



**UNIVERSIDADE DA CORUÑA**

Facultad de Derecho

Trabajo de fin de grado:

Despido de un trabajador y actuación de la Inspección de Trabajo

Natalia Souto Castelo

Tutor: Alberto Arufe Varela

**Doble Grado en Administración y Dirección de Empresas y  
Derecho**

Año 2016

### **Supuesto de hecho:**

Don Francisco González Martínez es un trabajador de Construnova S.A., una empresa dedicada tanto a la construcción, como a la rehabilitación y reformas de inmuebles localizados fundamentalmente en la Comunidad Autónoma de Galicia.

D. Francisco, trabajador de treinta años y con experiencia en el sector de la construcción, firmó su contrato el día seis de diciembre de 2013, en las oficinas situadas en la sede principal de la empresa, en la ciudad de A Coruña. Se trataba de un contrato de carácter indefinido, con una serie de cláusulas, entre las cuales figuraba tanto su horario -cuarenta horas semanales-, como la retribución correspondiente al trabajo que iba a desempeñar dentro de la mencionada empresa -1.645 euros mensuales-.

En ese momento, acceder al puesto ofertado supondría una oportunidad inmejorable para Francisco, dado que estaba en el paro desde hacía unos años. Por ello, no dudó en aceptar la oportunidad que se presentaba ante él y comenzó a trabajar al día siguiente de la mencionada firma.

Sin embargo, tras unos meses trabajando en Construnova S.A., el horario de D. Paco no se correspondía con el establecido en el contrato que había firmado, ya que, en lugar de trabajar las horas fijadas, realizaba jornadas semanales de más de cuarenta horas; horas que ni le eran retribuidas ni cotizaban en la Seguridad Social. Asimismo, tampoco disfrutaba de los descansos que deberían serle asignados.

Por si esta situación no fuese de agrado para el trabajador, su jefe y dueño de la sociedad, D. Fernando Pérez Hernández, de sesenta y tres años, lo trata de manera vejatoria, lo amenaza y hace que Paco trabaje bajo coacción.

Como consecuencia de esta situación, D. Francisco ha sufrido lesiones de carácter psicológico, lo que tuvo como principal efecto la visita, el tres de mayo, a un médico quien, sin dudarle, le diagnostica la baja, con el correspondiente informe médico. En dicho informe se alude principalmente al estado de estrés al que está sometido el trabajador, la depresión en la que está inmerso, así como ciertos problemas fisiológicos derivados de las previas situaciones mencionadas (indigestión, trastorno del sueño).

Ante este escenario, el trabajador decide denunciar su caso ante la Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social, siguiendo el procedimiento establecido para ello, el día veinticuatro de mayo de 2014.

D. Fernando, en el momento en el que tiene conocimiento de la acción llevada a cabo por su trabajador decide inmediatamente despedirlo -el día veintisiete de mayo de 2014-.

Por su parte y como consecuencia de la denuncia realizada por D. Francisco, un inspector acude a realizar la visita correspondiente al lugar donde se desarrollan los actos denunciados por el trabajador. Una vez allí y mientras se realizan las acciones correspondientes de revisión por parte de la Inspección, descubren que además de las circunstancias expresadas por D. Paco, hay otro trabajador, D. Alberto Pérez Domingo, de veinte años, que no está dado de alta en el oportuno régimen de la Seguridad Social.

Asimismo, y tras la evaluación del lugar de trabajo, los inspectores aprecian que las condiciones de seguridad e higiene precisas para las obras, no se cumplen de ninguna manera.

# ÍNDICE

<b>Antecedentes de hecho</b> .....	5
<b>Introducción</b> .....	6
<b>1. ¿Qué acciones laborales puede ejercitar el trabajador despedido? ¿Cómo argumentaría dichas acciones?</b> .....	7
1.1. Análisis previo de las posibles infracciones. ....	7
1.2. Análisis de las acciones que pueden ser ejercitadas .....	13
<b>2. ¿Qué responsabilidades para el empresario podrían derivarse de la situación del trabajador Don Alberto Pérez Domingo?</b> .....	17
<b>3. Iter procedimental respecto de la actuación inspectora en ambas situaciones...</b>	24
3.1. Situación en relación al despido de D. Francisco González Martínez.....	25
3.2. Situación en relación al trabajador D. Alberto Pérez Domingo.....	29
<b>4. Razone cuáles serían las consecuencias que procederían de la actuación de la Inspección de Trabajo.</b> .....	32
<b>5. Una vez planteada la situación, indique qué defensa podría actuar el empresario frente a una eventual sanción administrativo-laboral. Justifíquelo.</b> .....	37
<b>Conclusiones</b> .....	42
<b>Bibliografía</b> .....	43

## **Antecedentes de hecho**

Primero.- Don Francisco González es un trabajador de la empresa Construnova S.A., contratado el día 6 de mayo de 2013.

Segundo.- Firma el contrato de trabajo en el que se establecen una serie de cláusulas fijas, entre ellas, tipo de contrato, duración de la jornada y salario mensual.

Tercero.- Tras el transcurso de unos meses trabajando, además de que las condiciones fijadas en el contrato son incumplidas (trabaja más horas, realiza horas extraordinarias que no le son pagadas ni cotizan en el régimen correspondiente a la Seguridad Social), este trabajador sufre tratos vejatorios y amenazas por parte de su jefe.

Cuarto.- Como consecuencia, Don Francisco ha sufrido graves lesiones psicológicas, lo que le ocasiona la baja médica, diagnosticada por un médico con el correspondiente informe.

Quinto.- Decide denunciar, el 24 de mayo de 2014 ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social su situación.

Sexto.- Tras enterarse de esta noticia, el jefe, decide despedirlo, el día 27 de mayo de 2014.

Séptimo.- La Inspección de Trabajo acude al lugar de los hechos, y descubre, además, que hay un trabajador que no está dado de alta en oportuno régimen de la Seguridad Social y que las condiciones de seguridad e higiene del lugar no son las adecuadas.

## **Introducción**

Con el desarrollo de este trabajo de fin de grado se pretenden resolver las cinco cuestiones planteadas en el supuesto inicial, a través del análisis de la normativa correspondiente así como del estudio de la jurisprudencia y doctrina relacionada con cada una de las hipótesis que se van a plantear.

Analizaremos tanto las posibles infracciones que pueden haber sido cometidas por el empresario, como las consecuencias derivadas por ellas, pasando por las acciones que pueden ser ejercitadas y la consecuente actuación de la Inspección de Trabajo. Por último, se desarrollará la posible defensa que podría actuar el empresario como consecuencia del procedimiento iniciado por el trabajador.

El derecho en general, y particularmente el derecho laboral en estos últimos años, ha sido una materia sometida a numerosos cambios y por tanto debemos tener en cuenta un aspecto fundamental en este caso y es lo relativo a la normativa aplicable al supuesto. Los hechos –siguiendo el caso- datan de los años 2013 y 2014, sin embargo, se han promulgado nuevas leyes relativas a este ámbito de manera posterior. Es el caso de la Ley General de la Seguridad Social, el Estatuto de los Trabajadores y la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Por tanto, el criterio seguido a la hora de resolver el caso ha sido el de situarnos en el momento de la realización de los hechos descritos y aplicar las leyes vigentes en ese momento, que actualmente se encuentran derogadas y han sido sustituidas por nuevas normas legales, todas ellas de 2015.

## **1. ¿Qué acciones laborales puede ejercitar el trabajador despedido? ¿Cómo argumentaría dichas acciones?**

### **1.1. Análisis previo de las posibles infracciones.**

D. Francisco González Martínez (al que el caso también se refiere como Paco), tal y como apreciamos en el supuesto, es un trabajador de la empresa Construnova S.A. que ha desarrollado sus jornadas y tareas laborales de la mejor manera posible, acatando sus horarios y las condiciones –constitutivas de infracción- a las que estaba siendo sometido. Sin embargo, un determinado día, tras la grave situación en la que se encuentra –horario excesivo, no disfruta de los descansos, no cotiza las horas extra y sufre acoso laboral- decide denunciar su situación ante la Inspección de Trabajo.

Una vez situado el supuesto de hecho en el contexto de la cuestión planteada y de manera previa al análisis de las acciones debemos tener en cuenta tanto los conceptos principales y básicos que en este supuesto nos atañen como las posibles infracciones en las que se estaría incurriendo en el supuesto de hecho relatado. Una vez aclarados, pasaremos a relatar las acciones que podrían ser ejercitadas por parte de D. Francisco.

Para comenzar, debemos partir de que el contrato que ha firmado este trabajador es un contrato indefinido, el cual aparece recogido en el artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores<sup>1</sup>. Este negocio jurídico supone la contratación por parte del empresario al trabajador con una duración indeterminada, sin ningún tipo de límite temporal, cuyo requisito básico por tanto, siguiendo la doctrina de Cruz Villalón<sup>2</sup>, es el dato negativo de la inexistencia de una cláusula específica de fijación de término o condición resolutoria de la relación laboral, con lo que, la duración del mismo resultará indeterminada. Este apunte es necesario, ya que en función del tipo de contrato, tanto las acciones que se podrán ejercitar como las consecuencias de las mismas divergirán. Asimismo, y acorde con la doctrina del mencionado autor, este tipo de contrato no supone para el trabajador el contrato de por vida, ya que está totalmente prohibido en la legislación española a la luz del principio de voluntariedad del trabajador<sup>3</sup>, existiendo una extensa regulación de las causas por las que este contrato puede ser extinguido.

Respecto a la normativa que ampara este supuesto, previamente al análisis del precepto en el que se recogería la situación del supuesto de hecho, debemos tener en cuenta que es posible la aplicación y sujeción al Estatuto de los Trabajadores, ya que en su artículo 1 establece que *“esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”*, siendo en este sentido, D. Francisco el trabajador y D. Fernando el empresario, dueño de la empresa en la que el primero ejerce sus funciones laborales.

Para comenzar con el análisis de las posibles infracciones que están siendo cometidas por el empresario debemos tener en cuenta además de la descripción fundamentada de cada una de ellas, el principio de legalidad y tipicidad establecido en la

---

<sup>1</sup> Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo, 1/1995 de 24 de marzo.

<sup>2</sup> Véase J. CRUZ VILLALÓN, *Compendio de Derecho del Trabajo*, (6ª edición), Tecnos, Madrid (2013).

<sup>3</sup> El principio de voluntariedad del trabajador supone la expresión de la libertad del trabajador de decidir en el ámbito profesional. Ha de ser verificada tanto en el nacimiento de la relación jurídica como a lo largo de toda la vida del negocio jurídico. Principios que aparecen amparados en nuestra norma básica legal, la Constitución Española (artículo 35.1 y 38).

Constitución Española<sup>4</sup>. Principio que regirá en este caso a la hora de señalar cada una de las consecuencias que tiene la comisión de las infracciones. Para ello, nos basaremos en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social<sup>5</sup>, ley en la que aparecen perfectamente clasificadas y delimitadas tanto las infracciones como las sanciones que pueden estar siendo cometidas en el supuesto de hecho.

En esta ley aparece delimitado tanto el concepto de infracción laboral como el de sujeto responsable de la misma. La ley define de manera clara en su artículo 5 que serán infracciones “*todas las acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias (...)*”; y que el posible sujeto responsable de la infracción cometida<sup>6</sup> será, en este caso, el empresario.

En primer lugar, podemos aludir a que D. Francisco trabaja más horas de las que están establecidas en su contrato laboral, ya que el mismo establece la duración de la jornada en cuarenta horas semanales.

La jornada laboral, basándonos en la doctrina del autor previamente mencionado<sup>7</sup>, es el tiempo de prestación de servicios diario, semanal, mensual, trimestral, cuatrimestral, semestral o anual exigido al trabajador. La limitación de esta jornada laboral ya aparece recogida en nuestro texto constitucional<sup>8</sup>, por lo que debe ser considerado un aspecto básico a tener en cuenta tanto en la formalización de un contrato laboral como en su ejecución y desarrollo.

Como ya sabemos, el contrato de trabajo es una fuente de la relación laboral, tal y como aparece recogido en el artículo 3.1.c) del Estatuto, afirmando que los derechos y obligaciones de los trabajadores se regularán, por acuerdo entre las partes, en el contrato de trabajo, siendo el objeto del mismo lícito y sin que puedan ser establecidas en él cláusulas perjudiciales –bien para el trabajador, bien para el empresario- o contrarias a la ley. En este supuesto no se hace referencia a la existencia de un convenio colectivo dentro de la propia empresa, por tanto debemos tener en cuenta que será el contrato de trabajo el que rija esta relación jurídica, por lo que, dentro del límite legal, “*la duración del contrato de trabajo será la pactada en los contratos de trabajo*” (artículo 34.1.1º Estatuto de los Trabajadores). Sin embargo, tenemos que aludir en este caso a que las relaciones laborales deberán atenerse a las normas reguladas por el convenio colectivo existente en el sector de la construcción en la provincia de A Coruña, el cual puede ser aplicado para este supuesto, ya que cumple con los requisitos establecidos en los primeros artículos del Convenio.

Este Convenio, publicado en el *Boletín Oficial de la Provincia de A Coruña*, de 2 de diciembre de 2013, número 229, establece las condiciones que deben ser respetadas en relación con los diversos aspectos que se tratan en este caso, como puede ser lo relacionado con las condiciones salariales y horas extraordinarias, así como con la duración de la jornada laboral.

---

<sup>4</sup> Principio de tipicidad y legalidad recogido en el artículo 25 de la Constitución Española (determinación exacta tanto del supuesto de hecho que constituye infracción como la consecuencia jurídica).

<sup>5</sup> Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Real Decreto Legislativo, 5/2000 de 4 de agosto.

<sup>6</sup> Artículo 2.1 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social: “*son sujetos responsables de la infracción las personas físicas (...) y en particular el empresario en la relación laboral*”.

<sup>7</sup> Véase J. CRUZ VILLALÓN, *Compendio de Derecho del Trabajo*, (6ª edición), Tecnos, Madrid (2013).

<sup>8</sup> El artículo 40 de la Constitución Española señala que “*los poderes públicos garantizarán el descanso diario, mediante la limitación de la jornada laboral*”.

Así, encontramos en el artículo 34.1.2º del Estatuto de los Trabajadores la afirmación de que *“la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual”*. Por tanto, y basándonos en este precepto podríamos considerar que el jefe de nuestro trabajador, D. Fernando Pérez Hernández, está cometiendo un ilícito en relación a la situación de la jornada laboral de D. Francisco, su empleado. Asimismo, la normativa mencionada en el apartado 2 del mismo artículo, alude a que, mediante convenio colectivo o mediante un acuerdo establecido entre los representantes de los trabajadores y la empresa, esta jornada laboral podrá ser distribuida de manera irregular a lo largo del año, siempre que se respeten los descansos legales establecidos.

Sin embargo, en este caso, al no hacerse referencia a la existencia de ningún convenio colectivo pactado entre sendas partes, el mismo artículo considera que, en defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular la duración de la jornada, pero con el límite del 10 por ciento de la misma.

