia aludida. Lo que hace que deba mantener su situación de interina en tanto se cubra o amortice la plaza interinada (...)". La Sentencia dictada en suplicación confirmó así el fallo de la de instancia y con él la declaración de nulidad del despido y la readmisión de la actora en su puesto de trabajo como interina.

d) Con fecha 14 de marzo de 1994, el Servicio Valenciano de Salud envió un escrito al Juzgado comunicando la imposibilidad de readmitir a doña Pilar Alfonso por las razones que se exponían en un certificado adjunto. En este certificado constaba cómo don Francisco Vidal Fernández fue sustituido por don Francisco Javier Valls, el cual renunció posteriormente a la plaza, en la que fue dada de alta doña Pilar Alfonso, más tarde cesada al condenarse al SERVASA a la readmisión del Sr. Vidal, el cual se encontraba ya reincorporado en el puesto desde el 1 de julio de 1992 (fecha coincidente con la del despido de la recurrente). En consecuencia, solicitaba que se citase a las partes para incidente de no readmisión, con el fin de señalar la indemnización que correspondiese, dada la imposibilidad de la readmisión.

La actora se opuso a la petición por considerar que el Servicio de Salud reabría con ello el debate ya resuelto en la Sentencia dictada en suplicación, que había declarado la inexistencia de

relación entre la plaza ocupada por ella y la que había ocupado el facultativo luego readmitido, de modo que sólo procedía ejecutar lo acordado en la Sentencia, sin que la nulidad del despido permitiese legalmente optar por la indemnización.

Por providencia del Juzgado de lo Social, de 24 de marzo de 1994, se acordó no haber lugar al incidente de no readmisión, así como el cumplimiento del fallo en sus propios términos.

e) Mediante un nuevo escrito de 11 de mayo de 1994, el SERVASA reiteró su solicitud de que se citase a las partes para el incidente de no readmisión a fin de que se accediese a la petición de declarar la improcedencia del despido, alegando distintas Sentencias del Tribunal Central de Trabajo y del propio Tribunal Superior de Justicia sobre la materia, por entender que había que efectuar una interpretación correctora de los preceptos correspondientes del Estatuto de los Trabajadores, con el fin de que los efectos del despido nulo quedasen reducidos a una indemnización.

Por providencia del Juzgado de lo Social de 11 de mayo de 1994, se acordó la ejecución de la Sentencia y la citación de las partes al incidente de no readmisión para alegar en él sobre la no readmisión o readmisión irregular y solicitar, si a su derecho conviniera, la extinción de la relación laboral y la fijación de la indemnización sustitutiva.

f) La providencia fue recurrida en reposición, solicitando la representación de doña Pilar Alfonso la ejecución de la Sentencia en sus propios términos al haberse declarado en ella la inexistencia de relación entre la plaza de la recurrente y la del facultativo readmitido, a consecuencia de lo cual se había condenado al SERVASA a la readmisión en la plaza interina hasta que ésta se cubriese o amortizase, lo que privaba de todo fundamento a la pretensión de aquel Organismo. Por otro lado, se alegaba que la providencia contrariaba lo dispuesto en la anterior de 24 de marzo, en la que se acordó no haber lugar al incidente de no readmisión y a la que se allanó la demandada al no recurrirla.

Tras ser impugnado de contrario, el recurso fue estimado por Auto del Juzgado de 5 de julio de 1994. El órgano judicial recordó que la Sentencia dictada en suplicación había confirmado la declaración de nulidad del despido a la vista de que en ningún momento del procedimiento se había hecho referencia a relación alguna entre la plaza ocupada por la recurrente y la ocupada por el facultativo readmitido. Considerando este extremo, el Juzgado manifestó que "(...) la solución que debe darse al problema planteado está sujeta a la existencia de una resolución judicial firme, declaratoria de la nulidad del despido practicado, y a la circunstancia de que dicha resolución examina y da respuesta a la misma cuestión que, con apoyo en el certificado expedido, se insta en la solicitud de comparecencia con el objeto de que se declare la extinción de la relación laboral por entender que es imposible su readmisión. Es obvio que en esta fase procesal, de ejecución de Sentencia firme, el que provee no puede sino ejecutar la misma en sus propios términos, no siendo posible sustituir el razonamiento de la Sala del Tribunal Superior por lo contenido en una certificación emitida a instancia de la demandada por sus propios órganos". A mayor abundamiento, el Juzgado señaló que

ya se había planteado anteriormente la misma cuestión y se había decidido por providencia no recurrida el cumplimiento del fallo sin haber lugar al incidente.

g) Este Auto fue recurrido en suplicación por el SERVASA, abriéndose un incidente en el que la parte demandante se opuso a la admisión de este recurso por considerar que con él se perseguía la modificación de la Sentencia a ejecutar. Tras admitirse finalmente la suplicación, recayó Sentencia estimatoria del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 28 de diciembre de 1994, que constituye el objeto del recurso de amparo.

En esta resolución, el órgano judicial rechaza que la nulidad del despido lleve aparejada la readmisión como única solución, ya que el art. 284 de la Ley de Procedimiento Laboral contempla el supuesto de que la readmisión sea imposible por cese o cierre de la empresa, en cuyo caso procede la indemnización. Por otra parte, considera que la readmisión en este caso implicaría "(...) un choque tan frontal con toda la legislación que regula el acceso a puestos de la Administración del Estado, incluso con tajantes preceptos constitucionales, que hace que la misma adquiera el carácter de "jurídicamente imposible de llevarse a efecto", haría entrar en vigor el principio general de Derecho procesal, de que cuando lo ordenado en una Sentencia deviene física o jurídicamente de ejecución imposible, se ha de sustituir por la indemnización. Por lo tanto, so pena de llegar a absurdos jurídicos, al socaire de una labor interpretadora de aislados preceptos del ordenamiento jurídico, lo que se impone es la modificación de la Sentencia recurrida en el sentido de que, aun siendo nulo el despido efectuado por la Administración del Estado, por resultar ilegal la readmisión del trabajador por contravención de las específicas normas que regulan la forma de acceso al empleo y aun otras del máximo rango normativo y de obligado acatamiento, esa readmisión que la Ley acuerda para los supuestos de nulidad del despido por la generalidad de las empresas, debe en este caso ser sustituida por la indemnización que señala el art. 278-2 de la Ley de Procedimiento Laboral (...)". En consecuencia, el Tribunal Superior revoca el Auto recurrido para que se cite a las partes al incidente de no readmisión o, subsidiariamente, se sustituya la obligación de readmitir por la de la indemnización, así como los salarios de tramitación.

3. Contra esta Sentencia se interpuso el presente recurso de amparo, por entender que vulnera los arts. 14, 24 y 25 C.E.

En primer lugar, la recurrente considera que su cese constituye una discriminación por razones personales, ya que el Servicio Valenciano de Salud optó en su caso por extinguir el contrato, siendo que en el del Sr. Vidal había cumplido con la obligación de readmitir, precisamente a consecuencia de lo cual se produjo su despido, teniendo además en cuenta que había otros interinos contratados y otras plazas vacantes.

En segundo lugar, estima que se ha vulnerado el art. 14 C.E respecto de la igualdad en la aplicación de la ley, ya que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia que se impugna en amparo

es contradictoria con la que dictó en el procedimiento, sin haber variado las circunstancias. Alega la recurrente que si el SERVASA estimaba que era imposible la readmisión, debió haberlo planteado en el procedimiento, pero no mediante un certificado emitido por él mismo y presentado en fase de ejecución. La igualdad en la aplicación de la ley también habría resultado afectada por resolver el Tribunal Superior en sentido diverso a como lo hizo en una Sentencia anterior, de 22 de julio de 1992, que se aporta con la demanda de amparo.

Por otra parte, considera infringido el principio de igualdad en el procedimiento, ya que la providencia de 24 de marzo de 1994, que declaró no haber lugar al incidente de no readmisión, devino firme, por lo que la cuestión no hubiera debido volverse a plantear.

Estima también que se ha vulnerado el art. 24.1 C.E en relación a su derecho a no sufrir indefensión, al no haber sido parte en el procedimiento que declaró la nulidad del despido de su compañero, cuya readmisión motivó su propio cese. El mismo derecho entiende afectado al no haberse planteado por el Servicio de Salud en ningún momento del procedimiento que su plaza fuese la misma que ocupaba el facultativo readmitido, extremo éste al que el Organismo demandado se refirió por primera vez durante la ejecución de la Sentencia y que ha sido dado por válido en la resolución impugnada sin tener en cuenta que su contrato no se refería a ninguna plaza concreta sino para cubrir vacantes.

Se entiende igualmente vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en relación a la ejecución de las resoluciones firmes y a la obligatoriedad para los órganos judiciales de hacerlas cumplir sin que puedan modificarlas o rectificarlas si no es por el cauce de los recursos correspondientes. En este caso, la Sentencia impugnada ha rectificado en trámite de ejecución la recaída en el procedimiento, de 23 de noviembre de 1993. En esta misma línea invoca la recurrente el derecho a la inmodificabilidad de las Sentencias citando al efecto la jurisprudencia constitucional.

Por otro lado, la Sentencia recurrida en amparo incurre, a juicio de la demandante, en incongruencia, falta de motivación y de ajuste a la legalidad, al contradecir la que se pretendía ejecutar con base en un documento aportado por la parte condenada e impugnado por la recurrente, que no se había presentado con anterioridad. El órgano judicial se ha basado en un precepto legal, el art. 284 de la Ley de Procedimiento Laboral, que no es de aplicación al caso puesto que el Centro de Salud no ha cerrado, al tiempo que no explicita aquél en qué consiste el "choque frontal con toda la legislación" que supondría la readmisión.

Finalmente, entiende que se ha lesionado el art. 25.1 C.E y el principio non bis in idem, así como el de cosa juzgada, ya que se abre el incidente de no readmisión cuando previamente había devenido firme la primera providencia que lo denegó.

4. Por providencia de la Sección Cuarta de la Sala Segunda, de 12 de febrero de 1996, se acordó abrir el trámite previsto en el art. 50.3 LOTC, concediendo a la demandante de amparo y al

Ministerio Fiscal un plazo común de diez días para formular alegaciones en relación a la causa de inadmisión de la demanda prevista en el art. 50.1 c) LOTC.

Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 1 de marzo de 1996, la recurrente insistió en la existencia en su demanda de contenido sobre el que pronunciarse, a la vista de las decisiones constitucionales sobre la imposibilidad de modificar las resoluciones judiciales fuera del cauce de los recursos establecidos y dada la exigencia constitucional de que los órganos judiciales hagan cumplir lo juzgado. En su caso, el derecho a la readmisión, cuya legalidad no fue nunca discutida en el procedimiento, fue reconocido en la Sentencia que se trató de ejecutar, de modo que la decisión del mismo Tribunal de sustituirlo por una indemnización con la argumentación empleada por la resolución impugnada, modifica el alcance de la Sentencia ejecutada hasta el punto de que decide la extinción del contrato en lugar de garantizar la readmisión.

Por su parte, el Ministerio Fiscal interesó la admisión de la demanda, por resultar inexcusable confrontar los argumentos expuestos en aquélla con la totalidad del expediente judicial tanto en relación al pleito principal como a los incidentes de ejecución.

5. Por providencia de la Sección Cuarta de la Sala Segunda de este Tribunal, de 4 de julio de 1996, se acordó la admisión a trámite de la demanda, requiriendo al Juzgado de lo Social núm. 6 de Valencia y al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana la remisión de las actuaciones, así como el emplazamiento de cuantos fueron parte en el procedimiento, con excepción de la demandante de amparo.

Por providencia de la misma Sección, de 30 de enero de 1997, se tuvo por personada en el procedimiento a la Conselleria de Sanitat i Consum de la Generalitat Valenciana, representada por la Letrada doña Manuela Domingo Gómez, así como conceder un plazo común de veinte días a las partes y al Ministerio Fiscal para presentar las alegaciones que estimaran pertinentes.

6. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 5 de marzo de 1997, la representación letrada de la Conselleria de Sanitat i Consum de la Generalitat Valenciana manifiesta, en primer lugar, su discrepancia con la interpretación que la recurrente en amparo hace de su contrato, ya que aquélla fue contratada para ocupar una plaza muy concreta y no cualquiera de las existentes. Alega que su readmisión resultaba imposible, por haber reincorporado al Sr. Vidal, imposibilidad que determinaba la sustitución de aquella obligación por la de la extinción del contrato con indemnización, sin olvidar el gravamen que supone para la Administración Pública que la misma plaza se ocupe al tiempo por dos interinos. Alude también a una cierta oferta de trabajo que se ha hecho a la recurrente y reitera que la decisión adoptada por el Tribunal Superior es la única que permitía resolver la situación descrita.

7. Por su parte, el Ministerio Fiscal interesa la estimación parcial del amparo. A su juicio, deben rechazarse las alegaciones de la recurrente sobre despido discriminatorio e indefensión por no haber sido parte en el procedimiento que declaró la nulidad del despido del Sr. Vidal, ya que ambas cuestiones son ajenas a la resuelta en la resolución impugnada. De otro lado, a su juicio carece de fundamento la invocación del principio de igualdad en la aplicación de la ley, por cuanto el supuesto de la Sentencia aportada como contraste no guarda identidad con el de la Sentencia recurrida en amparo. En cuanto a las alegaciones de la recurrente sobre el principio de igualdad en el proceso y el de cosa juzgada, señala el Ministerio Público que resultan reconducibles a lo que constituye la queja principal del recurso de amparo, para la que se invoca el derecho a la tutela judicial efectiva.

El Fiscal dedica la mayor parte de sus alegaciones a fundamentar su petición de que se estime el amparo por vulneración del derecho a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes en relación al derecho a la ejecución, recordando la doctrina de este Tribunal al respecto y la imposibilidad para el órgano judicial de apartarse de lo previsto en el fallo que ha de ejecutar. En este caso, estima el Ministerio Público que se ha declarado judicialmente la inexistencia de vinculación entre la plaza ocupada por la recurrente y la del readmitido Sr. Vidal, de la que se ha deducido la nulidad del despido y la obligación para el Servicio Valenciano de Salud de readmitir a la demandante como interina hasta que se cubra o amortice reglamentariamente la plaza. Siendo así, la decisión del Tribunal Superior de Justicia modifica claramente en la fase de ejecución la Sentencia dictada por él mismo, fundándose ahora en la imposibilidad de readmitir por la misma causa que en su día motivó el cese de la actora. El Fiscal estima que el órgano judicial ha ignorado su propio pronunciamiento firme, mediante una argumentación que carece de apoyo, puesto que, no sólo se deriva de ella la modificación de la Sentencia, sino que resulta extraña a los supuestos realmente previstos en el art. 284 de la Ley de Procedimiento Laboral. Finalmente, llama la atención sobre el hecho de que hubo una primera decisión judicial, que devino firme, acordando no abrir el incidente de no readmisión, admitiéndose sin embargo la segunda solicitud del Servicio de Salud con idénticas alegaciones que las realizadas la primera vez, dando lugar al devenir judicial que ha terminado con la Sentencia recurrida en amparo.

8. Por providencia de 8 de enero de 1998, se acordó señalar el día 12 para la deliberación y votación de la presente Sentencia.

## **II. Fundamentos jurídicos**

1. Como ha quedado recogido con mayor detalle en los antecedentes, doña Pilar Alfonso fue cesada en su puesto de médico interino por el Servicio Valenciano de Salud, el cual alegó para ello la readmisión obligada de otro facultativo -Sr. Vidal- cuyo despido había sido declarado nulo en el

procedimiento correspondiente. La demanda por despido presentada por la Sra. Alfonso fue estimada tanto por la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Valencia de 25 de noviembre de 1992, como por la dictada en suplicación por el Tribunal Superior de Justicia, de fecha 23 de noviembre de 1993, declarando esta última que el cese de la recurrente en amparo no había sido motivado por la readmisión del Sr. Vidal, ya que en ninguna actuación del proceso se había hecho referencia alguna a que la plaza de la actora fuese la misma que ocupaba el facultativo readmitido. En consecuencia, los citados órganos judiciales declararon nulo el despido y condenaron al Servicio Valenciano de Salud a la readmisión de la demandante como interina hasta que se cubriese o amortizase la plaza.

