



Facultad de Derecho

TRABAJO FIN DE GRADO

Despido de un trabajador y actuación de la Inspección de Trabajo

Grado en Derecho

ALUMNO: Sabela Galdo Fernández

DIRECTOR: Pilar Álvarez Barbeito

CURSO ACADÉMICO: 2015-2016

UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Índice

1. ¿Qué acciones laborales puede ejercitar el trabajador despedido? ¿Cómo argumentaría dichas acciones?	3
2. ¿Qué responsabilidades para el empresario podrían derivarse de la situación del trabajador Don Alberto Pérez Domingo?	19
3. Reproduzca el iter procedimental respecto de la actuación de la Inspección de Trabajo en ambas situaciones.	22
4. Razone cuáles serían las consecuencias que procederían de la actuación de la Inspección de Trabajo.	38
5. Una vez planteada la situación, indique qué defensa podría actuar el empresario frente a una eventual sanción administrativo-laboral. Justifíquelo.	46
Bibliografía	53
Abreviaturas y Anexos.....	54

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

El contrato laboral que aquí se nos presenta está asentado en el sector de la construcción. Construnova S.A., se dedica a ello, y además a la rehabilitación y reformas de inmuebles localizados dentro de la Comunidad Autónoma de Galicia. Lo que hemos de analizar en primer lugar es el tipo de contrato ante el que nos encontramos. Un contrato de trabajo no deja de ser un negocio jurídico en el que median dos partes, y cuyos requisitos son los mismos que los exigidos para cualquier otro tipo de contrato que se recogen en el artículo 1261 CC: consentimiento, objeto cierto que sea materia del contrato, y causa de la obligación que se establezca.

Pues bien, siguiendo estos tres elementos y soslayándolos al ámbito del contrato laboral, podemos decir que el consentimiento será la manifestación por escrito de la voluntad de las partes de contratar, sin que medie engaño, o intimidación que vicien el mismo; el objeto será la prestación que cada parte se compromete a realizar y el mismo será lícito, posible y determinable; en tercer lugar la causa o razón que motiva el nacimiento del contrato, es decir, la prestación de unos servicios por el trabajador y la remuneración en forma de salario por el empresario.

La definición de contrato de trabajo también viene dada por el artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores¹, una de las normas que emplearemos para la resolución de este caso. Dicho artículo establece que el contrato se podrá celebrar por escrito o de palabra, y se presumirá que existe un contrato “entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución”. Es la exteriorización de la voluntad de las partes. Es reiterada jurisprudencia la que hace denominar a este contrato de trabajo como común u ordinario. Y es que de esta jurisprudencia se derivan tres características que han de concurrir a la vez: realizar un trabajo por el cual se percibirá un salario; cobrar por un tiempo indefinido; y trabajar a jornada completa. Si alguno de estos tres elementos desaparece, estaremos ante alguna de las modalidades atípicas².

El caso que aquí nos ocupa, es un contrato de trabajo de carácter indefinido que como indica el caso se firma por tiempo inconcluso. Para analizarlo, habremos de tener presente que nos encontramos en el ámbito de la construcción, y que por ello, además de analizar el mencionado Estatuto de los Trabajadores, tendremos que tener en cuenta los Convenios Colectivos aplicables.

En efecto, dentro de este sector serán de aplicación, por un lado, el Convenio Colectivo del Trabajo del Sector de Construcción y Obras Públicas de la provincia de la Coruña (pues el contrato ha sido firmado en dicha ciudad), y el V Convenio Colectivo del Sector de la Construcción (el convenio General).

¹ La última versión es la aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Se trata de la tercera edición, pues la primera se remonta al año 1980, y fue aprobada por la Ley 8/1980, de 10 de marzo, de desarrollo del mandato contenido en el artículo 35.2 de la Constitución Española: “la ley regulará un estatuto de los trabajadores”. Para el trabajo que presento, será de aplicación el 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 (ya que el contrato de trabajo se remonta a diciembre de 2013, año en el que se aplicaba dicho texto legal).

² ARUFE VARELA, A y MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *Derecho crítico del trabajo* 3ª ed., Universidad de A Coruña, A Coruña (2014), págs. 25-26.

Respecto de este tipo de normas serán aplicables automáticamente a todos los trabajadores y a todas las empresas encuadradas dentro de este sector. Así, el artículo 3 del convenio General, indica que las empresas adheridas a él (y por tanto al sectorial provincial art. 1º convenio provincia de la Coruña) serán las dedicadas a la construcción y obras públicas; a la conservación y mantenimiento de infraestructuras; canteras, areneras, graveras y ferrocarriles auxiliares de obras y puertos; y el comercio de la construcción mayoritario y exclusivista. Asimismo, el Anexo I del convenio General, relaciona y detalla (de manera no exhaustiva) las actividades que integran su campo de aplicación.

Los artículos 82 a 92 del Estatuto de los Trabajadores, ubicados en el Título III, llevan por rúbrica *De la negociación colectiva y de los convenios colectivos*. La eficacia normativa de los convenios la otorga el artículo 82 apartado 3, cuando dice que los convenios colectivos regulados por esta Ley “*obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia*”. El artículo 85.3 ET incluye un contenido mínimo que habrán de respetar los Convenios; y el 90.3 ET, establece la publicación obligatoria del respectivo convenio en el plazo de veinte días en el BOE, Boletín Oficial Provincial, o el Diario Oficial de la Provincia. Estos convenios tienen fuerza normativa y están protegidos por el artículo 37.1 de la Constitución, cuando afirma que la Ley garantizará “*la fuerza vinculante de los convenios*”.

La STC 58/1985³, afirma que la garantía constitucional de la fuerza vinculante implica la atribución a los convenios colectivos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo se impone a las relaciones individuales de trabajo, de manera automática, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales.

Después de estas notas clave, pasamos a analizar el contrato que firmaron don Francisco y don Fernando, su jefe y dueño de la sociedad Construnova S.A.

En primer lugar, habrá que determinar qué tipo de contrato concluyeron ambos, y si el mismo se ajusta a la normativa vigente y aplicable. El primer texto legal que consultaremos será el Convenio Provincial. En el caso dice que el contrato es de carácter indefinido. En efecto, tanto el artículo 31 de dicho Convenio, como el 23 del Convenio General, recogen esta modalidad de contrato, cuya característica fundamental es que la prestación laboral del trabajador en la empresa se concierta por tiempo indefinido.

Pues bien, a falta de más datos, debemos analizar también la otra modalidad de contrato fijo que se recoge en el artículo siguiente (artículo 32 Convenio Provincial) y que remite en bloque al Convenio General en su artículo 24. El artículo 15 ET⁴ acoge el contrato de obra o servicio determinado, contrato que el sector de la construcción puede adaptar, en virtud de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 32/2006, y a través de la negociación colectiva, es decir mediante los convenios colectivos con los que aquí vamos a trabajar. Dicha adaptación es la que se ha llevado a cabo mediante el V Convenio Colectivo de la Construcción.

³ Sentencia del Tribunal Constitucional 58/1985, de 30 de abril de 1985 (BOE núm. 134 de 05 de junio de 1985) (Buscador de Jurisprudencia Constitucional).

⁴ Con la modificación que se introdujo en el IV Convenio colectivo General a través de la Resolución de 12 de abril de 2011 (BOE del 29), partiendo de la habilitación legal de la disposición adicional primera de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, expresamente se excluye al contrato fijo de obra de la aplicación del artículo 15.1.a) y 5 del Estatuto de los Trabajadores, sobre duración máxima y encadenamiento de contratos temporales, respectivamente.

El artículo 24 recoge que este contrato se prevé para la realización de una sola obra, con independencia de su duración, y terminará cuando finalicen los trabajos que al trabajador le han sido encomendados y la realización de la obra concluya. La formalización se hará siempre por escrito, y deberá identificar la obra para la que se contrata y el servicio que el trabajador prestará. Este artículo implica en otro orden de las cosas, la inaplicación de los límites temporales del artículo 15.1.a ET. Así pues, el Convenio establece que el contrato se extinguirá cuando finalicen los trabajos para los que el trabajador fue requerido, lo que conlleva a la imposibilidad de aplicar los límites temporales del artículo mencionado del Estatuto de los Trabajadores. Esto quiere decir que lo dispuesto en el precepto en relación con: duración del contrato por obra o servicio no superior a tres años; ampliable hasta doce meses por convenio colectivo; y transcurridos estos plazos, el trabajador adquirirá la condición de fijo en la empresa; no será aplicable para el sector de la construcción en esta modalidad de contrato, pues éste finalizará cuando lo haga la obra, con independencia del tiempo que haya transcurrido, y ello no implicará que el trabajador adquiera la condición de trabajador indefinido.

El artículo 24 en su apartado 3 recoge que el personal fijo de obra podrá prestar servicios en diversas obras, lo que tampoco concuerda con el artículo 15.5 ET al decir que los trabajadores adquirirán la condición de fijos en la empresa cuando en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses; para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas; mediante dos o más contratos temporales; directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal; o con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada. Así pues, de acuerdo con el artículo 24, los trabajadores contratados como fijos de obra lo serán en virtud de una única relación contractual, de manera que si no se cita esta exclusión, tampoco sería de aplicación el apartado 5 del artículo 15 ET (pues sería necesario que el trabajador hubiera concertado dos o más contratos de trabajo temporales, aunque fueren en distintas obras). El artículo 24 acoge la posibilidad de que el trabajador pueda ocupar diferentes puestos de trabajo, y así surge el debate acerca de qué debe entenderse por puesto de trabajo.

En relación con esto, artículo 22 del Convenio establece que el puesto de trabajo vendrá determinado *“por las tareas o funciones que desempeñe el trabajador, la categoría profesional que le corresponda dentro de la clasificación vigente y por el centro de trabajo donde se desempeñe la actividad, de manera que cualquier modificación en alguno de los factores anteriores constituye un cambio de puesto de trabajo”*. Por ende, se recogen aquí dos criterios interpretativos, en primer lugar uno de naturaleza funcional donde se identifica el puesto de trabajo con las funciones asignadas al trabajador y que le son exigibles con lo firmado en el contrato, y otra en la que puesto de trabajo equivale a lugar de trabajo.

En fin, si de acuerdo con el artículo 24.4 un cambio o una sucesión por diversos puestos de trabajo, no implican diversos contratos, sino que se formaliza en un único contrato, teniendo en cuenta la definición dada por el artículo 22, implica que el cambio de centro de trabajo conlleve cambiar de puesto de trabajo, de manera que el trabajador cuando finalice su contrato, habrá ocupado tantos puestos de trabajo como obras haya realizado con la empresa. Esto es contrario a lo dispuesto en el artículo 15.5 ET, y así lo recoge el propio artículo 24.4, puesto que el contrato fijo de obra es de tracto único, y así lo será aunque el trabajador realice las prestaciones objeto del mismo en diversos lugares de trabajo. Los trabajadores sujetos a esta modalidad de contratación no adquirirán la condición de indefinidos, porque como hemos reiterado, una vez finalizado el cometido para el que han sido contratados, finaliza la relación contractual.