Otra de las infracciones que podrían estar siendo cometidas en relación con el supuesto de hecho es en relación a los descansos que no realiza el trabajador en cuestión, D. Francisco. En la normativa recurrente dentro del ámbito de los trabajadores, el Estatuto de los Trabajadores, se destina un precepto a regular los descansos que deben ser realizados entre las jornadas laborales, el artículo 37.

Este precepto debe ser analizado en relación con el anteriormente citado artículo 34 del mencionado estatuto, ya que en este último se recurre a los descansos necesarios y obligatorios que deben ser tenidos en cuenta a la hora de computar las horas y la distribución que conformará la jornada laboral, de manera que *“dicha distribución deberá respetar en todo caso los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley”*. A la luz del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, podemos deducir que todos los trabajadores tienen derecho a un descanso mínimo semanal, siendo su duración, como mínimo, de un día y medio ininterrumpido.

Basándonos en la jurisprudencia, encontramos en la sentencia de la sala de lo social de Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, número 1032/2015 de 30 de abril de 2015<sup>9</sup>, cómo se remite el juez a lo señalada de manera anterior en relación tanto con los descansos como con la duración de la jornada laboral, es decir, analizando los preceptos previamente mencionados, estableciendo su carácter imperativo. Así, en este sentido afirma que *“dicha distribución deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquélla”*.

Es conveniente destacar en este caso, para la adecuada distribución del tiempo de descanso correspondiente a la jornada laboral, la disyuntiva que existe en la doctrina en lo concerniente a lo que es el tiempo de trabajo y lo que corresponde por tanto a los descansos del trabajador. Partimos, por tanto, del artículo 35.4 del Estatuto de los Trabajadores en el que se afirma que *“el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo”*. Con ello, queremos aclarar que únicamente computará como tiempo de trabajo el trabajo efectivo, es decir, sin tener en cuenta los tiempos de descanso<sup>10</sup>. Es

---

<sup>9</sup> Aranzadi Westlaw, referencia JUR\2015\221786.

<sup>10</sup> Para ello, debemos tener presente que cada una de las organizaciones podrá atenerse al convenio sectorial que le corresponda, en función de la mecánica de trabajo a la que se atañan.

por ello, que cabe distinguir diferentes situaciones en las que se podría encontrar un trabajador en su puesto de trabajo: tiempo efectivo de trabajo, de presencia, de localización o de descanso pleno, es en este momento cuándo surgen las dudas de qué tiempos deben ser contabilizados como tiempo de trabajo obligado.

En este caso debemos atenernos a lo establecido en el contrato pactado entre ambas partes, por lo que, si la jornada laboral está fijada en cuarenta horas, al trabajador le corresponderán los descansos fijados en la norma (artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores).

Por otro lado, otra de las infracciones en las que se podría estar incurriendo en el supuesto de hecho inicial se basa en la no retribución ni cotización de las horas extraordinarias que realiza D. Francisco. Tal y como podemos desprender del caso, el trabajador además de realizar más horas de las fijadas legalmente, realizaba horas extraordinarias –las cuales no eran adecuadamente contabilizadas-

En este caso, debemos analizar dos aspectos fundamentales: por un lado, la realización y remuneración de esas horas extraordinarias y por otra parte, la no cotización de las mismas.

Las horas extraordinarias son una institución a través de la cual se produce una ampliación de la jornada por motivos justificados o situaciones sobrevenidas que tengan lugar en un momento determinado. Su regulación es bastante restrictiva, ya que su aplicación tiene considerables consecuencias tanto para la empresa como para el trabajador. En el primer caso, debemos mencionar que el empresario debe llevar un registro<sup>11</sup> de todas las horas realizadas de manera extraordinaria por cada uno de los trabajadores, así como otra serie de requisitos formales que supongan su correcto reconocimiento –tanto por los trabajadores como por los representantes de los mismos-. En segundo lugar y en lo que atañe a los empleados, realizar horas extraordinarias tiene varias consecuencias, como puede ser la relativa a la disminución de la seguridad y salud en el trabajo así como las derivadas de la conciliación familiar.

En este sentido, es uno de los derechos básicos de los trabajadores, regulado en el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores la “*percepción puntual de la remuneración pactada*”. Por tanto, debemos tener en cuenta, que, a pesar de que no se haya establecido ninguna cláusula en el contrato relacionada con la remuneración de estas horas extraordinarias, en caso de ser realizadas de manera efectiva, deben ser percibidas por el trabajador en cuestión en el plazo que ha sido fijado y determinado para ella.

Este supuesto se regula en el Estatuto de los Trabajadores, en el artículo 35.1, el cual señala que “*tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo (...) mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije (...) o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido*”. Por tanto, la situación en la que se encuentra el trabajador sería totalmente irregular, ya que, ni estas horas extraordinarias le son retribuidas en la manera especificada ni le son otorgados los descansos indicados en la correspondiente norma. Este precepto también alude a que la duración máxima de estas

---

<sup>11</sup> De acuerdo con la jurisprudencia, en la sentencia de la sala de lo social de la Audiencia Nacional, número 25/2016 de 19 de febrero, referencia *Aranzadi Westlaw*, referencia JUR\2016\43642, se hace referencia al incumplimiento de la previsión mencionada de registro de las horas extra (artículo 35.5 Estatuto de los Trabajadores).

horas extra son ochenta al año, no pudiendo ser superado ese límite<sup>12</sup>. En este caso, al existir y estar vigente el Convenio en el sector de la construcción de A Coruña, debemos tener en cuenta el límite fijado en el mismo para el cómputo de la realización de estas horas extraordinarias, y a la luz del artículo 25 del convenio, podemos apreciar que el límite está fijado en el mismo número de horas, ochenta al año.

Del mismo modo, no se indica ningún motivo ni causa por las que esas horas deben ser realizadas ni en relación a la voluntad del trabajador, afirmando el texto legal, que la realización de las horas extraordinarias será totalmente voluntaria (artículo 35.4 Estatuto de los Trabajadores) –salvo que se haya previsto bien en el contrato o bien en el convenio colectivo correspondiente–.

Como se desprende de la lectura del artículo mencionado en toda su extensión, vemos que el texto legal se decanta por la segunda de las maneras indicadas para fijar su retribución, la relativa a la compensación de las horas realizadas con los correspondientes descansos en el plazo señalado: *“en ausencia de pacto al respecto, se entenderá que las horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización”*.

La comisión por parte del empresario de todas las infracciones comentadas hasta el momento –jornada laboral extendida, realización de horas extraordinarias e impago de las mismas, descansos no permitidos–, se encuentran tipificadas y delimitadas en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Su artículo 7, establece que *“se considerará infracción grave (...) la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, (...), horas extraordinarias, (...), descansos (...)”*; y el artículo 8.1 señala como infracción muy grave *“el impago y los retrasos reiterados en el pago del salario debido”*. Como consecuencia, en la misma ley –en el capítulo VI de responsabilidades y sanciones–, se indican las sanciones aplicables a cada una de estas infracciones, señalando en su artículo 39 que se aplicarán determinados criterios de graduación en función de determinadas circunstancias de la empresa –cifra de negocios, negligencia, etc.–. La cuantía de estas sanciones a las que podría hacer frente el empresario se delimitan de manera específica en el artículo 40, variando los importes en función de cómo sea calificada –grado mínimo, medio o máximo–.

En lo relativo a la cotización de estas horas en la Seguridad Social, debemos tener en cuenta de manera previa que la relación establecida de esta manera une tres partes: la Administración Pública, el empresario y el trabajador, teniendo el intermedio –el empresario– la obligación de solicitar la afiliación correspondiente a los trabajadores que se encuentren a su cargo, salvo que ya estuvieren incluidos en el correspondiente régimen.

Las horas extraordinarias realizadas por el trabajador deben cotizar a la seguridad social tal y como se desprende al artículo 149 de la Ley General de la Seguridad Social<sup>13</sup> en el que se afirma que *“la remuneración que obtengan los trabajadores por el concepto de horas extraordinarias (...) estará sujeta a una cotización adicional por parte de empresarios y trabajadores, con arreglo a los tipos que se establezcan en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado”* y del artículo 147 de la

<sup>12</sup> El mismo artículo –en su apartado tercero– indica que existe una excepción al límite mencionado, y es que, en caso de situaciones de urgente reparación o prevención de riesgos, este límite no computará, a pesar de que deben ser compensadas como horas extraordinarias. Situación en la que no se encuentra el trabajador en cuestión.

<sup>13</sup> Ley General de la Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio.

misma norma legal<sup>14</sup>; es decir, estas horas extraordinarias deberán cotizar tanto en la base de contingencias comunes como en la correspondiente base de accidentes de trabajo y actividades profesionales (al amparo de los dos artículos mencionados). Por tanto, el empresario debería haber incluido en la correspondiente nómina del trabajador las cantidades correspondientes por estos conceptos.

La infracción cometida analizada en este párrafo relativa a la no cotización de las horas extraordinarias realizadas se encuentra tipificada en el artículo 22.3 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en él se establece que el no ingreso de las cuotas correspondientes, ni en plazo ni en forma de las cantidades que recauda la Tesorería General de la Seguridad Social supone la comisión de una infracción grave, estando su sanción especificada en el artículo 39.2 párrafo segundo de la misma ley. Este precepto afirma que *“cuando se trate de infracciones tipificadas en los artículos 22.3 (...), la sanción se impondrá en grado mínimo cuando la cuantía no ingresada, incluyendo recargos e intereses, no supere los 10.000 euros, en su grado medio cuando dicha cuantía esté comprendida entre 10.001 y 25.000 euros, y en su grado máximo cuando sea superior a los 25.000 euros”*. En este sentido, la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2015<sup>15</sup> alude a este precepto y a su consideración como tal en la misma.

Asimismo, la situación de hecho de la que partimos alude a que D. Francisco sufre malos tratos por parte del empresario, D. Fernando. El supuesto lo describe como tratos vejatorios, amenazas y coacción, todas ellas, situaciones que incumplen uno de los primeros artículos del Estatuto de los Trabajadores, el artículo 4. En este precepto –tanto en su apartado d como en el e- podemos ver como se considera un derecho fundamental de los trabajadores el respeto *“su integridad física”* y *“al respeto a su intimidad y a la consideración debida a su dignidad”*.

Este supuesto en el que se encuentra el trabajador podría verse reflejado de manera clara y precisa en el artículo 8.11 de la Ley de Infracciones y Sanciones del orden Social, en el que se establece que se considerarán infracciones graves *“todos los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores”*.

Tras la situación en la que se encontraba el trabajador derivada de las infracciones realizadas por el empresario, D. Francisco decide denunciar su situación ante la Inspección de Trabajo -como vemos que indica el supuesto- momento en el que es despedido de su puesto de trabajo.

No podemos olvidarnos de un hecho relevante y es que, en el supuesto de hecho se indica que los inspectores de trabajo al realizar la correspondiente visita aprecian que las condiciones de higiene y seguridad no son las adecuadas. Por ello, debemos tener en cuenta dos aspectos: en primer lugar, lo establecido en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales<sup>16</sup>, y en segundo lugar, la sanción correspondiente a la infracción derivada de estos actos.

El supuesto no hace mención a las condiciones existentes en la obra ni el por qué no eran las adecuadas, pero debemos tener en cuenta que la realización de cualquier tipo

---

<sup>14</sup> No formarán parte de la base de cotización *“las horas extraordinarias, salvo para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social”*.

<sup>15</sup> Aranzadi Westlaw, referencia RJ\2015\4723.

<sup>16</sup> Ley de Prevención de Riesgos Laborales, 31/1995 de 8 de noviembre.

de actividad profesional lleva implícitos una serie de riesgos, que en caso de no ser tenidos en cuenta puede tener consecuencias negativas tanto para la empresa como para cualquier persona que preste sus servicios en la misma. En lo que se refiere al ámbito normativo, a mayores de la ley mencionada en el párrafo anterior, debemos incluir la mención que se realiza en la Constitución Española a este aspecto y es que, al amparo del artículo 40 se establece el principio de la seguridad del trabajador, afirmando que “*los poderes públicos (...) velarán por la seguridad e higiene en el trabajo (...)*”. El ámbito de actuación de la Ley de Riesgos Laborales se refiere a la inclusión en el mismo de las relaciones laborales que estén al amparo del Estatuto de los Trabajadores, por lo cual, podemos considerar plenamente válida esta norma legal.

Para no entrar en aspectos minuciosos y detallados no identificaremos cada una de las definiciones y conceptos que esta ley nos ofrece, sino que simplemente nos atenderemos a conocer varios aspectos básicos de lo que supone instaurar una política adecuada de prevención de riesgos laborales. En primer lugar, podemos destacar que obviamente, la ley se aplica a todo el personal de la empresa –es decir, tanto a trabajadores como empleadores y personas que puedan ser igualmente afectados por los riesgos-. En el artículo 5 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece una lista de objetivos que derivados de esta política de prevención, entre los cuales se encuentran desde la mejora de las condiciones de trabajo hasta el papel que tendrá la Administración Pública en la misma<sup>17</sup>. Se desarrollan asimismo una serie tanto de derechos como deberes –de los trabajadores, empresarios y entes públicos- en el capítulo III de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, con el fin de que todas las personas formen parte y estén totalmente involucradas en una política de este tipo.

Por su parte, el incumplimiento de las condiciones que se establecen en esta ley, están tipificados, y consecuentemente, sancionados en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social. Las infracciones se encuentran reguladas en la sección segunda de la ley que acabamos de mencionar, y la graduación de las sanciones correspondientes podemos señalarlas a la luz del artículo 39.3, en el que se establecen una serie de criterios en función de los cuales la sanción será declarada en su grado mínimo, medio o máximo<sup>18</sup>.

A continuación analizaremos las acciones que podrá realizar el trabajador ante la situación en la que se ha visto inmerso.

## **1.2. Análisis de las acciones que pueden ser ejercitadas**

Don Francisco –el trabajador descrito en el subapartado anterior- debería entablar una demanda contra el despido efectuado por el empresario que lo contrató –Don Fernando- ante la jurisdicción de lo social con la pretensión de que el despido sea declarado nulo, o en su caso, improcedente.

En primer lugar, debemos justificar el hecho de que sea posible entablar una demanda ante la jurisdicción de lo social y es que, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social<sup>19</sup>, defiende, en sus dos primeros artículos la actuación de la jurisdicción social en los casos en los que juegue el derecho laboral y conocerá de cuestiones litigiosas que se susciten entre el empresario y los trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo

<sup>17</sup> El papel que ostenta la Administración Pública en esta política está directamente relacionado con políticas de integración, igualdad, mejoras laborales y su rol es muy destacado, ya que tratarán de fomentar las mejoras de las condiciones de seguridad y trabajo desde organismos estatales y obviamente, con un alcance mucho mayor del que cualquier pequeña empresa –la mayoría en este país- podría tener.

<sup>18</sup> Su cuantía es establecida en el artículo 40.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

<sup>19</sup> Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, 36/2011 de 10 de octubre.

y demás actuaciones que afecten tanto a los derechos como a las obligaciones de las partes en el ámbito de una relación de trabajo.

