



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Trabajo Fin de Grado

**Despido de un trabajador y actuación
de la Inspección de Trabajo**

Autor del trabajo: María Dorrego Fernández

Tutorado por: Porf. D. Julio García Camiñas

Trabajo Fin de Grado

**Despido de un trabajador y actuación de la
Inspección de trabajo**

A Coruña 2016

Facultad de Derecho – UDC

Grado en Derecho

Autor del trabajo: María Dorrego Fernández

Tutorado por: D. Julio García Camiñas

Índice

Texto del supuesto	3
Introducción	4
I) Antecedentes de hecho	5
I.1 Introducción	5
I.2 Antecedentes de hecho.....	5-6
II) Fundamentos jurídicos	6
II.1 Jornada laboral y cotización a la Seguridad Social.....	6
II.1.1 Cláusulas legales.....	6
II.1.2 Infracciones.....	6-10
II.1.3 Sanciones.....	10-11
II.2 Lesiones psicológicas.....	11-12
II.3 No alta en la Seguridad Social.....	12-13
II.4 Incumplimiento medidas de seguridad e higiene: Prevención de riesgos laborales.....	13-15
II.5 Actuación de la Inspección de Trabajo ante la denuncia: el procedimiento sancionador.....	15
II.5.1 Actuaciones previas.....	15
II.5.1.a) Denuncia.....	15-16
II.5.1.b) Actividad investigadora.....	16-17
II.5.2 Procedimiento sancionador.....	18
II.5.2.a) Fases.....	18-21
II.5.2.b) Acta de infracción – Acta de liquidación: simultaneidad de expedientes.....	21-23
II.6 Acciones laborales que puede ejercitar el trabajador despedido.....	23
II.6.1 Introducción: el despido.....	23-24
II.6.2 Acciones laborales que puede ejercitar el trabajador despedido.....	24
II.6.2.a) El procedimiento disciplinario.....	24-27
II.6.2.b) Nulidad del despido: garantía de indemnidad.....	28-29
II.7 Defensa del empresario ante una eventual sanción administrativa.....	29
II.7.1 Introducción: defensa previa al procedimiento sancionador.....	29
II.7.2 Recurso de alzada.....	29-30
II.7.3 Demanda ante la jurisdicción social.....	30-31
III) Conclusiones	31-32

Abreviaturas

Art.: Artículo

CE: Constitución Española

D.: Don

ET: Estatuto de los Trabajadores

ITSS: Inspección de Trabajo y Seguridad Social

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LGSS: Ley General de la Seguridad Social

LISOS: Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social

LPRL: Ley de Prevención de Riesgos Laborales

LRJS: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social

MF: Ministerio Fiscal

OIT: Organización Internacional del Trabajo

PÁR.: Párrafo

RD: Real Decreto

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional

SMAC: Sección de Mediación, Arbitraje y Conciliación

SS: Seguridad Social

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TGSS: Tesorería General de la Seguridad Social

Texto del supuesto

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.

Introducción

La extinción del contrato de trabajo pone fin a la relación jurídica que vincula al empresario y al trabajador. El contrato deja de existir cesando las obligaciones que correspondían a las partes: trabajar y remunerar.

Las causas de la extinción del contrato de trabajo aparecen enumeradas en el Estatuto de los trabajadores en su artículo 49.1. A tenor de lo dispuesto en este precepto, el apartado k) señala una de las causas de extinción del contrato. “por despido del trabajador”.

En torno a la figura jurídica del contrato de trabajo y del despido realizaremos en este trabajo un dictamen donde valoraremos jurídicamente los hechos controvertidos.

La actuación de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social será clave para la resolución que las cuestiones que se nos plantean. Por ello, es importante entender su papel en materia de relaciones laborales, seguridad social y en otros ámbitos del Derecho laboral.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social - de acuerdo con lo previsto en la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el RD 138/2000 de 4, de febrero así como en la Orden Ministerial de 12 de febrero de 1998- es la organización administrativa responsable del servicio público de control y vigilancia del cumplimiento de las normas del orden social por parte de empresarios y trabajadores.

Esta institución está formada, en primer lugar, por un conjunto de funcionarios de nivel técnico superior y habilitación nacional pertenecientes al Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y de Seguridad Social, quienes deberán realizar sus funciones de acuerdo con los principios de independencia técnica, objetividad e imparcialidad prescritos en los convenios internacionales número 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo.

Y, en segundo lugar, las funciones de inspección de apoyo, colaboración y gestión necesarias para el ejercicio de la labor inspectora son desarrolladas por los funcionarios del Cuerpo de Subinspectores Laborales, con la misma habilitación nacional.

El objetivo básico de la Dirección General de la ITSS radica en el cumplimiento voluntario de las obligaciones laborales y de Seguridad Social de empresas y trabajadores, desarrollando para ello tanto actuaciones preventivas como sancionadoras, a través de requerimientos de cumplimiento de la normativa de orden social o de disposiciones relativas a la seguridad y salud de los trabajadores, requerimientos de ingreso de cuotas de Seguridad Social, actas de infracción para la imposición de sanciones de orden social y actas de liquidación y demás documentos liquidatorios de cuotas de Seguridad Social.

En el presente trabajo veremos como la ITSS inicia su actividad con el fin de proponer como sanción aquellas irregularidades en el ámbito laboral contrarias a Derecho y así dotar de mayor protección.

La figura de este organismo será muy importante para la resolución del caso, así como las acciones que podrá ejercitar el trabajador despedido y la defensa del presunto responsable ante estas actuaciones.

Nota aclaratoria: Para una resolución clara y ordenada de este supuesto, no siempre se respetará el orden de las preguntas formuladas al final del caso. Estas preguntas se resolverán analizando las cuestiones de Derecho que se plantean en el supuesto cronológicamente.

Las leyes aplicadas serán las vigentes para el periodo 2013-2014, momento en el que tuvieron lugar los hechos controvertidos. Actualmente, algunas de estas leyes se encuentran derogadas, por lo que también se hará referencia a la normativa vigente en la actualidad.

I) Antecedentes de hecho

I.1 Introducción

El caso objeto de nuestro trabajo nos presenta una serie de hechos que tiene lugar en la ciudad de La Coruña en el periodo 2013-2014. Como partes del conflicto concurren D. Francisco González Martínez, trabajador de la empresa Construnova S.A. cuyo objeto social consiste en la rehabilitación y reformas de inmuebles, y D. Fernando Pérez Hernández, jefe y dueño de dicha empresa. Por otro lado, y como se desprende del supuesto, la posterior actuación de la Inspección de trabajo y la figura de un segundo trabajador de Construnova S.A., D. Alberto Pérez Domingo.

A continuación citaremos cronológicamente y de manera breve y concisa, los hechos ocurridos.

I.2 Antecedentes de hecho

PRIMERO – Contrato de trabajo – Firma de un contrato de carácter indefinido el 6 de diciembre de 2013 por D. Francisco, trabajador en el sector de la construcción, con la empresa Construnova S.A. En las cláusulas de dicho contrato se estipula un horario de 40 horas/semana y una retribución de 1.645 euros/mes.

SEGUNDO – Incumplimiento del contrato de trabajo – Unos meses después de la firma del contrato, las horas de trabajo que realiza D. Francisco no se corresponden con lo estipulado en el contrato. Realiza más de 40/semana, las cuáles no son ni retribuidas ni cotizan en la Seguridad Social, y no se cumplen los descansos estipulados.

TERCERO – Denuncia del trabajador y actuación del empresario –

D. Fernando, dueño y jefe de Construnova S.A., trata de manera vejatoria a D. Francisco, el cuál sufre amenazas y trabaja bajo coacción. A consecuencia de las lesiones psicológicas que esta situación le produce, D. Francisco acude el 3 de mayo de 2014 a un médico, quién a través de informe médico, diagnostica lo siguiente: estrés, depresión y problemas fisiológicos derivados de la situación que atraviesa.

Ante estos acontecimientos D. Francisco denuncia su caso ante la Inspección de trabajo con fecha 24 de mayo de 2014.

Posteriormente, el 27 de mayo de 2014 D. Fernando, una vez que es conocedor de dicha denuncia, comunica el despido de D. Francisco.

CUARTO – Actuación del Inspección de trabajo – Como consecuencia de la denuncia interpuesta por D. Francisco, la Inspección de trabajo realiza una visita al lugar de los hechos. Tras la pertinente revisión se descubre lo siguiente:

- Veracidad de los hechos denunciados por parte de D. Francisco.
- Situación laboral irregular del trabajador D. Alberto Pérez Domingo el cuál no está dado de alta en la Seguridad Social.
- Incumplimiento de las condiciones de seguridad e higiene precisas para las obras.

II) Fundamentos jurídicos

II.1 Jornada laboral y cotización a la Seguridad Social

II.1.1 Cláusulas legales

El primer punto que debemos tratar parte de la firma del contrato de trabajo de D. Francisco con Construnova, S.A. Nos encontramos ante un contrato indefinido. Este carácter indefinido es una de las modalidades del contrato de trabajo en cuanto a su duración, tal y como establece el art. 15.1 ET afirmando que “*el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada*”.

En el contrato se establecen unas cláusulas donde se estipula el horario de trabajo y su retribución. En relación con la jornada laboral, este contrato cumple la previsión legal del art. 34 ET, en virtud del cual, la jornada ordinaria deberá respetar el máximo de 40 horas semanales (número de horas semanales fijadas en el contrato). Y en cuanto a la retribución pactada (1.645 euros mensuales), también respeta el límite legal ya que supera el salario mínimo interprofesional fijado en tiempo del contrato (SMI 546,30 euros/mes¹).