Por todo lo expuesto, concluimos que se ha concertado un contrato de carácter indefinido en alguna de las dos modalidades recogidas, con las consecuencias que de ambas situaciones se derivan, y ambas válidas y previstas en los cuerpos legales examinados.

En segundo lugar vamos a estudiar la jornada laboral⁵, la pactada en el contrato y la que en realidad se le exigía al trabajador. Por jornada de trabajo entendemos el tiempo que el trabajador dedica a cumplir su contrato de trabajo. Actualmente, el concepto se ha difuminado hacia la idea de contemplarla como el trabajo prestado durante un cierto tiempo, y con el que el trabajador ocupa su jornada laboral. Ésta se encuentra regulada con carácter general, en los artículos 34-37 ET. Además, el artículo 40.2 CE garantizará el descanso mediante la limitación de la jornada y las vacaciones periódicas retribuidas. El artículo 34.1 ET fija para la semana la duración máxima de la jornada en cuarenta horas. Este artículo establece las limitaciones cuantitativas como son: que en ningún caso pueden realizarse más de nueve horas diarias ordinarias de trabajo efectivo; y que la jornada anual no puede sobrepasar los límites máximos de las horas fijadas semanalmente, es decir, los que resultan de multiplicar la jornada semanal por las semanas laborables del año. El mismo artículo en su apartado segundo, establece que por convenio colectivo, o por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se pueda fijar una distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10% de la jornada de trabajo. Dicha distribución deberá respetar los periodos mínimos de descanso diario y semanal. El trabajador deberá conocer con cinco días de antelación el día y la hora de prestación resultante de esta ampliación.

Recapitulando, tenemos que hablar de tres jornadas diferentes: diaria, semanal y anual. Las tres son delimitadas por el legislador en lo que horas máximas han de comprender (en la jornada diaria el número de horas ordinarias de trabajo no podrá ser superior a nueve -teniendo en cuenta lo que recoge el artículo 34.3 párrafo primero, y es que entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán mínimo doce horas; la jornada semanal tendrá una duración máxima ordinaria de trabajo de cuarenta horas; y el artículo 37.1 párrafo primero, inciso primero ET, dice que habrá que tener en cuenta que los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal de día y medio ininterrumpido; en cuanto a la jornada anual, la regla general es que no se trabajará más de 1826 horas ordinarias al año, y el trabajador tendrá derecho a vacaciones anuales retribuidas cuya duración, establece el artículo 38.1 inciso segundo ET, no será inferior a treinta días naturales y además, cuenta con fiestas laborales que no excederán de catorce al año, artículo 37.2 inciso primero ET)⁶.

La jornada que aquí nos da el caso, es de carácter semanal, firmada por cuarenta horas. La posibilidad de empeorarla mediante convenio colectivo o acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, podrá hacerse distribuyendo la jornada a lo largo del año, como así lo afirma el artículo 34.2 ET. La realidad de esto es que se asume el riesgo de que se pueda suprimir el descanso semanal del

⁵ Jornada de trabajo: está regulada en la Sección Quinta del Capítulo II del Título I del Estatuto de los Trabajadores, artículos 34 a 37, habiendo sido parcialmente reglamentados estos preceptos por el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

⁶ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE M.A.: *Derecho del Trabajo* 25º ed., THOMSON CIVITAS, Madrid, 2010, pp. 385 y ss.

trabajador, pues el artículo 37.1 ET ya asume esta posibilidad y dice que el descanso de fin de semana podrá ser acumulable por períodos de hasta catorce días⁷.

Antes de observar qué nos dicen los Convenios al respecto de esta jornada laboral, conviene hacer un inciso para mencionar la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que al igual que el Estatuto, establece la posibilidad de que mediante la negociación colectiva o mediante acuerdos con el empresario, los trabajadores puedan adaptar la duración de la jornada de trabajo para hacer efectivo el derecho a dicha conciliación. Entre las medidas que las empresas pueden adoptar están las jornadas flexibles respecto al horario de entrada y salida, eliminación o reducción de las horas extraordinarias, jornadas parciales, continuadas, etc. Otras medidas que incluye esta ley son la posibilidad de acumulación del periodo de lactancia, aumento de la guarda legal e incremento de los permisos retribuidos.

Por su parte, el Convenio General, alude en el artículo 68 a las cifras que antes recogíamos respecto al Estatuto de los Trabajadores. La jornada semanal, que es la que aquí nos ocupa, será de cuarenta horas, y en iguales términos se pronuncia el artículo 38 del Convenio provincial, añadiendo que las cuarenta horas serán de trabajo efectivo. Asimismo, este último convenio incluye un calendario laboral que será de aplicación a aquellas empresas que no cuenten con él, de acuerdo con el convenio general del sector. El apartado 5 del artículo 68 remite a los convenios provinciales, o autonómicos para la confección de un calendario laboral que distribuya la jornada anual pactada, y repite que será de aplicación siempre que no se pacte otro distinto entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores.

En este caso el contrato se había concertado para realizar la prestación de trabajo durante 40 horas semanales, lo que en principio sería acorde a la normativa vigente. Así que en este punto, concluimos también que el contrato es correcto.

El primer problema que se plantea, es que tal y como afirma don Francisco realizaba más horas de las convenidas que no le eran retribuidas ni cotizaban a la seguridad social. La normativa que actualmente regula y define la realización de las horas extraordinarias se encuentra en el artículo 35 del ET, al determinar que tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo. Como breve reseña histórica, podemos remontarnos a 1931, cuando se aprueba la Ley de Jornada Máxima Legal, y la primera vez que se recoge el concepto de hora extraordinaria. Este no dista mucho del actual: trabajo que excede de la duración máxima de la jornada ordinaria. Esta Ley fijó un incremento en la retribución de las horas extraordinarias de un 25% sobre la hora ordinaria, y fijó en un tope de cincuenta horas mensuales y ciento veinte horas al año el número de horas extraordinarias. Posteriormente, la Ley de Relaciones Laborales de 1976 aumentó la retribución al 50% sobre el valor de la hora ordinaria. De forma progresiva, y tras la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores y el posterior RD 2001/1983, se contempla la posibilidad de compensar las horas extraordinarias con descanso. Se incrementa a un 75% y en marzo de 1986, mediante un Real Decreto-Ley sobre Medidas urgentes, administrativas, financieras, fiscales y laborales, se eliminan los límites mensuales y anuales que existían respecto de la cantidad de horas extraordinarias que se podían realizar, y se fija el límite anual en ochenta horas, el cual

⁷ Los temas de horario podrán aparecer recogidos con los de jornada continua o partida, e incluso con lo de la modalidad de trabajo a turnos, ser convenidos colectivamente y mejorados mediante contrato de trabajo. Así se expresa el Tribunal Constitucional en STC 105/1992 de 1 de julio de 1992 (BOE núm. 177 de 24 de julio de 1992) (Buscador de Jurisprudencia Constitucional).

se aplica en la actualidad (que puede ser objeto de reducción por convenio o contrato de trabajo individual, pero no de ampliación y será nulo cualquier pacto en este sentido)⁸.

Así pues, aplicando el artículo 35.1 ET, hora extraordinaria es la que excede de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada la jornada ordinaria de acuerdo con el artículo 34 ET. Según este artículo la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo. Ahora bien, la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. El apartado segundo dice que mediante convenio, o por acuerdo entre la empresa y los representantes se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. Así pues, nos encontramos con la dificultad de saber, cuando un trabajador realiza horas extraordinarias o no, porque en principio, en ningún caso se podrían realizar más de nueve horas diarias de trabajo efectivo, por lo tanto, podría afirmarse que cualquiera que fuera la distribución del tiempo de trabajo superior a las nueve horas, tendría la consideración de extraordinarias, salvo que haya un convenio o acuerdo que permita otra distribución del trabajo ordinario.

En este caso, no consta acuerdo entre las partes acerca de esta posibilidad. El artículo 35 ET distingue entre horas extraordinarias voluntarias y horas extraordinarias obligatorias. Las primeras obedecen al desarrollo normal y continuado de la actividad laboral y su realización por el trabajador es voluntaria (salvo que mediante pacto o convenio, según lo antes expuesto se acuerde su realización obligatoria). Las horas extraordinarias obligatorias vienen exigidas por la necesidad de reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes; o en caso de riesgo de pérdida de materias primas. Son obligatorias para el trabajador y no están sometidas al límite de ochenta horas anuales que recoge la ley, sino que se prolongarán tanto como exijan las circunstancias⁹. En puridad, en caso de las horas extraordinarias por fuerza mayor, que no se recogen en el Estatuto de los Trabajadores, podríamos decir que se trata de un deber de actuar con buena fe que se le exige al trabajador y que recoge el artículo 5 a) ET “*cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia*”. El TSJ de Extremadura, en Sentencia de 21 de marzo de 2003¹⁰, define la buena fe como un principio general de derecho implícito en la relación laboral.

El primer problema que se plantea en el caso, es que Don Fernando, jefe de don Francisco y dueño de la empresa constructora, no hacía repercutir en el salario las horas extraordinarias realizadas, por lo que tampoco cotizaban a la Seguridad Social.

En relación con esto, está el artículo 35.1 ET¹¹, que recuerdo no será el actual Estatuto de los Trabajadores, sino el vigente en el momento en el que está situado el caso (2013). De la redacción de

⁸ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE M.A.: *Derecho del Trabajo* 25º ed., THOMSON CIVITAS, Madrid, 2010, pág. 397.

⁹ STS 4138/1988 31 de mayo 1988. (Id. Cendoj 28079130011988102118).

¹⁰ STSJ EXT 684/2003, de 21 de marzo de 2003, nº recurso 145/2003 (Cendoj): la exigencia de buena fe constituye un principio general de derecho que supone un comportamiento ajustado a valoraciones éticas (...) que ha de presumirse como propio e implícito en la relación laboral.

¹¹ Art 35.1 ET: “*Tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior. Mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso*”

este precepto se extrae un sistema de retribución de las horas extraordinarias en que el valor de la hora extraordinaria en ningún caso será inferior al de la hora ordinaria y mediante convenio colectivo o contrato individual se podrá optar entre abonarlas económicamente o compensarlas por el tiempo de descanso retribuido. Con la expresión “en ausencia de pacto”, se entiende que el legislador ha optado por su compensación en tiempo equivalente de descanso, así se entenderá que las horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización.