Es por ello que consideramos adecuada la actuación del trabajador ante los órganos que forman parte de esta jurisdicción, ya que se encuentra dentro del ámbito y objeto de la ley que recoge estos supuestos.

Por otro lado, tenemos que hacer referencia a que la pretensión de la demanda sea el despido nulo. Se trata de una figura jurídica regulada en el Estatuto de los Trabajadores en el artículo 55, señalando dicho precepto en su apartado 5 que será despido nulo el 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”*. Como hicimos referencia en el previo análisis de las infracciones con la normativa correspondiente, el empresario ha realizado diversas conductas que suponen la violación de ciertos derechos fundamentales, como es el caso del acoso y atentado contra la dignidad de este trabajador.

Sin embargo, uno de los aspectos fundamentales que se deriva de la actuación descrita en el supuesto es que el empresario decide despedir al trabajador una vez que ya ha denunciado los hechos ante la Inspección de Trabajo, es decir, una vez que ha decidido iniciar el procedimiento correspondiente para ponerle, de alguna manera, fin a la situación que estaba sufriendo. Este supuesto es lo que se conoce como garantía de indemnidad y es un aspecto que forma parte de la doctrina del Tribunal Constitucional, tal y como podemos ver en su sentencia de la sala segunda de 10 de septiembre de 2015<sup>20</sup>, en la que se afirma que *“en el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas intencionales de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos”*<sup>21</sup>. Del mismo modo, hay otra sentencia destacada del Tribunal Constitucional en la que se menciona de manera explícita cómo la doctrina de este tribunal consolida este supuesto y a la relación directa entre la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías. Este tribunal señala que *“en relación con la posibilidad de que una decisión empresarial de despido sea lesiva del art. 24.1 CE, este Tribunal ya declaró en la STC 7/1993, de 18 de enero (...) que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado también cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. El derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface, pues, mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza”*.

Por tanto, podemos considerar que el concepto de garantía de indemnidad ha sido lesionado en este supuesto, ya que desde el momento en el que el trabajador D. Francisco decidió llevar a cabo las actuaciones correspondientes ante la Inspección de Trabajo y la

---

<sup>20</sup> *Boletín Oficial del Estado*, número 245, de 13 de octubre de 2015.

<sup>21</sup> En el mismo sentido, podemos hacer referencia a la sentencia del pleno del Tribunal Constitucional, número 16/2006 de 15 de febrero de 2006, *Boletín Oficial del Estado*, número 39; sentencia de la sala primera del Tribunal Constitucional, número 55/2004 de 18 de mayo de 2004, *Boletín Oficial del Estado*, número 120; o la sentencia de la sala primera del Tribunal Constitucional, número 14/1993 de 12 de febrero de 1993, *Boletín Oficial del Estado*, número 37..

Seguridad Social, el empresario decidió despedirlo, lo que podría ser considerado como una vulneración de la garantía que acaba de ser descrita.

En este sentido y al hilo de lo que se acaba de comentar, entra en juego la norma básica que rige el Derecho español, la Constitución Española. Y es que, en su artículo 24.1 regula uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos, lo que conocemos como la tutela judicial efectiva, es decir, que todo el mundo tiene derecho a un proceso judicial adecuado, correcto y sin que pueda producirse ningún tipo de indefensión hacia las personas que hayan decidido ejercitarlo.

Asimismo, encontramos en esa misma sentencia, la relación con el texto constitucional que acabamos de describir, y es que *“el artículo 24.1 de la Constitución Española en su vertiente de garantía de indemnidad resultará lesionado tanto si se acredita una reacción o represalia frente al ejercicio previo del mismo, como si se constata un perjuicio derivado y causalmente conectado, incluso si no concurre intencionalidad lesiva”*.

De esta manera, volviendo al despido nulo y al ejercicio de la correspondiente acción con la pretensión mencionada, podría considerarse que la violación de la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad puede ser ejercitada con fundamentación en los preceptos mencionados.

Por otro lado, la demanda podría basarse en la violación de los derechos fundamentales del trabajador, es decir, además de argumentar lo correspondiente a la garantía de indemnidad que acabamos de mencionar, podría basarse en el trato vejatorio que ha recibido el trabajador por parte del empresario.

Como bien justificamos en el apartado anterior, el respeto hacia el trabajador es algo fundamental y que está totalmente regulado en el Estatuto de los Trabajadores<sup>22</sup> de manera restrictiva, por lo que es un límite que no puede ser sobrepasado por ninguna de las personas que forma parte de la relación laboral consolidada.

La estimación de la demanda por despido nulo tendría como principal consecuencia la readmisión inmediata del trabajador, es decir, que en caso de que esta demanda sea favorable para D. Francisco, el empresario D. Fernando deberá readmitirlo de la manera más rápida posible, como podemos afirmar a la luz del precepto 55.6 del Estatuto de los Trabajadores en el que se establece que *“el despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir”*<sup>23</sup>.

En el caso de que el despido sea declarado improcedente en lugar de nulo, tal y como se regula en el mencionado estatuto, en el artículo 56.1, el empresario deberá optar entre la readmisión –caso en el que el trabajador tiene derecho a los salarios de tramitación- o el abono de una indemnización equivalente a la cantidad referida en el mencionado artículo<sup>24</sup>. Los salarios de tramitación, al amparo del apartado segundo del artículo 56 de la norma previamente mencionada, *“equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia”*. Este supuesto de readmisión –

---

<sup>22</sup> En el artículo 4, relativo a los derechos de los trabajadores.

<sup>23</sup> Los salarios dejados de percibir son todos aquellos que el trabajador no ha percibido por el hecho de haber sido despedido y durante el tiempo que ha mediado como consecuencia del procedimiento iniciado.

<sup>24</sup> Cantidad correspondiente a 33 días de salario por año de servicio, hasta un máximo de 24 mensualidades.

incluyendo aspectos irregulares- aparece regulado en la Ley de la Jurisdicción Social en el artículo 281.6 y 286, casos en los que se incluye la imposibilidad de readmisión del trabajador –bien porque la empresa ha cesado en su actividad, bien por cualquier otro tipo de causa de imposibilidad- o la indemnización irregular por parte del empresario. Sendos supuestos suponen para el trabajador un incremento de la indemnización, dentro de los límites legales y con las cantidades correspondientes a las que alude el apartado segundo del primer artículo mencionado<sup>25</sup>.

Por todo lo comentado de manera previa y a modo de breve conclusión de la cuestión planteada por el caso, podemos considerar varios aspectos:

En primer lugar, las posibles infracciones que habría cometido el empresario–acoso, atentado a la dignidad, no respeto a las condiciones pactadas en el contrato de trabajo ni adecuación a la normativa de prevención de riesgos laborales- dada la situación en la que se encuentra, justificadas cada una de ellas en la normativa correspondiente.

Por otro lado, se ha descrito la acción que podría ejercer este trabajador ante el supuesto de hecho, y es que, podría basar la pretensión de su demanda tanto en un despido nulo como en un despido improcedente. Analizadas ambas vertientes a la luz de la normativa correspondiente.

Por último, hemos visto las posibles consecuencias que tendría para el empresario el desarrollo del procedimiento iniciado por parte del trabajador. Consecuencias que serían efectivas ya sea declarado el despido nulo o improcedente.

---

<sup>25</sup> Límite que se encuentra situado en quince días adicionales por año trabajado, con un máximo de 12 mensualidades.

## 2. ¿Qué responsabilidades para el empresario podrían derivarse de la situación del trabajador Don Alberto Pérez Domingo?

Como nos indica el supuesto de hecho, Don Alberto Pérez Domingo es un trabajador de la empresa Construnova el cual no está dado de alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social. De manera previa al análisis de las responsabilidades consideramos necesario realizar una pequeña introducción relativa a lo que es el sistema de la Seguridad Social español y nos adentraremos en todos los aspectos relacionados con la afiliación, cotización y alta en el sistema, respondiendo, por supuesto, a la cuestión planteada sobre las responsabilidades que pueden derivarse hacia el empresario dada la situación planteada.

En palabras de Martínez Girón, Arufe Varela y Carril Vázquez<sup>26</sup> podríamos considerar la Seguridad Social como “*aquella concreta modalidad de actuación administrativa orientada a compensar la pérdida de rentas de trabajo mediante prestaciones, sobre todo dinerarias, que el Estado financia*”. De esta definición podemos extraer varias ideas, y es que, la Seguridad Social supone una actuación por parte del Estado hacia los ciudadanos, de manera que tanto en caso de necesidad como en caso de “*excesos de gastos*”<sup>27</sup> el Estado podrá destinar ciertos recursos a ayudar a la población.

Un hecho relevante y destacado en el desarrollo del sistema de la Seguridad Social en España fue la aprobación y promulgación de la (tercera) Ley General de la Seguridad Social en 1994<sup>28</sup>, ley que ha sufrido varias reformas a lo largo de los años, bien por necesidades políticas, bien por ajustes económicos. Hecho relevante por la importancia que tiene que en un Estado se promueva y tenga respaldo un sistema de Seguridad Social público. Actualmente, la ley que se mantiene vigente es la que se aprobó a través del Real Decreto Legislativo 8/2015.

Como introducción al sistema general de la Seguridad Social debemos comentar que es un derecho que se encuentra recogido en la Constitución Española, en su artículo 41, en el que se prevé el derecho a este sistema de todos los españoles. Así, se desprende del artículo 7 de la Ley General de la Seguridad Social que “*estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones contributivas, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y (...) sean trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores*”. Por tanto y como consecuencia de la resolución que debemos realizar del supuesto de hecho, solamente hemos destacado el caso del trabajador por cuenta ajena, caso de D. Alberto.

Tal y como nos indica este precepto, debemos tener en cuenta las condiciones establecidas en el artículo mencionado del Estatuto de los Trabajadores, que se resumen básicamente en ser un trabajador que voluntariamente preste sus servicios de manera retribuida a otra persona, en el marco de una relación empresarial entre ambos –en este caso, no nos consta que el contrato entre las partes haya sido firmado sin consentimiento-

<sup>26</sup> Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA, X.M. CARRIL VÁZQUEZ; *Derecho de la Seguridad Social*; 2ª edición, Netbiblo (A Coruña, 2008).

<sup>27</sup> “Excesos de gastos” como sería el caso de nacimiento de hijos, o “necesidad” en caso de desempleo o incapacidad.

<sup>28</sup> A través del Real Decreto por el que se aprueba esta ley, se integran en un solo documento varias normas legales, como es el caso de la Ley sobre protección del desempleo o sobre prestaciones no contributivas.

, por lo que podemos afirmar que nos encontramos dentro del ámbito de actuación de la Ley General de la Seguridad Social y por lo cual procedería la aplicación de su contenido.

Un primer aspecto que debemos tener en cuenta una vez puesta en contexto esta situación es lo concerniente a la inscripción, afiliación y cotización de los trabajadores de una empresa, así como las responsabilidades que podrían derivarse del incumplimiento de las mismas.

En primer lugar y en relación con la inscripción en el sistema de la Seguridad Social debemos considerar que este hecho es obligatorio por parte del empresario que vaya a iniciar sus actividades empresariales. El procedimiento consiste en solicitar el alta del empresario a la Tesorería General de la Seguridad Social de manera previa al alta de los trabajadores que iniciarán las relaciones laborales en esa empresa, acorde al modelo instaurado de manera oficial y a través del cumplimiento de una serie de datos. Así lo refleja el Reglamento sobre Inscripción de Empresas, Afiliación, Altas y Bajas de Trabajadores<sup>29</sup> en su artículo 5<sup>30</sup>, afirmando que debe cumplirse con las formas establecidas en el propio reglamento y ante los organismos correspondientes<sup>31</sup>. Una vez que el empresario haya solicitado esta inscripción debe realizar lo mismo con los trabajadores, es decir, debe darlos de alta en el sistema y requerir la afiliación de todas aquellas personas que vayan a prestar sus servicios<sup>32</sup> a la empresa para poder, de esta manera, cotizar y acceder a las correspondientes prestaciones sociales.

Los trabajadores deberán afiliarse a un determinado régimen de la Seguridad Social, siendo este hecho obligatorio para todas aquellas personas que estén incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley General de la Seguridad Social. El inicio de este procedimiento de afiliación parte del empresario y aparece recogido en el apartado primero del artículo 139 de la ley mencionada, de manera que será este quien deberá solicitarla. Las normas generales que se podrán aplicar al caso se encuentran recogidas en el Reglamento sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas y Bajas de Trabajadores en el capítulo III (artículos 21-28). En él, se recoge el proceso que debe seguirse, así como la documentación necesaria para que finalice de manera correcta y adecuada.

La principal consecuencia de este procedimiento es la adquisición por parte de los trabajadores de un número de afiliación –con los datos personales del trabajador–, número con el que serán identificados en el sistema de la Seguridad Social y que les permitirá acceder a las prestaciones laborales así como cotizar según las correspondientes bases. Este documento de afiliación tendrá efectos ante la Tesorería General de la Seguridad Social y ante todas las entidades gestoras y será de carácter permanente.

Una vez que el número de afiliación le ha sido asignado a cada uno de los trabajadores, el siguiente paso es la inclusión en un determinado régimen de la Seguridad Social –pudiendo ser incluidos en el régimen general o en el especial– en función de las características de cada uno de ellos.

---

<sup>29</sup> Reglamento General de Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas y Bajas de Trabajadores, Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.

<sup>30</sup> En este artículo se establece que *“los empresarios, como requisito previo e indispensable a la iniciación de sus actividades, deberán solicitar a la Tesorería General de la Seguridad Social su inscripción en el correspondiente Régimen del sistema de la Seguridad Social”*.

<sup>31</sup> Estos organismos están indicados en el apartado segundo del artículo de la nota 17.

<sup>32</sup> Siempre de manera voluntaria y de manera retribuida, mencionando de nuevo el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores.

La inclusión en cada uno de los regímenes dependerá de determinadas situaciones y circunstancias, establecidas en el artículo 136 de la Ley General de la Seguridad Social. Este precepto señala que *“estarán obligatoriamente incluidos en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social los trabajadores por cuenta ajena y los asimilados (...) salvo que por razón de su actividad deban quedar comprendidos en el campo de aplicación de algún régimen especial de la Seguridad Social”*; y a continuación de este apartado establece una lista cerrada en la que podrían encajarse determinadas situaciones –trabajadores por cuenta ajena, socios trabajadores de una sociedad mercantil o laboral, conductores de vehículos de turismo, etc.–, como sería la de D. Alberto. Asimismo, en el artículo que le sigue aparece otra lista en la que aparecen supuestos que quedan totalmente excluidos del ámbito de aplicación del régimen general de la Seguridad Social; entre ellos se encontraría por ejemplo, quienes ejecuten ocasionalmente los servicios amistosos o aquellos trabajadores que realicen trabajos que estén incluidos en los regímenes especiales (agrario, mar u hogar entre otros).