Ya en fase de ejecución de la Sentencia firme recaída en suplicación, el Servicio de Salud solicitó la apertura del incidente de no readmisión, al objeto de sustituir la obligación de readmisión por la extinción del contrato con indemnización, alegando que aquélla resultaba imposible al ocupar la plaza el Sr. Vidal y aportando para justificarlo un certificado en el que constaba la sucesión de contratos interinos con los que se había venido cubriendo aquélla. Tras una serie de resoluciones judiciales cuyo contenido ha quedado expuesto en los antecedentes, recayó la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia que constituye el objeto de este recurso de amparo. En ella se rechaza que la nulidad del despido lleve aparejada la readmisión como única solución, ya que el art. 284 de la Ley de Procedimiento Laboral contempla el supuesto de que la readmisión sea imposible por cese o cierre de la empresa, en cuyo caso procede la indemnización. Por otra parte, considera que la readmisión en este caso chocaría frontalmente con la legislación que regula el acceso a los puestos en la Administración Pública e incluso con preceptos constitucionales, y entiende que al resultar jurídicamente imposible la readmisión por ser ilegal se impone la modificación de la Sentencia en el sentido de que, aún siendo nulo el despido, la readmisión impuesta legalmente para la generalidad de las empresas debe ser sustituida en este caso por la indemnización prevista para el despido improcedente. En consecuencia, el Tribunal Superior revoca el Auto del Juzgado que imponía la readmisión para que, en su lugar, se cite a las partes al incidente de no readmisión o, subsidiariamente, se sustituya la obligación de readmitir por la de la indemnización, con abono de los salarios de tramitación.

La recurrente en amparo considera que esta decisión del T.S. de Justicia vulnera los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 14, 24.1 y 25 C.E por las razones que han quedado expuestas en los antecedentes. La Conselleria de Sanitat i Consum de la Generalitat Valenciana se opone a la estimación del recurso y, por su parte, el Ministerio Fiscal interesa la estimación parcial por vulneración del derecho a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes y a la ejecución de las mismas.

2. De las distintas vulneraciones de derechos fundamentales alegadas en la demanda de amparo, la cuestión principal planteada en ella y que constituye el núcleo de la argumentación

consiste en determinar si la decisión del Tribunal Superior dictada en ejecución de Sentencia, en los términos y con el alcance que se acaban de exponer, ha vulnerado el derecho a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes en relación con el derecho a la ejecución de las mismas en sus propios términos, respecto de cuya infracción el Ministerio Fiscal entiende que procede otorgar el amparo. Esta cuestión debe, por tanto, ser examinada en primer término, ya que la eventual estimación de este motivo del recurso haría innecesario un pronunciamiento sobre el resto de las vulneraciones alegadas que, a la vista de los términos en que se plantean, están esencialmente relacionadas en su alcance y fundamentación con la cuestión principal.

Para entrar en la valoración, desde la perspectiva constitucional aludida, de la Sentencia impugnada en amparo, ha de recordarse previamente que la resolución judicial que debía ejecutarse había declarado que no existía ninguna vinculación entre la plaza en la que fue cesada la recurrente y la del facultativo readmitido, ya que ni en la Sentencia que acordó esta readmisión, ni en el nombramiento de la Sra. Alfonso, ni en ninguna actuación del proceso se había hecho referencia a que ésta ocupase el mismo puesto que precedentemente había ocupado dicho facultativo. Los órganos judiciales entendieron que esta falta de vinculación entre una y otra plaza impedía al Servicio de Salud alegar la readmisión del Sr. Vidal como causa del cese de la recurrente, el cual fue calificado, por tanto, como despido nulo, confirmándose en suplicación la condena del Juzgado de lo Social a la inmediata readmisión de aquélla en su mismo puesto con carácter interino hasta que la plaza se cubriese o amortizase.

La readmisión de la recurrente no era sino la consecuencia jurídica establecida legalmente para el despido nulo, ya que el pronunciamiento judicial se encuentra en este extremo determinado por las previsiones tanto de la norma sustantiva (art. 55.6 del Estatuto de los Trabajadores, en adelante E.T) como de la procesal (art. 113 de la Ley de Procedimiento Laboral, en adelante L.P.L.), de forma que la Sentencia, al recoger aquéllas, delimitaba ya la condena que había de ejecutarse. Al respecto conviene añadir que, a diferencia de la regulación de la ejecución de las Sentencias de despido nulo establecida en el texto procesal laboral de 1980, desde 1990 (Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, así como en la redacción vigente dada por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril) el legislador ha previsto que la ejecución de dichas Sentencias sobre despido nulo se lleve a cabo en sus propios términos, es decir, está dirigida a la readmisión efectiva del trabajador y a la reanudación de la relación laboral, efecto que ya había adelantado la jurisprudencia de este Tribunal para el caso específico de los despidos nulos por vulneración de derechos fundamentales. A tal objetivo sirven, reforzándolo, las medidas previstas en el art. 282 de la L.P.L., que garantizan al trabajador el percibo de sus salarios y el alta con cotización en la Seguridad Social - así como, en su caso, la continuidad en el ejercicio de sus funciones representativas- en el supuesto de que el empleador no cumpliera la orden de reposición. La ejecución de la Sentencia por el órgano judicial se encuentra, pues, claramente ordenada al objetivo de la readmisión efectiva,

excluyendo, con carácter general y a diferencia de lo previsto en el texto anterior de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980, que aquélla pueda ser sustituida por la extinción del contrato mediante indemnización, como sucede en el despido improcedente, con la única excepción del cese o cierre acreditado de la empresa dada la imposibilidad física de readmitir al trabajador (art. 284 de la L.P.L.). Tales son los términos establecidos por el legislador dentro de los cuales el órgano judicial ha de dar efectividad a lo declarado en el fallo de la Sentencia que se ejecuta (STC 67/1984, fundamento jurídico 2º).

Sin embargo, en el presente supuesto, la ejecución de la Sentencia en sus propios términos se vio interferida por la petición del Servicio de Salud de que la readmisión se sustituyera por la extinción del contrato con abono de indemnización, alegando que aquélla resultaba imposible según pretendió acreditar con una certificación propia en la que se exponía la vinculación de la plaza de la recurrente con la ocupada por el facultativo readmitido. Tras las distintas resoluciones judiciales señaladas en los antecedentes, la Sentencia impugnada en amparo declaró que la readmisión de la Sra. Alfonso resultaría ilegal por contravenir las normas de acceso al empleo en la Administración Pública, por lo que, aún siendo nulo el despido, aquélla debía ser sustituida por la extinción del contrato y el abono de la indemnización correspondiente.

3. La cuestión que se suscita en amparo no se limita, pues, a determinar si la decisión judicial impugnada vulnera el derecho a la ejecución de las resoluciones al posibilitar la sustitución de la readmisión por la extinción del contrato con indemnización en un supuesto de despido nulo, sino si este resultado final es consecuencia de una previa vulneración del derecho a la inmodificabilidad de las Sentencias firmes, que garantiza la efectividad del derecho a la tutela judicial y constituye el presupuesto de la ejecución, según ha declarado reiteradamente este Tribunal (SSTC 119/1988, 16/1991, 19/1995).

La correcta delimitación del problema que hemos de resolver y del derecho fundamental afectado tiene especial trascendencia en este caso puesto que, con carácter general, la jurisprudencia constitucional ha tenido ocasión de declarar, desde su STC 58/1983, que el derecho a la ejecución de las Sentencias no alcanza a cubrir las modalidades con las que aquélla se pueda satisfacer, ya que tan constitucional resulta una ejecución en la que se observe identidad total entre el contenido del fallo y lo ejecutado finalmente, como aquélla en la que, bien por disposición legal bien por razones atendibles, la condena original se sustituya por su equivalente pecuniario u otro tipo de prestación (doctrina posteriormente reiterada en SSTC 69/1983, 67/1984, 205/1987, 149/1989, 194/1991, 61/1992, 322/1994). De acuerdo con este criterio, corresponde al órgano judicial tanto la interpretación de los preceptos legales que eventualmente prevean la sustitución mencionada como la determinación y ponderación de las circunstancias y razones atendibles que puedan justificarla (SSTC 33/1987, 194/1991, 61/1992 y AATC 393/1984, 700/1984), tareas éstas que, con

independencia del acierto con que se lleven a cabo en términos de legalidad ordinaria, no pueden ser revisadas en amparo, salvo que la decisión de los órganos judiciales exceda de aquellos términos y alcance a vulnerar derechos fundamentales (STC 58/1983).

Así sucede, en primer lugar, en los despidos declarados nulos por vulneración de derechos fundamentales del trabajador, para los que, como desde un principio declaró la jurisprudencia constitucional al configurar este supuesto específico de nulidad, la lesión declarada del derecho sólo queda reparada a través de la readmisión del trabajador, siendo inaplicable la opción por la extinción del contrato con la indemnización propia del despido improcedente - que posibilitaba la legislación procesal laboral anterior a 1990- (entre otras, SSTC 13/1981, 45/1985, 88/1985, 104/1987, 114/1989, 80/1990, 66/1993), puesto que, declarado judicialmente que el despido es nulo porque vulnera un derecho fundamental del trabajador, la ejecución de la readmisión no afecta sólo al art. 24.1 C.E., sino que, sobre todo, compromete la reparación misma del derecho lesionado (SSTC 33/1986, 66/1993).

En segundo término, la decisión judicial de sustituir la readmisión por la extinción del contrato puede, eventualmente, llegar a colisionar con otras manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva. Y es que, con independencia de los diversos problemas que puedan plantearse y ciñéndonos ahora al que se suscita en la demanda de amparo, hemos declarado también que aquella sustitución debe realizarse por los cauces legalmente previstos, de manera que no suponga una alteración del fallo contraria a la seguridad jurídica (STC 149/1989, fundamento jurídico 2º) o, dicho de otra forma, la decisión del órgano judicial adoptada en la fase de ejecución se encuentra limitada, desde la perspectiva constitucional, por la inmodificabilidad de la Sentencia que se ejecuta, cuyo fallo no puede ser modificado o alterado, considerando no sólo el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte ejecutante, sino también el de la parte ejecutada (STC 219/1994).

En este sentido, constituye un criterio sólidamente asentado en las decisiones de este Tribunal el de que es, precisamente, aquel derecho el que proscribe que las resoluciones judiciales queden sin efecto, de modo que, una vez firmes, no pueden ser revisadas o modificadas al margen de los cauces previstos legalmente para ello incluso cuando se observase con posterioridad que no resultó ajustada a la legalidad ya que, de otro modo, la reapertura de lo ya decidido por la Sentencia firme privaría de efectividad a la tutela judicial (SSTC 67/1984, 15/1986, 119/1988, 149/1989, 189/1990, 16/1991, 231/1991, 142/1992, 34/1993, 304/1993, 380/1993, 23/1994, 57/1995, 106/1995, 1/1997). De este modo, como declara la misma jurisprudencia constitucional, la inmodificabilidad de las resoluciones firmes, aunque conectada al principio de seguridad jurídica recogido en el art. 9.3 C.E., queda integrada en el contenido del art. 24.1 C.E. actuando, por lo que ahora interesa destacar, como presupuesto de la ejecución de aquéllas. En concreto respecto a esta ejecución, la intangibilidad de las resoluciones judiciales conectada con el derecho a la tutela judicial efectiva prohíbe al órgano judicial reabrir en esta fase del procedimiento el debate sobre extremos ya decididos por la Sentencia

(SSTC 149/1989, 34/1993), alterar el sentido del fallo que debe ejecutar (STC 143/1993), introducir cuestiones nuevas no debatidas en el procedimiento (SSTC 152/1990, 1/1997) o anular éste (STC 15/1986), así como revisar el criterio sobre la legalidad aplicable a la ejecución (STC 67/1984).

4. De la doctrina expuesta en orden a la ejecución de las resoluciones judiciales, se desprende que la Sentencia recurrida en amparo vulnera el derecho a la inmodificabilidad de las resoluciones firmes atendiendo a dos órdenes de consideraciones.

En primer término, porque supone la reapertura del debate objeto del procedimiento al admitir las alegaciones del Servicio de Salud justificando la supuesta imposibilidad de la readmisión de la recurrente a partir de un certificado emitido por él mismo, con el que se trataba de acreditar que la plaza ocupada por aquélla era la misma en la que había sido readmitido el anterior facultativo. Debe recordarse que la Sentencia objeto de la ejecución con la que concluyó el procedimiento, había rechazado expresamente la readmisión de aquél como causa del cese de la recurrente precisamente porque no se había acreditado ni resultaba de las actuaciones la vinculación entre ambas plazas, lo que evidencia claramente que la cuestión suscitada en ejecución por la parte condenada era la misma que la debatida en el proceso, al que sin duda pudo haber aportado el mencionado certificado que, en su caso, hubiera podido ser contradicho por la entonces actora y considerado por los órganos judiciales para declarar a partir de él la procedencia o improcedencia del cese de aquélla. En consecuencia, reiterar de nuevo en ejecución que la readmisión de la recurrente resultaba imposible porque su plaza se encontraba ocupada por el anterior titular readmitido significaba reabrir el debate sobre si tal readmisión justificaba o no la extinción definitiva del contrato de aquélla, debate ya resuelto y concluido en el procedimiento que declaró nulo el despido, cuyas consecuencias no podían ser eludidas en ejecución sin que constase ninguna circunstancia sobrevenida que condicionara aquélla y pudiera debatirse en el incidente de ejecución (STC 91/1993). La reapertura de lo que fue objeto del litigio se aprecia claramente a la vista de las actuaciones recibidas por este Tribunal, ya que los posteriores trámites judiciales llevados a cabo en cumplimiento de la Sentencia que ahora se impugna han conducido a la efectiva extinción del contrato de trabajo de la actora por imposibilidad de la readmisión deducida de la alegada vinculación de plazas que, debatida en el proceso, había sido rechazada por la Sentencia objeto de la ejecución.

En un segundo orden de cosas, se hace imprescindible considerar, desde la perspectiva constitucional, el alcance del razonamiento jurídico de la Sentencia recurrida. Según ya se ha puesto de relieve anteriormente, la readmisión del trabajador constituye la consecuencia fijada legalmente para el despido nulo, siendo la propia norma la que prefigura el contenido del pronunciamiento judicial y, consecuentemente, el objeto de la ejecución, sin más excepciones que las previstas por ella misma. La solución legal vigente no atribuye al empleador la opción por la extinción, propia del despido improcedente, ni prevé en ejecución la sustitución de la readmisión por aquélla salvo que se

acredite el cierre de la empresa, a diferencia de la previsión legal anterior a 1990, cuya aplicación no afectaba al derecho a la ejecución según mantuvo reiteradamente la jurisprudencia constitucional (SSTC 58/1993, 69/1983, 205/1987, 149/1989, 61/1992, 322/1994 y AATC 393/1984 y 700/1984) con la excepción ya señalada de los despidos nulos por vulneración de derechos fundamentales. En el supuesto sometido ahora a este Tribunal, es evidente que la Sentencia impugnada no ha aplicado las consecuencias legalmente fijadas para la nulidad del despido, sin que tampoco se haya acreditado la imposibilidad de proceder a la readmisión por cese o cierre de la empresa, puesto que de las razones contenidas en la resolución impugnada y sin que sea precisa ninguna interpretación del art. 284 L.P.L., vedada a este Tribunal, se desprende con toda claridad, como señala el Ministerio Fiscal, que ni la cuestión suscitada por la parte condenada en el trámite de ejecución ni el resto de las razones aducidas por el órgano judicial guardan ninguna relación con la previsión del cierre contenida en aquel precepto.

La resolución recurrida en amparo declara que, aun siendo nulo el despido, no procede la readmisión de la Sra. Alfonso porque resultaría ilegal al contravenir las normas de acceso a la Administración, negando con ello la aplicación de los efectos legales propios de la nulidad y sustituyéndolos, según su propia interpretación, por la extinción del contrato. Pues bien, como advierte la recurrente en su demanda, no se especifican en la resolución judicial las normas que supuestamente resultarían infringidas ni los motivos de tal infracción en un supuesto, como es el caso, en el que la readmisión no tiene carácter indefinido sino tan sólo interino y hasta la cobertura o amortización de la plaza. Resulta, pues, claro que el Tribunal Superior ha introducido en la fase de ejecución de la Sentencia un razonamiento jurídico dirigido no a declarar si la readmisión resultaba o no posible a la vista de la circunstancia alegada por la parte condenada, sino a alterar los efectos previstos legalmente para el despido nulo declarándolos inaplicables, por ilegales, en el caso de la recurrente por prestar ésta sus servicios en la Administración Pública. La argumentación del órgano judicial modifica con ello claramente el contenido del fallo que se debía ejecutar al revisar las premisas normativas que lo prefiguraban, manteniendo ahora la ilegalidad de una readmisión cuya adecuación a las normas no fue apreciada por la Sentencia que, dictada por la misma Sala, puso fin al procedimiento judicial tras confirmarse por ella la nulidad del despido. Si el Tribunal Superior entendía que esta nulidad y la consecuente readmisión de la trabajadora debía exceptuarse en este caso porque aquélla prestaba servicios en la Administración, es evidente que no podía revisar ni rectificar en trámite de ejecución la legalidad o no de las consecuencias sobre las que ya se había pronunciado en el fallo, como tampoco podía reconsiderar en esa fase el ajuste entre las normas laborales que imponen la readmisión del trabajador y las que regulan el acceso a los puestos de la Administración. Todo ello pudo haberse considerado, en su caso, en la Sentencia dictada en suplicación, máxime tratándose de una excepción a la aplicación de las consecuencias legales del despido nulo y de una cuestión que, como se desprende de la doctrina judicial de los Tribunales

ordinarios, resulta controvertida y, en general, contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias del T.S. 27 de julio y 22 de septiembre de 1992, 26 de julio de 1995, 7 de octubre de 1996). De ello resulta que el razonamiento de la Sentencia impugnada no sólo suscita una cuestión que excede del limitado ámbito de un incidente abierto en ejecución -limitación reiteradamente declarada por este Tribunal (SSTC 33/1987, 205/1987, 152/1990, 73/1991)-, sino que constituye una revisión de la legalidad aplicada por la propia Sala en su Sentencia de 23 de noviembre de 1993 que, de admitirse, implicaría una alteración del fallo contraria a la inmodificabilidad de las Sentencias firmes y, por tanto, a la tutela judicial efectiva que se traduce en el derecho a la ejecución de las mismas en sus propios términos. Es, pues, procedente otorgar el amparo que se solicita por la recurrente.