A tenor de lo expuesto, habrá que acudir a los convenios colectivos aplicables y ver qué dicen acerca de este sistema de retribución de horas extraordinarias. El convenio de la provincia de A Coruña, empieza diciendo (artículo 25) que tanto representantes de trabajadores como de empresas, acuerdan reducir al mínimo indispensable su realización, que las mismas serán voluntarias, excepto en caso de fuerza mayor (nos remitimos a la explicación anterior), y que salvo en este último caso, el número de horas que realice el trabajador no excederá de ochenta al año. El Anexo I del Convenio, regula los importes de las horas extraordinarias para cada categoría de trabajo. De igual manera que venía comentando respecto de la redacción del Estatuto de los Trabajadores, las empresas podrán compensar estas horas extraordinarias con el tiempo equivalente en descanso (en cuyo caso no se computarán a la hora de fijar su retribución). En idénticos términos se expresa el Convenio General. Pero de estas redacciones cabe preguntarse, si en este caso se podría establecer otra regulación, ya que en el caso nada figura, en el contrato, al margen de lo preceptuado en los convenios y Estatuto. En principio, el artículo 3.1.c) ET, establece como una de las fuentes en la relación laboral la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo, con la salvedad que esta voluntad no puede establecer condiciones desfavorables para el trabajador respecto de las disposiciones legales y convenios colectivos. Por ejemplo, si las partes acuerdan una retribución superior a la establecida, o un descanso superior al que se dispone, sí operaría como cláusula válida.

En definitiva, Don Fernando, parece que no ha optado por retribuir ni compensar con descansos las horas extraordinarias que Don Francisco ha realizado. Vamos a pasar a ver qué debería haber hecho con la cotización de estas horas a la Seguridad Social.

El artículo 147 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, relativo a la base de cotización, recoge en el apartado 2 letra e) que no se computarán las horas extraordinarias, salvo para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. Cabe pues entender, que el trabajo extraordinario no forma parte de la base de cotización por contingencias comunes. En este sentido se expresa el artículo 23 del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social. Este artículo remite al 24 del mismo texto, para la cotización adicional por horas extraordinarias, señalando en su apartado 1 que la remuneración que obtengan los trabajadores en concepto de horas extraordinarias, fuera de los casos de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, estará sujeta a una cotización adicional, destinada a *“incrementar los recursos generales del Sistema de la Seguridad Social y que no será computable a efectos de determinar la base reguladora de las prestaciones”*.

En este caso, don Francisco, antes de acudir ante los Tribunales de lo Social, podrá intentar solucionar el conflicto derivado de una reclamación de horas extraordinarias de acuerdo con el Título V de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, que lleva por rúbrica la “Evitación del proceso laboral”.

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

Este acto se caracteriza por ser previo a la vía procesal. En este sentido la STSJ Navarra de 31 de marzo de 2004¹², interpreta que este acto de conciliación previo al que nos referiremos a continuación, tiene por objeto propiciar la solución del conflicto antes de la intervención judicial. Por otro lado, también es un instrumento de economía procesal, que persigue reducir el número de procesos. En determinados supuestos, como el que aquí nos ocupa, es preceptivo el intento de conciliación, pues de otro modo, la reclamación judicial posterior sería inadmitida (art. 81.3 LRJS). Por lo tanto, el proceso laboral se inicia con la demanda, pero para que quede válidamente constituida y surta efectos, la Ley exige la realización de trámites preprocesales. Tal y como ha quedado establecido en la sentencia antes citada, la interposición de este trámite es un requisito previo necesario, como reitera el artículo 63 LRJS, según el cual será preceptivo para la tramitación del proceso, el intento de conciliación o, en su caso, de mediación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones¹³. En relación con esto, la STSJ de Baleares de 9 de enero de 2004¹⁴ indica que la expresión asumir, “deberá ser interpretada de forma que donde exista y el órgano de conciliación instituido por los agentes sociales en ejercicio de su poder de negociación colectiva reemplaza al servicio administrativo, y se convierte en único titular de la competencia en materia de conciliación preprocesal”. Igualmente, se interrumpirán los plazos de prescripción, tal y como señala el artículo 65 LRJS.

Hacemos un paréntesis para aclarar que, de no realizarse el acto de conciliación previa, con independencia del resultado que hubiese tenido este, y se interpusiera demanda ante el Juzgado de lo Social competente, según lo dispuesto en el artículo 81.3 LRJS, el secretario judicial, advertirá al demandante que ha de acreditar la celebración o el intento del acto en el plazo de 15 días, informándole que en caso contrario se procederá al archivo de las actuaciones. Con la presentación de esta acta de conciliación, en la cual no es necesaria la presentación de pruebas, el trabajador demandante anuncia a la empresa sus reivindicaciones con la intención de alcanzar un acuerdo¹⁵.

El órgano competente para llevar a cabo estos servicios de conciliación y mediación es el SMAC (Servicio de Mediación Arbitraje y Conciliación), dependiente de la Consellería de Economía, Empleo e Industria. En la provincia de A Coruña, tiene su dirección en: Avenida Salvador de Madariaga 0 1ª. La papeleta de conciliación puede presentarse de manera presencial (con su presentación el demandante recibe la citación para el acto de conciliación); o vía electrónica, a través del formulario normalizado disponible en la sede electrónica de la Xunta de Galicia (Anexo I).

Interpuesta dicha conciliación ante el órgano competente, pueden ocurrir tres cosas. En primer lugar si transcurren treinta días sin que se celebre la conciliación, en consonancia con el artículo 65.2 LRJS, se tendrá por terminado el procedimiento y cumplido el trámite de intento de solucionar el conflicto extrajudicialmente. En segundo lugar que no comparezca alguna de las partes y que no acredite causa

¹² STSJ NA 440/2004 de 31 de marzo de 2004, nº recurso 10/2004 (Cendoj). Esta sentencia se refiere a la anterior regulación establecida en el Título V del Libro I del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, cuya redacción se expresa en los mismos términos a la actual, contenida en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

¹³ GARCIA ORTEGA J., GOERLICH PESET J.J., PÉREZ de los COBOS ORIHUEL F., RAMÍREZ MARTÍNEZ J.M., SALA FRANCO T.: *Curso de Derecho del Trabajo* 16º ed., TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2007, pp. 708 y ss.

¹⁴ STSJ BAL 9/2004 de 9 de enero de 2004, nº recurso 780/2003 (Cendoj).

¹⁵ *Vid supra*, *Curso de Derecho del Trabajo*.

suficiente para no acudir, que según el artículo 66.2 LRJS se tendrá por no presentada la papeleta de conciliación, procediéndose al archivo de lo actuado (igual ocurre si no comparece ninguna de las dos partes citadas). En tercer lugar, que don Francisco y don Fernando lleguen a celebrar la conciliación y finalicen la misma con un acuerdo, es decir, que don Fernando reconozca las horas extraordinarias realizadas por don Francisco y lleguen a un punto común sobre su compensación económica. Así se aplicaría lo dispuesto en el art. 68 LRJS y servirá de “título para iniciar acciones ejecutivas sin necesidad de ratificación ante el juez o tribunal” y por lo tanto, no habrá lugar a la demanda porque el pleito estaría solucionado extrajudicialmente. De no alcanzar este acuerdo, don Francisco podrá interponer la demanda ante el Juzgado de lo Social.

Conviene hacer aquí una aclaración, en lo relativo a la acumulación de acciones. Don Francisco podrá acumular (bajo los principios de economía y celeridad procesal), en su demanda de reclamación sobre horas extraordinarias otras acciones contra don Fernando, en virtud del artículo 26.1 LRJS que establece como excepción a la acumulación en un mismo juicio, ni siquiera por la vía de la reconvención, las acciones de despido. De haberse hecho, el órgano judicial estará obligado a requerir a don Francisco, para que en un plazo no superior a cuatro días proceda a subsanar la acumulación indebida. Acerca de la excepción a la acumulación de acciones se refiere la STS de 6 de mayo de 1994 al expresar que cuando se salga de la previsión general será por “*su importancia cualitativa, por incompatibilidad de contenidos o por la especificidad de su tramitación*”¹⁶.

Volviendo a lo que nos ocupa, los plazos para interponer demandas en materia de reclamación de horas extraordinarias se concretan en el artículo 59 ET. Al respecto, la STSJ de Cataluña de 29 de octubre de 1998, establece que cuando se trate de exigir percepciones económicas, el plazo anual de prescripción comienza a computarse desde la fecha que habiéndose devengado la correspondiente retribución no se hizo efectiva en el momento legalmente previsto para el pago¹⁷. Una vez presentada la demanda ante el Juzgado de lo Social, el encargado del mismo tiene el deber de comprobar que reúne los requisitos legales descritos en el artículo 80 LRJS.

En segundo lugar, dice el caso que don Francisco tampoco disfrutaba de los descansos que deberían serle asignados. Al respecto de la teoría y regulación de los mismos me he referido anteriormente, antes de entrar a valorar las acciones concretas. Pues bien, se trata de determinar aquí si el actor tendría derecho a ejercitar una posible acción de indemnización por daños y perjuicios. En este caso, estaremos ante una modificación sustancial de las condiciones del contrato de trabajo. A esto se refiere el artículo 41 ET, el cual no sirve de ayuda para determinar el concepto de modificaciones sustanciales pues únicamente especifica las condiciones y los requisitos que debe cumplir el empresario para poder alterar legalmente las condiciones de trabajo de las personas que tenga contratadas. Hace algunos años, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, definía este concepto como aquella modificación de tal naturaleza que altere o transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral, pasando a ser otras distintas de un modo notorio.

Aquí se producen un cambio en el tiempo de descanso, que como hemos analizado antes, viene dado a través de los Convenios Colectivos y del Estatuto de los Trabajadores. Don Fernando, en virtud del artículo 41.1 ET, sí podría utilizar el *ius variandi* que le proporciona, siempre y cuando concurran

¹⁶ STS de 6 de mayo de 1994, nº de recurso: 2016/1993 (Cendoj).

¹⁷ STSJ CAT 10217/1998, nº recurso 4634/1998 (Cendoj).

razones económicas, técnicas, organizativas o de producción en el seno de la empresa, que haga necesario modificar las condiciones contractuales. Las modificaciones podrán versar únicamente sobre jornada, horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento y, funciones (cuando los cambios excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39). Por último, indicar que estas medidas deberán contribuir a mejorar la situación de la empresa en el mercado. En relación con las vías de reclamación procesal, en lo tocante a los descansos no disfrutados (encuadrados en una modificación de la jornada, horario o régimen de trabajo a turnos, según el caso y a falta de datos concretos); tenemos en primer lugar el procedimiento del artículo 138 LRJS.