Recurriendo a jurisprudencia consolidada en derecho y como manera de justificar lo expresado de manera previa, podemos mencionar la sentencia de la sala de lo social de Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, número 1394/2000 de 14 de julio de 2000<sup>33</sup>, en la cual se confirma que *“la afiliación y/o alta comporta, desde la perspectiva del trabajador «la incorporación formal de una persona incluida en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social, adquiriendo el derecho potencial a la protección (...)”*; y que *“la afiliación al sistema de la Seguridad Social, por sí sola o en unión de otros requisitos o presupuestos, constituirá título jurídico para la adquisición de derechos y el nacimiento de obligaciones y condicionará la aplicación de las normas que regulan dicho sistema”*. Por ello podemos considerar que el punto de partida del establecimiento de las relaciones jurídicas entre el trabajador, el empresario y la Administración parte de la afiliación.

El hecho de darse de alta ante la Tesorería General de la Seguridad Social supone, a la luz de lo establecido en el artículo 7 del mencionado reglamento, que a través del mismo *“se reconoce a la persona que inicia una actividad o se encuentra en una situación conexas con la misma, su condición de comprendida en el campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social que proceda en función de la naturaleza de dicha actividad o situación, con los derechos y obligaciones correspondientes”*. Este precepto debe ponerse en relación con la normativa recogida en la Ley General de la Seguridad Social<sup>34</sup>, ya que el hecho de dar de alta a un trabajador implica la posibilidad de aplicar las normas correspondientes al régimen de la Seguridad Social. Asimismo, existe un procedimiento para dar de alta a un trabajador, así como la fijación de una serie de plazos y límites temporales<sup>35</sup>, que, en caso de no ser cumplidos por parte del empresario, el trabajador podrá subsanar. Es decir, la obligación de dar de alta a sus trabajadores es del empresario, que en el supuesto de hecho correspondería el dueño de la empresa, D. Fernando; sin embargo, y siguiendo las disposiciones legales, en caso de que éste no la realice, el trabajador podrá, a propia instancia, solicitar el alta en este sistema de la Seguridad Social. Así lo recoge el texto legal en el apartado segundo del artículo 139 de la Ley General de la Seguridad Social.

---

<sup>33</sup> Aranzadi Westlaw, referencia AS\2000\4153.

<sup>34</sup> Artículo 138.1 de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>35</sup> Este límite temporal se refiere a que deben ser dados de alta los trabajadores antes de comenzar la iniciación de su prestación de servicios al empresario.

Siguiendo la doctrina de los autores anteriormente mencionados, podemos considerar que existen por tanto tres tipos de altas, y es que, cuando un trabajador inicia la prestación de servicios en una empresa el empresario tiene una serie de obligaciones que debe cumplir: solicitud de inscripción de empresa –en caso de que sea de nueva creación y no esté inscrita-, solicitud de afiliación y alta del trabajador. Así, en caso de que el trabajador sea la primera vez que trabaja esta situación se conocerá como “*alta inicial*”, mientras que si ya ha trabajado de manera previa a ingresar en el nuevo puesto se denominará “*alta sucesiva*”. Existe un requisito fundamental que debe ser tenido en cuenta en todo momento, y es que, estos procedimientos deben tener lugar siempre de manera previa al inicio de la prestación de servicios por parte del trabajador.

Con el objetivo de recurrir a jurisprudencia consolidada, encontramos en la sentencia de la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, número 40/2016 de 19 de febrero de 2016<sup>36</sup> que “*el acto de "alta" debe producirse, como señalan los artículos 7 y 29 y siguientes del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, al inicio de la actividad laboral (...) Téngase en cuenta que los efectos del "alta" comportan la obligación de cotizar*”. En esta pequeña reflexión, podemos apreciar dos factores fundamentales en el sistema de la Seguridad Social: por un lado, el hecho de darse de alta en el propio sistema, y por otro, la consecuencia principal de la misma, la correspondiente cotización al sistema<sup>37</sup>.

Recapitulando y haciendo mención al supuesto caso con los protagonistas del mismo, D. Fernando debería tener presente una doble situación: por un lado, la posibilidad de tener que solicitar la afiliación del trabajador –Don Alberto- en el caso de que no hubiese ejercido nunca de manera previa algún tipo de trabajo; por otro, en caso de que ya hubiese prestado sus servicios en el marco de una relación laboral, debería únicamente darlo de alta en el correspondiente sistema de manera previa a la realización de sus tareas como trabajador de la empresa, ya que una vez que ha sido iniciada la prestación de servicios por parte del trabajador comienza la verdadera relación entre trabajador y Administración.

En el caso de que los procedimientos hayan sido los adecuados y se haya iniciado la relación laboral entre empresario y trabajador podríamos analizar la tercera cuestión que en este supuesto nos atañe y es lo relativo a la cotización. Para aportar un concepto de lo que es la cotización podemos partir de un punto de vista jurídico y uno económico. En primer lugar, según el punto de vista jurídico, la cotización sería una suerte de contribución que deben realizar tanto los trabajadores como las empresas con el objeto de sostener y aportar determinadas cantidades al Estado, siendo los porcentajes de cotización fijados de manera anual a través de la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Por su parte, en sentido económico la cotización es la principal fuente de ingresos del Estado para poder financiar el sistema de la Seguridad Social y poder hacer frente de este modo a las prestaciones ofrecidas a los ciudadanos. Consideramos por tanto, que el sostén básico de la financiación de este sistema son las aportaciones en concepto de cotizaciones que tanto los trabajadores como las empresas realizan.

En palabras de Cruz Villalón, “*el sistema español de seguridad social responde a un modelo de reparto y no de capitalización*”. Esta diferenciación entre ambos sistemas lo que quiere decir es que el sistema español se fundamenta en el hecho de que la

---

<sup>36</sup> Referencia Aranzadi Westlaw, referencia JUR\2016\53956.

<sup>37</sup> En esta misma línea podemos hacer referencia a la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2010, referencia Aranzadi Westlaw, referencia RJ\2011\391.

población activa que trabaja, a través de sus cotizaciones financia las prestaciones de aquellas personas que podemos calificar como inactivas del sistema y por tanto, beneficiarias de las mismas. No es entonces un sistema capitalizable en el sentido de que lo que se ahorra se reinvierte y se “guarda” para los trabajadores que las estén generando.

En lo relativo a la normativa que regula este aspecto de la cotización nos remitiremos a la sección segunda del capítulo II de la Ley General de la Seguridad Social, artículos 141 y siguientes. Del análisis del primero de ellos podemos deducir quienes son los sujetos pasivos de la misma, por lo que es obligatoria para todos aquellos trabajadores que se incluyan en el ámbito de aplicación de esta ley así como los empleadores para los que presten sus servicios. Asimismo, de este precepto podemos extraer la estructura básica de la base de cotización, y es que comprenderá dos aportaciones: una por parte del trabajador y otra por parte del empresario. El empleador, en el caso de las relaciones laborales subordinadas, es el encargado de –además de inscribir y dar de alta en el sistema de la Seguridad Social- retener una parte del salario para la correspondiente base de cotización, estableciendo la ley mencionada que será totalmente nulo cualquier pacto a través del cual sea otra persona la que se haga cargo de la parte correspondiente a cada uno de ellos<sup>38</sup>.

En relación con el establecimiento de las cantidades a abonar, debemos partir de que forman parte de la base de cotización todos los importes que se correspondan con conceptos salariales<sup>39</sup>, es decir, con la retribución del trabajador –ya sea dineraria o en especie- percibida de manera mensual por cada uno de los empleados de la empresa. Establece la norma legal en el párrafo segundo del artículo 147, que aquellas percepciones cuyo vencimiento sea superior al mes serán prorrateadas a lo largo del año. Este artículo recoge asimismo, las bases de cotización y todos los aspectos que computarían como tal. Esta remuneración mensual podrá incluir determinados conceptos, entre ellos, el salario base y los complementos salariales –ya sean personales, por el puesto de trabajo, por la cantidad de trabajo, etc.-; pero no podrán computarse en la base de cotización determinadas cantidades percibidas por los trabajadores, como sería el caso de las dietas y asignaciones para gastos de viaje, manutención, desplazamiento, indemnizaciones por fallecimiento y otra serie de causas que se recogen de manera taxativa en la ley.

Por tanto, una vez que esta base de cotización ha sido totalmente determinada se le aplica un porcentaje, un tipo impositivo establecido de manera anual por parte del gobierno central –en la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado-. Podríamos distinguir aquí varios tipos: el tipo general para lo que se denomina contingencias comunes, y otro tipo específico para los demás conceptos: Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), Formación Profesional, accidentes de trabajo y desempleo. En relación con la correspondiente a contingencias comunes, FOGASA y Formación Profesional se establece la duplicación de aportaciones –una por parte del trabajador y otra por parte del empresario- y la existencia de un tipo común, mientras que las demás corren únicamente a cargo del empresario y son establecidos diversos tipos en función del sector o actividad realizada por el trabajador. Se establece asimismo, en el artículo 149 de la LGSS, la cotización adicional por horas extraordinarias “*con arreglo a los tipos fijados en los presupuestos generales del Estado*”. Esta cotización adicional, se efectuará sobre el importe total de las horas efectivamente realizadas en el mes correspondiente, sin ningún

<sup>38</sup> Así lo deducimos conforme al apartado primero del artículo 142 y 143 –en relación a la nulidad de los pactos- de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>39</sup> Concepto de salario al que nos referimos en la resolución de la primera pregunta en base al Estatuto de los Trabajadores.

tipo de limitación. La aplicación de este tipo a la base de cotización tiene como resultado un importe concreto, llamado cuota, de cuyo ingreso es totalmente responsable el empleador, tal y como se desprende de la norma legal. Sin entrar en más detalles, simplemente mencionar el hecho de que esta cuota podrá ser objeto –cuando se den las circunstancias para ello- tanto de bonificaciones como de recargos, pudiendo, por tanto, variar la cantidad que se debe ingresar a la Tesorería General de la Seguridad Social<sup>40</sup>.

La regla general parte de que la obligación de cotizar se extiende hasta que no se extinga el contrato de trabajo, incluyendo en este caso el período en el que el trabajador se encuentre en una situación de incapacidad temporal<sup>41</sup>, así como en determinadas situaciones de desempleo. Este supuesto de duración de la cotización se recoge en el artículo 144.3 de la Ley General de la Seguridad Social, a la luz del cual *“la obligación de cotizar se mantendrá por todo el período en que el trabajador esté en alta en el Régimen General o preste sus servicios, aunque estos revistan carácter discontinuo”* y en su apartado 4, *“la obligación de cotizar continuará en la situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, en la de maternidad, en la de paternidad, en la de riesgo durante el embarazo y en la de riesgo durante la lactancia natural, así como en las demás situaciones previstas en el artículo 166 en que así se establezca reglamentariamente”*.

Entrando ya en lo relativo a las responsabilidades que se pueden derivar del incumplimiento de estas obligaciones tendremos en cuenta lo establecido en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social.

El hecho descrito en el caso –no dar de alta al trabajador y por ello, no cotizar al sistema de la Seguridad Social- es considerado una infracción grave según lo establecido en la ley mencionada previamente, en el artículo 22. A la luz del segundo apartado podemos considerar que *“se considera infracción grave (...) no solicitar la afiliación del (de los) trabajador(es) que ingresen a su servicio fuera del plazo establecido”*, situación en la que estaría incurriendo el empresario descrito en el caso, incumpliendo sus deberes legales. Por ello, el empresario estaría incurriendo en este momento en una serie de ilícitos que tendrán consecuencias jurídicas amparadas en la normativa laboral.

Tal y como establece esta ley, la responsabilidad del empresario variará en función de que la sanción sea considerada como mínima, máxima y media<sup>42</sup> en atención a los requisitos que son establecidos para cada una de ellas, por ejemplo, en función de la negligencia del sujeto infractor, incursión o no en fraude o circunstancias relacionadas con la empresa –es decir, número de trabajadores, cifra de negocios, etc.-. Dependiendo de la infracción que haya sido realizada, la cuantía de las sanciones varía, pero, en el caso relatado en el supuesto de hecho inicial, y amparándose en el artículo 40 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, podríamos considerar que el empresario debería hacer frente a una sanción que podría estar situada entre tres mil y diez mil euros en función del grado en el que sea considerada la correspondiente sanción.

Un dato que podríamos tener en cuenta, es que el trabajador tiene la facultad atribuida de solicitar el alta a la Seguridad Social por mutu propio. Sin embargo, no es un hecho que tenga lugar con frecuencia en este campo, debidas las consecuencias –o no- que podrían derivarse hacia el trabajador –ya que cuando este acuda a la Tesorería a

<sup>40</sup> En la Dirección Provincial correspondiente.

<sup>41</sup> Situaciones como serían la baja por maternidad, paternidad, etc.

<sup>42</sup> Así lo establece la ley en su artículo 39.

inscribirse, el empresario recibirá notificación de que no está cumpliendo con sus obligaciones-.

Como breve conclusión de la cuestión aquí planteada podríamos considerar que el trabajador D. Alberto se encuentra en una situación irregular, ya que, al no estar dado de alta en el sistema correspondiente de la Seguridad Social no podrá acceder ni recibir las correspondientes prestaciones, así como no estará cotizando las horas correspondientes. Por otro lado, el empresario, D. Fernando, podría incurrir en una sanción calificada como grave debido a la no realización de los procedimientos adecuados.

### 3. Iter procedimental respecto de la actuación inspectora en ambas situaciones.

Para resolver esta cuestión debemos introducir en primer lugar la normativa aplicable al caso: la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, 42/1997, de 14 de noviembre. Actualmente esta ley está derogada, y ha sido sustituida por la 23/2015, de 21 de junio; pero debemos aplicar la anterior ya que en el momento en el que ocurrieron los hechos no existía la segunda de las normas mencionadas, por lo que se tiene que aplicar la normativa vigente en el momento en el que acontecieron los hechos.

En su primer artículo establece su definición y el objeto de la misma, por lo que, antes de analizar el iter procedimental, es decir, el proceso que debe llevarse a cabo ante este organismo, vamos a realizar un breve análisis del precepto mencionado.

*“Constituye el sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el conjunto de principios legales, normas, órganos, funcionarios y medios materiales que contribuyen al adecuado cumplimiento de las normas laborales; de prevención de riesgos laborales; de Seguridad Social y protección social; colocación, empleo y protección por desempleo; cooperativas; migración y trabajo de extranjeros, y de cuantas otras materias le sean atribuidas”.* A la luz de este precepto podemos ver cómo las materias que nos atañen en el supuesto de hecho se integran de manera plena en el objeto de la ley.

Un aspecto relevante y destacado en relación a los cambios introducidos en la nueva ley es que, la definición de este sistema es mucho más amplia y completa e incluye en su artículo segundo una serie de principios ordenadores de este organismo, entre las cuales se encuentran desde la eficacia y calidad con la que deben ser prestados los servicios hasta la unidad e imparcialidad tanto del personal como de los procedimientos desarrollados.