5. La estimación del recurso por el motivo principal planteado en la demanda, hace innecesario pronunciarse sobre el resto de las infracciones denunciadas, conforme se ha expuesto al iniciar esta fundamentación jurídica.

## **F A L L O**

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por doña Pilar Alfonso Ferrer y, en consecuencia:

1º. Declarar que se ha vulnerado a la recurrente el derecho a la tutela judicial efectiva.

2º. Restablecerla en su derecho, para lo cual se declara la nulidad de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 28 de diciembre de 1994.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a doce de enero de mil novecientos noventa y ocho.

# ARCHIVO ADJUNTO

4º

-SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
77/1983, DE 3 DE OCTUBRE DE 1983-

**STC 77/1983, de 3 de octubre de 1983**

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Jerónimo Arozamena Sierra, Presidente, y don Francisco Rubio Llorente, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don

Francisco Tomás y Valiente, don Antonio Truyol Serra y don Francisco Pera Verdaguer, ha pronunciado

## **EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

## **S E N T E N C I A**

En el recurso de amparo núm. 368/1982, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Luciano Rosch Nadal, asistido por el Letrado don Carlos Fernández Santacruz y Sánchez Matamoros, en nombre de don Tomás Gómez Rodríguez, contra el Acuerdo del Gobierno Civil de Cádiz, de 22 de octubre de 1981, que impuso al recurrente una sanción pecuniaria y que fue confirmado por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla de fecha 14 de julio de 1982.

Han sido parte en el asunto el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado y ha sido Ponente el Magistrado don Luis Díez-Picazo, quien expresa el parecer de la Sala.

### **I. Antecedentes**

1. Sobre las veintiuna horas del día 24 de julio de 1981 se recibió en la Sala del 091 de la Comisaría de Policía de Cádiz una llamada telefónica anónima, en la cual una voz, al parecer de varón, dijo: «A las once horas hará explosión un artefacto en el Gobierno Civil.» Acto seguido se cortó la comunicación.

En los antecedentes que este Tribunal ha tenido a la vista se manifiesta que el «operador de servicio» intervino el teléfono del que procedía la llamada y que a solicitud del mencionado «operador» la Compañía Telefónica informó que del teléfono del que procedía la llamada era titular don Daniel González Rendón, domiciliado en la calle Colarte, núm. 6, de Cádiz.

Personada la dotación de un coche de Policía en el domicilio referido y franqueada la entrada en el mismo por doña Francisca González Vecino, que se hallaba en él en compañía de dos hijos de corta edad, la dotación policial comprobó que el teléfono estaba intervenido y en comunicación directa con la Sala 091 y que en el local se encontraba también Tomás Gómez Rodríguez, yerno del titular del local, que había abandonado momentos antes el domicilio para trasladarse a su lugar de trabajo en «Astilleros Españoles, S. A.», de Matagorda.

2. Los hechos de que se ha hecho mención dieron lugar a unas diligencias sumariales y a una causa, que el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Cádiz, en juicio oral y público por desórdenes

públicos contra don Tomás Gómez Rodríguez, absolvió a éste del delito del que era acusado. En su Sentencia, fechada el 6 de febrero de 1981, el Juez de Instrucción manifestó que, sin desconocer las apariencias que señalaban al acusado como autor de la incívica y reprobable acción que se le imputaba, existían argumentos que permitían otorgarle credibilidad. Entre estos argumentos señalaba el Juez que faltaba en los autos un informe técnico preciso acerca del sistema de detección de llamadas que utiliza la Policía; la falta de seguridad de que la llamada fuera hecha por un varón; la improbabilidad de que una persona medianamente informada cometa un acto como el que se imputaba al acusado valiéndose de un teléfono propio y el dato de que, en su opinión, una falsa alarma, como la que era objeto de juicio, sólo puede ser obra de un demente, oligofrénico o fanático o de un ser totalmente antisocial, condiciones que no concurrían en el acusado.

3. Por Acuerdo de 22 de octubre de 1981 el Gobierno Civil de Cádiz impuso a Tomás Gómez Rodríguez una multa de 500.000 pesetas por haber realizado la susodicha llamada anónima. Contra la Resolución del Gobierno Civil de Cádiz interpuso el sancionado recurso contencioso-administrativo ante la Sala de la Audiencia Territorial de Sevilla, la cual dictó Sentencia con fecha 14 de julio de 1982 desestimando el recurso y confirmando el acto administrativo recurrido por considerarlo conforme con el ordenamiento jurídico.

En su Sentencia, la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla, tras reconocer la presunción de inocencia, que, como derecho que asiste a todos y que supone que la culpabilidad de una persona no puede presumirse, sino que debe ser probada, según el párrafo 2.º in fine del art. 24 de la Constitución, estableció que estimaba probada la culpabilidad del recurrente, porque él era el único varón que había en el domicilio del que partió la llamada cuando la misma se produjo, él mismo reconocía que en aquél momento se hallaba en tal domicilio y según el informe de la Compañía Telefónica, la Sala del 091 tiene la posibilidad de poner en funcionamiento un dispositivo de detección de llamadas, de suerte que, según el mencionado informe, la posibilidad de error es mínima.

4. Con fecha 23 de septiembre de 1982 el Procurador de los Tribunales don Luciano Rosch Nadal, actuando en nombre y representación de don Tomás Gómez Rodríguez, interpuso ante este Tribunal recurso de amparo. Solicitaba en él la declaración de inconstitucionalidad de la sentencia recurrida dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia de Sevilla y la consiguiente nulidad de la misma.

El recurso de amparo se fundamentaba en la infracción del párrafo tercero del art. 9 de la Constitución, toda vez que, en opinión del recurrente, no pueden imponerse sanciones gubernativas y penales por unos mismos hechos y cuando los actos contrarios al orden público revisten los caracteres de delito han de enviarse al órgano jurisdiccional competente los antecedentes y las

actuaciones practicadas para que éste proceda a su enjuiciamiento. De ello resulta, según el criterio del recurrente, que cuando el Gobierno Civil de Cádiz, el 22 de octubre de 1981, acordó la imposición de la sanción, carecía de competencia para hacerlo. Y si se estimara que la recuperó después de la Sentencia absolutoria del Juzgado de Instrucción, hay que argüir que entonces no la ejercitó. Además de ello alegaba el recurrente la violación del párrafo segundo del art. 24 de la Constitución, en orden a su derecho del Juez ordinario predeterminado por la Ley, que excluye la posibilidad de ser condenado por un órgano sin competencia para ello y el derecho a la presunción de inocencia que a su juicio no se respeta cuando la prueba que se aduce es un elemento mecánico del que se admite una posibilidad de error por mínima que ésta sea.

5. Admitido el recurso de amparo de que queda hecho mérito en los anteriores apartados de esta Sentencia, se otorgó, de conformidad con el art. 52 de la LOTC, un plazo de veinte días al recurrente, al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado para que dentro de él pudieran alegar lo que a su derecho conviniera.

El recurrente ha evacuado el traslado mediante escrito de 11 de marzo de 1983. En él manifiesta que la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla, al desestimar el recurso interpuesto contra el Acuerdo del Gobierno Civil de Cádiz infringe el art. 9 de la Constitución. Ello se deduce fundamentalmente del hecho de que en opinión del recurrente cuando el Gobierno Civil de Cádiz impuso sanción el día 22 de octubre de 1981, no tenía competencia para hacerlo, por lo cual, la sanción debió ser declarada nula de pleno derecho por la Audiencia Territorial. En segundo lugar, acusa el recurrente la infracción del párrafo segundo del art. 24 de la Constitución que, en su opinión, resulta infringido en dos de sus postulados: en cuanto al derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, que se viola al permitir que haya sido el recurrente condenado por quien no tenía competencia para ello como es el caso de la Autoridad Administrativa y en cuanto al derecho de la presunción de inocencia, ya que el único elemento de convicción que existía para que el juzgador, que en su caso fue la Autoridad Gubernativa, llegara al convencimiento sobre la autoría de los hechos enjuiciados fue el control de un elemento mecánico al que se le admite una posibilidad de error.

El Abogado del Estado expuso en su escrito de alegaciones que el recurso plantea realmente el tema único de si ha habido violación del derecho a la presunción de inocencia del cual trata expresamente el tercer considerando de la Sentencia impugnada; de cuya lectura se desprende que no ha existido vulneración alguna, pues aquella presunción resulta destruida por la apreciación de la prueba; y que a tal conclusión no se opone una Sentencia penal absolutoria habida cuenta de la distinta naturaleza del ilícito penal y el ilícito administrativo. Concluía suplicando se dicte Sentencia denegatoria del amparo.

El Ministerio Fiscal ha interesado del Tribunal el otorgamiento del amparo alegando que se infringió el art. 2 del Decreto del año 1977 que obliga a la autoridad gubernativa a suspender el procedimiento hasta que se produzca la sanción penal; que la resolución gubernativa viene impedida por el principio non bis in idem y que el recurrente se encuentra con dos resoluciones de los Poderes Públicos, una que es preferente en el orden sancionador y que le absuelve y otra que, cuando menos en el proceder, es dependiente de la anterior y que le condena, sin que la determinación de los hechos y hasta su propia valoración varíe, sólo porque en un caso no se estima acreditada su participación y en el otro sí, lo que apunta a una inseguridad jurídica que sólo el otorgamiento del amparo puede superar, basando su concesión no precisamente en la presunción de inocencia en que se basa la demanda sino en el derecho de todo ciudadano a la tutela jurídica.

6. Por acuerdo fechado el 27 de abril del corriente año la Sala decidió, con suspensión del plazo para pronunciar Sentencia, comunicar a los comparecidos en el proceso la eventual existencia, con relevancia para la decisión, del motivo consistente en la violación del art. 25.1 de la Constitución, en lo que se refiere a la potestad sancionadora de la Administración y les otorgó un plazo común de diez días para que sobre tal motivo alegaran lo que a su derecho pudiera convenir.

Dentro del plazo mencionado en el apartado anterior, han efectuado las correspondientes alegaciones la representación del recurrente, el Abogado del Estado y el Fiscal del Estado.

El recurrente entiende que el art. 25.1 de la Constitución impone claros límites a la potestad sancionadora de la Administración entre los que se encuentra el que tal potestad se ejercite según la legislación vigente, por lo que, a su juicio, es claro que el Gobierno Civil de Cádiz, en el momento de imponer la sanción no tenía ninguna potestad para ello, lo que resulta del Real Decreto-ley 6/1977, texto en virtud del cual no puede imponerse sanción gubernativa encontrándose los hechos pendientes de enjuiciamiento criminal, añadiendo que, en su opinión, la Autoridad gubernativa sólo puede imponer sanción por hechos que hayan sido objeto de enjuiciamiento criminal, en el caso de que tales hechos no sean declarados delito y sean constitutivos de falta. Concluye el recurrente su alegación diciendo que en modo alguno pueda suceder que el Juez ordinario dicte Sentencia absolutoria no por no ser los hechos constitutivos de delitos, sino por ser el procesado el autor de los mismos y a continuación la Autoridad gubernativa lo considera autor de los mismos hechos. Por todo ello, en su opinión, se produce la violación del art. 24 de la Constitución por no respetarse el derecho de los ciudadanos del Juez predeterminado por la Ley y el art. 25 por haberse excedido la Administración de los límites impuestos en su potestad sancionadora.

El Fiscal General del Estado, en su escrito de alegaciones reitera su posición en punto a que se estime la pretensión del amparo, por considerar que se ha violado el art. 24.1 o el 25.1 de la Constitución.

A juicio del Fiscal, la referencia al art. 25 de la Constitución plantea, en primer lugar, el problema de si la potestad sancionadora de la Administración está, como el *ius puniendi* del Estado, subordinada a reserva de Ley, de modo que tienen que ser definidos por Ley formal y no por disposición de rango inferior las sanciones administrativas; problemática que no tiene cabida en el presente caso, desde el momento en que la sanción impuesta por el Gobierno Civil de Cádiz recayó en un imperativo de Ley formal que era el art. 2 b) de la Ley de Orden Público de 30 de junio de 1969. Tampoco puede plantearse dentro del art. 25.1 de la Constitución. Un problema de subsunción que versa en punto a si la conducta sancionadora fue debida o indebida encaja en el precepto legal porque este sería un problema de legalidad ordinaria debidamente revisada por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Finalmente, señala el Fiscal que a su juicio la resolución gubernativa no pudo quebrantarse sin el principio *non bis in idem* porque dictada una Sentencia firme en el orden judicial que declara no acreditada la participación de los acusados en los hechos, no puede sin violar dicho principio, recaer en otra instancia una resolución sancionadora, ese principio tiene amparo en el art. 25.1 de la Constitución el derecho fundamental que en él se consagra, resulta quebrantado.

Finalmente, el Abogado del Estado, en su escrito de alegaciones, ratificó su escrito anterior y solicita que se dicte Sentencia denegatoria del amparo solicitado. Señala el Abogado del Estado que la cuestión relativa al art. 25.1 no se invoca en la demanda de amparo en que el tema de la posible incompetencia de la Autoridad administrativa se realice a la luz del juez ordinario predeterminado por la Ley. A juicio del Abogado del Estado, aun cuando el asunto se quiera trasladar de un precepto constitucional al otro, no puede llegarse a una solución que satisfaga la pretensión del recurrente. A su juicio, del párrafo 3.º del art. 2 del Real Decreto-ley 6/1977, de 25 de enero, se deduce que siempre que los procedimientos penales terminen sin declaración de responsabilidad, el tema puede volver a la autoridad gubernativa para que ésta decida si los actos son sancionables como actos contrarios al orden público. De ello resulta a su juicio que las sanciones administrativas pueden imponerse en todos aquellos casos en que el fallo es de declaración sin responsabilidad y no únicamente en aquellos en que la declaración de la autoridad judicial sea la de que no constituyen delito.

7. Por providencia de 13 de julio pasado se señaló para la deliberación y votación del recurso el día 21 de septiembre, en que tuvo lugar.

## **II. Fundamentos jurídicos**

1. Con objeto de dejar allanado el camino para un mejor planteamiento de este asunto, conviene señalar previamente cuáles de las alegaciones realizadas por las partes no pueden en este

trance acogerse. Así, la alegación que en el recurso se hace del párrafo 3.º del art. 9 de la Constitución, como uno de los fundamentos jurídicos de la pretensión de amparo no puede acogerse, porque es manifiesto que, de acuerdo con el art. 53, apartado 2 de la propia Constitución y de lo que dispone el art. 41 de la Ley Orgánica de este Tribunal, los derechos susceptibles de amparo son únicamente los reconocidos en los arts. 14 a 29, además de la tutela de la objeción de conciencia reconocida en el art. 30.

Tampoco puede decirse que en el caso de esta acción se haya violado la presunción de inocencia consagrado por el art. 24 de la Constitución, porque tal presunción supone que la carga probatoria corresponde a los acusadores y que toda acusación debe ir acompañada de probanzas de los hechos en que consiste, pero el derecho a la presunción de inocencia no permite calibrar la mayor o menor abundancia de las pruebas ni la apreciación que de acuerdo con el ordenamiento legal hayan hecho los órganos de aplicación de la Ley. En este sentido, hay que destacar que en el caso del que el recurso deriva hubo pruebas tenidas en cuenta, como fueron las declaraciones testificales, las declaraciones del propio acusado y los elementos mecánicos del control de llamadas telefónicas puestos en marcha únicamente ante la ilícita amenaza de explosión de una bomba. Es verdad que unas mismas pruebas condujeron al juez de instrucción a aplicar en beneficio del reo el criterio de la duda razonable y al Gobierno Civil a darlos como hechos probados, pero este acto no permite suponer que se haya violado la presunción de inocencia, porque lo que ocurre es que las apreciaciones del material probatorio fueron distintas, lo que plantea un problema de carácter diverso sobre el que volveremos después.