Este procedimiento, se iniciará con carácter individual por el trabajador, aunque cabrá la acumulación de acciones cuando resulten afectados por la modificación varios trabajadores (y no opten por interponer el procedimiento sobre conflicto colectivo). Para interponer la demanda por esta vía, don Francisco deberá interponer preceptivamente la conciliación previa o la reclamación previa a la vía judicial, según el caso, y una vez se solvente, quedará abierta la vía jurisdiccional. Esta acción se puede fundamentar en los artículos 1101 y siguientes del CC. El Tribunal Supremo en diferentes recursos similares al caso que se plantea, ha declarado que para invocar estos artículos, es preciso que concurran la existencia de tres factores: que don Fernando haya incumplido alguna obligación, y que ello resulte cumplidamente acreditado, pues si se ha de imponer una medida sancionadora resulta de aplicación la constitucional presunción de inocencia. En segundo lugar que medie relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso, lo cual ha de quedar probado (pues no se presume); es decir, don Francisco deberá acreditar fehacientemente que no ha disfrutado de los descansos y que con ello se le ha producido algún perjuicio. Y en tercer lugar, que la culpa o negligencia sea apreciable a la vista de la negligencia exigible a un buen empresario bajo los criterios de normalidad y razonabilidad.

Dichos artículos del Código Civil, hablan sobre las responsabilidades en caso de incumplimiento de contrato, diciendo el primero de ellos (1100 CC): *“quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquélla”*. En consecuencia, la conducta de don Fernando, incumpliendo el régimen de descansos a que legalmente tiene derecho don Francisco, genera su responsabilidad indemnizatoria por los daños y perjuicios que deriven de ese incumplimiento. Debemos aclarar que lo que aquí se pide es una compensación económica por un perjuicio que se le pueda haber causado, no compensación económica por haber trabajado más horas de las debidas, o en un periodo temporal en el que debieron descansar. El perjuicio aquí, es el mero hecho del incumplimiento, no una indemnización por una mayor valoración del trabajo realizado en ese tiempo (lo cual no sería una indemnización de daños y perjuicios sino una pretensión de cobro de un complemento salarial inexistente, ya que en principio no se contempla retribución especial para este supuesto).

En cuanto al despido, don Fernando, una vez constató que don Francisco lo había denunciado ante la Inspección de Trabajo, y tomando represalias contra él, decidió extinguir su contrato laboral. Aquí hablamos de la garantía de la indemnidad, que es la protección que tiene el trabajador frente a las represalias del empresario, cuando aquél ha ejercitado acciones judiciales o extrajudiciales contra él. Es decir, que don Fernando no puede despedirlo, ni sancionarlo, ni tampoco tomar medidas contra él, pues de hacerlo, el despido, como en este caso, será declarado nulo.

Así pues, podemos decir que don Francisco, una vez que ejerce sus derechos con la Inspección de Trabajo frente a la empresa para la que trabajaba, queda blindado contra el despido, y su contrato queda

igualmente “blindado” ante su jefe. Este derecho está amparado por el artículo 24 de la Constitución Española, dentro del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. El Tribunal Constitucional, dice según reiterada doctrina, que no sólo se le protege cuando ejercita acciones judiciales (al trabajador), sino que también se le ampara cuando ejerce acciones previas o preparatorias como puede ser una denuncia ante la Inspección de Trabajo. El Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de abril de 2013, ratificó la nulidad en el despido de un trabajador (el motivo había sido que él denunció a la Inspección de Trabajo, con motivo de que se revisase el carácter indefinido de su prestación, pues estaba contratado mediante contratos temporales fraudulentos). La misma sentencia dice que cuando se declara nulo un despido, se obliga a la empresa a readmitir al trabajador abonando los saldos dejados de percibir desde la fecha del despido, hasta la readmisión del trabajador. En otras palabras, al declararse nulo el despido, y no improcedente como veremos a continuación, se obliga a la readmisión y abono de los salarios, y no se da opción al empleador de dar por terminado el contrato con una indemnización por despido improcedente.

Otro ejemplo es la Sentencia de 20 de septiembre de 2012, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. En este caso, la empresa alega que no se vulnera el principio de garantía de indemnidad y por ende el despido no puede ser declarado nulo, pues el mismo estaba amparado por el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores (expiración del contrato) y habría ocurrido igual aunque no mediase denuncia ante la Inspección de Trabajo. El Juzgado de lo Social entiende que sí se ha producido una vulneración del principio de garantía de indemnidad, pues el cese de la trabajadora traía causa en la presentación ante la Inspección de Trabajo de una denuncia (en este caso por cesión ilegal de trabajadores). El Tribunal Superior, argumenta que en efecto sí existe causa efecto entre la denuncia a la Inspección y el despido, puesto que el mismo se produce de un día para otro (en este caso ocurre algo similar, puesto que el despido de Don Francisco median tres días). Por ello, entiende el Tribunal, que sí se ha producido una lesión de la garantía de indemnidad, y que la misma se exterioriza en el cese como despido nulo por lesión del derecho fundamental a la tutela efectiva. Reitera la jurisprudencia constitucional que aduce que dicha garantía se extiende a los actos previos o preparatorios de las acciones judiciales como es la Inspección de Trabajo. Para el Tribunal Constitucional, la denuncia ante la Inspección de Trabajo es un acto preparatorio o previo de una previsible acción judicial, encaminada a proteger los derechos que la trabajadora entiende infringidos por la empresa.

En este caso, son indicios suficientes que don Francisco haya sido despido de Construnova S.A. por realizar la denuncia basada en una situación que le causó la baja por enfermedad. Este indicio implica la inversión de la carga de la prueba, y le corresponde a Don Fernando como jefe de la sociedad, probar que el despido se funda en causas justas y que nada tienen que ver con dicha represalia. En el caso, no se dice nada acerca de los motivos del despido, sino que se deja ver que consecuencia de dichos actos se efectuó el mismo, por lo que el despido deberá ser calificado como nulo, conforme a lo dispuesto en el artículo 55.5 ET.

Los artículos 59.3 ET y 103 LRJS, establecen que el plazo para interponer la acción de despido nulo será de 20 días hábiles y que éste es de caducidad. En caso de no interponer la demanda en plazo, desaparecerá la acción de despido y adquirirá firmeza. El despido de Don Francisco fue el 27 de mayo de 2014. Para el cómputo se habrán de excluir sábados, domingos y festivos de ámbito nacional, de ámbito autonómico y de ámbito local que correspondan a la localidad donde tenga su sede el Juzgado de lo Social competente (en este caso A Coruña). Así las cosas, don Francisco dispondría hasta el día 20 de junio para interponer la demanda (el plazo comienza a contar desde el día siguiente a aquél en que el trabajador recibe la carta de despido, o de no mediar esta, a partir del día siguiente al que se produce el

cese efectivo en el trabajo). Como aquí nada se dice, supondremos que es ese mismo día 27 de mayo cuando don Francisco tiene conocimiento, y el plazo empezaría a correr el 28 del mismo mes.

Hablamos de un plazo de caducidad que no puede interrumpirse, pero sí suspenderse. Así, en caso de que se presente la preceptiva solicitud de conciliación, a la que ya me he referido antes para la reclamación de las horas extraordinarias, el cómputo se suspende en el momento de presentación, y se reanuda al día siguiente de la intentada conciliación o transcurridos quince días desde su presentación sin que se haya celebrado. Una vez levantada la suspensión, se reinicia la cuenta de los días que aún resten del plazo. En caso de que Don Francisco presente una solicitud para que se le designe abogado del turno de oficio, también se suspendería el plazo de caducidad, conforme al artículo 21.4 LRJS. Además, debe tenerse en cuenta que la caducidad podrá ser apreciada por el Juez aunque en el proceso no lo alegue ninguna de las partes.

En cuanto a la conciliación o trámite previo ante el SMAC, me remito a lo antes expuesto, y simplemente recuerdo que se trata de un trámite preceptivo y previo, y que la misma se formaliza mediante un escrito en el que se identificará a Don Francisco y el objeto de la misma (despido nulo). La asistencia será obligatoria para ambos, y si es don Francisco el que no comparece se tendrá la conciliación por lo hecha; mientras que si el que no acude es don Fernando, se tendrá por intentada y queda abierta la vía jurisdiccional para el trabajador.

Puede ocurrir que en la mediación trabajador y empleador lleguen a un acuerdo, y de producirse éste, tendrá fuerza ejecutiva al igual que si fuese una sentencia, por lo que se podrá instar a su cumplimiento ante el Juzgado competente (en este caso el Juzgado de lo Social de A Coruña). Si don Francisco y don Fernando no avienen en acuerdo, queda abierta la vía de la demanda a la que ya nos hemos referido.

A falta de más datos y pudiendo resultar bajo mi criterio, suficiente la acción por despido nulo, subsidiariamente, don Francisco, en su demanda, podrá pedir que de no reconocerse este, el despido sea declarado improcedente. Aquí no consta carta de despido en la que don Fernando alegue justa causa para el mismo, o también podría ocurrir que la hubiese y que de ella se desprendiese, por el contexto del caso, que las causas alegadas no son ciertas o no son motivo suficiente para argumentar el despido. A este respecto se refieren los artículos 55.4 ET y 108.1 párrafo segundo LRJS, ambos aluden a que para la declaración de improcedencia, el empresario deberá haber desatendido los requisitos de forma –inexistencia de carta o carencia de sus requisitos; y fondo que le son exigibles –siendo formalmente válido no quede alegado el incumplimiento alegado en la carta de despido.

Será el Juez quien en su caso determine la improcedencia del despido en relación con las pruebas aportadas por las partes en el acto del juicio, quedando en compromiso de la empresa la carga de la prueba, debiendo demostrar la certeza y suficiencia de las causas alegadas en la carta de despido, así como la adecuación del procedimiento llevado a cabo para hacerlo efectivo. El Tribunal Supremo se pronunció a este respecto, diciendo que el empresario debe acreditar el incumplimiento alegado en su escrito de comunicación.

Si en efecto el despido se puede declarar improcedente, el empresario dispondrá de cinco días desde la notificación de la sentencia para readmitir al trabajador en las mismas condiciones de trabajo anteriores al despido (salvo que la sentencia imponga otra sanción) y el contrato que había sido improcedentemente interrumpido continuará con su vigencia. O podrá optar por el abono al mismo, de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de

trabajo (se entenderá hecha desde el cese efectivo en el puesto de trabajo)¹⁸. A falta de más datos entendemos que don Francisco no era representante legal de los trabajadores ni delegado sindical, en cuyo caso sería él el que podría decidir acerca de estas dos opciones presentadas. En los convenios colectivos aplicables nada se dice acerca de atribuirle este derecho al trabajador por lo que se entiende por aplicación general el Estatuto de los trabajadores, que se pronuncia sobre todo lo expuesto en el artículo 56, y en iguales términos lo hace la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en el artículo 110.1. Ver modelo de demanda por despido en el Anexo 2.

El despido tuvo su causa (aparente) en la denuncia que don Francisco presentó ante la Inspección de Trabajo. La misma tenía como fundamento una situación que como trabajador vivía en la empresa, que le llevó a acudir a un médico que inmediatamente la diagnostica la baja. Estos problemas eran psicológicos y de estrés por el alto ritmo de trabajo al que estaba sometido, y además se indica en el caso, que don Fernando lo trataba de manera vejatoria haciendo que don Francisco trabajase bajo amenazas y coacciones.