Una característica que va unida a la profesión de inspectores es la autonomía técnica y funcional de la que gozan. Así se establece en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo<sup>43</sup> que la independencia que les caracteriza supone al mismo tiempo una obligación y una garantía, constituyendo uno de los principios básicos que regulan esta institución. Para la oficina internacional del trabajo, *“la independencia de los inspectores es una condición indispensable para que las dos partes de la relación laboral, empleadores y asalariados, puedan tener plena confianza en su objetividad e imparcialidad”.* Esta facultad también les es reconocida en la propia Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el artículo 6.1, a la luz del cual podemos afirmar que *“(…) están facultados para desempeñar todas las competencias que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tiene atribuidas (...) y en su ejercicio gozarán de plena autonomía técnica y funcional y se les garantizará su independencia frente a cualquier influencia exterior indebida en los términos de los artículos 6 del Convenio número 81 y 8 del Convenio número 129 de la Organización Internacional del Trabajo”.*

A continuación se realizará un análisis del procedimiento que debe ser llevado a cabo por los dos trabajadores que se encuentran en las situaciones descritas en el supuesto de hecho.

---

<sup>43</sup> Convenio número 81 y número 129 de la Inspección de Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo.

### 3.1. Situación en relación al despido de D. Francisco González Martínez.

Como recordamos, Don Francisco decidió instar una denuncia ante este organismo el día 24 de mayo de 2014, como consecuencia de la situación pésima y vejatoria a la que estaba siendo sometido.

Para instar esta denuncia tanto la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como el reglamento que lo desarrolla establecen un procedimiento que debe ser seguido por cualquier trabajador que quiera denunciar su situación derivada de la actuación ilícita del empresario con el cual se mantienen las relaciones laborales. Podemos justificar su actuación en el artículo 22.4 del reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a la luz del cual apreciamos que *“cuando la actuación sea consecuencia de denuncia, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social iniciará una vez recibida aquélla, las correspondientes actuaciones de comprobación e investigación si concurrieron indicios suficientes de veracidad o exactitud en los hechos denunciados. A tal fin, podrá solicitar al denunciante su comparecencia para ratificar, ampliar o concretar el contenido de la denuncia”*. Por tanto, podemos considerar que su presencia en el supuesto de partida está totalmente justificada desde el punto de vista jurídico.

La iniciación del procedimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se establece en el artículo 13 de la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En él, se afirma que los inspectores siempre actuarán de oficio, pudiendo darse el supuesto de su actuación como consecuencia de la denuncia de un trabajador en los términos que reglamentariamente sean establecidos. Por ello, es necesario acudir al artículo 9.1.f) 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<sup>44</sup>, al amparo del cual *“la actividad previa se iniciará (...) por denuncia de hechos presuntamente constitutivos de infracción en el orden social”*. Como vimos en el apartado primero de la primera cuestión, hay una serie de infracciones que el empresario podría estar cometiendo para con el trabajador en cuestión –trabajar más horas de las pactadas en el contrato, no realización de los oportunos descansos, no retribución ni cotización de las horas realizadas de manera extraordinaria, atentado contra la dignidad del mismo- estando todas y cada una de ellas tipificadas como infracción grave o muy grave en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, por lo que consideramos que tiene motivos justificados para iniciar este procedimiento.

Debemos partir del hecho de que Don Francisco debe interponer una denuncia – para cuya realización se facilita el cumplimiento de un escrito disponible de manera telemática en la web del Ministerio de Empleo y de Seguridad Social- ante el organismo correspondiente (que indicaremos de manera posterior). En él, y acorde con el artículo previamente señalado, deberán indicarse una serie de datos relacionados tanto con el trabajador que desee instar esa denuncia –entre los cuales estarán sus datos de identificación y hechos supuestamente ilícitos que están teniendo lugar en la empresa en la que presta sus servicios-, como con la identificación del empresario cuyos actos están provocando las consecuencias negativas para el trabajador.

---

<sup>44</sup> 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, Real Decreto 928/1998 de 14 de mayo.

Como veníamos considerando previamente, un aspecto fundamental en el procedimiento es la presentación ante el órgano adecuado, ya que en caso contrario, se podría incurrir en cualquier tipo de fallo procesal. Por tanto, esta denuncia se tramitará ante el organismo correspondiente dentro de la Comunidad Autónoma en la que se encuentre, en este caso, al estar situada la empresa en A Coruña, deberá acudir ante el órgano de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social cuya competencia le haya sido atribuida. La autoridad competente ante la cuál debe ser instada la demanda será el Jefe de la Inspección Provincial dependiente orgánicamente de la Administración General del Estado, al amparo de lo establecido en el artículo 4.1.c) del Reglamento mencionado de manera previa.

Una vez que la denuncia ha sido interpuesta, el inspector decidirá si debe iniciar algún tipo de actividad previa, es decir, conocer los hechos concernientes al caso para apreciar la conveniencia de iniciar o no la actuación inspectora<sup>45</sup>. Este hecho puede ser sostenido a la luz del precepto 8.1 del Reglamento, en el que se señala que “*se entiende por actividad inspectora previa al procedimiento sancionador, a los efectos del presente Reglamento, el conjunto de actuaciones realizadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social destinadas a comprobar el cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convenidas en el orden social*”. Asimismo, se establece un plazo para ejercer estas actuaciones que no podrán dilatarse por más de nueve meses desde su inicio –salvo en determinados supuestos establecidos de manera taxativa en el apartado siguiente del artículo al que se acaba de hacer mención-, supuestos en los que ese plazo podrá ser sobrepasado<sup>46</sup>.

Como consecuencia de la actividad previa inspectora, en el caso de que haya indicios de que están siendo incumplidas las normas correspondientes, el funcionario actuante, además de, si es necesario, poder solicitar la incorporación de más funcionarios al caso concreto<sup>47</sup>, podrá adoptar una serie de medidas cautelares, las cuales aparecen reflejadas en el artículo 19 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social<sup>48</sup>. Estas medidas cautelares se centran básicamente en que, derivado de la consideración de esta autoridad como pública, podrá realizar las acciones que considere oportunas con el objetivo de preservar tanto la documentación objeto de infracción, como cualquier tipo de prueba o material, así como personarse en cualquier momento y de manera libre en las instalaciones correspondientes o aplicar cualquier tipo de diligencia de investigación. Todo ello con una salvedad, y es que, el inspector de trabajo correspondiente deberá llevar un registro de las medidas adoptadas así como de cualquier tipo de soporte documental en un libro de visitas, y ser notificadas todas las actuaciones al interesado en el caso, en el supuesto de hecho, a D. Francisco. La figura que acabamos de comentar del libro de visitas es un aspecto relevante, ya que el reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección le

---

<sup>45</sup> La actuación inspectora podría definirse como el conjunto de acciones necesarias que deben ser llevadas a cabo por el organismo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con el objetivo de comprobar tanto la normativa como su correcta aplicación.

<sup>46</sup> Este plazo aparece recogido tanto en la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como en los dos reglamentos que han sido mencionados: el de Organización y Funcionamiento de la Inspección, y el de la imposición de sanciones en el orden social.

<sup>47</sup> Esta posibilidad se contempla en el artículo 18.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el cual se establece que “*iniciadas actuaciones inspectoras, el respectivo jefe de Inspección provincial podrá disponer, en cualquier momento, la incorporación de otro u otros funcionarios cuando su dificultad o duración lo aconseje*”.

<sup>48</sup> Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero.

dedica un artículo, al amparo del cual se establece que todas las actuaciones llevadas a cabo por el funcionario deberán ser registradas en ese libro, el cual debe estar totalmente disponible en cada uno de los centros de trabajo. Sin embargo, una de las novedades del texto legal de 2015, indica que este libro no podrá ser exigido por los inspectores, extendiéndose en su lugar diligencias –normalmente de manera electrónica- con los hechos y datos necesarios. Sin embargo, en caso de que la empresa o el trabajador ya dispongan de un Libro, se continuará con su uso.

Una vez que el inspector asignado ha realizado la visita correspondiente debe realizar lo que se conoce como “acta de infracción en material laboral o de Seguridad Social”, sin olvidarnos de que, de manera previa a la realización de la misma, debe haber instruido el expediente correspondiente, es decir, documentar la visita realizada con las incidencias apreciadas. El acta de infracción constituye un acto administrativo al cual es inherente la iniciación de un procedimiento administrativo –ya sea sancionador o de liquidación de cuota (como será en el siguiente subapartado)-. Como se desprende de este párrafo podemos diferenciar dos tipos de actas: las actas de infracción o las de liquidación. En primer lugar, podemos considerar que una vez que la actividad comprobatoria de la Inspección ha finalizado y efectivamente se ha constatado la realización de una infracción, se levantará la correspondiente acta de infracción con la consecuente propuesta de sanción. Por otra parte, las actas de liquidación tienen como objeto la regulación en el ámbito de la Seguridad Social, cuyos requisitos son similares pero cuyos procedimientos divergen en cierto sentido. Para reclamar la deuda existente con la Seguridad Social podemos encontrarnos con dos vías totalmente válidas: la voluntaria y la ejecutiva. En primer lugar, se realizará la reclamación de la deuda al trabajador de manera voluntaria, por lo que entraríamos plenamente en el procedimiento administrativo. Desde ese momento, el trabajador tiene un plazo de quince días para realizar el pago correspondiente, que en caso de no ser efectivo, dará comienzo a la vía ejecutiva –esta vía culminaría con la providencia de apremio, un procedimiento que depende de los organismos de la Seguridad Social (unidades de recaudación ejecutiva) y no de la Inspección de Trabajo-.

Ambas actas tienen similitudes y diferencias, principalmente porque el objeto de las mismas ya diverge, pero debemos partir de que ambas actas deben cumplir todos los requisitos de forma para adquirir plena eficacia jurídica y ante terceros. En lo relacionado con la jurisprudencia consolidada, podemos recurrir a la sentencia de la sala tercera del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1992 en la que se alude a la importancia que deben tener los requisitos formales en su adaptación a la normativa para tener esa plena eficacia jurídica<sup>49</sup>.

El procedimiento administrativo iniciado por el inspector, es siempre de oficio<sup>50</sup>, ya que debe iniciarse a través del levantamiento de la mencionada acta de infracción. Esta debe cumplir una serie de requisitos –básicamente formales- los cuales siguen a continuación: identificación del sujeto infractor, indicación de posibles responsables tanto subsidiarios como solidarios, hechos efectivamente constatados por el inspector actuante, medios utilizados para las comprobaciones necesarias, y número de trabajadores totales o afectados por las infracciones en caso de que sea necesario para la graduación de las

---

<sup>49</sup> *Aranzadi Westlaw*, referencia AR 4093.

<sup>50</sup> El inspector de trabajo siempre actúa de oficio, sin estar mediatizado por nada ni nadie, es decir, en el momento que recibe una denuncia de algún trabajador decide, tras el análisis de los hechos, si tienen relevancia o si son incompletos para su actuación.

sanciones<sup>51</sup>, infracciones que hayan sido apreciadas –indicando los preceptos vulnerados-, calificación de las infracciones, graduación, cuantificación, órgano competente para resolver y señalamiento del plazo para la interposición de las oportunas alegaciones. No podría olvidarse el hecho de que el acta deberá incluir tanto la firma como la indicación del inspector que ha realizado la visita, así como la fecha de la misma. El acta de infracción realizada deberá ser notificada al sujeto o sujetos responsables en un plazo determinado, que no podrá ser superior a diez días hábiles.

Las actas de infracción, siguiendo el reglamento 928/1998 de Imposición de Sanciones por infracciones en el orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, se notificarán al empresario, a Don Fernando, en el plazo de diez días hábiles, contados desde que la actuación inspectora fue llevada a cabo. Por su parte, el empresario podrá realizar en un plazo establecido en el precepto 17 de este Reglamento, las correspondientes alegaciones. Una vez analizados los hechos aducidos y en su caso las alegaciones, se dictará por el órgano competente una propuesta de resolución con la sanción o sanciones correspondientes.

Debemos incluir en este momento, el hecho de que no sería necesario el correspondiente levantamiento de un acta de liquidación, sino que el agente actuante competente debería dictar una providencia de apremio, y es que han tenido lugar determinadas acciones por el empresario que afectan a la cotización a la Seguridad Social del trabajador, D. Francisco. La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en este caso está plenamente justificada en el ámbito de la Ley General de la Seguridad Social, y en el Reglamento de Recaudación de la Seguridad Social (Real Decreto 1415/2004) se establece que “*se dictará providencia de apremio, sin previa reclamación de deuda o acta de liquidación (...) falta de ingreso de la totalidad o de alguna de las aportaciones que integran la cuota*”.

Por último, debemos destacar un principio que rige en este ámbito, y es la presunción de certeza de la que gozan las actas de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Se trata de una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario y supone que los hechos consignados en ellas van a ser totalmente ciertos y veraces, estando amparados por la norma legal –tanto por la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y los reglamentos que la desarrollan, como por la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social-. Se trata de una figura muy arraigada y con notoriedad en el ámbito de actuación en el que nos encontramos<sup>52</sup>. Así lo avala la jurisprudencia y la doctrina unificada del Tribunal Supremo, a través de la cual podemos constatar que “*la presunción de certeza debe entenderse referida a los hechos comprobados con ocasión de la inspección y reflejados en el acta, bien porque por su realidad objetiva visible sean susceptibles de percepción directa por el Inspector en el momento de la visita, o porque hayan sido comprobados por la Autoridad, documentalmente o por testimonios entonces recogidos u otras pruebas realizadas, con reflejo de éstas o al menos alusión a ellas en el acta levantada(...) dicha presunción tiene*

<sup>51</sup> Como ya sabemos, y se mencionó a lo largo del supuesto, el número de la plantilla de la empresa es un factor que se tiene en cuenta a la hora de establecer la graduación de las sanciones. Así lo refleja el artículo 39.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

<sup>52</sup> De este modo, la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 137.3 reconoce que “*los hechos constatados por funcionarios públicos a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público (...) tendrán valor probatorio (...)*”.

*su fundamento en la imparcialidad y especialización que, en un principio, debe reconocerse al inspector actuante*<sup>53</sup>.

Con esto, y una vez que sean aplicadas las medidas derivadas del artículo 7 de la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, terminaría el procedimiento de la Inspección de Trabajo en este caso. Estas medidas serán explicadas en la cuestión cuarta con el pretexto de las consecuencias derivadas de la actuación de este organismo.

### **3.2. Situación en relación al trabajador D. Alberto Pérez Domingo.**

En este caso que nos atañe, y para recordar el supuesto de hecho inicial, Don Alberto estaba trabajando en la empresa sin ser dado de alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social y sin cotizar por tanto al sistema mencionado. Este hecho es descubierto por la Inspección de Trabajo cuando estaba realizando las oportunas comprobaciones previas al caso del trabajador D. Francisco.

La diferencia básica entre uno y otro supuesto se aprecia en el hecho de que, en el anterior, la Inspección actuaba como consecuencia de la denuncia realizada por el propio trabajador, mientras que en este segundo supuesto, el ilícito ha sido descubierto mientras se realizaba la propia inspección.

Como ya sabemos, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tiene varias funciones destacadas y que aparecen señaladas en el artículo 3 de la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social: por un lado, la función fiscalizadora; por otro, la asistencia técnica; y por último, el arbitraje, conciliación y mediación en el ámbito de las relaciones laborales, prevención de riesgos laborales y sistema de la Seguridad Social.