Tampoco es posible decir, como se pretende en la demanda de amparo, que se haya vulnerado el derecho al juez predeterminado por la Ley. La hipotética violación de este derecho es pretendida por la parte recurrente sobre la base de que el Gobierno Civil no pudo actuar mientras las actuaciones estaban pendientes de fallo de la autoridad judicial. Sin embargo, de esta premisa no se puede deducir una violación del derecho al juez predeterminado por la Ley. El recurrente fue juzgado por el juez ordinario que la Ley predeterminaba y si pudo ser sancionado por un órgano de la Administración como es el Gobierno Civil, ello depende sólo de la existencia y de los límites de la potestad sancionadora de la Administración, de manera que la violación del derecho al juez no aparece producida.

2. El problema central que el presente recurso de amparo plantea es el relativo a la extensión y a los límites de la potestad sancionadora de la Administración, dado que la característica más saliente del asunto es la desarmonía entre la apreciación de los hechos por parte de la Autoridad judicial y la consiguiente decisión que sobre ellos pronunció y la llevada a cabo por el Gobierno Civil.

No cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones que no es ahora momento de exponer con detalle, entre las que se pueden citar la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con ese tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor intermediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados. Siguiendo esta línea, nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que, lejos de ello, la ha admitido en el art. 25, apartado 3.º, aunque, como es obvio, sometiéndole a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos.

Debe, pues, subrayarse que existen unos límites de la potestad sancionadora de la Administración, que de manera directa se encuentran contemplados por el art. 25 de la Constitución y que dimanen del principio de legalidad de las infracciones y de las sanciones. Estos límites, contemplados desde el punto de vista de los ciudadanos, se transforman en derechos subjetivos de ellos y consisten en no sufrir sanciones sino en los casos legalmente prevenidos y de autoridades que legalmente puedan imponerlas.

3. Colocados de lleno en la línea a la que hemos llegado en el apartado anterior, podemos establecer que los límites que la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el art. 25.1 de la Constitución son: a) la legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, con la consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan; b) la interdicción de las penas de privación de libertad, a las que puede llegarse de modo directo o indirecto a partir de las infracciones sancionadas; c) el respeto de los derechos de defensa, reconocidos en el art. 24 de la Constitución, que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para imposición de sanciones, y d) finalmente, la subordinación a la Autoridad judicial.

La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la Autoridad judicial, exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera. De esta premisa son necesarias consecuencias las siguientes: a) el necesario control a posteriori por la Autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales

especiales, mientras la Autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada.

La cosa juzgada despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por Sentencia firme constituye la verdad jurídica y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema.

4. La Sentencia de este Tribunal de 30 de enero de 1981 («Boletín Oficial del Estado» núm. 47, de 24 de febrero) reconoce el principio llamado de non bis in idem íntimamente unido al principio de legalidad de las infracciones que recoge el art. 25 de la Constitución. El principio non bis in idem determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.

Consecuencia de lo dicho, puesto en conexión con la regla de la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la actuación de los Tribunales de justicia es que la primera, como con anterioridad se dijo, no puede actuar mientras no lo hayan hecho los segundos y deba en todo caso respetar, cuando actúe a posteriori, el planteamiento fáctico que aquéllos hayan realizado, pues en otro caso se produce un ejercicio del poder punitivo que traspasa los límites del art. 25 de la Constitución y viola el derecho del ciudadano a ser sancionado sólo en las condiciones estatuidas por dicho precepto.

5. Es consecuencia de todo ello que en el caso presente es nulo el acuerdo del Gobierno Civil de Cádiz de 22 de octubre de 1981, por el que se impuso la sanción y que debe anularse asimismo la Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 14 de julio de 1982 por no haber reconocido la violación que en el acto administrativo recurrido se había cometido.

## **F A L L O**

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por don Tomás Gómez Rodríguez y en su consecuencia anular el Acuerdo del Gobierno Civil de Cádiz de 22 de octubre de 1981, por el que se impuso al recurrente la sanción de 500.000 pesetas de multa y la Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 14 de julio de 1982, que declaró el referido acto administrativo conforme con el ordenamiento jurídico.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a tres de octubre de mil novecientos ochenta y tres.



# ARCHIVO

# ADJUNTO

# 5º

-SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 1152/1994 -

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 525/1991  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: REC. REVISION  
Ponente: JOSE MARIA RUIZ-JARABO  
FERRAN Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

VISTO por la Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el presente recurso de revisión número 525/91, interpuesto por el Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, en la representación que de esta última ostenta, contra la sentencia dictada el 28 de enero de 1.991 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, recaída en el recurso 1.950 de 1.988, sobre sanción por infracción laboral.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La empresa Hornos Ibéricos Alba, S.A., interpuso recurso contencioso- administrativo contra la resolución de la Consejería de Fomento y Trabajo de la Junta de Andalucía -Dirección General de Trabajo y Seguridad Social- de 29 de septiembre de 1.988, desestimatoria del recurso de alzada formulado contra sanción por infracción laboral impuesta por la Delegación Provincial de dicha Consejería de Almería, recurso en el que seguido por sus trámites, recayó sentencia de fecha 28 de enero de 1.991, dictada por la Sala de este orden jurisdiccional de Granada, en la que se estimó dicho recurso y se anularon las resoluciones impugnadas.

SEGUNDO.- Notificada a las partes la anteriormente mencionada sentencia, el Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía interpuso contra la misma recurso de revisión, en escrito presentado ante este Tribunal Supremo el 4 de marzo de 1.991, con fundamento en el motivo previsto en el apartado b) del artículo 102-1 de la Ley de esta Jurisdicción.

TERCERO.- Pasadas las actuaciones al Ministerio Fiscal a los efectos del artículo 1.802 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el mismo se informó que procedía la admisión a trámite del recurso.

CUARTO.- Por último, en providencia del 16 de noviembre de 1.993 se señaló para la votación y fallo de este recurso el día 14 del corriente mes de febrero, fecha en la que tuvo lugar el acto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía impugna en el presente recurso de revisión, la sentencia dictada el 28 de enero de 1.991 por la Sala de este orden jurisdiccional de Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa Hornos Ibéricos Alba, S.A., contra una resolución de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Fomento y Trabajo de la mencionada Junta, anuló la multa de 25.000 pesetas que a dicha empresa le había sido impuesta por infracción de normas de Seguridad e Higiene en el Trabajo, articulándose este recurso de revisión al amparo del motivo establecido en el apartado b) del artículo 102-1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, en redacción anterior a la Ley 10/1.992, de 30 de abril, al alegarse por la Junta recurrente que la precitada sentencia es contraria a la doctrina establecida en la sentencia de esta misma Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 22 de abril de 1.989, que ante un supuesto de hecho muy similar al resuelto en la sentencia ahora impugnada, ya que en aquélla se trataba también de una sanción impuesta a una empresa en la misma materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo

con motivo de un accidente laboral, llegaba a conclusiones divergentes con las de la sentencia recurrida, todo ello con base en fundamentos jurídicos y ante pretensiones sustancialmente iguales.

Resulta, pues, evidente la práctica coincidencia en las sentencias confrontadas de los elementos subjetivos, objetivos y causales que en aquellas concurren, así como que su "ratio decidendi" es contradictoria, ya que la sentencia ahora impugnada establece que en materia de seguridad e higiene del trabajo, la empresa no puede hacer más que observar los preceptos y disposiciones de la Orden de 9 de marzo de 1.971 - Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo- poniendo a disposición del trabajador las oportunas medidas de seguridad, pero no puede exigirse al empresario que desarrolle una actividad policial y de control sobre el trabajador, en cuya esfera de libre comportamiento individual no puede intervenir. Frente a esto, la sentencia de este Tribunal Supremo opuesta como contradictoria, declara que además de la obligación del trabajador de usar los medios y dispositivos de seguridad, la empresa también debe adoptar cuantas medidas sean necesarias en orden a la plena eficacia de la debida prevención de riesgos, por lo que no es admisible que si el trabajador no ha usado los mecanismos y medidas de protección que de aquélla exonerada de toda responsabilidad, "porque la Ordenanza no se limita sólo a detallar los mecanismos y medidas de protección sino que exige su efectivo uso por parte de todos los que intervienen en el proceso productivo; no se trata de una responsabilidad objetiva que ineludiblemente dirige una responsabilidad a ultranza, sino de una culpa in vigilando", por lo que se exige a la empresa "la continua vigilancia en el cumplimiento de las normas".

SEGUNDO.- Admitida, por consiguiente, la concurrencia de los elementos que configuran el motivo de revisión del antiguo artículo 102-1- b), y la indudable contradicción de las sentencias confrontadas, evidente resulta que el debido enjuiciamiento del presente recurso de revisión debe discurrir de conformidad con la doctrina establecida en la sentencia de este Tribunal Supremo de 22 de abril de 1.989, continuadora de un muy reiterado criterio jurisprudencial que ha venido sosteniendo que en el desarrollo de la actividad laboral de una empresa existe un "deber de seguridad" por parte del titular de aquélla que obliga a exigir al trabajador la utilización de los medios dispositivos preventivos de seguridad, impidiendo, si ello fuera necesario, la actividad laboral de quienes, por imprudencia o negligencia, incumplan el debido uso de aquéllos, incluso a través del ejercicio de la potestad disciplinaria, y es que, como se dice en la sentencia de 22 de octubre de 1.982, "la deuda de seguridad de la empresa con sus trabajadores no se agota con darles los medios normales de protección sino que viene además obligada a la adecuada vigilancia del cumplimiento de sus instrucciones que deben tender no sólo, a la finalidad de proteger a los trabajadores del riesgo genérico que crea o exige el servicio encomendado, sino además de la prevención de las ordinarias imprudencias profesionales", doctrina que es continuadora de lo anteriormente establecido en las sentencias de 4 de octubre y 6 de noviembre de 1.976, donde se resalta que como contrapartida a la facultad organizadora de la empresa por su titular, sobre éste recae la escrupulosa observancia de las medidas preventivas en la seguridad del trabajo, no siendo enervada tal obligación por la posible imprudencia del trabajador.

TERCERO.- Por todo lo expuesto, y habiéndose establecido como doctrina prevalente la declarada en supuestos similares por la sentencias de este Tribunal Supremo de 22 de abril de 1.989 y las anteriores de 22 de octubre de 1.982 y 4 de octubre y 6 de noviembre de 1.976, es por lo que debe estimarse el presente recurso de revisión y con rescisión de la sentencia objeto del mismo, declarar la desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa Hornos Ibéricos Alba, S.A., contra la resolución de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Trabajo de la Junta de Andalucía de fecha 14 de septiembre de 1.988, no procediendo hacer especial pronunciamiento sobre costas, al no darse el supuesto del artículo 1.809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

Por lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere el pueblo español .

## FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el presente recurso de revisión número 525/91, interpuesto por el Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía contra la sentencia dictada el 28 de enero de 1.991 por la Sala de este orden jurisdiccional de Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, recaída en el recurso número 1.950 de 1.988, sentencia que procede rescindir y, en su lugar, declaramos la desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa Hornos Ibéricos Alba, S.A., contra la resolución de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Fomento y Trabajo de la Junta de Andalucía de fecha 14 de septiembre de 1.988. Todo ello sin hacer imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en su caso en el Boletín Oficial del Estado, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACION.- Leída



y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando constituida la Sala en audiencia pública, de lo que como Secretario de la misma, CERTIFICO.- Madrid, a

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ

# ARCHIVO ADJUNTO

6º

-REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO  
Y ASUNTOS SOCIALES NÚMERO 74 -

# La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social por infracotizaciones

JOSÉ MARÍA CARPENA NIÑO \*

## 1. INTRODUCCIÓN

La actividad de protectora de la Seguridad Social se fundamenta en la suficiencia de medios con los que afrontar el pago de las prestaciones. El sistema de reparto que rige en nuestra Seguridad Social, tiene su sustento y fuente de ingresos en las cotizaciones de empresas y trabajadores. La cotización se convierte por tanto en una obligación que nace desde el inicio de la actividad laboral, surtiendo idéntico efecto la mera solicitud del alta del trabajador. La perentoriedad de las cotizaciones se verifica en que la falta de presentación de la solicitud de afiliación/alta no impide el nacimiento de la obligación de cotizar desde el momento en que concurren los requisitos que determinan la inclusión de un trabajador en el Régimen que corresponda. A su vez, la obligación de cotizar se mantiene durante todo el período en que el trabajador desarrolla su actividad, continuando en determinadas situaciones en las que si bien no presta servicios en la empresa, ésta sí se encuentra impelida a mantener las cotizaciones. Estas situaciones son la incapaci-

dad temporal; el riesgo durante el embarazo; el descanso por maternidad y paternidad; el cumplimiento de deberes de carácter público; el desempeño de cargos de representación sindical (siempre que no den lugar a excedencia en el trabajo o al cese en la actividad); los permisos y licencias que no dan lugar a excedencias en el trabajo y los convenios especiales. Por último, la obligación se extingue con el cese en el trabajo, siempre que se comunique la baja en el tiempo y forma establecidos. En los casos en que no se solicita la baja o se formula fuera de plazo, no se extingue la obligación de cotizar sino hasta el día en que la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante TGSS) conoce el cese en el trabajo por cuenta ajena, en la actividad por cuenta propia o en la situación determinante de la inclusión en el Régimen de la Seguridad Social de que se trate.

Esta suficiencia de medios impele a la Seguridad Social a articular medidas de aseguramiento de esta obligación cuyo incumplimiento se concreta de dos formas. Por un lado empresas que incurren en infracotización, situación en la cual la empresa deja de aportar ingresos a la Seguridad Social sin que exista una dejación total de la obligación, existiendo una amplia gama de supuestos en los que esto se verifica. Por otro lado, la falta total

\* Abogado del bufete Sagardoy. Profesor asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad Francisco de Vitoria de Madrid.

de cotización, situación en la que como el nombre indica, la empresa suspende o no llega siquiera a efectuar las cotizaciones a las que se encuentra obligada. Mientras que la segunda causa puede ser de fácil detección por las entidades gestoras, la primera es mucho más difícil, articulándose para ello distintos elementos con los que verificar estas situaciones. No obstante, en ocasiones, no es hasta que el trabajador –en estos casos podríamos asegurar que también víctima– solicita el cobro de una prestación, que surge o se descubre la existencia de este tipo de conductas.

Las situaciones de infracotización que pueden verificarse, en ocasiones responden a conductas dolosas o fraudulentas, mientras que en otras, como se verá más adelante en este estudio, se deben a falta de conocimiento, control interno o una deficiente gestión administrativa en las empresas, no existiendo una intención defraudatoria.

La Seguridad Social, ante, sobre todo las conductas voluntarias de infracotizar, se encuentra en una continua lucha contra el fraude. En este sentido resulta aleccionador traer a colación los datos obrantes en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, según los cuales en el primer semestre del presente año, la TGSS ha reclamado 229 millones de euros a empresas que usaron ingeniería jurídico-financiera para eludir el pago. El volumen de fraude detectado por la policía de la Seguridad Social ha pasado de 33 millones de euros en 2004 a 54,13 millones de euros en los seis primeros meses de 2007. Así, el control del fraude realizado por la TGSS ha reducido la tasa de morosidad a mínimos históricos (1,07% a principios de 2007), mientras que la deuda pendiente de cobro ha caído un 6,1%, hasta situarse en 3.600,03 millones de euros en el primer semestre del presente ejercicio. Al mismo tiempo, los ingresos por cotizaciones en periodo voluntario se han elevado un 7,47%. Estos datos revelan que el fraude existe, si bien también se aprecia la morosidad en el pago de las cotizaciones por parte de las empresas, aunque en un grado poco relevan-

te. Por otra parte, también se verifica el aumento de la efectividad de la Administración en la detección y lucha contra el fraude.

El derecho de la Administración de la Seguridad Social para determinar las deudas que las empresas mantienen con la TGSS cuyo objeto está constituido por cuotas, así como la acción para exigir su pago prescribe a los cuatro años (artículo 21 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio por el que se aprueba la Ley General de la Seguridad Social, en adelante, LGSS). La prescripción se interrumpe por las causas ordinarias y, en todo caso, por cualquier actuación administrativa realizada con conocimiento formal del responsable del pago conducente a la liquidación o recaudación de la deuda y, especialmente, por su reclamación administrativa mediante reclamación de deuda o acta de liquidación (artículos 30 y 31 LGSS).