Esta situación es conocida como *mobbing*, o acoso moral en el trabajo, que se caracteriza como indica la Sentencia de un Juzgado de lo Social de Pamplona, de 24-9-2001 por lo siguiente: “*conflicto asimétrico entre las dos partes, donde la parte hostigadora tiene más recursos, apoyos o una posición superior a la del trabajador hostigado*”¹⁹. En relación con esto, la jurisprudencia ha considerado determinados padecimientos del trabajador provocados por las actuaciones de los superiores como causa suficiente para producir patologías asociadas al acoso moral. Así la STSJ de Navarra de 15 de junio de 2001, describe un listado de comportamientos que son causa de *mobbing*, entre los que se encuentra “*agresiones verbales como gritar o insultar, criticar permanentemente el trabajo de esa persona*”. Es esta causa la que mejor encaja en el supuesto que aquí se nos presenta. Pues bien, como venía diciendo, es la jurisprudencia la que entiende que si un trabajador presta sus servicios bajo alguna de las causas prescritas, puede provocar efectos graves en su salud, como reacciones de ansiedad y depresión, pérdida de la autoestima, úlcera gastrointestinal, etc. (aquí recordemos que don Francisco también sufría problemas como indigestión, trastorno del sueño y otros problemas fisiológicos).

Para fundamentar esta violación, en primer lugar debemos observar la Constitución Española, la cual en el artículo 10.1 considera como fundamento del orden político y de la paz social la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás. Por otro lado, del artículo 24 CE, extraemos que el acoso laboral podrá ser perseguido siguiendo el derecho a obtener la tutela judicial en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos del acosado, sin que pueda producirse indefensión. Además, en segundo lugar, el Estatuto de los Trabajadores también recoge los derechos de los trabajadores en relación con el trabajo prestado y así, el artículo 4.2 letra d) establece que tendrán derecho a su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales (cuestión que analizaremos en la pregunta 3). En la letra e) también aparece que tendrán asimismo derecho a que su intimidad y dignidad sean respetadas. En relación con este último punto, se pronuncia la STSJ de la Comunidad Valenciana 21 de septiembre de 2001 entendiéndolo que la expresión “*a la consideración debida a su dignidad*” puede considerarse una llamada legislativa al necesario respeto por el empresario de los derechos fundamentales del ciudadano trabajador, siendo éstos dimanantes del

¹⁸ RUBIO DE MEDINA, M.D.: *Extinción del contrato de trabajo por causas objetivas* 1ª ed., BOSCH, Barcelona, 1999, pp. 14 y ss.

¹⁹ Sentencia Juzgado de lo Social de Pamplona- Iruña, nº recurso 400/2001 (Cendoj).

mismo reconocimiento a la dignidad de la persona, a quien por serlo *“le son inherentes una serie de derechos fundamentales que la propia Constitución reconoce”*.

El artículo 4.2.e) se conecta con otros dos preceptos del mismo texto legal, como son el 18 (inviolabilidad de la persona del trabajador) y 20.3 (adopción por el empresario de medidas de vigilancia y control). Ambos limitan la discrecionalidad a la hora de imponer su autoridad, en el empresario.

Ante esta situación, el trabajador optó por acudir al médico, y el mismo le diagnosticó una baja, que como no se dice lo contrario, se entiende que será por contingencia común cuando debería haberse tramitado, según lo expuesto en el caso, como contingencia por enfermedad profesional o subsidiariamente accidente de trabajo, pues la misma ha sido causada por el acoso laboral al que estaba siendo sometido en la empresa. Como consecuencia de la insufrible situación a la que estaba sometido, don Francisco, parece haber iniciado un proceso de Incapacidad Laboral Temporal en fecha de tres de mayo de 2014. En este parte de baja se alude a la situación de estrés a la que está sometido el trabajador pero en ningún momento se establecen como causas las producidas por el acoso y hostigamiento de don Fernando. De haberse procesado la baja por contingencia común, debería iniciarse un expediente de determinación de la contingencia de dicha Incapacidad Temporal pero ahora determinándola como profesional. En virtud de la apertura de dicho expediente dirigido al Instituto Nacional de la Seguridad Social, éste dictará una Resolución dirigida a la Mutua Correspondiente (son entidades colaboradoras de la Seguridad Social con las que se concierta la protección de las enfermedades profesionales y accidentes de trabajo), al trabajador, y a la empresa, para que en el plazo de 10 días formulen alegaciones frente a la reclamación (hipotética) de don Francisco.

En las alegaciones, don Francisco habrá de hacer constar todos los hechos ocurridos en la empresa que le llevaron a causar esta baja por enfermedad profesional, adjuntará cuantos informes médicos tenga a su disposición, y solicitará que se acuerde que la causa de la baja a que se refiere su expediente sea por enfermedad profesional. El Director Provincial del INSS, dictará en el plazo de quince días hábiles a contar desde la aportación de la documentación por parte de la Mutua correspondiente, la resolución que corresponda. Aquí es preceptivo un informe del equipo de valoración de incapacidades que deberá examinar el caso del trabajador don Francisco. En esta Resolución se determinará la fecha del alta, o el mantenimiento de la baja, fijando en su caso la contingencia profesional de la que deriva el proceso de incapacidad temporal. En consecuencia dictaminará si se confirma una posible alta médica emitida por la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social (por ende extinción del proceso de incapacidad temporal); mantenimiento de la situación de incapacidad temporal derivada de la contingencia profesional (se deja sin efecto la posible alta médica); y lo que aquí nos interesa: determinará la contingencia común o profesional de la que derive la incapacidad temporal y fijará los efectos que correspondan en este proceso de IT, como consecuencia de la determinación de la contingencia de que lo cause.

En caso de que el INSS deniegue esta solicitud, queda abierta en conformidad con el artículo 71 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, la posibilidad de interponer una reclamación previa a la vía jurisdiccional, ante la Dirección Provincial (en este caso de A Coruña), en el plazo de 30 días contados a partir del siguiente al que se recibe la notificación de la Resolución. Todo este procedimiento viene recogido en el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre. Siguiendo las actuaciones encaminadas a conseguir el cambio de contingencia, el siguiente paso, previo a la apertura de la vía judicial, será la presentación de la oportuna Reclamación previa, en la que se hará constar que no se considera oportuna la misma, y de nuevo, se reproducirán los hechos que constaban en la apertura del expediente, solicitando el mismo cambio perseguido hasta ahora.

Aquí pueden ocurrir dos cosas. En caso de Resolución expresa y nueva denegación de la pretensión aducida, quedaría abierta en virtud de nuevo del artículo 71 LRJS y en el plazo de treinta días, la posibilidad de interponer demanda ante el Juzgado de lo Social. Si no resuelve, es decir, si el INSS no contesta, estaremos ante una Resolución presunta que se entiende desestimada por silencio negativo. Si nos encontramos ante esta última posibilidad, don Francisco dispondría de un plazo de 45 días desde que se interpuso la Reclamación Previa, para interponer demanda ante el Juzgado de lo Social, por silencio administrativo.

Todo esto al margen de otra acción que podría haber entablado don Francisco, pero que a la vista de la redacción del caso ya no ha lugar. El artículo 50.1.a) ET le otorgaba la posibilidad de optar por extinguir su contrato amparándose en la causa de modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar el artículo 41 y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador. Asimismo la letra c) del artículo 50 funciona de cajón de sastre, e incluye la posibilidad dada al trabajador de solicitar la extinción del contrato de trabajo por cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones del empresario. En ambos casos, don Francisco tendría derecho a la indemnización prevista para el despido improcedente, con la cuantía correspondiente, de acuerdo con el artículo 56.1.a) ET. No existe una modalidad procesal laboral específica, por lo que se planteará ante los Tribunales del orden social conforme a las normas establecidas para el proceso ordinario (artículos 76 a 108 LRJS).

Las infracciones que para el empresario se derivarían de esta acción, se encuadran dentro del número 11 del artículo 8, del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que califica como infracción muy grave los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores. Y de igual manera dado que el acoso se manifiesta en el trabajador con acusadas repercusiones en su salud, se podría relacionar con la misión de infracciones en materia de prevención de riesgos laborales (artículo 11 a 13 TRLISOS), sobre los que volveremos más adelante.

Para interponer la acción de extinción de la relación laboral, argumentada en el artículo 50.1 ET se han de dar una serie de requisitos. La misma sentencia del Juzgado de lo Social de Iruña, Pamplona, que hemos mencionado antes, señala que el incumplimiento por parte del empresario que lleve al trabajador a terminar la relación laboral, ha de ser grave, llegando a frustrar las aspiraciones o expectativas de la parte que cumplió su cometido contractual; y además, que la actuación del empresario ha de ser consciente y prolongada.

Otro de los requisitos a cumplir, es que don Francisco deberá seguir prestando sus servicios a la empresa, aun habiendo interpuesto la acción que le confiere el artículo 50.1 ET. Este requisito cuenta con excepciones, para el caso que nos ocupa, si el trabajador sufre malos tratos de obra o de palabra, como aquí ocurre, y ello deriva en perjuicios para su salud y así lo dice en Tribunal Supremo en sendas sentencias de 18.7.1990 y 22.3.1996 *“solamente en supuestos excepcionales, por ejemplo, malos tratos de palabra u obra, falta continuada del abono del salario o llevar a cabo el trabajo en modalidad distinta de la que fue contratada, es decir, cuando se ofrecen situaciones que pongan de manifiesto que la convivencia resulta muy difícil, es admisible dicho abandono”* del puesto de trabajo.

En materia de indemnización, operará lo dispuesto en el artículo 56.1.a) ET, siendo la equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades.

Se podría plantear otra acción para solicitar daños derivados de la lesión provocada a sus derechos, a causa de las conductas de hostigamiento moral, pero cabría preguntarse si es compatible con la indemnización prevista en la normativa laboral para la extinción voluntaria del contrato. La STS de 17.5.2006 reconoce una excepción a la doctrina general de que un trabajador que ya obtuvo una indemnización no podrá solicitar una nueva de su empresario fundada en la misma causa. Esta sentencia establece que el incumplimiento empresarial además de constituir una infracción de la Ley estatutaria, constituye una infracción de un precepto de rango constitucional y que el artículo 50 ET, no está pensado para cubrir las exigencias indemnizatorias que se puedan derivar de dicho incumplimiento. Así las cosas, cuando se alega y se resuelve que la conducta empresarial que dio origen a la extinción y resolución indemnizatoria, en este caso acoso laboral y malos tratos, estaremos ante un atentado a un derecho fundamental, y será posible reclamar la indemnización añadida de daños y perjuicios que procedan, previa la prueba de que tales daños tienen su origen en el hacer ilegal e inconstitucional del empleador. La misma sentencia dice que cuando se invoca la lesión de un derecho fundamental, manifestada en el acoso laboral en los términos de los artículos 181 y 182 (habla la sentencia de la Ley de Procedimiento Laboral, preceptos hoy recogidos en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social), como son la dignidad personal que constituye el fundamento de todos los derechos y libertades fundamentales, recogidos en el artículo 10 CE; y los artículos 14 y 15 sobre la no discriminación e integridad moral. En consecuencia, cuando se produce la denuncia de la inconstitucionalidad de las conductas de acoso junto con la indemnización a la que aluden los artículos 50 y 56 ET, se podrá reclamar la indemnización por daños y perjuicios.