En el caso de este trabajador, podríamos encuadrar la actuación inspectora dentro de la primera de las funciones, y es que, al amparo de lo establecido en la norma legal, esta función consiste principalmente en vigilar y exigir el cumplimiento tanto de las leyes como de todas las normas reglamentarias y que incluyan contenido normativo en las materias que indican el apartado primero del artículo mencionado –entre las cuales se incluyen las relativas a la Seguridad Social–

En el apartado inmediatamente anterior, ya se hizo referencia grosso modo al funcionamiento y al procedimiento que sigue la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y vimos la existencia de dos tipos de actas resultantes de la previa comprobación del cumplimiento de la normativa. Sin embargo, de manera contraria a lo que ha ocurrido en el caso anterior en relación a la no procedencia del acta de liquidación –por no encontrarse dentro de los supuestos legales–, en este caso sería plenamente factible su realización, ya que a la luz del artículo 34.1 de la Ley General de la Seguridad Social, *“procederá la formulación de actas de liquidación en las deudas por cuotas originadas por: falta de afiliación o de alta de trabajadores en cualquiera de los regímenes del sistema de la Seguridad Social”*. En este caso, los organismos de la Inspección de Trabajo, podrán formular un requerimiento a los responsables del pago de la deuda, siempre que haya reconocido de manera anterior la existencia de la misma ante el funcionario actuante. La deuda que será objeto de reclamación será establecida en función de determinadas situaciones, y es que, dependiendo de cuando cumpla el empresario con el pago que debe realizar, las consecuencias y recargos serán diversos. En el caso de que no cumpla con el

---

<sup>53</sup> Sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja número 27/2008 de 15 de abril, *Aranzadi Westlaw*, referencia AS\2008\1749.

pago en el plazo establecido, el artículo 38.1 de la Ley General de la Seguridad Social, establece que *“transcurrido el plazo reglamentario de ingreso y una vez adquiriera firmeza en vía administrativa la reclamación de deuda o el acta de liquidación, en los casos en que estas procedan, sin que se haya satisfecho la deuda, se iniciará el procedimiento de apremio mediante la emisión de providencia de apremio, en la que se identificará la deuda pendiente de pago con el recargo correspondiente”*. Este efecto de firmeza del que goza esta providencia de apremio se asimila a la fuerza ejecutiva de una sentencia de embargo de bienes de los sujetos obligados al pago de la deuda. Por ello, Don Fernando debería de realizar el pago de la deuda correspondiente cuanto antes, sin dejar que los recargos surtan efecto y evitando llegar a la vía ejecutiva, que, como vemos, es mucho más perjudicial.

El acta de liquidación es una función que puede ser realizada por el subinspector de Empleo y Seguridad Social, función que se ampara en el artículo 8.2.2 de la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En este precepto se señala como papel de este subinspector, la comprobación del cumplimiento de la normativa por parte del empresario relacionada con la afiliación, cotización y altas –entre otros aspectos que no nos atañen para el supuesto concreto-. Sin embargo, este tipo de actas en esta materia concreta, tienen una especialidad, y es que, una vez que el acta ha sido redactada por el subinspector, debe ser visada por el inspector de trabajo correspondiente, tal y como se desprende del artículo 8.4 de la mencionada ley.<sup>54</sup> Este hecho ha supuesto que la doctrina diverja en este punto y siguiendo a García Rubio<sup>55</sup> podemos indicar que es discutible la normativa relacionada con la necesidad –o no- de visar determinadas actas como requisito formal. Sin embargo, debemos aclarar que no se trata de una función cuya competencia sea únicamente del subinspector, sino que también podrá ser realizada por el inspector correspondiente.

Existen una serie de diferencias en relación con las actas de infracción comentadas en el punto anterior y las actas de liquidación que trataremos a continuación. La primera de ellas está relacionada con el hecho de que este tipo de actas, en lugar de iniciar un procedimiento sancionador, darían comienzo a la posibilidad de iniciación del procedimiento administrativo de recaudación de deudas a la Seguridad Social. Es decir, la extensión de este tipo de actas supone la reclamación de manera voluntaria al empresario para que cumpla con sus obligaciones para con el trabajador y la Seguridad Social.

Del mismo modo que las actas de infracción, las actas de liquidación deben seguir unos requisitos formales establecidos en el artículo 32 del reglamento para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social –partiendo del hecho de que serán únicamente extendidas si el empresario incumple el pago de la deuda reclamada en el plazo establecido -, que deben ser acordes a la normativa, los cuales en caso de faltar alguno, harán que el acta en cuestión pueda ser nula o carecer de la fuerza que realmente tienen –obviamente en función del (o de los) requisito que esté siendo incumplido, podrá ser subsanado en lugar de provocar su nulidad- Uno de estos requisitos básicos es que debe estar perfectamente claro el régimen al que corresponde el trabajador en cuestión, es decir, Don Alberto -

---

<sup>54</sup> Este apartado hace referencia a que *“en cuanto a las actas de liquidación, con independencia de la cuantía resultante, sólo procederá el visado del inspector en los supuestos de falta de afiliación, alta o cuando procedan diferencias de cotización a la Seguridad Social”*.

<sup>55</sup> Véase M<sup>a</sup>. A. GARCÍA RUBIO, *La inspección de trabajo y Seguridad Social, doctrina y jurisprudencia*; Tirant lo Blanch (Valencia,1999).

régimen general de cotización-, aclaración que permite conocer la deuda reclamada y establecer los tipos y bases de cotización adecuados; los datos de identificación del sujeto responsable y los hechos, medios de prueba y normativa incumplida, son otros datos totalmente necesarios para la correcta realización del acta de liquidación.

Un aspecto que afectaría a los dos tipos de actas comentadas, sería lo relacionado con la posibilidad de subsanar determinados errores que hayan sido cometidos a lo largo del procedimiento. Este aspecto ha sido reconocido de manera normativa y su comisión no supone directamente su invalidez, sino que podrán ser subsanados de manera posterior.

Como breve conclusión a la cuestión planteada en el supuesto, podemos hacer hincapié en la importancia que tiene la corrección del procedimiento ante la Inspección de Trabajo y las posibilidades de actuación de la misma. La distinción existente entre los dos tipos de actas, así como los procedimientos diversos que conllevan el levantamiento de las actas de infracción o la extensión de las de liquidación. Asimismo, algo que debe quedar perfectamente aclarado, es el hecho de la presunción de certeza de la que gozan las actas elaboradas por este organismo así como otro de los aspectos caracterizadores del mismo, la autonomía técnica y funcional inherente a esta institución.

#### **4. Razono cuáles serían las consecuencias que procederían de la actuación de la Inspección de Trabajo.**

Una vez que sabemos cuál es el procedimiento adecuado que deben llevar a cabo ambos trabajadores ante los organismos de la Inspección de Trabajo, pasaremos a analizar las consecuencias derivadas de esta actuación. Esta función de establecimiento de las consecuencias es la que se conoce como fiscalizadora, como bien vimos en el apartado previo, y conlleva el análisis de los hechos observados y la consiguiente decisión de tomar determinadas medidas con el objeto de hacer que la normativa sea perfectamente cumplida y respetada, así como que en caso de existir deficiencias en el ámbito de la prevención de riesgos sean detenidas y corregidas. Obviamente, en el caso de que el inspector no observe ningún tipo de infracción ni riesgo –no siendo este el caso- se procedería al archivo de las actuaciones, sin ningún tipo de responsabilidad para el empresario.

En primer lugar, antes de acudir a nuestra legislación, consideramos adecuado realizar una aproximación al ámbito internacional, recurriendo para ello a la normativa de la Organización Internacional de Trabajo, a la luz de la cual apreciamos que *“los inspectores de trabajo tendrán la facultad discrecional de advertir y aconsejar, en vez de iniciar o recomendar un procedimiento”*<sup>56</sup>. Ahora ya entrando en la normativa nacional, partiremos del artículo séptimo de la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el cual está formado por una serie de medidas que deben ser efectuadas en caso de que se haya considerado que la infracción ha existido de manera real y efectiva. Ambos reglamentos analizados en la cuestión anterior, se remiten a este artículo para confirmar dichas medidas, por una parte aparecen reflejadas en el artículo 11 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, y por otro lado, en el artículo 25 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Tras las comprobaciones previas realizadas por el inspector –o subinspector-correspondiente, se aplicarán las medidas indicadas en el artículo del párrafo anterior, a la luz del cual, podemos afirmar varios aspectos, y es que, en caso de no ser necesaria directamente la aplicación de la sanción, podrá el sujeto infractor ser advertido y requerido si las circunstancias lo permiten y siempre que esto no conlleve un riesgo para el trabajador. Asimismo, podrá otorgársele un plazo al empresario para que cambie la situación infractora de manera que cumpla con la normativa a través de la corrección de sus acciones –pudiendo incluso, justificarlo ante el funcionario actuante de modo que quede constancia del hecho- o para que lleve a cabo las modificaciones necesarias –tanto en las instalaciones como en cualquier método de trabajo- con el objetivo de que se cumplan las condiciones en materia de seguridad e higiene en el lugar de trabajo. Podrá, del mismo modo, iniciar el procedimiento sancionador mediante el levantamiento de las actas de infracción que definimos en el apartado previo o el procedimiento administrativo mediante la extensión de las actas de liquidación para adoptar las sanciones necesarias o para realizar los trámites correspondientes para adecuar la situación relacionada con la Seguridad Social.

En el caso de las advertencias y recomendaciones debemos apreciar que se trata de una medida preventiva con el objeto de que las infracciones sean resueltas y las

---

<sup>56</sup> Véase M<sup>a</sup>. A. GARCÍA RUBIO, *La inspección de trabajo y Seguridad Social, doctrina y jurisprudencia*; Tirant lo Blanch (Valencia, 1999), página 365.

irregularidades subsanadas en el plazo en que el inspector considere que debería acatarse su recomendación, ya que, en caso de que dicha advertencia o recomendación no sea cumplida, podrá el inspector extender el acta de infracción correspondiente. Sin embargo, existe en este punto un dilema doctrinal, y es en relación a la impugnabilidad o posibilidad de recurrir ante estas recomendaciones o advertencias. Se trata de un aspecto polémico ya que existe un vacío legal al respecto, y es que nada se dice en la Ley Ordenadora ni en los reglamentos que la desarrollan respecto a la posibilidad de recurrir una recomendación realizada por un inspector de trabajo<sup>57</sup>.

Por su parte, los requerimientos son otra de las posibilidades que ofrece la ley en relación con las medidas que se pueden adoptar derivadas de la actuación inspectora. Este tipo de medida preventiva le otorgaría al empresario un plazo para poder subsanar la deficiencia que el inspector ha constatado durante la realización de la correspondiente visita, siendo la principal diferencia respecto a la anterior figura jurídica que los requerimientos pueden ser de varios tipos en función de la finalidad: de alcance general, de liquidación de cuotas y sobre prevención de riesgos laborales. Por tanto, podemos ver como en función de la infracción que haya sido cometida, el requerimiento podrá ser de uno u otro tipo. La figura del requerimiento de cuota ya lo hemos visto en el apartado anterior en relación al pago de la deuda de la Seguridad Social a la que debería hacer frente el empresario, Don Fernando por no haberle pagado todos los conceptos que se incluían en la base salarial al trabajador.

Así, el inspector de trabajo goza de discrecionalidad para decidir cuáles de las medidas de las que dispone ejercerá, obviamente, teniendo en cuenta cada una de las situaciones y la existencia o no de riesgos inminentes para alguno de los trabajadores o personal de la empresa, siendo su meta principal no la imposición de sanciones ni el levantamiento o extensión de actas, sino velar por el adecuado cumplimiento y respeto de las normas legales. Por tanto, vemos que en función de la infracción cometida, las medidas que se adoptarán serán diversas, por lo que debemos analizar las consecuencias de cada una de las infracciones realizada por el empresario y analizadas a lo largo de la resolución del supuesto de hecho.

Para comenzar con este análisis procederemos a dividirlo según las infracciones cometidas, con el objetivo de que las responsabilidades del empresario sean detalladas en la manera más clara y concisa posible. Para ello, comenzaremos con lo correspondiente a la jornada laboral, seguiremos por la falta de los descansos permitidos, lo concerniente a la Seguridad Social, y por último la prevención de riesgos laborales.

En la pregunta número uno, aludimos a cuáles eran las consecuencias según la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social para la realización de esta situación relacionada tanto con la jornada como con la falta de descansos, y es que, ambas estaban tipificadas en el mismo artículo de la norma legal, recordemos artículo 7, a la luz del cual veíamos que se consideraban infracciones graves.

Respecto a las infracciones cometidas en el ámbito de la Seguridad Social, tenemos que distinguir según los dos trabajadores cuyos derechos que se han visto

---

<sup>57</sup> La duda se reafirma en que no se ha determinado de manera clara cuál es la naturaleza administrativa de este tipo de recomendaciones y advertencias. El sector doctrinal que defiende la posibilidad de recurrir este tipo de actos se basa en el hecho de que son actos que llevan implícitas órdenes para el administrado, por lo que su no realización conlleva consecuencias jurídicas. Por otro lado, el sector que las considera no recurribles se justifica en el hecho de que una recomendación es simplemente un acto recordatorio del cual no se deriva ningún tipo de obligación legal, extendiéndose el acta de infracción no por el hecho de no cumplir con la advertencia en cuestión, sino porque se está incumpliendo algún tipo de norma.

lesionados, y es que, en primer lugar, mencionaremos la no cotización de las horas extraordinarias de Don Francisco, y en segundo lugar el hecho de no dar de alta al trabajador, y por tanto, la no cotización al sistema correspondiente.

Para ello, deberemos tener en cuenta tres de los apartados del artículo que estamos analizando –el cuarto, el quinto y el sexto-, y es que en ellos se menciona desde el levantamiento de la correspondiente acta de liquidación en caso de ser necesario hasta el hecho de “*promover procedimientos de oficio para la inscripción de empresas, afiliación, altas (...) de trabajadores en el régimen correspondiente de la Seguridad Social (...) el encuadramiento de trabajadores en el régimen de la Seguridad Social que proceda, sin perjuicio del inicio del expediente liquidatorio (...) en caso de que proceda*”. Recordemos que todas estas infracciones están tipificadas en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, por lo que por cada una de ellas le supondría al empresario una sanción diferente. Recurriendo a jurisprudencia podemos mencionar las sentencias de la sala de lo social del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1993 y la del juzgado de lo contencioso-administrativo número 33/2004 de 23 de febrero<sup>58</sup> en las que se considera el levantamiento de las actas de liquidación por falta de alta en el correspondiente sistema de la Seguridad Social.

La principal consecuencia que se derivará de esta infracción será la actualización de los pagos con la Seguridad Social, estableciéndose su cuantía en el artículo 40.1.d.1 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, a la luz del cual se establece que “*la infracción grave del artículo 22.3 se sancionará con la multa siguiente: en su grado mínimo, con multa del 50 al 65 % del importe de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta no ingresados, incluyendo recargos, intereses y costas; en su grado medio, con multa del 65,01 al 80 %; y en su grado máximo, con multa del 80,01 al 100%*”.