Sin embargo, esta situación no es reflejo de la realidad. Según los hechos relatados en el caso, tras la firma del contrato de trabajo se evidencia la concurrencia de una serie de hechos que incumplen las cláusulas fijadas, incurriendo en algunos casos en infracción administrativo-laboral.

II.1.2 Infracciones

A) En primer lugar, y en relación con la **jornada laboral**:

- ❖ Se supera el máximo estipulado por el art.34 ET de 40 horas semanales:

Horas Extraordinarias

Definición

Debemos calificar las horas que superan el máximo legal de 40 horas semanales como “extraordinarias” en base a lo dispuesto en el artículo 35.1 ET donde se

¹ Real Decreto 1046/2013, de 27 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2014.

ordena que *“tendrá la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo...”*.

Las horas extraordinarias son definidas en contraposición a la jornada ordinaria de trabajo. Este concepto viene definido a su vez también en el estatuto, artículo 34.1, distinguiendo entre jornada ordinaria de trabajo y jornada de trabajo:

- Duración de la jornada de trabajo: la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo.
- Duración de la jornada ordinaria de trabajo: Cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio de cómputo anual.

Entonces, ¿en base a qué jornada consideramos las horas extraordinarias? La interpretación asumida por la jurisprudencia es que son horas extraordinarias aquellas que superen la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.

Ya que Construnova S.A. es una empresa dedicada al sector de la construcción y rehabilitaciones es importante apuntar que el art. 63 del V Convenio Colectivo del Sector de la Construcción fija el carácter voluntario de estas horas extraordinarias, excepto las que tengan su causa en fuerza mayor. También, el art. 64 del Convenio dispone que tendrán la consideración de horas extraordinarias, además de las que tengan su causa en fuerza mayor, las motivadas por pedidos o puntas de producción, ausencias imprevistas, cambio de turno y pérdida o deterioro de la producción, o por cualquier circunstancia que altere el proceso normal de producción.

Regulación

La regulación de las horas extraordinarias está formada por dos elementos principales integrados en el Estatuto de los Trabajadores:

1- Imposición de un número máximo de horas extraordinarias: la regla general del art. 35.2 ET establece que no se podrá superar el límite de 80 horas al año.

2- Compensación: Las horas extraordinarias pueden ser compensadas de dos maneras:

- Cuantía económica: Las horas extras deben ser compensadas de una manera específica, siempre y como mínimo igual a la retribución ordinaria que percibe el trabajador en sus horas ordinarias.
- Tiempo de descanso: Descanso retribuido equivalente en los cuatro meses siguientes a la realización de las horas extras.

En ausencia de pacto al respecto, y como preferencia legal, se entenderá que las horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización.

Registro

El art.35.5 del ET dispone que en cuanto al cómputo de las horas extraordinarias, *“la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el período fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al*

trabajador en el recibo correspondiente”. A pesar de que los hechos han tenido lugar en el periodo 2013-2014 es interesante apuntar que la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, en su plan de control 2016, junto con la jurisprudencia le han dado una nueva interpretación a la redacción de este artículo. Ambas han concluido que, aunque el precepto se refiera al cómputo de las horas extraordinarias, la obligación contemplada en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores sólo puede cumplirse llevando un registro de la jornada diaria de cada trabajador; porque solo a partir de la determinación de cuál es la jornada efectivamente realizada se puede discriminar qué horas tienen la consideración de ordinarias y cuáles de extraordinarias; de modo que el trabajador sepa si está o no realizando horas extraordinarias y pueda constatar también si supera o no el límite de las previstas legalmente en el año. *“Así pues, si la razón de ser de este precepto es procurar al trabajador un medio de prueba documental para acreditar la realización de horas extraordinarias, parece evidente que el registro de la jornada diaria es la herramienta, promovida por el legislador, para asegurar efectivamente el control de las horas extraordinarias. – Si no fuera así, si el registro diario de la jornada solo fuera obligatorio cuando se realicen horas extraordinarias, provocaríamos un círculo vicioso, que vaciaría de contenido la institución y sus fines, puesto que el presupuesto, para que las horas extraordinarias tengan dicha consideración, es que se realicen sobre la duración máxima de la jornada de trabajo...”* (SAN 207/2015, de 4 de diciembre de 2015)

Infracción

En el supuesto objeto del presente trabajo se afirma que tales horas no son remuneradas, por lo que, como ya sabemos, podríamos entender que han sido compensadas mediante descansos. Pero, como veremos a continuación, D. Francisco tampoco disfruta de los descansos que deberían serle asignados.

Por tanto, la no remuneración de las horas extraordinarias de trabajo efectivo realizadas por D. Francisco constituye, en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante LISOS), y en concreto, en su **artículo 8.1, infracción administrativa muy grave en materia de relaciones laborales individuales y colectivas** (*“Son infracciones muy graves: 1. El impago y los retrasos reiterados en el pago del salario debido”*).

- ❖ D. Francisco no disfruta de los descansos que deberían serle asignados: éstos se encuentran regulados en el art.37 ET. Son los relativos a:
 - ❖ El descanso mínimo semanal, acumulable por períodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo.
 - ❖ Las fiestas laborales, que tendrán carácter retribuido y no recuperable, que no podrán exceder de catorce al año, de las cuales dos serán locales y que en cualquier caso se respetarán como fiestas de ámbito nacional las de la

Natividad del Señor, Año Nuevo, 1 de mayo, como Fiesta del Trabajo, y 12 de octubre, como Fiesta Nacional de España.

- ❖ Y a los descansos relativos al derecho del trabajador a ausentarse previo aviso y justificación, por alguno de los motivos dispuesto en el art.37 ET.

Tal omisión constituye **infracción administrativa grave en materia de relaciones laborales individuales y colectivas** tal y como considera el **art.7.5 de la LISOS** al ordenar que constituye una infracción grave *“la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores.”*

B) En segundo lugar, sobre la **no cotización a la Seguridad Social de las horas extraordinarias de D. Francisco:**

A modo de introducción en materia de cotización a la Seguridad Social es importante apuntar que la Constitución Española establece en su artículo 41 que, *“los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad.”*. La Seguridad Social, a través de sus Entidades Gestoras (Instituto Nacional de la Seguridad Social, Instituto Social de la Marina, Instituto de migración y servicios sociales, Instituto Nacional de gestión sanitaria), Entidades Colaboradoras (Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales), Servicios Comunes (Tesorería General de la Seguridad Social y la Gerencia de Informática) y Organismos Autónomos como el Servicio Público de Empleo Estatal y el Fondo de Garantía Salarial, entre otros, es la encargada de gestionar el sistema público de protección que garantice a los ciudadanos la subsistencia ante situaciones de necesidad. Esta garantía se sustenta principalmente a través de los ingresos que por las cotizaciones sociales abonan los empresarios y trabajadores².

La Ley General de la Seguridad Social (LGSS), establece en su art.15 la obligatoriedad de la cotización y en su apartado segundo ordena que la obligación de cotizar nace en el *“momento de iniciación de la actividad correspondiente”*. Así pues, y conforme a la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden social, la no cotización a la Seguridad Social constituye una **infracción grave en materia de Seguridad Social** que se desprende de la redacción del **artículo 22.3 de la ya citada LISOS**, dónde se establece que tendrá la consideración de infracción grave *“No ingresar, en la forma y plazos reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social o no efectuar el ingreso en la cuantía debida, habiendo cumplido dentro de plazo las obligaciones establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 26 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, siempre que la falta de ingreso no obedezca a una declaración concursal de la empresa, ni a un supuesto de fuerza mayor, ni se haya solicitado aplazamiento para el pago de las cuotas con carácter previo al inicio de la actuación inspectora, salvo que haya recaído resolución denegatoria.”*.

La legislación de la Seguridad Social pretende disuadir la realización de horas extraordinarias mediante la imposición de un recargo en la cotización por esta case de

² Cotización al Régimen General de la Seguridad Social, Aula de la Seguridad Social, Área de profesores. Recuperado el 5 de mayo de 2016 de, <http://www.seg-social.es>

horas. Este recargo es destinado a aumentar el patrimonio de la Seguridad Social. A ello se refiere el artículo 111.2 de la LGSS afirmando que “*La remuneración que obtengan los trabajadores por el concepto de horas extraordinarias, con independencia de su cotización a efectos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, 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*”.³

¿Quién dictamina estas acciones/omisiones como infracción administrativo-laboral de la LISOS?

Las infracciones se califican como leves, graves y muy graves y se sancionan a propuesta de la Inspección de Trabajo, previa instrucción del oportuno expediente y conforme al procedimiento administrativo especial establecido en el Real Decreto 928/1998, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social.

En el fundamento jurídico 2 de este dictamen explicaremos la actuación de la Inspección ante la denuncia interpuesta por D. Francisco.

II.1.3 Sanciones

Toda acción/omisión constitutiva de infracción administrativo-laboral conlleva apareja una sanción y la determinación de su grado será responsabilidad del Inspector.

A) En relación con la **no remuneración de las horas extraordinarias**, el 40.1.c) de la LISOS determinará la cuantía de la sanción de la siguiente forma:

- ❖ En su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros.
- ❖ En su grado medio de 25.001 a 100.005 euros.
- ❖ En su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros.

B) En cuanto a la infracción grave del art. 7.5 de la LISOS en relación con la **omisión del disfrute de los descansos**, el art. 40.1 b) de la LISOS fija como sanción, por tal omisión, la siguiente cuantía:

- ❖ En su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros.
- ❖ En su grado medio de 1.252 a 3.125 euros.
- ❖ En su grado máximo de 3.126 euros a 6.250 euros.