En este artículo se pretende efectuar un breve estudio sobre la responsabilidad de las empresas ante situaciones de infracotización o falta de cotización. Por esta razón se limita a examinar la relevancia de estas conductas dentro del Régimen General, omitiéndose las implicaciones existentes en los demás Regímenes. En unos casos ésta se verifica ante la demanda, por un trabajador o extrabajador (jubilación, prestación por desempleo) de una prestación de la Seguridad Social, en otros por la actuación de la Inspección de Trabajo, que como indica el artículo 13.1 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, puede actuar de oficio, por propia iniciativa o a través de la interposición de la correspondiente denuncia.

## 2. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA COTIZACIÓN EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La inclusión o exclusión de una partida económica de la hoja de salario tiene una

repercusión notable desde el punto de vista de la Seguridad Social, dado que las percepciones extrasalariales hasta unos determinados límites, establecidos por la normativa, no integran la base de cotización, quedando excluido su importe de la cotización a la Seguridad Social (artículo 109 LGSS y 23 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, en adelante, RGC); por tanto, dichas retribuciones no repercuten en las prestaciones de la Seguridad Social que se puedan causar a lo largo del desarrollo o de la extinción de la relación laboral.

Sucesivas reformas legales han acotado significativamente la no cotización de dichas partidas, excluyéndose de la base de cotización, siempre que no alcancen los límites establecidos legalmente. Por tanto, con el Derecho vigente actual no se puede identificar plenamente la noción legal de salario que se maneja con la legislación laboral (artículo 26 ET), con la remuneración total que integra la base de cotización en el Régimen General que abarca un concepto de dimensión más amplia.

Dicha exclusión de la cotización solamente queda confirmada si la concreta percepción económica responde a una causa extrasalarial. En este sentido, la minoración de la base de cotización con el consecuente ahorro de la cuota que se ha de ingresar por el empresario ha sido contemplada como la causa determinante de la utilización fraudulenta de dichas percepciones extrasalariales, cuando realmente se trataba de auténticas partidas salariales, siendo un caso constante en los supuestos de infracotización<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Desde este punto de vista y como han apuntado las STSJ de Castilla-La Mancha de fecha 23 de noviembre de 1999 (AS 1999\4278) y de fecha 29 de junio de 2000, (AS 2000\2939): «en la práctica es frecuente la utilización fraudulenta de este tipo de elementos retributivos –se refiere a las indemnizaciones o suplidos del ET–, con la finalidad de reducir los costes laborales, al

Hecha la anterior salvedad, el artículo 109 de la LGSS, al igual que el artículo 23.1 del RGC, establece que la base de cotización para todas las contingencias, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedades profesionales está constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, que, con carácter mensual, tenga derecho a percibir el trabajador o la que efectivamente perciba de ser ésta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena.

De la dicción del artículo se extrae como conclusión que, a efectos de cotización, se computa la remuneración devengada en el mes a que esta se refiere. Así, el concepto de «remuneración devengada en el mes» se refiere a la retribución percibida por el trabajador en el mes a que se refiere la cotización por razón del trabajo realizado durante dicho mes. Es por ello esencial que tanto la adquisición del derecho a una determinada percepción económica como su pago tengan periodicidad mensual. Como señala el artículo 106 LGSS, la obligación de cotizar nace con el mismo comienzo de la prestación del trabajo. De ahí que como señala la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de diciembre de 2006 (AS 2007\1416) no quepa la exoneración de responsabilidad empresarial por infracotización cuando ésta es imputable al mes en que comenzó a prestar servicios el trabajador afectado, momento en que, en el caso

quedar excluido su importe de cotización a la Seguridad Social, lo que ha obligado a reformas legales que limitan sensiblemente los supuestos de no cotización. La no cotización de estas cantidades, cuando realmente son parte de salario y no compensación de gastos, perjudica de forma importante a los trabajadores, ya que estas retribuciones no repercutirán en las prestaciones de Seguridad Social (incapacidad temporal o permanente, jubilación, desempleo, etc.)...». «En todo caso, debe primar su verdadera naturaleza por encima de la denominación formal que se le pueda dar por los interlocutores sociales, pues en muchos casos se encubre realmente, bajo la denominación de indemnizaciones o suplidos, auténticas partidas salariales, excluidas así de su cotización al Sistema de aseguramiento...».

estudiado, sufre un accidente de trabajo. Según defendía la empresa enjuiciada, respecto a dicho trabajador, dado que no había débito alguno de la empresa anterior a la contratación, ya que las cuotas correspondientes a tal período de trabajo debían ser ingresadas dentro del mes siguiente a su devengo y hasta que no terminara el mismo, se está en período voluntario de ingreso y no siendo posible además su ingreso, razón por la que, dado que los únicos descubiertos a tener en cuenta para determinar el alcance de la responsabilidad empresarial por defectos de cotización son los anteriores al accidente, no cabía imputar responsabilidad prestacional a la empresa. Lo que venía a decir la empresa es que aunque se efectuó una infracotización (considerada además dolosa), no podía tener efecto respecto a la prestación por el accidente de trabajo acaecido, ya que el pago se efectuó al mes siguiente de ocurrir este, imputando la responsabilidad, no en el momento del devengo, sino en el del pago. El Tribunal, interpretando la LGSS, concluye atribuyendo la responsabilidad a la empresa argumentando que, carecía de trascendencia que la infra-cotización se produjera tan solo en el mes en el que se produjo el accidente de trabajo y no antes, habida cuenta que la prestación de servicios del actor se inició en el indicado mes y aunque el ingreso de la cotización de dicho mes se produzca en el siguiente es indudable que afecta al mes en que se produjo el siniestro y por lo tanto el incumplimiento empresarial no atañe a hechos acaecidos posteriormente.

Dentro de esta imputación mensual de ingresos que señala la Ley, también se computan las partes proporcionales de conceptos de carácter extraordinario. En este sentido señala el mencionado artículo 109.1 LGSS que las percepciones de vencimiento superior al mensual se prorratean a lo largo de los doce meses del año. Entre éstas cabe señalar las gratificaciones extraordinarias a las que el trabajador tenga derecho y, por lo general, aquellos otros conceptos retributivos que ten-

gan una periodicidad en su devengo superior a la mensual o que no tengan carácter periódico.

La Orden TAS/31/2007, de 16 de enero de 2007 por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional señala en este sentido que a la remuneración devengada en el mes a que se refiere la cotización, se añade la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias establecidas y de aquellos otros conceptos retributivos que tengan una periodicidad en su devengo superior a la mensual o que no tengan carácter periódico y se satisfagan dentro del ejercicio económico del año en curso. A tal efecto, el importe anual estimado de dichas gratificaciones extraordinarias y demás conceptos retributivos se debe dividir por 365, y el cociente que resulte multiplicarlo por el número de días que comprenda el período de cotización de cada mes. En el caso de que la remuneración que corresponda al trabajador tenga carácter mensual, el indicado importe anual se dividirá por doce.

Aunque se abordará esta cuestión en un apartado específico de este artículo, conviene señalar que el incumplimiento empresarial de la obligación de cotización determina la exigencia de responsabilidad de la empresa para los supuestos de infracotización, en cuanto al pago de las prestaciones de Seguridad Social a las que pudiera tener derecho el trabajador, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance (pago directo de la prestación por el importe no cotizado).

### 3. ANÁLISIS DE SITUACIONES QUE PUEDEN DAR LUGAR A INFRACOTIZACIONES

Aunque del tenor literal de la Ley pueda parecer que la gestión de las cotizaciones a la Seguridad Social es una cuestión de escasa complicación práctica, lo cierto es que en el devenir diario de las empresas surgen dudas

y complicaciones, bien por la impericia o desconocimiento de las personas a quienes se encarga la gestión y control de estas cuestiones<sup>2</sup>, bien por la dificultad inherente a conceptos concretos, que inducen a error. Dejando a un lado en este momento aquellas situaciones en las que existe un ánimo defraudatorio, es preciso efectuar un breve análisis de aquellas situaciones que pueden originar una infracotización. En numerosas ocasiones la dificultad se origina ante conceptos retributivos de generación superior al mes. Otras por el acogimiento errado a la regulación de un determinado convenio colectivo o un mal encuadramiento del trabajador en una categoría profesional. En las próximas líneas siguientes se analizarán estos elementos y su tratamiento a efectos de Seguridad Social.

### 3.1. Cantidades abonadas en concepto de vacaciones no disfrutadas

La cotización de las vacaciones no disfrutadas fue objeto de un amplio debate, habiéndose incluso defendido por algún sector doctrinal el carácter indemnizatorio de las percepciones económicas abonadas en tales conceptos, ya que legalmente solo es posible percibir las al finalizar la relación laboral. No obstante, han sido numerosas las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo que han afirmado el carácter salarial de dichas percepciones, independientemente de la denominación «compensatoria» o «indemnizatoria» atribui-

<sup>2</sup> STSJ de Castilla-La Mancha de 6 de noviembre de 2006: «Las deficiencias descritas se debieron a la incorrecta llevanza por error de la persona, ajena a la empresa, que tenía encomendada la elaboración de los documentos relativos a los seguros sociales, ya que dicha persona era especialista en cuestiones contables más que laborales. La inspección de trabajo no estimó oportuno levantar acta de infracción ni tampoco de liquidación, al producirse el ingreso directamente tras la constatación de la deficiencia y el requerimiento».

da por las partes, y por ello, la procedencia de efectuar la correspondiente cotización.

Ha quedado pues claro que la compensación en metálico por las vacaciones no disfrutadas constituye una remuneración que percibe el trabajador por razón del trabajo realizado por cuenta ajena y no está expresamente prevista entre los conceptos excluidos del cómputo de ellos, por lo que sin duda alguna debe ser incluida la base de cotización a la Seguridad Social.

Por esta razón, en estos casos, la situación legal de desempleo y el nacimiento del derecho a las prestaciones se producen cuando ha transcurrido dicho período, siempre que se solicite dentro del plazo de los quince días siguientes a su finalización.

Este período de vacaciones debe hacerse constar en el Certificado de Empresa facilitado al trabajador, se computará como de cotización. Durante este tiempo, al trabajador se le considera en situación asimilada a la de alta (artículo 209.3 y 210.4 LGSS).

En lo que se refiere al modo en que debe efectuarse su cotización, la Dirección General del Régimen Jurídico de la Seguridad Social ha mostrado una postura oscilante. Por Resolución de 20 de julio de 1989, se determinó que: «el importe global de las vacaciones se prorrateará, mes a mes, dividiendo a tal efecto su importe por el número de días de duración del contrato, o por el número de meses si el trabajador tiene remuneración mensual, o por el número de días o de meses transcurridos desde el disfrute de las últimas vacaciones. Finalmente se aplicarán los tipos y topes correspondientes a cada mes».

Lo anterior fue modificado por la Subdirección General de Recursos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en el mes de diciembre de 1995 cuando al resolver un recurso planteado contra unas Actas de Liquidación fundamentadas en ese criterio, estimó: «que las vacaciones tienen por finali-

dad facilitar un período de descanso del trabajador, en razón del tiempo trabajado por lo que, por su propia naturaleza, la cotización, por las vacaciones no disfrutadas no puede dividirse por meses ya que tal concepto constituye una única cantidad pagada como compensación en metálico junto con el resto de la liquidación del contrato y en consecuencia debe de estar sujeta al tope máximo de cotización del mes en que se abone esa liquidación».

Sin embargo, este criterio no fue utilizado por la Dirección General de la Seguridad Social que, en resolución de 31 de enero de 2000 requirió a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que actuara teniendo en cuenta que: «las cantidades percibidas por los trabajadores en concepto de vacaciones no disfrutadas habrán de cotizarse a la Seguridad Social mediante una declaración complementaria prorrateando la cuantía en los meses que corresponda».

La necesidad de fijar un criterio concreto en la materia, que la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 29 de enero de 2001 estableció, de forma clara y tajante que: «Cuando la retribución tenga como causa el abono de vacaciones no disfrutadas, la misma se prorrateará mes a mes, dividiendo a tal efecto su importe por el número de días de duración del contrato, o por el número de meses si el trabajador tiene retribución mensual, o por el número de días o de meses transcurridos desde el disfrute de las últimas vacaciones, aplicándose igualmente los tipos y topes correspondientes a cada mes». (Disposición adicional primera).

La Órdenes posteriores el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales han perpetuado este criterio, siendo recogido en la Orden TAS/31/2007<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Artículo 28: «Las percepciones correspondientes a vacaciones anuales devengadas y no disfrutadas y que sean retribuidas a la finalización de la relación laboral serán objeto de liquidación y cotización complementaria a la del mes de la extinción del contrato. La liquida-

### 3.2. Cantidades abonadas en concepto de prima de resultados

La prima de participación es un concepto salarial recogido en algunos convenios colectivos, así como en la práctica de muchas empresas que optan por incentivar la productividad de sus trabajadores y los buenos resultados corporativos. Los nombres y tipos de este tipo de retribución son múltiples, atendiendo a los elementos que determinan su generación y su forma de ejecución, bonus, participación en beneficios, prima de productividad, stock options, son algunos de ellos. Son las propias empresas las que determinan los criterios para la generación y cobro de estas percepciones, lo que eleva la casuística, siendo escasos los convenios colectivos que la contemplan sin convertirlas en una paga ulterior sujeta al resultado empresarial o incluso ajeno a éste (XXI Convenio Colectivo de bancos privados).

Es práctica casi unánime en las empresas que estas primas se abonen bajo la modalidad de pago único en los primeros meses del año, una vez se han efectuado las correspondientes evaluaciones a los trabajadores o en el momento en que el trabajador abandona la entidad, si así se tiene pactado y se ha generado el derecho.

La Orden TAS/31/2007, en su artículo 27 establece la forma en que debe procederse al abono de este tipo de percepciones extraordinarias. De igual forma –mediante la correspondiente liquidación complementaria, a

ción y cotización complementaria comprenderán los días de duración de las vacaciones, aun cuando alcanzen también el siguiente mes natural o se inicie una nueva relación laboral durante ellos, sin prorrateo alguno y con aplicación, en su caso, del tope máximo de cotización correspondiente al mes o meses que resulten afectados. No obstante lo establecido en el párrafo anterior, en los supuestos en que, mediante ley o en ejecución de ésta, se establezca que la remuneración a percibir por el trabajador deba incluir la parte proporcional correspondiente a las vacaciones devengadas, se aplicarán las normas generales de cotización».

cuyo fin se toman las bases, topes, tipos y condiciones vigentes en los meses a que los citados salarios correspondan— se liquidan aquellas gratificaciones que no puedan ser objeto de cuantificación anticipada total o parcialmente, a efectos del prorrateo establecido en el artículo 1, —el importe anual estimado de dichas gratificaciones extraordinarias y demás conceptos retributivos se divide por 365, y el cociente que resulte se multiplica por el número de días que comprenda el período de cotización de cada mes—, a cuyo fin las empresas deben formalizar una liquidación complementaria por las diferencias de cotización relativas a los meses del año ya transcurridos, e incrementar, en la parte que corresponda, las cotizaciones pendientes de ingresar durante el ejercicio económico del año 2007. Estas liquidaciones complementarias se deben confeccionar con detalle separado de cada uno de los meses transcurridos.

En estos supuestos, pues, la norma establece un procedimiento de liquidaciones complementarias que puede resultar sumamente complicado desde el punto de vista de la gestión administrativa del personal. Se trata por tanto de aplicar a estas percepciones y en general a todas aquellas que tengan una periodicidad superior a la mensual o que no tengan carácter periódico el principio de pago, es decir, aunque su devengo corresponda a un ejercicio económico anterior, la cotización ha de realizarse dentro del ejercicio económico en el que efectivamente se ha realizado su pago<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> En cuanto al procedimiento para proceder a la formalización de estas liquidaciones complementarias debe señalarse el criterio que se contiene en las Circulares internas de la Tesorería General de la Seguridad Social, que se pronuncian en los siguientes términos: «Esta liquidación se formalizará en un único TC-1 siempre y cuando corresponda al mismo año natural y durante el período de que se trate proceda aplicar iguales tipos de cotización y porcentajes de recargo. Se confeccionará, asimismo, un único modelo TC-2 aunque se componga de páginas con períodos de liquidación distintos para cada uno de los meses del período objeto de la liquida-

### 3.3. Cantidades abonadas en concepto de premio por permanencia en la empresa (veinte, treinta o cuarenta años de servicio)

Al igual que en el caso anterior, son múltiples los convenios colectivos (Convenios Colectivos estatales para la fabricación de helados; de productos químicos y droguería; de Cajas de Ahorro) y las empresas que en el ámbito interno regulan la concesión de un premio a los trabajadores con mayor vinculación temporal en la prestación de sus servicios.

En el presente supuesto y, a diferencia de lo que ocurre en los dos supuestos analizados anteriormente, nos hallamos ante un concepto sometido a condición (artículo 1.114 del Código Civil). Esto es, el derecho nace si se cumple una condición: que el empleado llegue a cumplir ciertos años de servicio en la empresa.