Por tanto, una vez que hemos revisado las consecuencias que se encontrarían tipificadas en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, y sabiendo cuáles son las medidas de las que dispone la Inspección de Trabajo, lo adecuado sería conocer cuál es el procedimiento de actuación una vez que estamos en esta situación.

El procedimiento sería por tanto, que una vez que el inspector de trabajo decidiese cual era la opción más adecuada y las medidas que deberían de ser tomadas –bien extendiendo o levantando un acta o bien mediante las advertencias o recomendaciones pertinentes- el empresario presuntamente culpable de las infracciones cometidas recibiría una notificación con la propuesta de sanción, tal y como podemos afirmar a la luz 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, en un plazo de diez días hábiles, otorgándole al empresario un plazo para que realice las alegaciones que considere oportunas –plazo que será de quince días hábiles-. En el caso de que no haya ningún tipo de alegación por parte de este último, el órgano competente dictará la propuesta de resolución y continuará el procedimiento con el objeto de iniciar el expediente sancionador. Debemos resaltar que en el caso de que se produzcan alegaciones por parte del empresario, se emitirá un nuevo informe ampliatorio, que será preceptivo en el caso de que se aprecien nuevos hechos o distintos de los que han sido consignados en la correspondiente acta.

Una vez que este proceso de tramitación ha finalizado daría comienzo la fase de resolución del expediente iniciado. En este caso, el órgano competente para resolver, tras

---

<sup>58</sup> Aranzadi Westlaw, referencias RJ\1993\4635 y RJCA\2004\361.

la realización de todas las diligencias que estime oportunas y necesarias, y a la luz del artículo 20 del reglamento mencionado en el párrafo anterior, *“dictará la resolución motivada que proceda en el plazo de diez días desde el momento en que finalizó la tramitación del expediente, bien confirmando, modificando o dejando sin efecto la propuesta del acta. Si se dejase sin efecto el acta se ordenará el archivo del expediente y, en su caso, el levantamiento de las medidas de carácter provisional”*. Esta resolución decidirá la sanción acorde al supuesto y será notificada al infractor, el empresario, siguiendo unos plazos establecidos en el reglamento y que contendrá unos datos concretos y determinados, entre ellos, el importe de la sanción, el plazo, el lugar y el método de pago, así como los posibles recursos que podrá incoar ante el órgano que le corresponda.

Por tanto, una vez que ha tenido lugar todo el procedimiento descrito y la Inspección de Trabajo ha tomado las medidas necesarias para ello, pueden ocurrir dos cosas. Por una parte, en el caso de que la decisión haya sido únicamente una advertencia o recomendación, podrá el empresario atenerse a ella o decidir no cumplirla, en cuyo caso seguiría el camino que relatamos a continuación. Por otra parte, en el caso de que la actuación inspectora haya tenido como resultado la extensión de un acta de infracción, se iniciaría el procedimiento sancionador, que, como hemos visto, culminaría con la resolución indicada.

Hemos dejado para el final el análisis de las consecuencias derivadas de la comisión de las infracciones relacionadas con la falta de seguridad e higiene en las instalaciones, es decir, con el incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. En este caso, el inspector de trabajo podrá ordenar *“la paralización inmediata de trabajos o tareas por inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, de concurrir riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores”* al amparo del apartado 10 del artículo 7 de la ley mencionada. Así, aludiendo a jurisprudencia consolidada, podemos mencionar la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana número 3029/2011 de 8 de noviembre, y la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña número 2788/2012 de 16 de abril<sup>59</sup>, en las cuales se afirma que *“el empresario tiene contraída con sus trabajadores una deuda de seguridad por el único hecho de que éstos presten servicios bajo su ámbito organizativo, al tener que dispensarles una protección eficaz en la materia a fin de que hagan efectivo el derecho que, al respecto, les reconoce nuestro ordenamiento jurídico, derivado del que tienen a conservar su integridad física”*<sup>60</sup>. En este sentido, el reglamento para la Imposición de Sanciones por infracciones en el Orden Social y para los Expedientes Liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, hace hincapié nuevamente en su artículo 26 que en caso de que las circunstancias de la empresa sean graves, el Jefe de la Inspección podrá solicitar el cierre del establecimiento correspondiente, todo ello, con el objetivo principal de que el personal no corra ningún tipo de riesgo, evitando situaciones peores.

Como hemos visto al inicio de este apartado, existe la posibilidad de que el inspector de trabajo correspondiente realice un requerimiento al empresario sobre prevención de riesgos. Se trata de una figura jurídica que tiene eficacia cuando las circunstancias sobre higiene, salud o seguridad en el trabajo no son cumplidas ni acatan la norma correspondiente, y su objeto principal es el de indicar al empresario que detenga

---

<sup>59</sup> Aranzadi Westlaw, referencias AS\2012\1061 y AS\2012\1826.

<sup>60</sup> Así, la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco número 1392/2007 de 8 de mayo de 2007; Aranzadi Westlaw, referencia AS\2008\157 es acorde y refleja lo que se menciona en las anteriores.

las actividades peligrosas. Esta figura la recoge la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, el apartado primero de su artículo 43 afirma que *“cuando el Inspector de Trabajo y Seguridad Social comprobare la existencia de una infracción a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, requerirá al empresario para la subsanación de las deficiencias observadas, salvo que por la gravedad e inminencia de los riesgos procediese acordar la paralización prevista en el artículo 44; todo ello sin perjuicio de la propuesta de sanción correspondiente”*. Asimismo, en el apartado siguiente, esta ley menciona cómo debería ser llevado a cabo el procedimiento, y es que, el inspector a través de este requerimiento hará saber al empresario las anomalías y deficiencias que presenta la instalación o el lugar de trabajo estableciendo un plazo para que estas sean subsanadas. Al amparo de la misma norma legal, podemos afirmar que en caso de que este requerimiento sea incumplido, se extenderá la correspondiente acta de infracción, con las consecuentes sanciones económicas.

Sin embargo, en este supuesto, al no indicarse de manera concreta y determinada la forma en la que estas condiciones son incumplidas, no podemos considerar si debería o no ser paralizada, por lo que simplemente hacemos referencia a lo que podría pasar en el caso de que las condiciones sean graves e impliquen riesgos graves e inminentes para el personal.

Como breve conclusión a la cuestión que acabamos de resolver, podríamos apreciar que todas las actuaciones que han sido realizadas por el empresario a lo largo del supuesto de hecho tienen consecuencias jurídicas, y es que, todas ellas se encuentran tipificadas en la norma legal y por tanto, la realización de cada uno de los supuestos de hecho correspondientes conlleva diversas consecuencias jurídicas. Asimismo, hemos hecho referencia a las posibles actuaciones de la Inspección de Trabajo y las medidas que deberían ser tomadas en este supuesto.

## **5. Una vez planteada la situación, indique qué defensa podría actuar el empresario frente a una eventual sanción administrativo-laboral. Justifíquelo.**

Una vez que hemos argumentado todas y cada una de las infracciones que habrían sido cometidas por el empresario, pasaremos a analizar cuál sería la defensa que podría actuar Don Fernando a la hora de hacer frente a las posibles sanciones que le serían notificadas dada su condición de empresario en la relación laboral con los dos trabajadores de los que hemos hablado a lo largo del supuesto de hecho. Recordemos cuáles eran estas situaciones con el objetivo de situar en el contexto al empresario. En primer lugar y en relación con el trabajador inicial, Don Francisco, no ha cumplido las condiciones pactadas en el contrato, a saber, realización de más horas de las acordadas, no otorgamiento de los descansos oportunos, no retribución ni cotización de las horas extraordinarias que le corresponderían y trato vejatorio y atentado contra su dignidad. Asimismo, ha despedido a este trabajador cuando se encontraba de baja por incapacidad y como consecuencia de su denuncia ante la Inspección de Trabajo dadas las condiciones a las que estaba siendo sometido. Respecto al segundo de los trabajadores que forman parte del supuesto de hecho, Don Alberto, la infracción que ha cometido este empresario, está relacionada con su no alta en el correspondiente sistema de la Seguridad Social como trabajador de su empresa, Construnova. Además, la situación en la que se encontraban las instalaciones y como se indica en los antecedentes de hecho, no era la adecuada con la normativa de prevención de riesgos laborales, ya que, las condiciones de higiene y seguridad eran insuficientes.

Tras situarnos en el adecuado contexto y tras el análisis jurídico realizado en los apartados previos respecto a cada una de las situaciones que han surgido, Don Fernando podría ser sancionado por todas ellas. Sin embargo, debemos analizar el supuesto desde otro punto de vista, y es que, ¿cómo podría defenderse este empresario?

Respecto a la realización de más horas de trabajo que las fijadas en el contrato, el empresario podría basarse en que la jornada que estaba realizando el trabajador afectado por la misma, estaba dentro de la distribución irregular que permite el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 34, a la luz del cual recordemos que se indicaba que “*mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo*”; por lo que encontramos en este precepto un argumento en el que podría basar la defensa relativa a la presunta jornada excesiva que alegaba Don Francisco. La interpretación de este precepto reside en que el empresario tiene, siempre que cumpla con la normativa y con lo pactado, una cierta libertad para establecer esa distribución irregular, pero teniendo en cuenta el límite anual establecido y por supuesto, velando fundamentalmente por la salud del trabajador. Encontramos en la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, un artículo en el que se indica que “*(...) no significa que el empresario pueda hacer uso de esta facultad a su capricho, arbitrariamente o de manera irracional, como en general, no puede hacerlo con ninguna de las facultades en que se vertebra el poder de dirección de la actividad laboral, ningún poder jurídico tolera ser ejercitado con abuso*”<sup>61</sup> por tanto, aunque la jornada laboral estuviese distribuida de manera irregular, Don Fernando debería tener en cuenta siempre los límites establecidos en la norma y por supuesto, la salud y las

<sup>61</sup> Véase J. MARTÍNEZ MOYA, “El tiempo de trabajo: una visión jurisprudencial”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, página 85.

condiciones de los trabajadores –en este caso, al trabajador- a quien le influía esta distribución irregular de su jornada laboral.

Siguiendo con lo relativo a la jornada y a la consiguiente realización de más horas de trabajo, la justificación correspondiente a esta excesiva carga de trabajo y por tanto, de horas extraordinarias, podría encontrarse en que durante la época en la que estas horas fueron realizadas, el sector de la construcción al que pertenece la empresa de la que es propietario Don Fernando, se encontraba en un momento de excesivas puntas de trabajo y que los descansos correspondientes a su realización todavía no le habían sido otorgados a Don Francisco, ya que la normativa establece a la luz del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores, que podrán ser recuperadas con el tiempo de descanso que le corresponda, siempre dentro del plazo de los cuatro meses siguientes a su realización, por lo que a ámbito temporal se refiere, el empresario se encontraría dentro del supuesto de hecho que contiene la norma. En este sentido, la carga de la prueba de la realización de estas horas corresponde al demandante, es decir, a Don Francisco, por lo que, sería este último quien debería de justificar que esas horas han sido, efectivamente, realizadas, lo que, en el supuesto hipotético de que no se llevase un control de las mismas, beneficiaría a Don Fernando a la hora de actuar su defensa<sup>62</sup>. Como ya sabemos y vimos a lo largo del supuesto, se consideran horas extraordinarias todas aquellas que se realicen fuera del límite fijado de la jornada ordinaria, y para este concreto caso y al amparo del Convenio Colectivo del Sector de la Construcción de A Coruña en su artículo 25, “*las horas extraordinarias podrán estar motivadas por pedidos o puntas de producción*” y reitera que el límite anual deberá ser cumplido. Por tanto, Don Fernando podría argumentar la realización de las mismas en el hecho de la existencia de las mencionadas puntas de trabajo.

Asimismo, Don Fernando, como vimos, tendría la posibilidad de hacer alegaciones contra las actas de infracción que le fueron extendidas. Es decir, una vez que le notifican la existencia de las mismas, tendría un plazo de quince días hábiles para formular los hechos que considerase incorrectos<sup>63</sup>. En este sentido, la resolución del procedimiento sufriría algún tipo de dilación, y es que, en caso de que alegue nuevos datos o hechos, el órgano competente debería realizar un informe ampliatorio en el que se indicase la incorrección de la misma. Estas incorrecciones podrían estar relacionadas con la comisión de algún tipo de error en relación al cálculo de la cuota correspondiente a la Seguridad Social, o bien en relación a los recargos establecidos por el inspector correspondiente. Recurriendo a jurisprudencia, podríamos aludir a varias sentencias en las que se hace referencia a la debida corrección de este tipo de actas, así como a su ineficacia en caso de que sean incorrectas o no cumplan en los plazos establecidos los requisitos de notificación exigidos por la normativa relacionada<sup>64</sup>.

Otra de las posibilidades que tendría Don Fernando a la hora de actuar su defensa sería la alusión al artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, que versa sobre el despido disciplinario. Esta figura jurídica supone que el empresario podrá despedir al trabajador en el caso de “*incumplimientos graves y culpables*”; especificando el apartado segundo del mencionado artículo cuáles serían estas conductas: “*las faltas repetidas e*

---

<sup>62</sup> En este sentido, aludimos a la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1993, *Aranzadi Westlaw*, referencia RJ\1993\4665.

<sup>63</sup> Artículo 17 del Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones en el orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

<sup>64</sup> Sentencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2015 (*Aranzadi Westlaw*, referencia RJ\2015\6461) y sentencia de la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1990 (*Aranzadi Westlaw*, referencia RJ\1990\2017).

*injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo; la indisciplina o desobediencia en el trabajo; las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos; la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo; la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado; la embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo; el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa*". Por tanto, Don Fernando podría argumentar que su trabajador, Don Francisco se encuentra inmerso en alguna de estas causas y por ello ha decidido despedirlo –dejando ver de esta manera que el despido no ha sido como consecuencia de su denuncia ante la Inspección de Trabajo sino como consecuencia de sus incumplimientos-. Asimismo, la norma legal, en su artículo siguiente, establece cuál sería el procedimiento de despido correspondiente a esta causa. Tanto la doctrina como la jurisprudencia son muy amplias en este sentido, por ello, hemos partido de las afirmaciones de Cruz Villalón<sup>65</sup> y podríamos considerar que este tipo de despido supone un acto unilateral del empresario, en este caso Don Fernando, a través del cual se demuestra el poder disciplinario del que gozan los empleadores en la relación jurídica existente entre ambos. Mencionamos las siguientes sentencias en las que se alude a la inclusión de los trabajadores en alguna de estas causas como objeto del despido: la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2005 o la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia número 4047/2010 de 17 de septiembre<sup>66</sup>. Debemos tener en cuenta que este tipo de despidos podrán ser declarados nulos, procedentes o improcedentes en función de las características de cada uno de los supuestos –obviamente las consecuencias de su calificación son relevantes en relación con los días correspondientes de indemnización o la posibilidad de readmitir al trabajador en el mismo puesto que ocupaba de manera previa a su despido-

Dada esta situación y la pretensión del empresario, el despido podrá ser declarado procedente (en cuyo caso se estimaría lo probado por Don Fernando); nulo o improcedente. En estos dos últimos casos, el empresario podría continuar el procedimiento recurriendo la decisión última del juez. Para ello, podrá interponer un recurso de suplicación, el cual aparece perfectamente delimitado en el artículo 190 y 191 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social que *“las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán de los recursos de suplicación que se interpongan contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social de su circunscripción”*.