C) En lo referente a la ya mencionada infracción grave del artículo 22.3 en relación con la **no cotización a la Seguridad Social de las horas extraordinarias**, la sanción correspondiente se encuentra fijada en el art. 40.1.d).1 LISOS donde se dispone que se impondrá de la siguiente forma:

³ ARUFE VARELA, A/ CARRIL VÁZQUEZ, X-M/ MARTÍNEZ GIRÓN, J. en *Derecho del Trabajo*, Segunda Edición, Netbiblo, 2006, p. 204.

- ❖ En 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 %.
- ❖ En su grado máximo con multa del 80,01 al 100%.

El art. 2.1 de la LISOS y el art.104.1 de la Ley General de la Seguridad Social disponen que el empresario es el sujeto responsable de realizar la cotización y el ingreso de las aportaciones propias y la de sus trabajadores. Asimismo, también será responsable el empresario de la infracción grave derivada de la no remuneración de las horas extraordinarias y del no cumplimiento de los descansos debidos. Por lo tanto, y en relación al caso que nos atañe, D. Fernando, dueño y jefe de la empresa, será el responsable tanto de la no cotización de las de horas de trabajo realizadas por D. Francisco fuera de las 40 horas semanales estipuladas en el contrato como del impago de dichas horas y del no disfrute de los descansos legalmente establecidos.

II.2 Lesiones psicológicas: el acoso laboral

Uno de los hechos que motivan la denuncia que interpone D. Francisco ante la ITSS es que su jefe, D. Fernando, lo trata de manera vejatoria en el trabajo, lo amenaza y hace que trabaje bajo coacción.

Esta situación supone la vulneración del derecho del trabajador a la consideración de su dignidad reconocida en el art. 4.2.c) del ET⁴.

Estos hechos pueden ser definidos como acoso laboral al constituir conductas de abuso del poder de dirección del responsable de la empresa. El acoso laboral o “mobbing” se define en todo caso como una situación de hostigamiento que sufre un trabajador sobre el que se ejercen conductas de violencia psicológica de forma prolongada y que le conducen al extrañamiento social en el marco laboral, le causan enfermedades psicosomáticas y estados de ansiedad y, en ocasiones, provocan que abandone el empleo al no poder soportar el estrés al que se encuentra sometido. Para calificar tales hechos como acoso laboral deben de concurrir dos circunstancias en todo caso:

- ❖ Habitualidad: esta conducta debe ser sistemática y reiterada en el tiempo.
- ❖ Intencionalidad: estos actos deben tener como intención el desmoronamiento moral del trabajador.

Desconocemos si se cumplen estos requisitos para poder calificar tales hechos como acoso laboral.

Lo que sí podemos confirmar es que tales actuaciones suponen una **infracción muy grave del art. 8.11 de la LISOS**. En este precepto la Ley dota de la consideración de infracción muy grave a “*los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y*

⁴ Los trabajadores tiene derecho: c) a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

consideración debida a la dignidad de los trabajadores.” El art. **40.1.c) de la LISOS** dispone que esta la **sanción** oportuna para esta infracción supondrá una multa de 6.251 a 187.515 euros, dependiendo del grado aplicable.

Existe la posibilidad de que tales hechos puedan ser constitutivo de ilícitos penales concurriendo un delito de lisiones psíquicas y atentado contra la integridad moral tipificado en el art.173 CP⁵, y un delito de coacción del art. 172 CP. En caso de concurrencia de sanciones con el orden penal, el Inspector lo comunicará al Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo, con expresión de los hechos y circunstancias y de los sujetos que pudieran resultar afectados. Dicho Jefe, si estimase la eventual concurrencia de ilícito penal, lo comunicará al Ministerio Fiscal⁶. Una vez que se pone en conocimiento del orden penal, la Inspección se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo sancionador hasta que el MF resuelva no interponer acción, o sea firme la sentencia o auto de sobreseimiento que dicte la autoridad judicial.

Como se intuye de la actuación de los hechos y por aplicación del art.2.1 de la LISOS, el responsable es el empresario. Pero es conveniente apuntar que en el caso de existencia de acoso laboral en la empresa, el empresario también será responsable por omisión, ya que deriva de la posición del empresario como garante del pleno disfrute, por los trabajadores que se encuentren a su servicio, de los derechos básicos que componen la relación laboral. Y será responsable cuando conocidos los hechos no haya tomado las medidas suficientes y adecuadas.

II.3 No alta en la Seguridad Social

El alta es un acto administrativo mediante el cual la Tesorería General de la Seguridad Social reconoce a la persona que inicia una actividad su condición de incluida en el campo de aplicación de un determinado Régimen de la Seguridad Social, en este caso General, en función del tipo de actividad desarrollada, con los derechos y obligaciones correspondientes. El alta es obligatoria y las altas y bajas de trabajadores expresan la situación real de los trabajadores en función de que desarrollen o no la actividad profesional que los encuadra en algún régimen del sistema.

La obligación de dar de alta al trabajador corresponde el empresario tal y como dispone el art.100.1 LGSS⁷. En la misma línea, el art.29 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación,

⁵ *El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.*

Con la misma serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes, que sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima. (Art. 173 cp)

⁶ Artículo 5 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

⁷ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Esta Ley la normativa aplicable para el periodo 2013-2014, en el que tuvieron lugar los hechos. Actualmente esta ley esta derogada y es de aplicación el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, establece la forma en la que deberá realizarse el alta disponiendo que *“las altas y bajas de los trabajadores en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda se solicitarán a nombre de cada trabajador y se promoverán ante la Tesorería General de la Seguridad Social en cualquiera de las formas previstas para la afiliación en el artículo 23 de este Reglamento”*.

En la empresa Construnova S.A., el trabajador D. Alberto Pérez Domingo se encuentra en una situación irregular ya que no está dado de alta en el oportuno régimen de la Seguridad Social.

Esta omisión del deber por parte del empresario de dar de alta a sus empleados en el régimen de la SS, constituye una **infracción administrativa grave del artículo 22.2 de la LISOS** al determinar que se incurrirá en infracción administrativa grave al *“no solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido. A estos efectos se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados”*.

La **sanción** aplicable a esta infracción será la contenida en el artículo **40.1.e) de la LISOS** dónde se establece la siguiente multa:

- En su grado mínimo, de 3.126 a 6.250 euros.
- En su grado medio, de 6.251 a 8.000 euros.
- En su grado máximo, de 8.001 a 10.000 euros.

En virtud de lo establecido en el artículo 7.5 de la Ley 42/1997, el inspector podrá promover procedimiento de oficio para realizar el alta de D. Alberto en el oportuno régimen de la Seguridad Social.

II.4 Incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene: Prevención de Riesgos Laborales

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, es la norma legal por la que se determina el cuerpo básico de garantías y responsabilidades preciso para establecer un adecuado nivel de protección de la salud de los trabajadores frente a los riesgos derivados de las condiciones de trabajo, en el marco de una política coherente, coordinada y eficaz.⁸ Esta es la ley de ámbito nacional aplicable en relación con la protección de la salud de los trabajadores dentro del ámbito laboral.

En el marco de la Unión Europea, en materia de seguridad y salud, destaca la Directiva 92/57/CEE, de 24 de junio, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y de salud que debe aplicarse a las obras de construcción temporales o móviles. Asimismo, España ha ratificado diversos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que guardan relación con esta materia y que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno. En concreto, con carácter general, el Convenio número 155 de la OIT, relativo a la seguridad y salud de los trabajadores, de 22 de junio de 1981, ratificado por

⁸ Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción.

nuestro país el 26 de julio de 1985, y, en particular, el Convenio número 62 de la OIT, de 23 de junio de 1937, relativo a las prescripciones de seguridad en la industria de la edificación, ratificado por España el 12 de junio de 1958.

El Real Decreto 1627/1997 tiene como objeto las disposiciones mínimas de seguridad y de salud aplicables a las obras de construcción. A tenor de lo dispuesto en su art. 4.2, el promotor está obligado a que se elabore un estudio de seguridad y salud por técnico competente. Por otra parte, cada contratista deberá elaborar un plan de seguridad y salud en el que se desarrollen las medidas contenidas en el estudio. Este plan deberá ser aprobado, antes del inicio de la obra, por el coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra (artículo 7.1 y 7.2 RD 1627/1997).

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales enumera en su art.15 los principios generales que deberán seguirse en aplicación de las medidas preventivas. Los principios contenidos en este precepto se aplicarán durante la ejecución de las obra y, concretamente, en las actividades a las que se refiere el art.10 del RD 1627/1997:

- a) El mantenimiento de la obra en buen estado de orden y limpieza.*
- b) La elección del emplazamiento de los puestos y áreas de trabajo, teniendo en cuenta sus condiciones de acceso, y la determinación de las vías o zonas de desplazamiento o circulación.*
- c) La manipulación de los distintos materiales y la utilización de los medios auxiliares.*
- d) El mantenimiento, el control previo a la puesta en servicio y el control periódico de las instalaciones y dispositivos necesarios para la ejecución de la obra, con objeto de corregir los defectos que pudieran afectar a la seguridad y salud de los trabajadores.*
- e) La delimitación y el acondicionamiento de las zonas de almacenamiento y depósito de los distintos materiales, en particular si se trata de materias o sustancias peligrosas.*
- f) La recogida de los materiales peligrosos utilizados.*
- g) El almacenamiento y la eliminación o evacuación de residuos y escombros.*
- h) La adaptación, en función de la evolución de la obra, del período de tiempo efectivo que habrá de dedicarse a los distintos trabajos o fases de trabajo.*
- i) La cooperación entre los contratistas, subcontratistas y trabajadores autónomos.*
- j) Las interacciones e incompatibilidades con cualquier otro tipo de trabajo o actividad que se realice en la obra o cerca del lugar de la obra.*

Tras la visita de la ITSS al centro de trabajo en el que tienen lugar los hechos denunciados por D. Francisco, y tras la evaluación del lugar, se aprecia que las medidas que hemos mencionado se seguridad e higiene no se cumplen de ninguna manera.