Ello implica que, hasta que no se consolida el derecho, no existe obligación de cotizar a la Seguridad Social. Una vez consolidado el derecho, dado el carácter salarial del concepto y no habiendo sido excluido del cálculo de la base de cotización por el RGC, es obligatoria su cotización.

Si bien parece cierto que no cabe cuestionar el carácter cotizante de esta percepción económica, procede analizar cómo debe procederse a su cotización.

A este respecto, y siguiendo el tenor de la legislación, debe prorratearse la cantidad percibida. Ello, no obstante, no está exento de problemas y dudas, de carácter jurídico y de carácter práctico. Porque, ¿Qué cabe entender por prorrateo? ¿Prorrateo dentro de los doce meses anteriores al pago del premio? ¿Prorrateo dentro de los meses del año natural correspondientes al momento de pago del

ción (la numeración de las páginas será única y consecutiva en orden ascendente de período de liquidación)».

premio? ¿Prorratio en los veinticinco años de devengo del premio?

En principio, ninguna de las preguntas encuentra una respuesta clara en la normativa reguladora de la cotización a la Seguridad Social que se limita a referirse a «aquellos conceptos retributivos que tengan una periodicidad en su devengo superior a la mensual o que no tengan carácter periódico». Parece obvio que la posibilidad de realizar liquidaciones complementarias por los veinticinco años de devengo de la cantidad no es la solución; lo adecuado en estos casos es seguir la regla de cotización expresada en el supuesto previamente analizado.

Con este sistema del prorratio la Seguridad Social evita que estos conceptos variables queden exentos de cotización, dado que en el mes en que se abonan superan con creces el tope máximo de cotización al ser, por regla general, grandes cantidades. De esta forma se obliga a la empresa a diseminar la cantidad a lo largo del año y efectuar unas cotizaciones mayores.

No efectuar este prorratio conduce a una situación de infracotización, que puede estar sujeta a responsabilidad empresarial, según exista o no, intención defraudatoria, como se verá más adelante.

### 3.4. Cantidades abonadas en concepto de premio por permanencia en la empresa (veinte, treinta o cuarenta años de servicio)

Muchas empresas recogen como beneficio social para sus trabajadores el pago de un seguro colectivo de vida por muerte natural, muerte por accidente, invalidez en todos los grados, excepto parcial, por accidente, etc. Igualmente existen empresas que constituyen fondos de pensiones a favor de sus trabajadores, a los que efectúan las corrientes aportaciones. Por último, hay empresas que abonan uno o ambos beneficios en virtud de

un compromiso asumido en el convenio colectivo de aplicación o en el contrato de trabajo firmado con el trabajador. Estas percepciones tienen la consideración de percepciones en especie.

Desde una perspectiva de Seguridad Social, la regulación sobre la cotización de las cantidades satisfechas por las empresas por cada trabajador, se encuentra recogida en el artículo 109.2.f) de la LGSS, así como en el artículo 23.2.f) del RGC. Así, las cuantías que las empresas se encuentran obligadas a pagar a los trabajadores debido a acuerdos individuales o colectivos, se han de incluir en el recibo de salarios cotizando íntegramente<sup>5</sup>, a la vez que tributan como pago en especie a efectos de IRPF<sup>6</sup>. Del mismo modo, las cantidades dinerarias por gastos sanitarios entregados por las empresas a los trabajadores deben incluirse en la base de cotización, complementen o no prestaciones contributivas o no contributivas del sistema de la Seguridad social<sup>7</sup>. Por el contrario se encuentran exclu-

<sup>5</sup> No obstante, las contribuciones a los planes de pensiones o sistemas de previsión social alternativos a planes de pensiones, están excluidas de las bases de cotización siempre que el beneficio obtenido por el interesado suponga un complemento de la percepción otorgada por el Sistema en su modalidad contributiva, es decir, siempre que impliquen únicamente un plus de percepción sobre las prestaciones del Sistema en su modalidad contributiva, supuesto en el que tienen la consideración de mejoras de las prestaciones de la Seguridad Social.

<sup>6</sup> La dotación para un plan de pensiones se inserta dentro de las exclusiones señaladas por el artículo 26.2 del Estatuto de los Trabajadores, negándole naturaleza salarial, por tratarse de una mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social. Al igual que la prima de seguros que entra dentro del ámbito de la asistencia sanitaria complementaria.

<sup>7</sup> Según Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 30 de abril de 1998, las aportaciones efectuadas por los empresarios a Planes de Pensiones, así como a sistemas de previsión social complementaria a favor de sus trabajadores, están excluidas de la base de cotización a la Seguridad Social siempre que el beneficio obtenido por el interesado suponga un complemento de la percepción que le otor-

das de la base de cotización, hasta el veinte por ciento del IPREM, debiendo cotizarse por el exceso, las cantidades satisfechas por las empresas en concepto de primas de contrato de seguro, excepto por AT y responsabilidad civil (dado que tienen la consideración de asignaciones asistenciales) y las contribuciones a los planes de pensiones o alternativos<sup>8</sup>.

Alejadas de las percepciones en especie tratadas anteriormente se encuentran las asignaciones asistenciales que promueven las empresas. Entre ellas cabe destacar las primas de contrato de seguro por accidente de trabajo o responsabilidad civil del trabajador y las primas de contrato de seguro para enfermedad común del trabajador, con la posible inclusión del cónyuge y descendiente. Estos conceptos se encuentran igualmente excluidos de la base de cotización en el primer caso por su cuantía total y en el segundo hasta quinientos euros anuales por cada una de las personas incluidas.

En relación con la calificación de los seguros, como mejora voluntaria de la Seguridad Social, ésta no ha sido una cuestión pacífica. No obstante, existen numerosos pronunciamientos de nuestros tribunales decantándose, en su mayoría, por considerar la póliza de seguro como tal mejora voluntaria. La STSJ del País Vasco de 11 de julio de 2000, señala como «el riesgo garantizado por la póliza, de

muerte o invalidez absoluta del asegurado, se configura en el supuesto enjuiciado como una mejora voluntaria a la acción protectora de la Seguridad Social, dimanante de una práctica empresarial, que trae su causa de la relación laboral existente entre el asegurado y la tomadora del seguro, y en cuya virtud aquél quedaba amparado por la póliza colectiva de seguro suscrita por la empleadora, la utilización de un contrato de seguro para materializar la eficacia de la mejora, no desvirtúa dicha naturaleza laboral y la declaración de competencia del orden social no infringe el precepto invocado, cuya literalidad incluye las cuestiones concernientes al contrato de seguro, cuando amparen mejoras derivadas de la relación laboral, cual proclama el TS en doctrina unificada de 6 de octubre de 1998 (RJ 1998\7316) y 15 de marzo de 1999 (RJ 1999\2919)». En igual sentido se pronunciaba el TSJ de la Rioja en su sentencia de 10 de febrero de 1998, cuando señalaba como es «Es constante la doctrina legal, emanada del Tribunal Supremo –Sentencias de 20 septiembre y 25 octubre 1982 y 21 diciembre 1983, 4 y 8 junio 1984, 12 junio y 8 julio 1986, 2 y 14 abril y 22 septiembre 1987, 10 febrero y 10 abril 1989 expresiva de que, sin perjuicio de su naturaleza mercantil (o de cualquier otra índole), en cuanto el contrato de seguro incide en las relaciones de trabajo, ya sea por contrato individual, por Convenio Colectivo o por voluntaria decisión del empresario, ha de ser conceptualizado como mejora voluntaria de la acción protectora del Sistema de la Seguridad Social, afectado por la normativa reguladora de éstas». O, por último la STSJ de Madrid, de 18 de noviembre de 1996 (en relación con un contrato de seguro de vida): «el seguro de vida suscrito constituye una mejora voluntaria de cargo de la Seguridad Social y por ello carece de la condición legal de salario».

Es asimismo importante resaltar que el concepto de mejora voluntaria de prestaciones excluible de la base de cotización debe interpretarse en sentido amplio. Por ello y como quedó ya enunciado, las mejoras pue-

ga el Sistema de la Seguridad Social en su modalidad contributiva. Es decir, siempre que impliquen única-mente un plus de percepción sobre las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social en su modalidad contributiva.

<sup>8</sup> Al igual que se indicó anteriormente, las contribuciones a los planes de pensiones o sistemas de previsión social alternativos a planes de pensiones, están excluidas de las bases de cotización siempre que el beneficio obtenido por el interesado suponga un complemento de la percepción otorgada por el Sistema en su modalidad contributiva, es decir, siempre que impliquen única-mente un plus de percepción sobre las prestaciones del Sistema en su modalidad contributiva, supuesto en el que tienen la consideración de mejoras de las prestaciones de la Seguridad Social.

den derivarse de lo establecido en convenio colectivo, contrato de trabajo o decisión unilateral del empresario.

A partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo pueden deducirse los requisitos que debe cumplir la mejora voluntaria, que principalmente son: que se establezca sobre una prestación del Sistema de Seguridad Social; que la mejora consista en servicios o prestaciones no cubiertos en todo o en parte por dicha acción protectora; que exista una clara adecuación de la cuantía al fin a que se destina el complemento de que se trate.

### 3.5. Errónea aplicación de un convenio colectivo

No son escasas las ocasiones en las que una empresa aplica un convenio colectivo de forma errónea, debiendo aplicarse otro distinto. Una de las consecuencias de esta situación es la posible situación de infracotización. Así son numerosas las sentencias en las que se verifican estas situaciones. Un trabajador solicita una prestación por incapacidad absoluta o jubilación, por indicar dos supuestos y al establecer la Seguridad Social la base reguladora, el trabajador muestra su disconformidad por entender que es inferior a la que debiera corresponderle. La demanda se fundamenta en muchos casos en una aplicación equivocada de un convenio colectivo, indicándose cual debió ser aplicado. Los Tribunales resuelven la cuestión y en el caso de apreciarse la situación denunciada, ello conlleva que haya existido una situación de infracotización, lo que deriva en la responsabilidad de la empresa en materia de prestaciones.

### 3.6. Infracotización por aplicación errónea del CNAE

Otro supuesto relativamente frecuente de infracotización (también podría tratarse de

sobrecotización) empresarial es la que surgía por la aplicación errónea de uno de los epígrafes del RD 2930/1979, de 29 de diciembre, derogado en la actualidad y sustituido por el sistema de primas de cotización según CNAE. La discrepancia aquí surgía o surge cuando uno de los trabajadores de la empresa sufría un accidente de trabajo o una patología derivada de una enfermedad profesional. En estos casos, la entidad gestora cifra la base reguladora que es contestada por el trabajador por entender, en ese momento que la cotización efectuada no es correcta, lo que obviamente se concreta en una cuantía de la prestación inferior a la debida.

Es entonces cuando la discrepancia se tiene que dirimir por los Juzgados de lo Social, exigiéndose por el trabajador la prestación en la cuantía pretendida y por la entidad gestora la subsiguiente responsabilidad empresarial por infracotización<sup>9</sup>.

### 3.7. Falta de afiliación y alta del trabajador

Un caso de infracotización por ausencia total de cotizaciones es la ausencia de alta en el sistema de la Seguridad Social, ya sea por no afiliarle o cuando estando ya afiliado al Sistema, la empresa no procede a comunicar su alta. En estos casos, la mayoría de las veces existe un ánimo defraudatorio, dado que se omiten las más elementales obligaciones empresariales.

Así, se verifican casos en los que la empresa no da de alta a un trabajador durante un tiempo muy prolongado o situaciones en las que el tiempo es breve. Como en casos anteriores, la problemática surge cuando se produce la baja del trabajador por una incapaci-

<sup>9</sup> En este sentido las SSTSJ de Cataluña, de 18 de julio de 2005, (AS 2007\43661); Castilla-La Mancha, de 27 octubre de 2005, (AS2005\2981); Granada, de 18 de marzo de 2003 (AS 2003\1863).

dad temporal, de modo que al solicitar la prestación, la Seguridad Social la deniega por no encontrarse de alta<sup>10</sup>.

Una subespecie de esta tipología es el encuadramiento de un trabajador en un Régimen de la Seguridad de forma incorrecto. Esta situación se verifica con frecuencia en el caso de los denominados falsos autónomos. Las empresas celebran contratos de prestación de servicios, bien mercantiles, bien civiles, con personas físicas, que proceden a darse de alta en Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. En estos casos el error empresarial o el comportamiento doloso se verifica, bien por las situaciones antes descritas en las que el trabajador reclama una prestación, o bien por la actuación de la Inspección de Trabajo que entiende que el encuadramiento por la empresa es erróneo y por tanto debe ser corregido. En el primer caso puede que se derive la responsabilidad empresarial en el pago de prestación, dado que muy probablemente existan diferencias entre la prestación fijada por la entidad gestora y la que hubiera debido corresponderle al trabajador de haber estado de alta en el Régimen General y haber cotizado la empresa. No obstante, la responsabilidad no es objetiva o automática, como de hecho, en ninguno de los casos anteriormente relatados.

<sup>10</sup> Así ocurre en la STSJ de Canarias, de 20 de julio de 2005, (AS 2005\2568), en la que se produce este hecho, con la particularidad de que la trabajadora causa baja por incapacidad al inicio del mes siguiente al de ser contratada. La empresa da de alta a la trabajadora tres días después de producirse la baja y procede al abono de las cuotas dentro del plazo reglamentario. El Tribunal, aplica lo dispuesto en el artículo 35.1.1 del RD 84/1996, de 26 de enero, que aprueba el Reglamento General de Afiliación, Altas y Bajas a la Seguridad Social, concluyendo que no estaba en situación de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, con todas las consecuencias a ello inherentes. Ver también las SSTSJ del País Vasco, de 23 de septiembre de 2003, (AS 2003\3673) y Cantabria, de 20 de marzo de 2003, (AS 2003\3000).

#### 4. INCIDENCIA DE LAS SITUACIONES DE INFRACOTIZACIÓN EN LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

La infracotización empresarial puede dilatarse en el tiempo sin que se produzca un hecho que la deje al descubierto. La empresa que incurre en esta conducta puede hacerlo, de una forma dolosa o por error, como ya se ha verificado en este estudio. En el primer supuesto existe un ánimo defraudatorio que tiene como objeto eludir las obligaciones en materia de Seguridad Social con el consiguiente ahorro de coste que ello supone. En el segundo supuesto existe un error, culpable o no, por el que la empresa entiende que cumple con sus obligaciones frente a la Seguridad Social. En uno y otro caso, no obstante se puede estar ocasionando un daño futuro al trabajador.

Esta conducta empresarial, aunque puede dilatarse en el tiempo por un período más o menos prolongado, tiene siempre un momento en el que se pone de manifiesto. Este momento surge cuando, o bien el trabajador acude a solicitar una prestación de la Seguridad Social, o bien cuando la Inspección de Trabajo, en su labor de control descubre estas situaciones. En este estudio nos centraremos en la primera situación.

Cuando el trabajador acude a la Seguridad Social instando la concesión de una prestación, ya sea por jubilación, por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes o por accidente de trabajo, etc., la infracotización tiene un impacto relevante en el éxito de la solicitud.

Así, cuando lo que existe o ha existido durante un tiempo ha sido una ausencia total de cotización y cuando se trata de prestaciones por contingencias comunes la infracotización se puede manifestar, bien en la falta de consecución del período de carencia exigido por la legislación, bien en una minoración de la cuantía de la prestación, en el caso de que la carencia esté cubierta.

La carencia se constituye como un requisito para causar derecho a determinadas prestaciones de la Seguridad Social, artículo 124 LGSS, que con carácter general son todas aquellas derivadas de contingencias comunes<sup>11</sup> Si por la falta de alta del trabajador y por tanto por la falta de cotización se verifica que no se han cubierto los períodos mínimos exigidos para generar el derecho a la prestación<sup>12</sup>, la entidad gestora procede a denegar el derecho a la prestación, con lo que en el caso de producirse la responsabilidad de la empresa, esta sería total.

Por otro lado, puede que a pesar de la actuación de la empresa sí se haya cubierto el período de carencia o que lo solicitado por el trabajador sea una prestación derivada de un accidente, sea o no de trabajo o a raíz de una enfermedad profesional, casos en los que no se exige un período de carencia. Esto sin embargo, no significa que la falta de alta de un trabajador no incida en la prestación y que por ello no pueda exigirse responsabilidad a la empresa. En estos casos, la repercusión del incumplimiento de la empleadora en la prestación causada no incide ciertamente en el

<sup>11</sup> Incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, artículo 130; invalidez permanente derivada de enfermedad común, artículo 138; maternidad, artículo 133.ter, apartado 1; paternidad, artículo 133.nonies; jubilación, artículo 161; desempleo, artículo 210, todos ellos de la LGSS.