Al igual en que las otras reclamaciones, será preceptiva la interposición de conciliación previa y para ello me remito a lo anteriormente expuesto en sede de reclamación de horas extraordinarias.

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

Don Alberto Pérez, es un trabajador de la empresa Construnova S.A., que sin darnos más datos, nos indican que tiene veinte años y que no está dado de alta en el régimen de la Seguridad Social. Esta situación es descubierta por la Inspección de Trabajo que se realiza en el lugar donde las prestaciones debían realizarse, consecuencia de la previa denuncia por parte de otro trabajador, Don Francisco.

Antes de entrar en la obligación de don Fernando de dar de alta a los trabajadores que en su empresa trabajan para él, por cuenta ajena; debemos hacer un inciso en una obligación previa de todos los empresarios. Y es que como base para la posterior inscripción de los trabajadores, de acuerdo con los artículo 99 de la Ley General de Seguridad Social y 5.1 del Real Decreto 84/1996, los empresarios *“como requisito previo e indispensable a la iniciación de sus actividades, solicitarán su inscripción”* en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda. La información que don Fernando hubiese aportado en este momento, deberá ser actualizada cuando se produzcan cambios con posterioridad a la anotación (arts. 99.2 LGSS y 11 RD 84/1996). El objeto de esta inscripción será la asignación de un número al empresario, por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social, para su identificación en el Régimen que corresponde del Sistema de la Seguridad Social, y este número será considerado como principal Código de Cuenta de Cotización, y el mismo será de utilidad para las relaciones entre el empresario y las Entidades Gestoras (art. 13 RD 13/1996).

Las Entidades Gestoras, a propósito de su mención, son organismos de Derecho público con capacidad jurídica para el cumplimiento de los fines que les están encomendados. Si regulación está prevista en los artículos 57 y ss. LGSS y en la normativa de desarrollo. Este precepto menciona tres Entidades Gestoras según las competencias que cada una tiene asumidas. A modo de síntesis, aparece el Instituto Nacional de la Seguridad Social (competente en la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social); Instituto Nacional la Salud (para la administración y gestión de servicios sanitarios); e Instituto Nacional de Servicios Sociales –antes Instituto de Mayores y Servicios Sociales, (cuyas funciones se encandilan en la gestión de las pensiones de invalidez y de jubilación, en sus modalidades no contributivas, y a la de los servicios complementarios de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, aunque al igual en el caso del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, las Comunidades Autónomas también tienen competencias asumidas al respecto).

La legislación social añade que las prestaciones por desempleo (artículo 226.1 LGSS), serán gestionadas por el Instituto Nacional de Empleo (antes Servicio Público de Empleo), cuyas funciones radican en administrar las prestaciones de protección por desempleo, así como declarar su reconocimiento, suspensión, extinción y en su caso reanudación, todo ello sin perjuicio de las atribuciones reconocidas a los órganos competentes de la Administración laboral en materia de sanciones.

Y por último la Tesorería General de la Seguridad Social. Corresponde al Gobierno su establecimiento, y asume las funciones de carácter recaudatorio y financiero (artículo 6.1 LGSS). Tiene competencias en materia de gestión de inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas. La Ley la separada de las demás atribuyéndole personalidad jurídica propia, y funcionando como un servicio común que funciona complementando la gestión de Sistema de la Seguridad Social. Respecto a ella rigen los principios de solidaridad financiera y caja única, puesto que en ella se unifican todos los recursos financieros, *“tanto por operaciones presupuestarias como extrapresupuestarias”*. En fin, tiene a su cargo la custodia de los

“fondos, valores y créditos y las atenciones generales y de los servicios de recaudación de derechos y pagos de las obligaciones del sistema de la Seguridad Social”.

En relación con el supuesto práctico y después de esta contextualización normativa, debemos acudir al 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. Dice el cuerpo legal, en el artículo 6, que *“mediante el acto administrativo de afiliación, la Tesorería General de la Seguridad Social, reconoce la condición incluida en el sistema de Seguridad Social, a la persona que por vez primera realiza una actividad determinante de su inclusión en el ámbito de aplicación del mismo”.*

En primer lugar, debemos constatar que efectivamente es una obligación para el empresario dar de alta a los trabajadores por cuenta ajena que trabajen para él en el oportuno régimen de la Seguridad Social. El artículo 5 del texto legal, no sólo se recoge esta posibilidad, sino que se añade que en todo caso, será un requisito previo e indispensable (la oportuna inscripción) para el comienzo de las actividades. La forma de inscripción la prevé el artículo 11 del Reglamento, y el modelo de solicitud aparece en la Página Web de la Seguridad Social (Anexo 3). En iguales términos se expresa el artículo 100.1 LGSS.

En todo caso, el requisito de *anterioridad* debe ser cumplido antes de empezar a trabajar, no el mismo día que el trabajador comience con su actividad habitual. De esto queda constancia, puesto que la inscripción se registra de manera informática mediante un sistema RED en el que queda prueba de la hora y el día del alta. Por lo tanto, Don Fernando estaría cometiendo la infracción desde el momento en el que Don Alberto entró a trabajar en su empresa sin estar dado de alta (pese a que por su edad podamos entender que se encontraba en periodo de prueba, nada exime al trabajador y ninguna excepción se recoge respecto de los tipos de contrato de trabajo, por lo que de todos modos su deber hubiese sido incluirlo en el oportuno régimen de la Seguridad Social).

Los artículos 12 de la Ley General de la Seguridad Social, y 6.1 del Real Decreto 84/1996, establecen que la afiliación es única para todo el sistema y para toda la vida de la persona afiliada, sin perjuicio de las modificaciones y de las altas y bajas que a lo largo del periodo laboral durante la vida del trabajador puedan darse.

A esto se refiere el artículo 32 del Reglamento General de Afiliación. El requisito de carácter previo de la inscripción se limita a los sesenta días naturales anteriores al día previsto para iniciar la actividad. Si no se puede prever el día exacto en el que el trabajador vaya a dar comienzo a su actividad laboral, o si los días anteriores, o el propio día de incorporación al trabajo, fuesen inhábiles, no eximen al trabajador de la obligación de remitir con anterioridad por cualquier medio telemático o informático, los documentos necesarios que acrediten el alta inicial, siguiendo los modelos reglamentarios que aparecen en la Página Web de la Seguridad Social, y al que antes me he remitido en el correspondiente Anexo 3. De no ser posible tampoco dar cuenta de estos datos por este medio, habrá que estar a lo que determine el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para cada caso concreto. Termina el legislador diciendo que cuando el empresario no cumpla en tiempo y forma con lo previsto en este artículo, se derivarán responsabilidades para él, pero también incluye la posibilidad, que no obligación (*podrán*), de que los trabajadores puedan solicitarla una vez constaten el incumplimiento de esta obligación por parte del empresario²⁰. Para Don Alberto, esta situación está generando un perjuicio grave, puesto que de no estar

²⁰ BENITA FERNÁNDEZ F., *Infracciones y sanciones en el orden social. Guía de Normas de Actuación y Procedimiento de la Inspección*, LEX NOVA, Valladolid, 1997, pp. 138 y ss.

dado de alta en el régimen de la Seguridad Social, no tendría derecho a las correspondientes prestaciones contributivas del Régimen General. Su derecho a la protección, de acuerdo con el artículo 124.1 de la Ley General de la Seguridad Social, nace una vez se ha afiliado y se ha dado de alta. Es entonces cuando aparece el hecho causante y ha lugar al derecho de protección. Podría darse el caso de afiliación (por el empresario o el trabajador) fuera de plazo, aquí ésta sólo tendrían efectos desde el día en que se formule la solicitud (art. 102.1 LGSS), sin que ello tenga efectos retroactivos. En caso de que hubiera cotizado el empresario por él, (que haya hecho el ingreso de cuotas en plazo reglamentario), lo procedente hubiese sido que la entidad gestora actuase de oficio²¹.

En este caso, el incumplimiento de dar de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, constituye una infracción grave tipificada en el artículo 22.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, (en adelante LISOS). Lo que establece este precepto es lo siguiente “*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 por cada trabajador que Don Fernando no haya dado de alta, está penado con una multa, que el artículo 40.1.e) LISOS, gradúa entre los siguientes baremos: 3.126 a 6.250 euros (en su grado mínimo); 6.251 a 8.000 euros (en su grado medio); y 8.001 a 10.000 euros (en su grado máximo). Por lo tanto, según la situación, la multa iría de los 3.126 euros pudiendo ascender a los 10.000 euros.

Además de esto, como la conducta realizada ha sido la tipificada en el artículo 22.2, y con independencia del número de trabajadores afectados, al empresario se le aplicarán las medidas precautorias previstas en el artículo 46.1 letras a) y b) (aunque el plazo de exclusión a que se refieren podrán ser de un año, y, si la conducta es reiterada podrá ampliarse a dos). Las medidas a las que se refieren estos apartados son las siguientes: por un lado, don Fernando perderá las ayudas, bonificaciones o beneficios que pudiera haber obtenido por la aplicación de los programas de empleo o formación profesional para el mismo (estos efectos se retrotraen al momento en el que contrató a don Alberto). Esta obligación de devolver, en caso de haber más de una, afectará a la de mayor cuantía en el momento de la comisión de la infracción de no afiliación y de la no alta. Por otro lado podrá ser excluido de todos estos beneficios por el plazo de un año a partir de la fecha en la que se emita la resolución que contenga la sanción.

²¹ Sentencia T.S.J. Madrid 216/2013 de 20 de junio, nº recurso 131/2013 (Cendoj): (FJº 2º) “*Se infiere de los preceptos transcritos, que es una actuación propia de la Tesorería General de la Seguridad Social, e independiente de las que pueda seguir la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la de promover las altas y bajas de los trabajadores cuando compruebe el incumplimiento de tal obligación; que dicha comprobación puede ser consecuencia de: a) La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como es el caso; b) por los datos obrantes en las entidades gestoras o servicios comunes de la Seguridad Social, y c) por cualquier otro procedimiento; y que en estos dos últimos casos, el Servicio Común de la Seguridad Social debe dar cuenta a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tanto para las comprobaciones como para los demás efectos que procedan*”.