La LISOS en sus artículos 11, 12 y 13 tipifica como infracción una serie de acciones/omisiones en materia de prevención de riesgos laborales. En concreto, sus **artículos 12.23 y 12.24**, dispone que se incurrirá en **infracción grave** cuando no se cumplan las medidas de seguridad e higiene precisas para las obras, siguiendo las

disposiciones del RD 1627/1997⁹. El art.12.23 en relación con el incumplimiento de la obligación de elaborar un plan de seguridad y su posterior control y el art.12.14 relativo al incumplimiento de las obligaciones del promotor tales como; no designar coordinadores en materia de seguridad y salud cuando sea preceptivo, incumplimiento de la obligación de elaborar el estudio básico de seguridad y salud o no garantizar la formación de los empresario en materia de prevención y medidas de protección y emergencia.

También supondrá una **infracción grave del art.12.17 LISOS** la falta de limpieza del centro del trabajo cuando suponga un riesgo para la salud de los trabajadores (*La falta de limpieza del centro o lugar de trabajo, cuando sea habitual o cuando de ello se deriven riesgos para la integridad física y salud de los trabajadores*).

Esta infracción será sancionada con **multa** de entre 2.046 a 40.985€ de acuerdo con el **art.40.2.b) LISOS**.

El sujeto responsable sería en todo caso el empresario (art.2.1 LISOS) o en su caso el promotor.

En este caso la ITSS podría entender que tal infracción puede ser constitutiva de delito a tenor de la redacción del artículo 316 CP, *”los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”*. En caso de concurrencia con el orden penal se dará traslado al MF y siguiendo el mismo procedimiento al que ya hemos hechos referencia en cuanto a las lesiones psicológicas derivadas del acoso laboral que D. Francisco ha sufrido.

II.5 Actuación de la Inspección de Trabajo ante la denuncia: el procedimiento sancionador.

II.5.1 Actuaciones previas

II.5.1.a) Denuncia

Toda persona que tenga conocimiento de hechos que pudieran constituir infracción en materias competencia de la ITSS (laboral, seguridad y salud laboral, seguridad social, empleo, etc.) puede reclamar los servicios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. A estos efectos se consideran infracciones en el orden social las acciones y omisiones de

⁹ En el ámbito de aplicación del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción:

a) Incumplir la obligación de elaborar el plan de seguridad y salud en el trabajo con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales, en particular por carecer de un contenido real y adecuado a los riesgos específicos para la seguridad y la salud de los trabajadores de la obra o por no adaptarse a las características particulares de las actividades o los procedimientos desarrollados o del entorno de los puestos de trabajo.

b) Incumplir la obligación de realizar el seguimiento del plan de seguridad y salud en el trabajo, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales. (Art.12.23.a) y b)).

los sujetos responsables (personas físicas o jurídicas y comunidades de bienes) tipificadas y sancionadas en la normativa del orden social.¹⁰

La denuncia es una de las formas de iniciación de la actividad inspectora previa al procedimiento sancionador contemplada en el art. 9.1.f) del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social. El mismo precepto ordena que la denuncia no podrá ser anónima. En ella deberán figurar los datos de identificación personal de D. Francisco, como persona denunciante, así como su firma; también los hechos presuntamente constitutivos de infracción, fecha y lugar de su acaecimiento, identificación de los presuntamente responsables (D. Fernando como empresario responsable) y demás circunstancias relevantes. Esta denuncia deberá ser presentada ante la Dirección Provincial de la ITSS de A Coruña.

Para comprender el iter procedimental que seguirá la Inspección de Trabajo y Seguridad Social debemos recordar de forma muy sintética qué acciones/omisiones son objeto de la denuncia de D. Francisco:

- ❖ No remuneración y no cotización de las horas extraordinarias trabajadas por D. Francisco.
- ❖ No disfrute de los descansos por D. Francisco.
- ❖ Lesiones psicológicas derivadas del trato vejatorio, amenazas y trabajo bajo coacción que sufre el trabajador D. Francisco por acción del empresario, D. Fernando.

II.5.1 b) Actividad investigadora

Tras la denuncia a instancia de parte, la actuación de la ITSS se iniciará con una visita al centro de trabajo donde presuntamente han tenido lugar los hechos denunciados. Esta visita podrá realizarse sin previo aviso tal y como autoriza el art. 5 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social¹¹.

Durante esta visita al centro de trabajo, la ITSS realizará las laborales de investigación oportunas. Como ya sabemos y hemos argumentado en el fundamento jurídico 1 del presente trabajo, durante esta visita el Inspector apreciará que los hechos presuntamente ilícitos son constitutivos de infracciones administrativas del orden social, calificadas a continuación:

- ❖ En materia de Seguridad Social: infracción grave del artículo 22.3 de la LISOS, en relación con la no cotización de las horas extraordinarias de trabajo realizadas por D. Francisco.

¹⁰ ¿Cómo presentar una denuncia formal ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social?, Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Recuperado el 5 de mayo de 2016 de, <http://www.empleo.gob.es>

¹¹ (Nota: este artículo se corresponde con la Ley Ordenadora de la ITSS aplicable al año en el que tuvieron lugar los hechos controvertidos. En la actualidad, la ley aplicable para la ITSS es la 23/2015 Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En concreto, en su artículo 13 se reconoce el derecho de la ITSS a acudir al centro de trabajo sin previo aviso).

- ❖ En materia de Relaciones Laborales:
 - Infracción grave del artículo 7.5 de la LISOS porque el trabajador no disfruta de los descansos que deberían serle asignados.
 - Infracción muy grave del artículo 8.1 de la LISOS por la no remuneración de las horas extraordinarias.
 - En cuanto a las lesiones psicológicas que sufre D. Francisco motivadas por el trato vejatorio, amenazas y trabajo bajo coacción al que se ve sometido por actuación del empresario, y bajo prueba de informe médico, podemos constatar que nos encontramos ante una infracción muy grave del artículo 8.11 de la LISOS en materia de relaciones laborales en donde se califica como infracción muy grave a los actos del empresario que sean contrarios a la dignidad de los trabajadores.

Denuncia de oficio

Durante el proceso de revisión de los hechos denunciados que tiene lugar en el centro de trabajo, la ITSS descubre de oficio dos nuevas situaciones irregulares:

- ❖ En relación con un segundo trabajador, D. Alberto Pérez Domingo por no estar dado de alta en el oportuno régimen de la Seguridad Social: esta omisión del deber por parte del empresario de dar de alta a sus empleados en el régimen de la SS, constituye una infracción administrativa grave del artículo 22.2 de la LISOS.
- ❖ En materia de prevención de riesgos laborales, no se cumplen las condiciones de seguridad e higiene precisas para las obras: en este caso existe una infracción en materia de prevención de riesgos laborales tipificada en la LISOS en los preceptos 12.23, 12.24 y 12.17.

Requerimiento

Los inspectores de Trabajo y Seguridad Social, finalizada la actividad comprobatoria, podrán advertir y requerir al sujeto responsable, en vez de iniciar un procedimiento sancionador, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen, y siempre que no se deriven perjuicios directos a los trabajadores (Art. 7 de la Ley 42/1997 sobre las medidas derivadas de la actividad inspectora). En la misma línea, el art. 11.5 del RD 928/1998 dispone que *” El funcionario de la Inspección actuante podrá advertir o requerir, en vez de iniciar el procedimiento sancionador, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen y no se deriven perjuicios directos a los trabajadores. Tal advertencia o requerimiento se comunicará por escrito o mediante diligencia en el Libro de Visitas al sujeto responsable, señalando las irregularidades o deficiencias apreciadas con indicación del plazo para su subsanación bajo el correspondiente apercibimiento”*.

Debido a que de dicha advertencia o requerimiento se derivarían perjuicios para el trabajador, se abrirá procedimiento sancionador siguiendo las disposiciones del ya citado Real Decreto 928/1998, para la imposición de sanciones por infracciones de Orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

II.5.2 Procedimiento sancionador

II.5.2.a) Fases

1) Iniciación

El procedimiento sancionador se iniciará siempre de oficio por **acta de infracción** de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En el acta de infracción se propondrán para sanción los hechos constitutivos de infracción del orden social.

La ITSS levantará una acta de infracción por los hechos constitutivos de infracción en materia de relaciones laborales (no remuneración, no cotización de las horas extraordinarias de trabajo realizadas por D. Francisco y no consideración debida de la dignidad del trabajador), y otro acta de infracción en materia de prevención de riesgos laborales debido al incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene precisas para las obras¹².

El acta normalmente será levantado por el funcionario inspector de la ITSS que acudió al centro de trabajo para realizar las labores de comprobación de los hechos denunciados para calificar o no la existencia de sanción en el orden social.