<sup>12</sup> En este sentido es relevante la STSJ de Granada, de 29 de mayo de 2007, en la que se dilucidó el derecho de un trabajador a solicitar la pensión de jubilación anticipada en su condición de mutualista en cualquier Mutuallidad laboral de trabajadores por cuenta ajena con anterioridad al 1 de enero de 1967. El INSS denegó el derecho al considerar que no tenía tal condición siendo sus primeras cotizaciones de 21 de octubre de 1968. No obstante se acreditó que, del 28 de septiembre de 1963 al 3 de octubre del mismo año había estado de alta sin que constara cotización alguna. El Tribunal concluyó que existía el derecho del trabajador a acceder a la jubilación anticipada, así como que la empresa que había dado de alta al trabajador pero no había cotizado, incurría en una responsabilidad proporcional respecto a la pensión reconocida.

requisito de carencia necesario para que el trabajador cause el derecho, pero sí en la cuantía de la pensión. Por ello no puede decirse en rigor que el incumplimiento empresarial no tenga trascendencia en la relación jurídica de protección, ya que repercute directamente en el importe de la pensión a percibir por el beneficiario de Seguridad Social al producirse un incremento de su base reguladora con las cantidades sobre las que se debió cotizar la empresa durante el tiempo en que el trabajador no estuvo de alta en el Sistema<sup>13</sup>.

Por tanto, se observa que los supuestos de infracotización empresarial, inciden en las prestaciones de la Seguridad Social en dos formas. En la falta de consecución de los períodos mínimos que dan derecho a los percibos de las prestaciones de que se trate o en la minoración de la base reguladora que rige la cuantía de la prestación solicitada. En uno y otro caso puede surgir una responsabilidad empresarial en atención a determinados parámetros y circunstancias, responsabilidad que se analiza en el apartado siguiente.

## 5. CONSECUENCIAS EMPRESARIALES POR INFRACOTIZACIÓN

### 5.1. Por falta de inscripción, de afiliación o alta y por falta total de cotización

Como ya se ha indicado, los empresarios, tienen como requisito previo e ineludible para la iniciación de su actividad, formalizar su inscripción en el Régimen General de la Seguridad Social. En ese momento deben ejercitar su facultad de opción para formalizar la protección de su personal, tanto respecto a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional como para la cobertura de la prestación económica por incapacitación.

<sup>13</sup> En este sentido ver entre otras las STS, de 19 de marzo 2004, de 2 de junio de 2004 y de 17 de noviembre de 2004.

dad temporal derivada de contingencias comunes, haciéndolo en la Entidad Gestora o asociándose a una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, artículos 70 y 99 LGSS y 69 del RD 193/1995, de 7 de diciembre, de colaboración de Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

Cuando la empresa incumple esta obligación de inscripción surge la responsabilidad empresarial, no tanto por la inexistencia de inscripción como porque ello a su vez lleva consigo el incumplimiento de otras obligaciones legales, como las de afiliación y alta de los trabajadores a su servicio y cotización por ellos a la TGSS. Por ello, el incumplimiento total por no solicitar la inscripción en ningún momento, o la inscripción tardía o extemporánea por haberla solicitado una vez iniciada la actividad, hacen surgir la responsabilidad empresarial de las prestaciones a que tengan derecho los trabajadores mientras subsista la situación de incumplimiento, así como frente a las prestaciones que puedan haberse solicitado y para cuya percepción haya tenido incidencia un período de falta de cotización.

En el momento de formalizar la inscripción y efectuar la opción de aseguramiento, la empresa debe realizar una declaración de las actividades económicas que lleva a cabo, lo cual es determinante para la aplicación de la tarifa que corresponda al trabajo o trabajos declarados por el empresario, asignando la TGSS o la Mutua los códigos CNAE y título de la actividad económica para la cotización a la Seguridad Social (disposición adicional 4ª de la Ley 42/2006,). Si existiera una ocultación deliberada o falseamiento en la declaración de las actividades, la Mutua puede llegar a rechazar, al menos parcialmente, la cobertura del accidente, desplazándose la responsabilidad a la empresa por infraseguro.

El empresario es responsable de las prestaciones a que tengan derecho los trabajadores a su servicio, por falta de afiliación o alta, sin que le exonere de responsabilidad el alta

de pleno derecho que, a efectos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales establece el artículo 125.3 LGSS. Para evitar que surja esta responsabilidad es preciso conocer el momento en que debe hacerse la afiliación y el alta, debiendo estarse a lo dispuesto en los artículos 27.2 y 32.3.1 del RD 84/1996, de 27 de febrero, que establece que ambos actos deben llevarse a cabo con anterioridad al comienzo de prestación de los servicios. En ningún caso se puede hacer antes de los sesenta días naturales anteriores al momento previsto para la iniciación de la prestación de servicios. Las altas solicitadas después del comienzo de prestación de los servicios sólo tienen efectos desde el día en que se formula la solicitud, salvo que se haya producido el ingreso de cuotas en plazo reglamentario, en cuyo caso el alta retrotrae sus efectos a la fecha en que se hayan ingresado las primeras cuotas correspondientes al trabajador de que se trate (artículo 35.1.1, párrafo 3 RD 84/1996). Este es sin duda un caso anómalo, dado que implica que habiéndose omitido la formalización del alta, la empresa ha cotizado. Si el trabajador sufre un accidente de trabajo no estando dado de alta pero habiéndose cotizado por él con anterioridad al accidente, la responsabilidad recae sobre la entidad gestora o Mutua correspondiente, aunque también es posible que recaiga sobre el empresario, porque se entiende que el alta formalizada con ocasión del accidente surte efectos desde que se ingresaron las primeras cuotas<sup>14</sup>.

Cuando se verifica esta total falta de cotización, el empresario deviene responsable de las prestaciones por falta de ingreso de las cotiza-

<sup>14</sup> En este sentido se pronuncian, entre otras las SSTs de 27 de octubre de 2004 (RJ 2004\7348), de 29 de diciembre de 1998 (RJ 1999\450), de 3 de abril de 1997 (RJ 1997\3048), el empresario incumplidor de estos deberes es, en principio, el responsable directo de las prestaciones previstas para remediar las consecuencias del accidente, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria y del deber de adelantar las prestaciones por la Mutua, o en su caso por la entidad gestora.

ciones, a partir de la iniciación del segundo mes siguiente a la fecha en que expira el plazo reglamentario para el pago. Las cotizaciones que se efectúen fuera de ese plazo, no pueden ser utilizadas como argumento para exonerar-se de la responsabilidad que pueda surgir. El artículo 56 del RD 1415/2004, de 11 junio, Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, establece que la autoliquidación en los modelos oficiales se debe presentar dentro del mes siguiente al que corresponde a la cotización. No obstante, la jurisprudencia ha atenuado considerablemente el rigor de este precepto.

Se habla de falta total de cotización cuando no se ingresa cantidad alguna durante un tiempo cuya concreción es importante a efectos de determinar cuándo aparece la responsabilidad empresarial<sup>15</sup>. La falta de cotización es parcial, constituyendo infraseguro cuando se cotiza por una base inferior a la que corresponde al trabajador.

Como excepción a la regla de responsabilidad empresarial por falta total de cotización, el artículo 94.2 LSS de 1966, de aplicación supletoria, señala los casos en que la entidad gestora ha concedido a la empresa el aplazamiento o fraccionamiento del pago de las cuotas. Sin embargo, el artículo 95.4 de la propia LSS 1966 previene un supuesto de moderación que debería regularse por vía reglamentaria, caso en el que el empresario ingresa las cuotas correspondientes a la totalidad de sus

<sup>15</sup> En este sentido ver la STS de 13 de febrero de 2006 (RJ 2003\2273). En ella se estudia el caso de una empresa que no afilió, ni cotizó por el trabajador durante un largo período (más de cinco años), período que era necesario para cubrir el período de carencia para tener derecho a la pensión de jubilación. Se trataba de un supuesto en el que se declaró la existencia de responsabilidad empresarial dado que la falta de cotización incidía en el reconocimiento de la relación de prestación de seguridad social; y, en todo caso, por tratarse de un incumplimiento grave, no de carácter ocasional, que debía acarrear la responsabilidad directa de la empresa en el pago de las prestaciones.

trabajadores, poniéndose al corriente de sus deudas de cotización. En tal caso el precepto establece que la Entidad Gestora asume, en la medida en que el empresario quede exonerado, la responsabilidad resultante<sup>16</sup>.

La jurisprudencia ha desarrollado una amplia doctrina acerca del período de descubiertos en la cotización en ligazón estrecha con la existencia de voluntariedad o no en ellos, que ha de concurrir para que se desencadene la responsabilidad empresarial, para los casos de accidente de trabajo y enfermedad profesional. El Tribunal Supremo viene afirmando que los incumplimientos en materia de cotización sólo determinan el desplazamiento de la responsabilidad si se han producido incumplimientos graves, descubiertos repetidos y constantes y no meros descubiertos ocasionales y esporádicos de corta duración, pues un simple retraso en el pago de las cuotas no puede constituir un motivo de asunción de responsabilidad.

Los pronunciamientos del Tribunal Supremo son muchos. La STS de 1 de junio de 1992 (RJ 1992\4502), aborda esta cuestión en unificación de doctrina, reiterando la doctrina que venía siendo aplicada con anterioridad. Esta Sentencia entiende que seis meses de descubiertos se consideran ocasionales y de corta duración, pues entiende que un simple retraso o impago de las cuotas no puede constituir un motivo de asunción de responsabilidad por parte de la deudora. Así concluye que ha de exonerarse a la empresa deudora, siendo responsable la Mutua de Accidentes.

<sup>16</sup> No obstante, por otro lado no podía ser de otra manera, el aplazamiento, para que evite la responsabilidad empresarial, debe ser anterior al accidente. Si es posterior carece de trascendencia porque la fecha del accidente determina los derechos del trabajador y todo el mecanismo indemnizatorio, y porque los aplazamientos no pueden comprender las cuotas correspondientes a los accidentes de trabajo. Entre otras las SSTS, de 21 de febrero de 2000, (RJ 2000\2058); de 7 de octubre de 1999 (RJ 1999\9410); 17 de marzo de 1999 (RJ 1999\3005).

Por otro lado, la STS de 25 de enero de 1999, (RJ 1999\2476) considera que la falta de alta y el correspondiente descubierto de ocho años de un total de diez en los que el demandante de la prestación estuvo en un colegio dependiente del Ayuntamiento demandado, no puede configurarse como un caso de resistencia empresarial, sino como ocasional o esporádico. El razonamiento en este caso pasaba porque en este caso no concurría resistencia al cumplimiento. Para ello había que tener presente, de un lado la circunstancia del carácter mediato de la relación de trabajo con la corporación municipal, a través de la prestación de servicios en un colegio libre adoptado vinculado a aquélla, y de otro lado el propio hecho del cumplimiento de las obligaciones de afiliación y alta por parte del mismo Ayuntamiento respecto del mismo asegurado en un momento posterior de su vida laboral. Con todo, se condenó al Ayuntamiento al pago proporcional de la prestación solicitada.

En otro caso analizado por el Tribunal Supremo, sentencia de 17 de marzo de 1999, (RJ 1999\3005), se señala que si bien se trataba de un descubierto de más de un año en el pago de cotizaciones en la fecha del accidente, no se produjeron descubiertos posteriores. Además la empresa solicitó y obtuvo un aplazamiento con posterioridad al accidente. Por todo ellos se entendió por el Tribunal que la falta de pago se debió a un incumplimiento por presumibles dificultades de liquidez, y no a un supuesto de resistencia al cumplimiento.

Sin embargo, y a pesar de los pronunciamientos transcritos anteriormente, en otro caso analizado por el Tribunal Supremo, dictaminó que un descubierto de siete meses – que por su duración podría ser a primera vista ocasional– determina la responsabilidad empresarial, porque en realidad la empresa no cotizó nunca por accidentes de trabajo, puesto que la relación laboral había durado esos mismos siete meses, lo que llevó al Tribunal a considerar que existió un ánimo

defraudatorio, dado esa falta de cotización por el trabajador no podía imputarse más que a su falta de voluntad de cumplir aquella obligación. STS, de 1 de febrero de 2000 (RJ 2000\1436).

En igual sentido se pronunció el Tribunal Supremo al estudiar el caso de una empresa que tuvo descubiertos intermitentes de dos años, pero dentro de un largo período de seguro. Aquí se estimó también que no debía producirse el desplazamiento de responsabilidad a la empresa, al no existir una clara voluntad empresarial rebelde al cumplimiento de sus obligaciones para con la Seguridad Social. STS de 1 de junio de 1992 (RJ 1992\4502).

Por el contrario, el Tribunal Supremo entiende que descubiertos de veintidós y veintitrés meses de duración, respectivamente, son incumplimientos definitivos y voluntarios, rupturistas o expresivos de la voluntad empresarial de no cumplir con su obligación de cotizar, por lo que determinan la responsabilidad empresarial. En este sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo, de 21 de febrero de 2000<sup>17</sup> (RJ

<sup>17</sup> En esta sentencia además se señala la relevancia de que los descubiertos sean previos al accidente que da lugar a la exigencia de responsabilidad. Como señala el Tribunal, es cierto que se relata que con posterioridad al evento dañoso la empresa abonó cuotas de los trabajadores, y lo es igualmente que [...] se le concedió un aplazamiento extraordinario en el abono de las cuotas, que comprendía el período en el que se había producido el accidente, cuestión que es intrascendente a los efectos de exención de responsabilidad, y ello es así porque: a) la fecha del accidente determina los derechos del trabajador y todo el mecanismo indemnizatorio que hoy se reclama, y en esa fecha existía el descubierto y b) por que aunque se admitiera a efectos dialécticos que el acuerdo [...] pudiera tener efectos retroactivos, nunca cubriría las obligaciones que surgen por el impago de cuotas, ya que con arreglo al artículo 40 del RD 716/1986, del mismo número del RD 1517/1991, vigente en el momento del accidente, o el mismo ordinal del RD 1637/1995, vigente en el momento del aplazamiento, «salvo que por ley se disponga otra cosa, los aplazamientos no podrán comprender las cuotas correspondientes a las contingencias de accidentes de traba-

2000\2058) y de marzo de 2000 (RJ 2000\3126). Este mismo criterio ha servido de guía a ulteriores sentencias del Supremo en casos en los que se producen descubiertos de cuatro años de duración (STS 31-3-2000 (RJ 2000\7402), de dos años de duración (STS 13-11-2000 [RJ 2000\9635]), o de cinco años STS 13-2-2006 (RJ 2006\2247).

Como se ha mencionado en apartados anteriores, las prestaciones derivadas de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales no requieren que el trabajador haya de reunir ningún período previo de cotización (art. 124.4 LGSS). Por esta razón no es aplicable a estas contingencias el criterio jurisprudencial instaurado por la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1997 (RJ 1997\3970) que ha exigido, para declarar la responsabilidad empresarial, que el incumplimiento de la obligación de cotizar sea de tal magnitud que implique que el trabajador no cumpla el período de cotización necesario para alcanzar la prestación. Para el caso de las contingencias de carácter profesional debe aplicarse el criterio tradicional de ponderación de la intensidad del incumplimiento de la obligación de cotizar, distinguiendo, como se ha visto, descubiertos esporádicos u ocasionales y descubiertos que revelan una voluntad rupturista y definitiva de incumplimiento<sup>18</sup>.

jo...» es decir, no podía existir con respecto a la contingencia de accidentes la exoneración de responsabilidad del empresario que se indica en el artículo que comentamos.