3. Reproduzca el iter procedimental respecto de la actuación de la Inspección de Trabajo en ambas situaciones.

La Inspección de Trabajo constituye el principal instrumento con el que cuenta la Administración del Trabajo para hacer cumplir la normativa existente en materia de Derecho Laboral. La efectividad de las normas laborales no tendría sentido sin un órgano que velase por su cumplimiento. Dicho órgano necesariamente es imparcial y técnico, y está formado por inspectores/as y subinspectores/as de Trabajo y Seguridad Social, cuyo trabajo es estar en contacto con la realidad económico-social, y están en contacto con las empresas, empresarios y trabajadores; para realizar su función de control y vigilancia del cumplimiento de las normas aplicables al orden social y que incluyen las responsabilidades administrativas en las que pueden incurrir empresas y trabajadores, así como son responsables del asesoramiento e información a los mismos en materia laboral y de seguridad social²².

Para este caso, no podemos utilizar la nueva Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, de 21 de junio de 2015, puesto que el caso se desarrolla en 2014, y la misma aún no estaba en vigor, por lo que para resolver esta pregunta, nos remontaremos a la anterior versión de la Ley (Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social²³). El artículo 1 de esta Ley la define como un “*servicio público al que corresponde ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas de orden social y exigir las responsabilidades pertinentes, así como el asesoramiento y, en su caso, arbitraje, mediación y conciliación en dichas materias, que efectuará de conformidad con los principios del Estado social y democrático de Derecho que consagra la Constitución Española, y con los Convenios números 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo*”. A su vez este servicio público, forma parte del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que se define como “*el conjunto de principios legales, normas, órganos, funcionarios y medios materiales que contribuyen al adecuado cumplimiento de las normas laborales; de prevención de riesgos laborales; de Seguridad Social y protección social; colocación, empleo y protección por desempleo; cooperativas; migración y trabajo de extranjeros, y de cuantas otras materias le sean atribuidas*”.

Para realizar estos servicios, la ITSS cuenta con funcionarios que pertenecen al Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y de Seguridad Social, que realizan sus funciones bajo los principios de independencia técnica, objetividad e imparcialidad (convenios internacionales número 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT). Es un cuerpo de carácter nacional (art. 2.1 LIT).

Esta Ley establece un modelo de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que según el artículo 15.1, se basa en el principio de colaboración interinstitucional entre el Estado y las Comunidades Autónomas, cuya organización será única e integral. El Tribunal Constitucional señala en las sentencias 185/1991

²² GARCÍA RUBIO M.A., *La inspección de trabajo y Seguridad Social*, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 1999, pp. 157 y ss.

²³ *vid. Supra* pp. 38 y ss.: La promulgación de esta Ley inspectora se justifica por la necesidad de corregir las disfuncionalidades a las que conducían la longeva Ley 39/1962, que al haber sido gestada en el seno de un Estado autoritario y centralista ni se adaptaba a los nuevos principios democráticos (...), ni a, resto de disposiciones normativas que habían ido emanando en el orden social. (...) el objeto básico de esta Ley se fija en integrar y dar coherencia al tratamiento normativo de todos los aspectos relativos al sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, al que se define en su artículo 1.1.

fj3º y 195/1996, o 51/2006²⁴, que las competencias ejecutivas de las CCAA comprenden funciones administrativas, inspectoras y sancionadoras encaminadas a hacer cumplir la legislación laboral estatal.

Siguiendo la Ley de 1997 (la nueva ley de 2015 se pronuncia en idénticos términos), podemos resumir los servicios prestados de la ITSS a empresas y trabajadores en los que siguen. En primer lugar vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y contenido normativo de los convenios colectivos en los ámbitos de ordenación del trabajo y relaciones sindicales, prevención de riesgos laborales, sistema de Seguridad Social (normas en materia de campo de aplicación, inscripción, afiliación, altas y bajas de trabajadores, cotización y recaudación de cuotas y colaboración en la gestión de la Seguridad Social, entre otras), empleo y colocación, etc. En segundo lugar, servicios de asistencia técnica, entre los que se incluye la facilitación de información técnica a empresas y trabajadores, o la emisión de informes técnico-laborales a instancia de los órganos judiciales laborales. En tercer lugar, y con la previa aceptación de las partes afectadas por el conflicto laboral o la huelga, servicios de mediación, arbitraje y conciliación.

Para la realización de su trabajo, los Inspectores y Subinspectores tendrán carácter de autoridad pública. Los sujetos inspeccionados, en su caso, tendrán derecho a recabar la acreditación de los mismos, que se hará efectiva mediante un documento oficial expedido por la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social²⁵.

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1991, de 3 de octubre de 1991 (BOE núm. 265 de 05 de noviembre de 1991) (Buscador de Jurisprudencia Constitucional), FJ3: *“El criterio interpretativo propuesto por la Comunidad Autónoma puede ser desde luego, aceptado con carácter general para determinar la competencia estatal o autonómica en relación con las actas de la Inspección de Trabajo, cuando las mismas se refieran a posibles infracciones de la legislación laboral cuyo cumplimiento corresponda verificar a ésta. Dado que son los hechos descritos en el acta los que dan pie a las posteriores actuaciones administrativas, a ellos habrá que estar para determinar la materia a la que aquélla ha de ser adscrita y, en directa conexión con ello, la autoridad administrativa competente para tramitar el correspondiente expediente”*.

Sentencia del Tribunal Constitucional 195/1996, de 28 de noviembre de 1996 (BOE núm. 3 de 03 de enero de 1997) (Buscador de Jurisprudencia Constitucional) FJº16: *el reconocimiento de la competencia autonómica para designar entre sus propios funcionarios a los instructores de los expedientes sancionadores, dado que, después de afirmarse que la designación del instructor debía recaer en un Inspector de Trabajo y Seguridad Social, se admitía que la designación, en su caso, debía producirse de acuerdo con la regulación propia de las Comunidades Autónomas, teniendo la referencia a la Inspección, por fuerza, únicamente un valor instrumental*.

Sentencia del Tribunal Constitucional 51/2006, de 16 de febrero de 2006 (BOE núm. 64 de 16 de marzo de 2006) (Buscador de Jurisprudencia Constitucional) *“la competencia para la imposición de las sanciones en materia laboral y de Seguridad Social a las cuales se aplica el art. 18.3 (Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de Seguridad Social) objeto del presente conflicto de competencia corresponde, en principio, a la Generalidad de Cataluña, excepto en el caso de aquéllas que han quedado reservadas al Estado en materia de régimen económico de la Seguridad Social”*.

²⁵ VÁZQUEZ GONZÁLEZ I. (COORDINADOR): *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 69.

De esta visita que se realizó, se derivan tres procedimientos, por un lado el referente a la situación de la empresa en lo referente a la higiene y los riesgos laborales, la cual no cumplía de ningún modo las exigencias mínimas en esta materia; en segundo lugar la situación del trabajador don Alberto (ambas consecuencias de la denuncia de don Francisco); y en tercer lugar la situación del denunciante, cuyas horas extraordinarias no eran retribuidas, no realizaba los descansos que le correspondían, y su jefe lo trabaja de manera vejatoria, provocándole la visita a un médico que le diagnostica la baja.

Por una parte, entraremos a analizar la regulación y lo que dice nuestra normativa acerca de los riesgos laborales en el sector de la construcción. De este modo, en materia de prevención de riesgos laborales, nos encontramos con un marco normativo amplio y complejo, puesto que existen multitud de normas, de diferente rango jerárquico normativo, emanadas de órganos bien distintos (internacionales, comunitarios, autonómicos y convencionales). Además, dentro de estas normas habrá que diferenciar entre las que tienen un ámbito de aplicación general y las que son para ámbitos concretos.

La Constitución española, también garantiza (directa o indirectamente), la protección dentro del puesto de trabajo. El primero de los preceptos que se podría mencionar, es el artículo 15, acerca de la garantía del derecho a la vida y a la integridad física y moral. Además el artículo 40.2 CE, como principio rector de la política social y económica, establece que los poderes públicos “velarán por la seguridad e higiene en el trabajo”. Por su parte, los artículos 43.1 y 2 reconocen el derecho a la protección de la salud, y serán los poderes políticos los responsables de la tutela de dicha salud pública, mediante las “medidas preventivas y las prestaciones y servicios necesario”. Aunque el trabajador no tenga reconocido directamente a través de la Carta Magna, un derecho subjetivo frente al Estado o frente a su empresario, a la salud laboral, la propia Constitución reclama de los poderes políticos, una política activa de protección al trabajador, en materia de seguridad y salud laboral.

Hay tres leyes, que van a desarrollar la prevención de riesgos laborales en sus diferentes vertientes. En primer lugar la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales; en segundo lugar en lo que respecta a la salud laboral, está la Ley 15/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; y en tercer lugar acerca de la seguridad industrial, la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria.

Esta diversidad la explicita el artículo 1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL), cuando dice “*la normativa sobre prevención de riesgos laborales está constituida por la presente Ley, sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas, legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito*”. El ámbito de aplicación de la Ley, de acuerdo con el artículo 3 de la misma, lo constituyen las relaciones laborales por cuenta ajena, y éstas son las que vienen recogidas en el Estatuto de los Trabajadores, quedando fuera todas las nos incluidas en él (todas las que queden fuera de lo comprendido en los artículos 1.1 y 1.2 ET). Tampoco quedarán al amparo de la Ley las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal que presta sus servicios a las Administraciones Públicas (funcionariado, personal estatutario de los Servicios Públicos de Salud, y personal contratado administrativamente).

Por ende, los sujetos sometidos a esta Ley serán las empresas privadas (Construnova S.A.); las empresas públicas y Administraciones Públicas, las sociedades cooperativas con socios trabajadores; los trabajadores, funcionarios públicos, personal estatutario, contratados administrativamente y socios trabajadores; trabajadores autónomos; y fabricantes, importadores y suministradores.

La LPRL, no limita la prevención de riesgos laborales a un conjunto de deberes que el empresario debe cumplir, o a la subsanación de situaciones de riesgo ya creadas, sino que se integra en el conjunto de actividades y decisiones de la empresa desde el momento en que esta empieza a realizar su cometido. Así, esta Ley se va a inmiscuir en la planificación de la misma con la evaluación inicial de los riesgos inherentes al trabajo y con ello, obligará a adoptar las medidas adecuadas a la naturaleza de los riesgos que se encuentren. En la propia Ley se recoge la necesidad de que estas fases reciban un tratamiento específico a través del desarrollo reglamentario correspondiente y así consta en el artículo 6 LPRL, disponiendo su apartado 1 d) y e), que el Gobierno procederá a la regulación, a través de la correspondiente norma reglamentaria, de los procedimientos de evaluación de los riesgos para la salud de los trabajadores y de las modalidades de organización, funcionamiento y control de los servicios de prevención, así como de las capacidades y aptitudes que han de reunir dichos servicios y los trabajadores designados para desarrollar dicha actividad preventiva.

Así, nace el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de Prevención de Riesgos Laborales, en el que se adaptan todos estos mandatos de la Ley, y se da cumplimiento a la prevención de riesgos laborales como actividad integrada en el conjunto de actividades de la empresa en todos sus niveles jerárquicos, y todo ello, presidido por los “principios de eficacia, coordinación y participación”.