*Requisitos del acta de infracción:*¹³

- Datos de identificación del sujeto infractor, en este caso de D. Fernando (tales como el nombre, apellidos, domicilio, dni y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social).
- Hechos comprobados para la comprobación de los hechos que fundamentan el acta y los criterios en que se fundamenta la sanción propuesta.
- Infracciones presuntamente cometidas y su calificación.
- La propuesta de sanción.
- Órgano competente para resolver y plazo para interponer alegaciones.
- Indicación del funcionario que levanta el acta de infracción y firma del mismo y, en su caso, visado del Inspector de Trabajo y Seguridad Social con su firma e indicación del que la efectúe.
- Fecha de la infracción.

¹² *En el caso de que en la misma actuación inspectora se estimasen varias presuntas infracciones, deberán acumularse en una sola acta las correspondientes a una misma materia, entendiéndose por tales las infracciones en materia de relación laboral, de prevención de riesgos laborales, de Seguridad Social, en materia de colocación y empleo, en materia de emigración, de movimientos migratorios y de trabajo de extranjeros, y las motivadas por obstrucción. No procederá la acumulación en los casos de tramitación simultánea de actas de infracción y liquidación por los mismos hechos, cuando concurren supuestos de responsabilidad solidaria o subsidiaria, o en las infracciones relacionadas causalmente con un accidente de trabajo o enfermedad profesional. En todo caso, la acumulación de infracciones respetará la distribución de competencias entre la Administración General del Estado y la de la Comunidad Autónoma respectiva. (Art.16 RD 928/1998)*

¹³ Artículo 14 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social

En virtud del artículo 15 del RD 928/1998 los hechos contenidos en el acta gozan de presunción de certeza, *“las actas extendidas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tienen naturaleza de documentos públicos. Las actas formalizadas con arreglo a los requisitos establecidos en el artículo anterior estarán dotadas de presunción de certeza de los hechos y circunstancias reflejados en la misma que hayan sido constatados por el funcionario actuante, salvo prueba en contrario, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta.2 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”*. En la misma línea, la Disposición Adicional 4ª Ley 42/1997 en su pár.2º establece que *“los hechos constatados por los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se formalicen en las actas de infracción y de liquidación observando los requisitos legales pertinentes tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses pueden aportar los interesados”*.

2) Alegaciones

Una vez ha sido levantada el acta de infracción, se realizarán tres pasos:

- ❖ **Notificación:** En primer lugar, el acta deberá ser notificado al presunto responsable en el plazo de diez días contados a partir de la fecha del acta.
- ❖ **Instrucción:** A partir del día siguiente a la notificación, comienza la instrucción del procedimiento. El órgano competente de la instrucción será el Jefe de la Unidad Especializada de Seguridad Social. Éste órgano realizará los trámites de la instrucción relativos a determinar si hay alegaciones de los presuntos responsables y determinar si los hechos ocurridos se corresponden con los mencionados en el acta.
- ❖ **Si existen alegaciones:** El responsable tendrá la posibilidad de formular las alegaciones que considere pertinentes en el plazo de quince días.
La autoridad competente para resolver el expediente dará audiencia al interesado en el plazo de ocho días con vista a lo actuado, siempre que se aleguen hechos distintos a los incorporados en el acta. En este caso, podrá formular nuevas alegaciones en el plazo de otros tres días, a cuyo término quedará visto para resolución.

3) Resolución

Una vez concluida la fase de instrucción, el Jefe de la Unidad Especializada de Seguridad Social enviará el expediente al órgano competente para resolver. Este órgano no será siempre el mismo, lo determina el art. 4.5 del RD 928/1998 en función de a quién corresponde la competencia por la materia del acta de infracción. Este órgano competente dictará la resolución que proceda en el plazo de 10 días desde el momento de finalización de la tramitación del expediente. Se realizará la confirmación, modificación o se dejará sin efecto la propuesta del acta. En caso de dejarse sin efecto el acta, se ordenará el archivo del expediente.

La ITSS propone la sanción, pero el órgano para resolver es distinto. El art. 48.1 de la LISOS afirma que *“el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las infracciones del orden social en el ámbito de la Administración General del Estado corresponderá al órgano competente, según lo que reglamentariamente se disponga”*

El art.48.2 de la LISOS dispone que, “*el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las infracciones del orden social, cuando corresponda a la Administración de las Comunidades Autónomas con competencia en materia de ejecución de la legislación del orden social, se ejercerá por los órganos y con los límites de distribución que determine cada Comunidad Autónoma*”.

La autoridad laboral competente para la resolución del expediente lo dispone el Decreto 70/2008, de 27 de marzo, sobre distribución de competencias entre los órganos de la Administración autonómica gallega para la imposición de sanciones en las materias laborales, de prevención de riesgos y por obstrucción de la labor inspectora. En concreto, su art.2.1 establece que la competencia para sancionar infracciones en materia laboral corresponderá a:

- a) A las personas titulares de las delegaciones provinciales de la Consellería de Trabajo, hasta 12.500 euros.
- b) A la persona titular de la Dirección General de Relaciones Laborales, hasta 62.500 euros.
- c) A la persona titular de la Consellería de Trabajo, hasta 125.000 euros.
- d) Al Consello de la Xunta de Galicia, a propuesta de la persona titular de la Consellería de Trabajo, hasta 187.515 euros

¿Qué ocurre si no existe resolución en el plazo de seis meses desde la fecha del acta?

En este caso, se iniciará el cómputo del plazo de treinta días establecido en el artículo 43.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Transcurrido el plazo de caducidad, el órgano competente emitirá, a solicitud del interesado, certificación en la que conste que ha caducado el procedimiento y se ha procedido al archivo de actuaciones¹⁴. Cuando el principio de publicidad así lo exija, la resolución será publicada en el Tablón de edictos de la ITSS.

Precisiones sobre el Acta de Infracción en relación con la infracción en materia de Prevención de Riesgos Laborales:

- En materia de PRL, el art.4.3 de la LISOS establece el periodo de prescripción de las infracciones en este ámbito; 1 año para las infracciones leves, 3 años para las graves y 5 para las muy graves. El plazo se contará desde la fecha de comisión de la infracción.
- El art.43 de la ley 31/1995 de PRL, señala que, tras la actividad investigadora de la ITSS, el inspector requerirá al empresario para la subsanación de las deficiencias observadas, excepto que se deba proceder a la paralización de la actividad laboral prevista en el art.44 de la citada Ley si del incumplimiento se derivase un riesgo grave e inminente (*Art. 4.4 LPRL: Se entenderá como «riesgo laboral grave e inminente» aquel que resulte probable racionalmente que se*

¹⁴ Art. 20 RD 928/1998

materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores).

Si se incumple dicho requerimiento, se levantará acta de infracción.

- En el caso de exposición a agentes susceptibles de causar daños graves a la salud de los trabajadores, se considerará que existe un riesgo grave e inminente cuando sea probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato una exposición a dichos agentes de la que puedan derivarse daños graves para la salud, aun cuando éstos no se manifiesten de forma inmediata.
- En materia de prevención de riesgos laborales la competencia para sancionar corresponderá a:
 - a) A las personas titulares de las delegaciones provinciales de la Consellería de Trabajo, hasta 40.985 euros.
 - b) A la persona titular de la Dirección General de Relaciones Laborales, hasta 123.000 euros.
 - c) A la persona titular de la Consellería de Trabajo, hasta 409.900 euros.
 - d) Al Consello de la Xunta de Galicia, a propuesta de la persona titular de la Consellería de Trabajo, hasta 819.780 euros.

(Art.2.2 Decreto 70/2008 de 27 de marzo)

II.5.2.b) Acta de infracción – Acta de liquidación: simultaneidad en la tramitación de expedientes

Tras el proceso de investigación que realiza la ITSS podemos corroborar también la existencia de infracciones en materia de Seguridad Social (no alta en la Seguridad Social del trabajador D. Alberto y no cotización de las horas extras del trabajador D. Francisco) por la que se deberá de levantar acta de liquidación.

En cuanto a la situación del trabajador D. Alberto, que no está dado de alta en el oportuno Régimen de la SS, el inspector deberá levantar acta de infracción por la falta de alta en la Seguridad Social junto y acta de liquidación por las cuantías dejadas de ingresar desde que comienza a trabajar. Así lo ordena el Reglamento en su artículo 31 al ordenar que *“procederá la extensión de actas de liquidación en las deudas por cuotas originadas por la falta de afiliación o de alta de trabajadores en cualquiera de los Regímenes de la Seguridad Social”*.

Cuando tales infracciones se refieran a los mismos hechos, las actas de infracción y liquidación de cuotas habrán de practicarse de forma simultánea.

Requisitos del acta de liquidación¹⁵:

- Determinación del Régimen de Seguridad Social de aplicación.
- Nombre y apellidos o razón social, domicilio, actividad, documento nacional de identidad o número de identificación fiscal, el código de cuenta de cotización en la

¹⁵ Art. 32 RD 928/1998

Seguridad Social y, en su caso, número de identificación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, del sujeto o sujetos responsables.

- Los hechos comprobados por el funcionario actuante como motivadores de la liquidación.
- Los datos que hayan servido de base para calcular el débito: período de descubierto, relación nominal y grupo de cotización de los trabajadores afectados o, en su caso, relaciones contenidas en las declaraciones oficiales formuladas por el presunto responsable, referencia suficientemente identificadora al contenido de tales declaraciones, o relaciones nominales y de datos facilitadas y suscritas por el sujeto responsable; bases y tipos de cotización aplicados; y cuantos otros datos pueda el funcionario actuante obtener o deducir a los fines indicados.
- El importe principal del débito, el recargo de mora que proceda y el total de ambos.
- Indicación de si, por los mismos hechos, se practica o no acta de infracción.
- Indicación del funcionario que extiende el acta de liquidación con su firma y, en su caso, firma del inspector que la conforme con su visado.
- Indicación expresa de la posibilidad de alegaciones ante el correspondiente Jefe de la Unidad de la Inspección especializada en Seguridad Social, a las que se podrán acompañar las pruebas de que se disponga.
- Fecha del acta de liquidación.