Respecto a la situación de inexistente alta del segundo de los trabajadores que aparece en el supuesto, podríamos atenernos al hecho de que Don Fernando podría negar o dudar de la efectiva existencia de la relación jurídica laboral con Don Alberto, es decir, argumentar que no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 1 apartado primero del Estatuto de los Trabajadores, el cual recordemos, establecía que formarían parte de una efectiva relación jurídica laboral todos aquellos *“trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”*. Por tanto, Don Fernando en este caso, podría alegar que Don Alberto no prestaba sus servicios para él, ya que no recibía ningún tipo de orden proveniente de su

<sup>65</sup> Véase J. CRUZ VILLALÓN, *Compendio de derecho del trabajo* (6ª edición); Tecnos (Madrid, 2013)

<sup>66</sup> Aranzadi Westlaw, referencias RJ\2005\3532; AS\2010\1885.

persona. En el caso de este hecho fuese aceptado, supondría la paralización del procedimiento administrativo en el que estaría inmerso el empresario como consecuencia de la infracción relativa a no dar de alta como trabajador de la empresa a Don Alberto. En este sentido y para argumentar de manera más sólida esta postura, encontramos la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2014 y la sentencia de la sala de lo contencioso administrativo de 23 de mayo de 1991<sup>67</sup> en las que se duda de la existencia de una relación jurídico-laboral entre las partes, por lo que, el levantamiento del acta de liquidación de cuotas respecto a la infracción cometida contra este trabajador podría ser discutida. Asimismo, se iniciaría en este caso un procedimiento adicional, que supondría la paralización del caso laboral que se corresponde con la afiliación de Don Alberto para dar paso al procedimiento de determinación de la existencia, efectiva o no, de la relación jurídica laboral en el ámbito de la jurisdicción social.

Por último, en relación a la situación correspondiente al indebido sistema de prevención de riesgos, siguiendo la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, los trabajadores tienen derecho a un sistema de protección eficaz y eficiente en relación al ámbito de la higiene y seguridad en el trabajo. Pero, como vimos a lo largo del desarrollo del supuesto de hecho –y en los antecedentes- las condiciones de las instalaciones no eran las adecuadas y por ello, el organismo de la Inspección de Trabajo correspondiente – dentro del ámbito que le es otorgado al amparo de esa ley- ha extendido un acta de infracción en la que se alude a las infracciones correspondientes. Por su parte, a la hora de determinar la defensa del empresario, Don Fernando tiene la posibilidad de recurrir el acta correspondiente. Para ello, deberá realizar las alegaciones precisas en el plazo indicado<sup>68</sup>, y en ellas podrá señalar que se contienen errores –ya sean formales o de contenido-, y que no se atienen a la realidad de la situación en sus instalaciones. Una de las consecuencias principales que tendría esta situación sería en relación a la presunción de certeza de la que gozan las actas de infracción extendidas por el inspector de trabajo, ya que se supone que se atienen fielmente a la realidad y es una autoridad pública quien la extiende. Sin embargo, se trata de presunciones iuris tantum, es decir, que admiten prueba en contrario. Así, establece la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja número 27/2008 de 15 de abril que *“la presunción legal de certeza que, en cualquier caso, es de carácter "iuris tantum", pierde fuerza cuando los hechos afirmados en el acta por el Inspector, por su propia significación, no son de apreciación directa, no se hace mención en el acta a la realización de otras comprobaciones, o recogida de testimonios o documentos, comprobación de libros, etc., que corroboren su existencia (...) y por el contrario, cuando lo relatado en el acta resulta de una actividad de investigación y comprobación dirigida a obtener la convicción reflejada en el acta, aunque no sea fruto de la percepción sensorial directa del Inspector, estará a cargo del recurrente la aportación de las pruebas precisas para demostrar que no se ajustan a la realidad los hechos descritos por la Inspección”*<sup>69</sup>. Don Fernando podría por tanto, aludir que los hechos que se indican en el acta de infracción no son a simple vista apreciables y que no se tuvieron en cuenta todos los testimonios que podrían haber sido realizados<sup>70</sup>. Por ello, en el caso de que las condiciones que efectiva y realmente

<sup>67</sup> Aranzadi Westlaw, referencias RJ\2014\2075; RJ\1991\4197.

<sup>68</sup> El plazo es el señalado en los párrafos anteriores, de quince días hábiles tras la notificación, tal y como establece el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones en el orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social en su artículo 17.

<sup>69</sup> Aranzadi Westlaw, referencia AS\2008\1749.

<sup>70</sup> En este sentido, podemos mencionar la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña número 7736/2005 de 13 de octubre, Aranzadi Westlaw, referencia AS\2006\226.

tengan las instalaciones, sean las adecuadas, Don Fernando deberá alegarlo en el plazo correspondiente para ello –por supuesto, demostrando que cumple con la normativa concerniente al caso- y teniendo en cuenta, ya que es su obligación para con los trabajadores, que la situación que describa no podrá suponer en ningún momento un riesgo para el personal de la empresa.

Por tanto y como conclusión a esta cuestión planteada relacionada con la defensa que podría actuar el empresario frente a las posibles sanciones, podemos mencionar que fundamentalmente, podría justificar cada una de las acciones que ha tenido lugar a lo largo del desarrollo del caso, basándonos tanto en jurisprudencia como en doctrina, y cumpliendo, obviamente, lo establecido en la normativa legal correspondiente.

## Conclusiones

Dada la situación inicial de la que se partía para resolver este supuesto, dentro del ámbito -mayoritariamente laboral- hemos planteado la resolución de las cuestiones incluidas con las justificaciones necesarias.

Por ello, podríamos considerar que el empresario del caso, Don Fernando, se encuentra inmerso en una situación ilícita, y es que no ha respetado al primero de los trabajadores descritos –Don Francisco- en la relación laboral de la que ambos participan. El motivo principal es que este trabajador ha sufrido un atentado contra su dignidad, ha visto cómo las condiciones pactadas en su contrato de trabajo no se cumplían, y ha sido despedido como consecuencia de su denuncia ante el organismo de la Inspección de Trabajo correspondiente, lo que podría considerarse como una vulneración hacia su garantía de indemnidad. Garantía de indemnidad que supone que el empresario no podrá tomar ningún tipo de medidas como represalia hacia el trabajador por el ejercicio de acciones con el fin de obtener la tutela efectiva de sus derechos (derecho que se encuentra totalmente amparado en la doctrina del Tribunal Constitucional). Por otro lado, respecto a la situación correspondiente al segundo de los trabajadores en cuestión –Don Alberto- no se ha procedido al desarrollo del procedimiento adecuado en relación a su correspondiente alta en el sistema de la Seguridad Social –o afiliación en el caso de que nunca de manera previa hubiese realizado prestaciones de servicios- Además, siguiendo la normativa correspondiente a la prevención de riesgos laborales, vemos que ésta no se ha cumplido, por lo que, el personal de la empresa Construnova podría estar en una situación de flagrante peligro o riesgo.

Todas estas situaciones se encuentran tipificadas en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, así como en el Reglamento General que lo desarrolla, por ello, a lo largo de la resolución del supuesto hemos visto tanto las infracciones que podrían estar siendo cometidas como las sanciones correspondientes a su realización, siempre amparándonos en el principio constitucional de legalidad.

Asimismo, hemos descrito el procedimiento de actuación de la Inspección de Trabajo y el resultado de la misma, advirtiendo las diferencias existentes entre las posibles actas que puede extender o levantar –las primeras de infracción y las segundas de liquidación- y la presunción de certeza de las que gozan. Otro aspecto relevante que se debe destacar en este ámbito es la autonomía técnica y funcional que ostenta esta figura pública, y es que se trata de una característica inherente a su profesión.

Dadas estas circunstancias y ante los hechos constatados por el empresario, este podría aun así, actuar su defensa, basándose en las normas legales descritas a lo largo del caso y en que las condiciones del sector en el que se mueve la empresa se han visto modificadas, por lo que tanto las horas trabajadas como los descansos correspondientes han tenido que ser coherentes con este cambio. Podría, por otra parte, considerar que los hechos descritos en las actas del inspector no son adecuados y no se corresponden con la efectiva realidad de las instalaciones, pudiendo destruir así la presunción de certeza mencionada.

Hemos llegado a estas conclusiones a través del análisis tanto de la normativa, como de la doctrina y jurisprudencia correspondiente, indicada de manera posterior en la bibliografía.

## Bibliografía

Alonso Olea, M.; Casas Baamonde, M<sup>a</sup>. E. (1993). *Derecho del trabajo* (13<sup>a</sup> edición); Madrid.

Cruz Villalón, J. (2013). *Compendio de derecho del trabajo* (6<sup>a</sup> edición); Madrid: Tecnos.

Domínguez Moliner, F. (1993). *Derecho Laboral y de Seguridad Social*; Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

Ferrer López, M.A. (2004). *Casos prácticos de Seguridad Social*; Barcelona: Ediciones Deusto.

García Rubio, M<sup>a</sup>. A. (1999). *La inspección de Trabajo y Seguridad Social, doctrina y jurisprudencia*; Valencia: Tirant lo Blanch.

López, R.A.; Suquía F.J.; Velázquez, M.P. (1991); *Cómo es y cómo actúa la Inspección de Trabajo*; Bilbao: Ediciones Deusto.

Martín Valverde, A. (2014). *Derecho del trabajo*; Madrid: Tecnos.

Martínez Girón, J.; Arufe Varela, A.; Carril Vázquez, X.M. (2008). *Derecho de la Seguridad Social* (2<sup>a</sup> edición); A Coruña: Netbiblo.

Martínez Girón, J.; Arufe Varela, A.; Carril Vázquez, X.M. (2006). *Derecho del trabajo* (2<sup>a</sup> edición); A Coruña: Netbiblo.

Minondo Sanz, J. (2000). *Fundamentos de la inspección de trabajo y Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (subdirección general de publicaciones).

Miño Fugarolas, C. (1997). *La intervención de la Inspección de Trabajo en la prevención de riesgos laborales*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.

Molero Manglano, C. (et. al) (2013). *Manual de derecho del trabajo*; Valencia: Tirant lo Blanch.

Martínez Moya, J. “El tiempo de trabajo: una visión jurisprudencial”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*.

### Jurisprudencia utilizada:

Sentencia de la sala de lo social de Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, número 1032/2015 de 30 de abril de 2015, *Aranzadi Westlaw*, referencia JUR\2015\221786.

Sentencia de la sala de lo social de la Audiencia Nacional, número 25/2016 de 19 de febrero de 2016, *Aranzadi Westlaw*, referencia JUR\2016\43642.

Sentencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2015, *Aranzadi Westlaw*, referencia RJ\2015\4723.

Sentencia de la sala segunda del Tribunal Constitucional, número 183/2015 de 13 de octubre de 2015, *Boletín Oficial del Estado*, número 39.

Sentencia del pleno del Tribunal Constitucional, número 16/2006 de 15 de febrero de 2006, *Boletín Oficial del Estado*, número 39.

Sentencia de la sala primera del Tribunal Constitucional, número 55/2004 de 18 de mayo de 2004, *Boletín Oficial del Estado*, número 120.

Sentencia de la sala primera del Tribunal Constitucional, número 14/1993 de 12 de febrero de 1993, *Boletín Oficial del Estado*, número 37.

Sentencia de la sala de lo social de Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, número 1394/2000 de 14 de julio de 2000, *Aranzadi Westlaw*, referencia AS\2000\4153.

Sentencia de la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, número 40/2016 de 19 de febrero de 2016, *Aranzadi Westlaw*, referencia JUR\2016\53956.

Sentencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2010, *Aranzadi Westlaw*, referencia RJ\2011\391.

Sentencia de la sala tercera del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1992, *Aranzadi Westlaw*, referencia AR\4093.

Sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja número 27/2008 de 15 de abril, *Aranzadi Westlaw* AS\2008\1749.

Sentencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1993, *Aranzadi Westlaw*, referencia RJ\1993\4635.

Sentencia de la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo, número 33/2004 de 23 de febrero, *Aranzadi Westlaw*, referencia RJCA\2004\361.

Sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, número 3029/2011 de 8 de noviembre de 2012, *Aranzadi Westlaw*, referencia AS\2012\1061.

Sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, número 2788/2012 de 16 de abril de 2012, *Aranzadi Westlaw*, referencia AS\2012\1826.

Sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, número 1392/2007 de 8 de mayo de 2007, *Aranzadi Westlaw*, referencia AS\2008\157.

Sentencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1993, *Aranzadi Westlaw* RJ\1993\4665.

Sentencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2015, *Aranzadi Westlaw*, referencia RJ\2015\6461.

Sentencia de la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1990, *Aranzadi Westlaw*, referencia RJ\1990\2017.

Sentencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2005, *Aranzadi Westlaw*, referencia RJ\2005\3532.

Sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, número 4047/2010 de 17 de septiembre de 2010, *Aranzadi Westlaw*, referencia AS\2010\1885.

Sentencia de la sala de social del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2014, *Aranzadi Westlaw*, referencia RJ\2014\2075.

Sentencia de la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1991, *Aranzadi Westlaw*, referencia RJ\1991\4197.

Sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña número 7736/2005 de 13 de octubre, *Aranzadi Westlaw* AS\2006\226.

**Normativa considerada:**

España. Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, nº 311.

España. Convenio Colectivo del Sector de la Construcción de A Coruña, *Boletín Oficial de la Provincia*, 2 de diciembre de 2013, nº 229.

España. Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de marzo de 1995, nº 75, p.9654.

España. Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, por el que se aprueba la ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. *Boletín Oficial del Estado*, 8 de agosto de 2000, nº 228, p.32435.

España. Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales de 8 de noviembre. *Boletín Oficial del Estado*, 10 de noviembre de 1995, nº 269, p.32590.

España. Ley 7/1989 de Procedimiento Laboral de 12 de abril. *Boletín Oficial del Estado*, 13 de abril de 1989, nº 88, p.10640.

España. Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio, por el que se aprueba la ley General de la Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de junio de 1994, nº 154, p.20658.

España. Ley 42/1997 ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 14 de noviembre. *Boletín Oficial del Estado*, 15 de noviembre de 1997, nº 274, p.33539.

España. Ley 36/2011 reguladora de la Jurisdicción Social de 10 de octubre. *Boletín Oficial del Estado*, 11 de octubre de 2011, nº 245, p.106584.

España. Real Decreto 138/2000 por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 4 de febrero. *Boletín Oficial del Estado*, 16 de febrero de 2000, nº 40, p.7078.

España. Real Decreto 928/1998 por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social de 14 de mayo. *Boletín Oficial del Estado*, 3 de junio de 1998, nº 132, p.18299.

España. Real Decreto 84/1996 por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social de 26 de enero. *Boletín Oficial del Estado*, 27 de febrero de 1996, nº 50, p.7349.

España. Real Decreto 1415/2004 por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social de 11 de junio. *Boletín Oficial del Estado*, 25 de junio de 2004, nº 153.