<sup>18</sup> La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2000 (RJ 2000\1436) tiene una especial relevancia por cuanto efectúa un análisis muy detallado de la doctrina del Tribunal en lo que a responsabilidad empresarial por defectos de cotización se refiere. En ella se concluye respecto a las prestaciones de accidente laboral que no son de aplicación las referencias contenidas en la sentencia del Supremo de 8 de mayo de 1997 (RJ 1997\3970) por tres razones: a) porque esa doctrina se construyó pensando exclusivamente en prestaciones cuya obtención dependía de la cobertura de un período de cotización, que es en la que cuadra eximir de responsabilidad al empresario cuando existen cotizaciones

## 5.2. Por falta parcial de cotización o infraseguro

Como ha quedado señalado en apartados previos, el incumplimiento de la obligación de cotización, además de total, puede ser parcial cuando la empresa deja o no ha abonado nunca la totalidad de las cuotas de la Seguridad Social, sino parte de ellas, pudiendo distinguirse dos supuestos. Por una parte el abono de cotizaciones en cuantía inferior a la estipulada, por otra el caso de la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, al aplicar la empresa tarifas de coti-

suficientes para devengarla, como manifestación adecuada del principio de proporcionalidad. En las prestaciones que no dependen de un período de carencia, como son las derivadas de accidente de trabajo, la prueba del cumplimiento empresarial habrá que seguir determinándola con arreglo a otros criterios, puesto que no existe ese referente; b) el principio non bis in idem, con independencia de que en los supuestos generales es de difícil aplicación a la luz de la doctrina constitucional sobre el mismo, ligada siempre a la actuación del ius puniendo estatal que en el caso de la responsabilidad empresarial nunca podría apreciarse, con mucho menor motivo puede estimarse aplicable a supuestos como los que aquí nos ocupan en los que el empresario ha sido ya previamente declarado insolvente, como requisito necesario para que la Mutua que anticipó sus prestaciones y en los que, por lo tanto, con independencia de la multa que se le pueda imponer, difícilmente va a abonar la prestación a la que se le pueda condenar; c) la exención de responsabilidad empresarial por el solo hecho de que la existencia o inexistencia de cuotas no influye en la relación de protección supondría tanto como eliminar el carácter contributivo de las prestaciones derivadas de riesgos laborales, contra lo previsto expresamente al respecto por el art. 86.2 b) de la LGSS e iría claramente en contra de las previsiones del art. 126.2 LGSS que se trata de interpretar y aplicar en cuanto parte del principio de responsabilidad empresarial cuando existe impago de cuotas; y d) en los riesgos profesionales el asegurado es el empresario y por ello es más difícil que en los comunes aceptar que puede servirle como causa eximente de la responsabilidad el impago de las primas para hacer frente a las contingencias derivadas de aquéllos, cuando este descubierto, aun no siendo determinante del derecho a la prestación, aparece como un manifiesto incumplimiento de aquella obligación.

zación inferiores a las que le hubieran correspondido en atención a la actividad que desarrolla. En este último caso se cotiza por una base correcta, pero se aplica un porcentaje inferior al establecido para la actividad, lo que da lugar a que se ingrese una cantidad inferior a la debida.

Estos dos casos son recogidos en la regulación del artículo 94.2.c) LSS de 1966. En el supuesto de cotización por una cantidad inferior a la que correspondería al trabajador el empresario responde por la diferencia entre la cuantía total de la prestación causada por el trabajador y la que corresponda asumir a la Seguridad Social, por las cuotas efectivamente ingresadas. En el caso de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, la ocultación o falseamiento deliberados en la declaración de las circunstancias que hayan motivado un ingreso de cuotas o primas inferiores al procedente, se equipara al supuesto anterior.

Las consecuencias de los incumplimientos referidos conllevan las siguientes consecuencias para las empresas. Si la empresa ha cotizado por una base inferior a la correcta, una vez que haya ocurrido el accidente, sea o no de trabajo o la enfermedad profesional, el cálculo de la prestación por la entidad gestora o por la Mutua, con arreglo a las bases por las que se ha cotizado, da lugar a que se establezca el derecho a una prestación por una cuantía inferior a la que realmente le hubiera correspondido percibir al trabajador de haberse efectuado la cotización con arreglo a Derecho. En este caso, la empresa pasa a ser responsable directa en cuanto a la diferencia existente entre ambos importes, sin que se admita moderación alguna con relación al tiempo de incumplimiento, en contra de lo que ocurre cuando el incumplimiento es total. La razón de esta diferencia de trato estriba en que la cotización inferior a la debida, en general y salvo supuestos muy singulares, se ha de atribuir a una conducta culpable de la empresa, que al omitir parte del salario en la base de cotización, defrauda conscientemente

a la Seguridad Social, además de perjudicar al trabajador<sup>19</sup>.

Si, por el contrario, lo que ha ocurrido es que la empresa ha aplicado una tarifa de primas de accidente de trabajo y accidentes profesionales inferior a la que correspondería a la actividad de la empresa, ello podría dar lugar a que la entidad gestora o la Mutua de Accidentes pudiera asumir la cobertura del riesgo solamente en proporción a la tarifa por la que se ha cotizado. Para que esto sea posible sin embargo, la norma exige que la empresa haya incurrido en «ocultación o falseamiento deliberados en la declaración de las circunstancias». Como quedó expresado al mencionarse la obligación empresarial de opción en el aseguramiento, se indicó que en el momento de formalizar la inscripción y efectuar la opción de aseguramiento aludida, la empresa debe realizar una declaración de las actividades económicas que lleva a cabo, lo cual es determinante para la aplicación de la tarifa que corresponda al trabajo o trabajos declarados por el empresario, asignando la TGSS o la Mutua los epígrafes que deban aplicarse de la tarifa de primas para la cotización a la Seguridad Social (artículos 11.2.3 y 14.3 RD 84/1996). Sólo en caso de comportamiento doloso de la empresa se producirá la exoneración parcial de la aseguradora y la responsabilidad parcial empresarial<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, entre otras, de 8 de marzo de 1999, (RJ 1999\2118) ha entendido que no es igual el supuesto de infracotización que el de un incumplimiento del abono de la totalidad de las cuotas por falta de liquidez o dificultades económicas, y por lo que en este caso no se admitió el recurso de casación de la empresa, por falta de identidad entre los supuestos de la sentencia contra la que se recurría y la citada como de contraste. Por otro lado, el ingreso de las diferencias de cotización con posterioridad al hecho causante, como ya quedó expresado, no exonera al empresario de su responsabilidad, entre otras, la STSJ de Castilla y León, de 15 de junio de 1999 (AS 1999, 3760).

<sup>20</sup> En este sentido se manifiesta la sentencia del TJSJ de Cataluña, de 18 de julio de 2005, (AS 2007\43661), cuando afirma que: en cualquier caso, para que proce-

## 6. AUTOMATICIDAD DEL PAGO DE LAS PRESTACIONES

En los casos en los que se produce una situación de infracotización con resultado de responsabilidad empresarial directa en el pago, existe el riesgo real de que la empresa sea insolvente, lo que comprometería el pago de la prestación y por tanto la frustración de los derechos económicos del beneficiario. Para paliar estas situaciones la Ley previene una serie de mecanismos, desde la perspectiva de un sistema público de aseguramiento en el que, por mandato de nuestra Constitución, artículo 41, se debe garantizar la asistencia y prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad.

### 6.1. Prestaciones derivadas de contingencias profesionales

Los mecanismos articulados por la Ley en el caso de contingencias profesionales, son de dos tipos. En primer término el anticipo de las prestaciones por parte de la entidad gestora o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, pudiendo dirigirse después contra el empresario responsable, subrogándose en el lugar del beneficiario, que es lo que comúnmente se denomina auto-

---

da dicha responsabilidad es necesario que exista «ocultación o falseamiento deliberados en la declaración de las circunstancias que hayan motivado un ingreso de cuotas o primas inferiores al procedente», sin que pueda aplicarse un criterio de responsabilidad atendiendo únicamente a la diferencia de primas, porque si bien es cierto que en la norma reglamentaria tal supuesto se equipara al de diferencias de cotización, la equiparación solo se produce cuando se produce aquella situación de ocultación; así la situación de cotización por epígrafe diferente no puede ser considerado, sin más, como un supuesto que pueda generar la responsabilidad prestacional, sino que a ello debe añadirse una actitud o comportamiento empresarial contraria al cumplimiento de las normas en dicha materia. Ver también la sentencia del TSJ de Murcia, de 26 de junio de 2002, (AS 2002/2531).

maticidad. Según dispone el artículo 126.3 LGSS, este anticipo conlleva la subrogación en los derechos y obligaciones de los beneficiarios. En caso alguno puede exceder de la cantidad equivalente a dos veces y media del IPREM, o del importe del capital coste necesario para el pago anticipado. Se trata por tanto de una satisfacción limitada, dado que puede no llegar a cubrir el total de la prestación a que pudiera haber tenido derecho el beneficiario. En término, se previene la responsabilidad de segundo grado de la entidad gestora para el caso de insolvencia del empresario.

Con referencia ahora exclusivamente a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, más adelante se examinan estas cuestiones respecto de las contingencias comunes, hay que señalar que todas ellas (asistencia sanitaria, incapacidad temporal y permanente, muerte y supervivencia y, a partir del 24 de marzo de 2007, las de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural) disponen de los dos mecanismos citados: el anticipo de la prestación y la responsabilidad subsidiaria de la Entidad Gestora.

En la fijación de estos criterios ha jugado un importante papel la jurisprudencia, ya que el artículo 126.3 LGSS contiene una regulación muy general, sujeta a desarrollo reglamentario que aún no ha tenido lugar, habiendo dado lugar a una extensa doctrina jurisprudencial reseñada en los apartados previos.

Aparte del precepto 126 LGSS han de tomarse en consideración los siguientes. Respecto a la asistencia sanitaria, el artículo 95.1.1 LSS 1966, en relación con el artículo 125.3 LGSS (alta de pleno derecho), y el artículo 3.3, del RD 2766/1967 que establecen la automaticidad en su dispensación, viniendo obligado el empresario a reintegrar los gastos producidos; respecto a la incapacidad temporal, el artículo 95.1.3 LSS 1966 también establece el anticipo de la prestación, beneficián-

dose igualmente el trabajador del alta de ple-no derecho, si el empresario hubiera incum-plido la obligación de alta. También la empre-sa se halla obligada a reintegrar el importe de la prestación; incapacidad permanente, muerte y supervivencia, el artículo. 95.1.4 LSS 1966 previene que son a cargo del empre-sario y se abonan al trabajador o a sus dere-chohabientes a través de la entidad gestora o servicio común, debiendo el empresario cons-tituir el capital coste necesario para el abono de las prestaciones. No obstante, el mismo artículo previene que las disposiciones regla-mentarias establecerán el beneficio del anti-cipo de la prestación. Aquí entra la Orden TAS/4054/2005 de 27 de diciembre que des-arrolla los criterios técnicos y aprueba las nuevas tablas de mortalidad que han de apli-carse para determinar el importe de los capi-tales coste de las pensiones u otras prestacio-nes de carácter periódico del Sistema de la Seguridad Social, sean derivadas de contin-gencias comunes sean derivadas de acciden-tes de trabajo y enfermedades profesionales; para todas las prestaciones que se derivan de contingencias profesionales, incluidas las de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (aunque no se menciona expresamente la asistencia sanitaria), el artí-culo 94.4 LSS 1966 dispone que si los empre-sarios u otras personas obligadas a responder con ellos, o las Mutuas de Accidentes resulta-ren insolventes, el trabajador y sus herederos pueden hacer efectivos sus derechos con car-go al Fondo de Garantía, referencia que hoy se debe entender hecha al INSS.

## 6.2. Prestaciones derivadas de contingencias comunes

Cuando la contingencia de la que se deriva la prestación es por enfermedad común y accidente no laboral hay que distinguir entre automaticidad plena y relativa, ya que sola-mente puede hablarse de la primera si se anticipa la prestación aun faltando el requisi-to de alta en el momento del hecho causante

por incumplimiento de la empresa. Esta automaticidad plena solamente se da en las prestaciones de asistencia sanitaria y desem-pleo.

Distinguiendo las diversas prestaciones existentes, la regulación puede resumirse como sigue: Para la asistencia sanitaria el artículo 3.3) del Decreto 2766/1967 reconoce el derecho de los trabajadores a pesar de los defectos de alta o cotización, anticipando la entidad gestora la prestación; para el desem-pleo, el artículo 220 LGSS asimismo estable-ce el anticipo de las prestaciones en los supuestos de incumplimiento de las obliga-ciones de afiliación, alta y cotización, sin per-juicio de las acciones que la entidad gestora pueda adoptar contra la empresa infractora y la responsabilidad que le corresponda por las prestaciones abonadas<sup>21</sup>; respecto a las res-tantes prestaciones, la LSS de 1966 exige alta para que opere el anticipo, ya que de otro modo la responsabilidad será exclusivamente empresarial.

Si bien la jurisprudencia ha ratificado la necesidad del alta respecto de las prestacio-nes de incapacidad temporal, incapacidad permanente, incluida la extinta invalidez provisional<sup>22</sup>, maternidad, y prestaciones por muerte y supervivencia, la misma no puede mantenerse respecto de aquellas prestacio-nes a las que el beneficiario puede acceder desde una situación de no alta como ocurre con la jubilación, incapacidad permanente

<sup>21</sup> No obstante, el Tribunal Supremo, en su senten-cia de 13 de enero de 2006, (JUR 2006\114427), ha considerado que es responsabilidad directa del empre-sario, el pago del subsidio asistencial para mayores de 52 años, a un trabajador que no reúne el período mínimo de cotización para causar pensión de jubilación, porque no se le dio de alta ni se le cotizó durante cinco años.

<sup>22</sup> Por todas, las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1994 (RJ 1994, 3273); de 3 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 3273); y de 6 de junio de 1995 (RJ 1995, 4765) y las sentencias de los TSJ de Asturias, de 20 de junio de 2003 (AS 2003, 3809) y de Málaga, de 13 de marzo de 1998 (AS 1998, 977).

absoluta o gran invalidez, y muerte y supervivencia. En estos casos, conforme establece la doctrina del TS, sentencia de 17 de marzo de 2006 (RJ 2006, 2118), resolviendo un supuesto concreto de jubilación, la exigencia del alta a efectos del anticipo de la prestación por parte del INSS (art. 95.2 LSS de 1966), debe moderarse «desde el momento en que tal exigencia se correspondía con los requisitos que existían legalmente en esa norma de Seguridad Social, pero no en la actual de 1994», por ello, concluye, «no siendo exigible la situación de alta para acceder a la pensión de jubilación con declaración de responsabilidad empresarial, tampoco cabe establecer este requisito para un momento posterior y complementario del percibo que constituye garantía del cobro de la prestación aunque sea con los límites que introduce la Ley 24/2001».

De otro lado, es preciso tener en cuenta que el artículo 94.5 LSS 1966 previene para las prestaciones de incapacidad permanente derivadas de accidente no laboral, el mismo mecanismo de garantía que opera en todas las prestaciones de accidente de trabajo y enfermedad profesional, es decir, la responsabilidad subsidiaria del INSS para el caso de insolvencia del empresario responsable o de la Mutua.

## 7. CONCLUSIONES

En contra de lo que puede parecer, los supuestos en los que las empresas incurren en supuestos de infractotización son numerosos. En unos casos se debe a errores administrativos o de gestión, mientras que en otros muchos existe un animus deludendi o interés por defraudar. Sea una cosa o la otra, lo cierto es que en todos los supuestos, el último perjudicado es el trabajador, quien al recurrir

a la entidad gestora para reclamar el reconocimiento o abono de una determinada prestación, se encuentra con la denegación de este derecho o la minoración de la cuantía que por principio debiera serle reconocida.

Los supuestos de infractotizaciones, si bien son variados en su tipología responden siempre a dos situaciones últimas. En primer lugar puede tratarse de situaciones en las que la empresa cotiza por debajo de lo que debiera. En segundo término puede tratarse de actuaciones por las que la empresa no llega a cotizar por el trabajador que contrata o suspende, en un momento determinado, la cotización por el trabajador.

Ante estas situaciones, el ordenamiento jurídico previene una serie de mecanismos con el fin de atemperar o subsanar en su totalidad el perjuicio ocasionado al beneficiario de la prestación. Por una parte surge la responsabilidad directa de las empresas que incurren en estos comportamientos, que se verán obligadas a capitalizar los importes objeto de reclamación, ya sea por el total de la prestación, ya sea por la parte proporcional en atención a los períodos en descubierto, ya sea por la diferencia entre la prestación reconocida por la entidad gestora y la que debiera haberse reconocido al beneficiario. En los casos en los que la empresa resulta insolvente o bien ha desaparecido, razón por la que no existe a quien reclamar la responsabilidad antedicha, son las entidades gestoras o las Mutuas de Accidentes de Trabajo, quienes responden ante los beneficiarios.

En toda esta materia la labor de los Tribunales de lo Social ha constituido una pieza clave para perfilar situaciones que carecen de una concreta regulación legal, quedando aún pendiente el desarrollo reglamentario que algunos preceptos requieren.

---

**RESUMEN** La Constitución Española en su artículo 41 exige el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. En España nos rige un sistema de reparto, en virtud del cual las aportaciones presentes de los trabajadores cotizantes, cubren las necesidades de los beneficiarios de las prestaciones. Por ello, puede decirse que la solicitud de prestaciones en el nivel contributivo, por parte de los trabajadores, constituye sin duda un elemento de justicia retributiva. Por ello, cuando un trabajador se encuentra ante la circunstancia de que el empresario, a quien compete la responsabilidad de cotizar, no ha cumplido su obligación total o parcialmente, no puede encontrarse en el desamparo. Para solventar estas circunstancias surge la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones contributivas, por infracotizaciones. El objeto de este estudio es analizar, siquiera someramente, este Sist

REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES NÚMERO 74 -

# ADJUNTO

-REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO  
Y ASUNTOS SOCIALES NÚMERO 74 -

# 6º

-REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO  
Y ASUNTOS SOCIALES NÚMERO 74 -