En cuanto a la instrucción de ambas actas, su simultaneidad deberá respetar los requisitos establecidos para ello en el artículo 34 del Reglamento:

1. Cuando se practiquen acta de infracción y acta de liquidación de cuotas por los mismos hechos, se procederá de la forma siguiente:

a) Las actas de infracción y liquidación por los mismos hechos tendrán los requisitos formales exigidos para las mismas en el presente Reglamento. El acta de infracción podrá remitirse en cuanto a relato de hechos y demás circunstancias fácticas al contenido del acta de liquidación y sus anexos, haciéndolo constar expresamente.

b) Ambas actas se practicarán con la misma fecha y se notificarán simultáneamente.

c) En las actas de infracción a que se refiere este artículo, sólo cabrá la acumulación de infracciones que se refieran a hechos con efecto liquidatorio en la correspondiente acta de liquidación.

d) El procedimiento aplicable a ambas será conjunto, y responderá al establecido para las actas de liquidación. La resolución será única para ambas actas, y corresponderá al Jefe de la Unidad especializada de Seguridad Social de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social salvo en el supuesto previsto en el artículo 18.2 de este Reglamento.

2. Si el sujeto infractor diese su conformidad a la liquidación practicada, ingresando su importe en el plazo establecido en el artículo 31.4 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y, en su caso, en el señalado en el artículo 33.1, párrafo tercero, de este Reglamento, las sanciones por

infracción por los mismos hechos se reducirán automáticamente al 50 por 100 de su cuantía.

Las resoluciones que recaigan se comunicarán a la Tesorería General de la Seguridad Social, al funcionario de la Inspección que haya practicado el acta, y se notificará en forma a los interesados.

Contra la resolución cabe recurso de alzada ante el órgano superior jerárquico de dicha Dirección Provincial.

En relación con la falta de cotización de las horas extraordinarias trabajadas por D. Francisco, la ITSS realizará una propuesta de liquidación. Esta propuesta se comunicará a la TGSS, la cual formalizará las correspondientes reclamaciones de deudas. Esta propuesta de liquidación se realizará de forma simultánea con el acta de infracción, por lo que la TGSS comunicará al Jefe de la Inspección Provincial de A Coruña a formalización de la reclamación de deuda para coordinar la tramitación de ambos expedientes y, en su caso, de los sancionadores que concurrieren por los mismos hechos que motiven la propuesta de liquidación. (Art. 30 RD 928/1998).

II.6 Acciones laborales que puede ejercitar el trabajador despedido

II.6.1 Introducción: el despido

El punto de conflicto sobre el que versa este supuesto gira en torno al despido del trabajador D. Francisco. Por ello, es pertinente calificar ante qué tipo de despido nos encontramos y los efectos que de tal situación se derivan.

El despido es una de las causas legales de extinción del contrato de trabajo enumerada por el artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores. Se trata de una decisión unilateralmente adoptada por el empresario, fundamentada en distintas causas.

En virtud del origen de dichas causas, el despido podrá ser: disciplinario o por causas objetivas.

Despido disciplinario

Tal y como se desprende del art. 54.1 ET, el despido disciplinario es una decisión del empresario basada en un previo incumplimiento grave y culpable del trabajador.

El art. 54.2 ET enumera las causas que se consideran “incumplimientos contractuales”. Por tanto, el despido disciplinario deberá tener encaje en alguna de las causas de dicho artículo.

Otras características del despido disciplinario podemos encontrarlas dentro de las formalidades que éste requiere tales como, el plazo de prescripción de las faltas de los trabajadores, la carta de despido o su notificación.

Despido por causas objetivas

Se diferencia del despido disciplinario en que en este caso no existe incumplimiento contractual. Las causas objetivas que permiten proceder al despido no se fundamentan en comportamientos inadmisibles del trabajador sino en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o por ineptitud del trabajador en el desempeño de sus laborales (art.52 ET).

Tanto en el caso del despido disciplinario como en el caso del despido por causas objetivas, la calificación legalmente posible en ambos tipos de despido radicará en su procedencia, improcedencia o nulidad.

- ❖ **Procedente:** el despido se considera procedente cuando queda acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en la carta de despido (art. 54.1 ET). El despido procedente convalida la extinción del contrato de trabajo producida con el despido y no da derecho a indemnización alguna ni a salarios de tramitación, excepto en el caso del despido por causas objetivas, en cuyo caso el trabajador tiene derecho a la indemnización prevista en el art.53.1 ET.
- ❖ **Improcedente:** en cuanto a su improcedencia, podemos considerar que el despido disciplinario es improcedente cuando el incumplimiento alegado por el empresario en la carta de despido no es acreditado, tal y como exige para su procedencia el art. 55.4 ET.
- ❖ **Nulo:** existen tres supuestos en cuando a la nulidad del despido disciplinario:
 - El que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la CE.
 - El que se produzca por violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.
 - En los supuestos de ejercicio de los derechos de conciliación con la vida familiar a los que se refieren los artículos 55.5 pár.2º ET y 108.2 pár.2º LJS (en lo referente al periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, periodo de lactancia, víctimas de violencia de género).

II.6.2 Acciones laborales que puede ejercitar el trabajador despido

Art.59.3 del ET “*el ejercicio de la acción contra el despido o resolución de contratos temporales caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido. Los días serán hábiles y el plazo de caducidad a todos los efectos*”.

La acción de despido se puede ejercitar tanto contra la decisión extintiva del contrato de trabajo formalmente comunicada al trabajador por el empresario (disciplinario o por causas objetivas), como contra cualquier otro acto del empresario que suponga la efectiva extinción de la relación laboral, como puede ser la comunicación verbal del despido, la indebida finalización de un contrato temporal, la baja en la Seguridad Social del trabajador realizada por el empresario, el cierre o desaparición de la empresa, una jubilación forzosa que se considere indebida, etc.

En este caso D. Francisco ejercerá la acción contra el despido por extinción del contrato de trabajo ejecutada por el empresario, D. Fernando, el cual llevó a cabo tal extinción del contrato tras serle comunicada la denuncia interpuesta por el trabajador ante la ITSS en la que se alegan presuntas infracciones administrativas en materia laboral y de Seguridad Social cometidas por el empresario.

II.6.2.a) Procedimiento disciplinario

1) Iniciación

La acción que podrá realizar D. Francisco contra el despido, se ejercita mediante la interposición de la oportuna demanda ante el Juzgado de lo Social de A Coruña. El ejercicio de esta acción da lugar a un procedimiento judicial especial y urgente regulado en los artículos 103 a 113 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la

jurisdicción social (LRJS) para el que resulta de aplicación supletoria, en lo no previsto, el proceso ordinario.

Según ha establecido la jurisprudencia, este procedimiento especial previsto para el despido disciplinario es el que debe seguirse cualquiera que sea la modalidad de despido adoptada por el empresario o cualquiera que sea el acto que el trabajador considera que ha puesto fin a la relación laboral y contra el que tiene que accionar por despido.

En el caso de la acción de despido que asiste al trabajador frente a la decisión del empresario que ha extinguido la relación laboral, los artículos 59.3 del Estatuto de los Trabajadores y 103 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, establecen que el plazo para interponerla es de 20 días hábiles y que se trata de un plazo de caducidad.

Este plazo para ejercitar la acción de despido comienza a contarse a partir del día siguiente a aquel en que el trabajador recibe la carta de despido o, si no la hay o ésta aplaza sus efectos, a partir del día siguiente al que se produce el cese efectivo en el trabajo.

2) Conciliación

Para poder interponer la demanda por despido, es decir, para ejercitar la acción de despido, es preceptivo acreditar que se ha intentado realizar una conciliación previa ante el servicio administrativo competente.

La conciliación previa se solicita mediante un escrito conocido como "papeleta", en el que se identifica a la persona frente a la que se presenta y el objeto de la misma que, en este caso, será la decisión del despido.

Esta "papeleta de conciliación", la debe presentar el demandante (D. Francisco) ante el servicio administrativo correspondiente de mediación, arbitraje y conciliación (SMAC). La presentación de este escrito suspenderá el plazo de caducidad.

La asistencia al acto de conciliación es obligatoria para ambas partes, de forma que si el trabajador solicitante no comparece, se tendrá por no presentada la papeleta y si el que no lo hace es el empresario, la conciliación se tiene por intentada sin efecto (pudiendo interponerse la demanda) y el Juez puede llegar a imponerle una multa en la sentencia si aprecia temeridad o mala fe en esa incomparecencia.

Si las partes llegan a un acuerdo en conciliación, éste tiene fuerza ejecutiva, de forma tal que, en caso de incumplimiento de lo acordado, puede llevarse a efecto por el trámite de ejecución de las sentencias, es decir, solicitando directamente al juzgado competente que ordene el cumplimiento de aquel acuerdo como si de una sentencia propia se tratase.

Si las partes no llegan a un acuerdo en la conciliación, el acto se tiene por celebrado sin avenencia y queda abierta la posibilidad de interponer la demanda.

3) Presentación de la demanda

Como ya sabemos, el procedimiento se inicia con la interposición de la demanda ante el Juzgado de lo Social de A Coruña.

La demanda deberá cumplir una serie de requisitos en cuanto a su contenido enumerados en el artículo 104 de la LRJS en relación con:

- ❖ Antigüedad del trabajador.
- ❖ Fecha, forma, alegaciones y comunicación del despido.

- ❖ Ostentación del trabajador de la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores.
- ❖ Afiliación del trabajador a algún sindicato.

El control del cumplimiento de estos requisitos lo realizará el Secretario Judicial. El secretario judicial, dentro de los tres días siguientes a la recepción de la demanda, dará cuenta al juez o tribunal, si entendiera que concurren los supuestos de falta de jurisdicción o competencia. A sensu contrario, admitirá a trámite la demanda y señalará el día y hora en que tendrá lugar los actos de conciliación y del juicio. (Arts. 81 y 82 LRJS).

A continuación, se abren tres vías:

- a) El demandante podrá desistir unilateralmente, en virtud de lo dispuesto en el art.19 de la LEC.
- b) Celebración del acto de conciliación ante el Secretario Judicial. (Art. 84 LRJS)
- c) Suspensión del acto de conciliación: el art. 83.1 de la LRJS dispone que *“sólo a petición de ambas partes o por motivos justificados, acreditados ante el secretario judicial, podrá éste suspender, por una sola vez, los actos de conciliación y juicio, señalándose nuevamente dentro de los diez días siguientes a la fecha de la suspensión. Excepcionalmente y por circunstancias trascendentes adecuadamente probadas, podrá acordarse una segunda suspensión”*.

4) Conciliación

De la celebración del acto de conciliación se derivan tres posibles circunstancias:

- a) **Acuerdo:** la conciliación alcanzada ante el secretario judicial y los acuerdos logrados entre las partes aprobados por aquél tendrán, a todos los efectos legales, la consideración de conciliación judicial. (Art. 84.1 LRJS).
- b) **No aprobación del acuerdo:** si el secretario judicial estimare que lo convenido es constitutivo de lesión grave para alguna de las partes o para terceros, de fraude de ley o de abuso de derecho o contrario al interés público, no aprobará el acuerdo, advirtiéndolo a las partes que deben comparecer a presencia judicial para la celebración del acto del juicio. (Art. 84.2 LRJS).
- c) **Sin avenencia**

Si se da la circunstancia del supuesto b) o c), en ambos casos se procederá a la celebración del juicio.

5) Celebración del juicio

Ante la celebración del juicio se abren tres nuevas vías: posibilidad de allanamiento por parte del demandando siguiendo lo operado en el art.20 de la LEC, posibilidad de suspensión por apertura de un nuevo proceso conciliatorio ante el SJ, si no hubiese avenencia en la conciliación se procederá a la celebración del juicio y se dará cuenta de lo actuado.

Entendiendo que se procede a la celebración del juicio, se seguirá el siguiente iter dentro del procedimiento disciplinario:

- a) Ratificación de la demanda por parte del demandante.

- b) El demandado tiene la primera pretensión para exponer sus posiciones. Asimismo, le corresponderá la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo¹⁶.
- c) Se dará traslado al demandante para contestación.
- d) Proposición de la prueba: interviene en primer lugar el demandado
- e) Admisión e inadmisión de pruebas siguiente las normas de procedimiento ordinario establecidas en el art. 87 LRJS.
- f) Práctica de la prueba: interviniendo primero el demandado. Tras la práctica de la prueba el art. 84.5 establece que, salvo oposición de las partes, el juez o tribunal podrá suscitar la posibilidad de llegar a un acuerdo y en caso de no alcanzarse en ese momento, se continuará con la celebración del juicio.
- g) Practicada la prueba, las partes formularán oralmente alegaciones (la primera intervención será la del demandado).
- h) Diligencias finales: a tenor de lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley, terminado el juicio, dentro del plazo para dictar sentencia, el juez o tribunal podrá acordar la práctica de cuantas pruebas estime necesarias, como diligencias finales, con intervención de las partes y en la forma establecida para las pruebas de su clase.

6) Sentencia

La sentencia deberá pronunciarse sobre:

- a) Hechos probados: en los que deberán costar las circunstancias a que se refiere el art. 107 de la Ley.
- b) La calificación del despido: como ya sabemos, el despido podrá ser calificado como procedente, improcedente o nulo.
- c) Efectos del despido en cuanto a su calificación:
 - Si el juez o tribunal declara en la sentencia que el despido es **procedente**: se declarará la convalidación de la extinción del contrato, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación. (Art. 109 LRJS).
 - Si el juez o tribunal declara en la sentencia que el despido es **improcedente**: se condenará al empresario a la readmisión del trabajador con abono de los salarios de tramitación o a abonar indemnización conforme a lo establecido en el art. 56 ET con las peculiaridades previstas en el art. 110 de la LRJS.
 - Si el juez o tribunal declara en la sentencia que el despido es **nulo**: se condenará al empresario a la readmisión inmediata del trabajador con pago de los salarios dejados de percibir. La sentencia será ejecutada de forma provisional en los términos establecidos por el artículo 297, tanto si fuera recurrida por el empresario como si lo fuera por el trabajador¹⁷. (Art. 111 LRJS).

¹⁶ Artículo 105.1 de la Ley Reguladora de La Jurisdicción Social

¹⁷ Art. 297 LRJS “1. Cuando en los procesos donde se ejerciten acciones derivadas de despido o de decisión extintiva de la relación de trabajo la sentencia declare su improcedencia y el empresario que hubiera optado por la readmisión interpusiera alguno de los recursos autorizados por la Ley, éste vendrá obligado, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al recurrido la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad a producirse aquellos hechos y continuará el trabajador prestando servicios,

II.6.2.b) Nulidad del despido: garantía de indemnidad

Como ya sabemos, el despido podrá ser calificado como nulo cuando: a) tiene como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución o en la Ley; b) se produce con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas; c) se produce durante alguna de las situaciones suspensión del contrato de trabajo o de reducción de la jornada laboral por embarazo, maternidad, paternidad, adopción, lactancia, violencia de género, etc. a las que se refiere el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, y d) cuando se produce durante el periodo desde la reintegración tras la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad hasta transcurridos 9 meses desde el nacimiento, la adopción o el acogimiento.

Pues bien, existen una circunstancia distinta a las ya mencionada por la que el despido puede ser calificado como nulo. Esta es la relativa a la **garantía de indemnidad**.

La garantía de indemnidad se traduce en que nadie puede en ningún momento resultar perjudicado por el hecho de haber reclamado en juicio lo que considera su derecho. Según el art. 4.2.g) del Estatuto de los Trabajadores los trabajadores tienen derecho "*al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo*", por su parte el art. 5.c) del Convenio núm. 158 de la OIT excluye como causa válida para la extinción del contrato de trabajo "*el haber planteado queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleado por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante la autoridades administrativas competentes*".

Por la garantía de indemnidad se protege al trabajador que ha ejercitado los derechos laborales (ejercicio de acciones judiciales, derecho de huelga o reclamaciones de cualquier otro tipo) mediante la declaración de nulidad de las sanciones (incluida la de despido) que la empresa pueda imponer a dicho trabajador como represalia por el ejercicio de tales derechos. Ha sido así definido el Tribunal Constitucional, en la STC 76/2010, de 19 de octubre de 2010 que dice: "*como ha señalado en numerosas ocasiones este Tribunal en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, la garantía de indemnidad en el campo de las relaciones laborales se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (SSTC 14/1993, de 18 de enero, FJ 2, y 38/2005, de 28 de febrero, FJ 3, entre otras muchas), de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haberse ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido -o, también actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de la acción judicial (SSTC 16/2006, de 19 de enero, FJ 5; 120/2006 de 24 de abril, FJ 2; y 138/2006, de 8 de mayo, FJ 5, entre las últimas) o actuaciones tendentes a la evitación del proceso (STC 55/2004, de 19 de abril, FJ 3)-, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente **nula** por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [art. 24.1 CE y art. 4.2 g) del Estatuto de los trabajadores]*".

a menos que el empresario prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna. [...] 2. La misma obligación tendrá el empresario si la sentencia hubiera declarado la nulidad del despido o de la decisión extintiva de la relación de trabajo."

Del análisis de la jurisprudencia nos encontramos además que, entre el ejercicio previo del derecho fundamental a la tutela por parte del trabajador y la reacción empresarial debe haber una conexión temporal. Evidentemente no es lo mismo que el trabajador haya recurrido a su tutela judicial y en la semana siguiente se le despida, a que por el contrario, se le despida a los 8 años de haber efectuado dicha reclamación. En estos casos, la jurisprudencia analiza caso por caso sin precisar un marco temporal “idóneo”.

Por todo ello, entendemos que el despido de D. Francisco deberá ser calificado en la sentencia del procedimiento disciplinario como un despido nulo.

La aplicación de la figura de la garantía de indemnidad al caso que nos compete es del todo oportuna, ya que entendemos que el despido que el empresario, D. Fernando, notifica al trabajador, D. Francisco, se realiza como represalia por las acciones laborales iniciadas por el trabajador ante la ITSS. Recordemos que el traslado del despido se realiza por parte del empresario al día siguiente al que tiene conocimiento de la denuncia que D. Francisco ha interpuesto ante la ITSS por la existencia de hechos presuntamente constitutivos de infracción en materia de relaciones laborales y Seguridad Social. Por tanto, se cumple con creces la conexión temporal entre ejercicio del derecho fundamental a la tutela por parte de D. Francisco y la reacción de D. Fernando.

II.7 Defensa del empresario ante una eventual sanción administrativo-laboral

II.7.1 Introducción: defensa previa al procedimiento sancionador

Como ya sabemos, D. Fernando tiene la posibilidad de presentar alegaciones en el plazo de 15 días hábiles siguientes a la notificación ante el órgano instructor del procedimiento.

La autoridad competente para resolver el expediente dará audiencia al interesado en el plazo de ocho días con vista a lo actuado, siempre que se aleguen hechos distintos a los incorporados en el acta. En este caso, podrá formular nuevas alegaciones en el plazo de otros tres días, a cuyo término quedará visto para resolución.

El empresario podrá alegar también en cualquier momento defectos de forma en la tramitación, tales como plazos o los relativos a la paralización de la actividad de su centro.

II.7.2 Recurso de alzada

Una vez notificada la resolución a D. Fernando, se le informará a cerca de los recursos que puede ejercitar, así como el órgano administrativo o judicial competente que conocerá del asunto y el plazo¹⁸.

En este caso se podrá interponer recurso de alzada en el plazo de un mes ante el órgano superior competente por razón de la materia y se regirá por las disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El recurso de alzada pondrá fin a la vía administrativa (art.109.a) ley 30/92).

¹⁸ Art. 21 RD 928/1998

Si no se llega a interponer este recurso en el plazo indicado, la resolución administrativa será firme, y en caso de que se presente fuera de plazo será desestimado por presentación extemporánea, y quedará así cerrada la posibilidad de acceso a la vía judicial.

El plazo del que dispone la Administración para resolver es de 3 meses desde la interposición del recurso. Una vez transcurridos sin resolución al respecto, se entenderá desestimado el recurso por silencio negativo, en atención al art.43.1.2º de la Ley 30/1992 *“asimismo, el silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones”*.

La resolución del recurso de alzada, pondrá fin a la vía administrativa y da comienzo a la vía judicial. El único recurso posible a continuación sería el contencioso- administrativo ante los tribunales.

El empresario puede decidir agotar su última vía, la judicial. En este caso podrá solicitar la suspensión de la ejecución de la sanción al Juzgado (art.111.4 Ley 30/1992).

II.7.3 Demanda ante la jurisdicción social

La desestimación del recurso de alzada pone fin a la vía administrativa.

La Disposición Transitoria 4ª de la Ley 36/2011 atribuye a la jurisdicción social el conocimiento de los procesos de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de seguridad social.

A tenor de lo dispuesto en el art.69.2 de la LRJS, la demanda deberá interponerse en el plazo de dos meses ante el juzgado o sala competente. En la misma línea, es importante citar la STSJ Aragón 109/2013, de 6 de marzo, que en su F.J.2 dispone que *“el art. 2.n) de la LRJS establece que el orden social es competente para conocer de la impugnación de las resoluciones administrativas de la autoridad laboral recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y sindical. Y la disposición transitoria cuarta de dicha ley atribuye al orden social el conocimiento de los procesos de impugnación de los actos administrativos en estas materias dictados a partir de la vigencia de la LRJS, atribuyendo al orden contencioso-administrativo la impugnación de los actos administrativos dictados con anterioridad a la vigencia de esta ley”*.

El agotamiento la vía administrativa deberá acreditarse junto con la demanda siguiendo la forma establecida en el art.69 de la LRJS (151.2 LRJS). Por tanto, como regla general, para que un acto administrativo sea impugnado jurisdiccionalmente es imprescindible que ponga fin a la vía administrativa: la parte tiene la carga de interponer primero los recursos administrativos preceptivos y, solo cuando han sido resueltos, cabe acudir a la vía jurisdiccional (F.J.3 STSJ Aragón 109/2013).

En virtud del artículo 151.9 LRJS, la sentencia efectuará los pronunciamientos que correspondan según las pretensiones oportunamente formuladas por las partes: declaración de inadmisibilidad de la demanda, desestimación o estimación de aquella.

D. Fernando podrán solicitar, en cualquier estado del proceso, la suspensión del acto o resolución administrativos recurridos y en general cuantas medidas aseguren la

efectividad de la sentencia, cuando la ejecución del acto impugnado pudiera hacer perder su finalidad legítima a la demanda (Art.152 LRJS).

Contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social podrá interponerse recurso de suplicación según lo dispuesto en los artículo 190 y siguientes de la Ley 36/2011.

III) Conclusiones

Primera – El art. 59.3 del ET y la LRJS reconocen la acción contra el despido que puede ejercitar el trabajador D. Francisco González Martínez.

A través del procedimiento disciplinario regulado en los artículo 103 a 113 de la Ley 36/201, D. Francisco ejercerá la acción contra el despido interponiendo demanda ante el Juzgado de lo Social de A Coruña. En su sentencia el tribunal deberá pronunciarse acerca de la procedencia, improcedencia o nulidad del despido.

Entendemos que este despido deberá ser declarado nulo, por vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en la Constitución Española y por vulneración de la garantía de indemnidad recogida en nuestra jurisprudencia en cuanto al despido como represalia.

Segunda – La circunstancia de ausencia de alta del trabajador D. Alberto Pérez Domingo en el oportuno régimen de la Seguridad Social supondrá una infracción administrativa grave en materia de Seguridad Social tipificada en el artículo 22.2 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. El responsable de tal omisión de alta en la Seguridad Social será el empresario, D. Fernando Pérez Hernández, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2.2 de la LISOS y del art.100.1 de la LGSS. Dicha infracción conlleva aparejada la posible imposición de sanción tipificada en el art. 40.1.e) de la LISOS, cuya multa oscilará entre 3.126 – 10.000 euros.

Tercera – De la situación del trabajador D. Fernando, la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, previa denuncia del trabajador, acudirá al lugar del trabajo. En una primera fase realizará las labores de comprobación de los hechos denunciados. Tras la constatación de infracciones administrativas, y previo requerimiento al responsable, levantará acta de infracción por las infracciones cometidas en materia laboral. Éstas son las siguientes:

- Infracción muy grave del art.8.1 de la LISOS por no remuneración de las horas extraordinarias de trabajador efectivo realizadas por D. Francisco.
- Infracción muy grave del art.8.11 de la LISOS por incumplimiento de la consideración de la dignidad del trabajador.
- Infracción grave del art.7.5 de la LISOS por incumplimiento de los descansos que deberían serle asignados.

A continuación, se seguirán las fases del procedimiento sancionador regulado en el Real Decreto 928/1998, relativas a: iniciación, alegaciones y resolución

La falta de cotización de las horas extraordinarias realizadas por D. Francisco se encuentra tipificada en el artículo 22.3 de la LISOS como infracción grave en materia de Seguridad Social. En este caso, la ITSS realizará propuesta de liquidación siguiendo lo establecido en el artículo 30 del RD 928/1998.

Ante la ausencia de alta en la Seguridad Social de D. Alberto, la ITSS levantará acta de infracción por la falta de alta en la SS y simultáneamente se levantará acta de liquidación por las cuantías dejadas de ingresar siguiendo el procedimiento liquidatorio establecido en el Reglamento.

Cuarta – Tras el levantamiento de las actas de infracción y acta de liquidación correspondientes por parte de la ITSS, la Autoridad laboral competente aplicará la sanción correspondiente a cada una de las infracciones cometidas por el empresario. La cuantía de las sanciones se encuentra tipificada en los artículos 40.1. apartados b) c) d) y e) de la LISOS.

Aparte de la aplicación de las sanción correspondientes, de la actuación de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social se podrá derivar la paralización de las actividades de Construnova S.A. cuando suponga un riesgo grave e inminente para la salud de los trabajadores siguiendo las disposiciones de Ley 31/1995 de Prevención de riesgos laborales. Asimismo, por la falta de alta en la Seguridad Social de D. Alberto, el inspector podrá promover de oficio el procedimiento para llevar a cabo el alta del trabajador.

Quinta – Ante una eventual sanción administrativo-laboral, empresario puede defenderse en diferentes fases:

- En una fase previa al procedimiento sancionador, tiene la posibilidad de presentar alegaciones ante el órgano instructor.
- Posibilidad de interponer recurso de alzada ante infracciones administrativas en materia laboral y de Seguridad Social.
- Una vez agotada la vía administrativa, podrá interponer demanda ante la jurisdicción social.

Bibliografía

ARUFE VARELA, A/ CARRIL VÁZQUEZ, X-M/ MARTÍNEZ GIRÓN, J. *Derecho del Trabajo*, Segunda Edición, Netbiblo, 2006.

ARUFE VARELA, A/ CARRIL VÁZQUEZ, X-M/ MARTÍNEZ GIRÓN, J. *Derecho crítico del Trabajo*, Netbiblo, 2011.

GARCÍA PERROTE, E. *Manual del Derecho del Trabajo*, 4ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. en *Derecho del Trabajo. Relaciones Laborales en la empresa*. Ediciones Cinca, Colección Universidad, 2004.

Cotización al Régimen General de la Seguridad Social, Aula de la Seguridad Social, Área de profesores. Recuperado el 5 de mayo de 2016 de, <http://www.seg-social.es>

¿Cómo presentar una denuncia formal ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social?, Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Recuperado el 5 de mayo de 2016 de, <http://www.empleo.gob.es>

<http://www.bugalicia.org/recursos/westlaw/>

Normativa

- Constitución española de 1978.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.
- Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
- Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de las Sanciones por Infracciones de Orden Social y para los Expedientes Liquidatorios de Cuotas de la Seguridad Social.
- Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción.
- Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, 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.
- Decreto 70/2008, de 27 de marzo, sobre distribución de competencias entre los órganos de la Administración autonómica gallega para la imposición de sanciones en las materias laborales, de prevención de riesgos y por obstrucción de la labor inspectora.
- V Convenio del Sector de la Construcción