Con esta normativa, los agentes encargados, harán una evaluación inicial de los riesgos, antes de que la empresa comience con sus actuaciones para que la misma pueda continuar con la planificación de la actividad preventiva que precise. Esto, según el artículo 31 LPRL, se regulará de diferente forma, según el tamaño de la empresa, la entidad de los riesgos, y la peligrosidad de las actividades que va a desarrollar. Si estas actuaciones encaminadas a la prevención de futuros accidentes y riesgos, llevan al empresario a adoptar medidas, tales quedarán acreditadas por la autoridad laboral de los servicios de prevención externos, y así se garantiza que estamos ante una empresa que cumple sus obligaciones; y por otro lado, se realizará una auditoría o evaluación externa del sistema de prevención, en caso de que la actividad sea asumida por el empresario con sus propios medios²⁶.

Ya en el sector de la construcción, nos encontramos con diversas disposiciones de las cuales destaca, en primer término, el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre que se adopta para transponer la Directiva Comunitaria 92/57/CEE, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción; y para cumplir, asimismo el Convenio núm. 62 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre disposiciones de seguridad en la industria de edificación; y además de ello, para cumplir lo dispuesto en el artículo 6 LPRL, que dispone lo que sigue: “el Gobierno debe regular las medidas preventivas específicas en trabajos especialmente peligrosos”.

Con todo, el Real Decreto 1627/1997, no regula todas las actividades que la LPRL va a exigir a cualquier empresario en materia de prevención de riesgos laborales. Será aplicable en tanto que es una norma especial, en lo que regula específicamente, y en lo no previsto en él, será de aplicación general la Ley. Otra Ley promulgada en este sector, y que aquí no nos afecta pero que es preciso mencionar, ha sido la 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, cuya finalidad es luchar de manera activa contra la frecuente siniestralidad que se da en este sector. La definición de subcontratación la da la propia Ley en el artículo 3 y consiste en: “la práctica mercantil de

²⁶ SALA FRANCO T.: *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp.17 y ss.

organización productiva en virtud de la cual el contratista o subcontratista encarga a otro subcontratista o trabajador autónomo parte de lo que a él se ha encomendado”.

Volviendo al tema que nos ocupa, el Real Decreto 1627/1997, se aplicará a las obras de construcción de acuerdo con el artículo 1.1. Se entenderá por tales, “*aquellas obras públicas o privadas, en las que se efectúen trabajos de construcción o ingeniería civil, cuya relación no exhaustiva figura en el Anexo I*”. El Anexo I, al que se refiere, incluye y de manera no taxativa una relación de trabajos de construcción o ingeniería civil, objeto del ámbito de aplicación del RD: excavación, movimiento de tierras, construcción, montaje y desmontaje de elementos prefabricados, acondicionamientos o instalaciones, transformación, rehabilitación, reparación, desmantelamiento, derribo, mantenimiento, conservación, trabajos de pintura y limpieza, o saneamiento. En esta enumeración, comprobamos que además de los trabajos propiamente del sector, se incluyen otros complementarios como rehabilitación, mantenimiento, limpieza o conservación, los cuales se llevan a cabo sobre construcciones ya realizadas. Ya he dicho, y ello resulta del propio Real Decreto, que es una lista no exhaustiva, y para su correcta interpretación debemos acudir a la Ley de Ordenación de la Edificación, cuyo artículo 2 nos da la definición de edificación, que será “*la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado*”.

El artículo 2 del presente RD, incluye las personas o sujetos que pueden intervenir en una instalación industrial. Brevemente haré una lista de ellos, para que se tenga en cuenta, dada la falta de precisión del caso, al no concretar el tipo de actividad que realiza cada uno de los sujetos, ni su papel en la empresa.

Así, a modo de resumen, nos encontramos en primer lugar al promotor, que es cualquier persona física o jurídica, a cuya cuenta se realiza una obra (si la actividad contratada fuera únicamente la construcción o reparación de una vivienda familiar, no tendrá la misma consideración que cuando el promotor contrate directamente con trabajadores autónomos para la realización de la obra o trabajos de ella, pues en este caso tendrá la consideración de contratista en los trabajos que se le hayan encomendado, a todos los efectos de lo dispuesto en el RD). En segundo lugar aparece el proyectista o autor, que realizará el proyecto de la obra, por encargo de otro (promotor o contratista). En tercer lugar, aparece el contratista, que podrá ser persona física o jurídica, y que pone a su disposición medios económicos y humanos a disposición del promotor, para la ejecución de la obra, en su totalidad o parcialmente. Suya será la función de policía, acerca del desarrollo de la construcción (artículo 24.3 LPRL). En cuarto lugar está el subcontratista, que asume las obligaciones de realizar la obra (total o parcialmente) del anterior, que pasará a ser el empresario principal. En quinto lugar el trabajador autónomo, que necesariamente será persona física y su labor será realizar de forma personal y directa la actividad constructiva que se le encargue, respondiendo ante el promotor, contratista o subcontratista. Éste se convertirá en ellos, de tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena. En penúltimo lugar, el coordinador en materia de seguridad y salud laboral durante la elaboración del proyecto de obra, que velará por la correcta aplicación de los principios generales que serán los recogidos en el artículo 8 RD: prevención en materia de seguridad y de salud. Y ya, en último lugar el coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra que llevará a cabo las tareas encomendadas por el artículo 9 RD: coordinará la aplicación de los principios generales de prevención y de seguridad cuando se tomen “*decisiones técnicas y de organización con el fin de planificar los distintos trabajos o fases de trabajo que vayan a desarrollarse simultánea o sucesivamente*”, y cuando se estime la “*duración requerida para la*

ejecución de estos distintos trabajos o fases de trabajo”²⁷. Además, en términos del mismo artículo, para garantizar la correcta labor de los contratistas, subcontratistas, o trabajadores autónomos, coordinarán sus actividades, bajo los principios de acción preventiva que se recogen en el artículo 15 del RD “*información adecuada de todas las medidas que hayan de adoptarse en lo que se refiere a su seguridad y su salud en la obra*” e información comprensible. Otra de sus funciones será la aplicación de un plan de seguridad y salud que habrá de elaborar previamente el contratista, así como sus eventuales modificaciones. En caso de que no sea necesario el nombramiento de un coordinador, esta función será asumida por la dirección facultativa, que serán los técnicos competentes designados por el promotor y que se encargarán de la dirección y control de la ejecución de la obra. Siguiendo con las funciones del coordinador, y para terminar este punto, organizarán la coordinación de actividades empresariales que prevé el artículo 24 LPRL; coordinarán las acciones y funciones de control de la aplicación correcta de los métodos de trabajo; y adoptarán las medidas necesarias para prohibir el acceso a la obra (esta otra función también podrá ser asumida por la dirección facultativa, en igual sentido que la prevista la aplicación del plan de seguridad y salud).

En otro orden de las cosas, en cada obra de construcción, deberá hacer determinados recursos preventivos, y sobre esto será de aplicación lo dispuesto en el artículo 32 bis LPRL. La Disposición Adicional Decimociarta.2 LPRL, dice que la presencia de los recursos preventivos de cada contratista no libera de sus obligaciones al coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra. Vamos a ver qué es lo que dice el artículo 32 bis acerca de estos recursos.

En primer lugar, debemos tener en cuenta, que su presencia en el centro de trabajo será preceptiva siempre y cuando durante la obra se desarrollen trabajos con riesgos especiales (trabajos cuya realización exponga a los trabajadores a riesgos de especial gravedad para su seguridad y salud, artículo 2.1.b) RD 1627/1997); cuando la actividad que se esté llevando a cabo esté considerada peligrosa; o cuando sea la propia Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la que requiera la presencia de los mismos, y ésta venga exigida por las condiciones de trabajo apreciadas por ellos.

Los recursos preventivos podrán ser los que el empresario designe, pudiendo optar entre uno o varios trabajadores de la empresa, uno o varios miembros del servicio de prevención de la empresa, o uno o varios miembros del servicio de prevención contratado de nuevo, por la empresa. En caso de ser varios los designados, deberán mediar entre ellos el principio de coordinación entre las actividades que ellos realicen. Durante el periodo en el que presten sus servicios como tales, deberán permanecer en el efectivo centro de trabajo.

En definitiva, y a tenor de lo que dispone la Disposición Adicional Única del RD 1627/1997, la presencia de los recursos preventivos tendrá por objeto velar por el cumplimiento de las medidas incluidas en el plan de seguridad y salud (que determinará la forma de llevar a cabo la presencia de estos recursos), así como comprobar su eficacia. Si de la “función de policía” se comprueba que no se cumplen las medidas preventivas, los facultados para realizar esta función darán debida cuenta de las instrucciones necesarias para la reposición a la situación de cumplimiento de las actividades preventivas, así como inmediato traslado al empresario para que adopte medidas correctoras que procedan, de no haberse procedido a su subsanación. Si lo que observa el vigilante es que las medidas son insuficientes, incorrectas o inadecuadas, de igual modo deberán ponerlo en conocimiento del empresario para que

²⁷ SALA FRANCO T.: *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp.356 y ss: La prevención de los riesgos laborales en el sector de la construcción.

proceda a modificar el plan de seguridad y salud, sobre lo que prevé el artículo 7.4 RD, ya que podrán presentar por escrito y de forma razonada las sugerencias o alternativas que estimen oportunas.

Como vemos, no son pocas las exigencias que se establecen para garantizar e intentar no dejar ningún cabo suelto en la seguridad y salud en el sector de la construcción. Desoyendo estas disposiciones, parece que Don Fernando ha hecho caso omiso de todas ellas, por lo que en breve veremos que procedimiento habrá de seguir la Inspección de Trabajo con respecto a este punto.

Pero antes, y en aras de finalizar con esta explicación, en la que intento hacer un desglose del Real Decreto, es necesario mencionar alguna de las obligaciones que se establecen para el contratista, como es la de elaborar un Plan de Seguridad y Salud en el Trabajo, para el desarrollo del Estudio Básico de Seguridad y Salud. Es el artículo 7 que establece que en él se van a analizar y desarrollar las previsiones del Estudio, en función del sistema de ejecución de la obra. Su aprobación será anterior al inicio de la obra y le corresponderá al coordinador en materia de seguridad y salud laboral, velar por su cumplimiento durante la ejecución de la misma. El plan podrá ser modificado si devienen situaciones no previstas y la aprobación de la modificación seguirá el procedimiento de la aprobación inicial²⁸.

De acuerdo con el artículo 18 RD, el promotor deberá realizar un aviso previo a la autoridad laboral antes del comienzo de la obra, en el que se identificarán todos los sujetos intervinientes en la misma, el tipo de obra, la dirección de la misma, la fecha prevista para su inicio y el tiempo aproximado de duración del trabajo. La comunicación que debe realizarse de comienzo de las actividad constructora deberá incluir el Plan de Seguridad y Salud Laboral, y éste deberá estar a disposición de la Inspección de Trabajo y de los técnicos especializados en materia de seguridad y salud laboral de las Administraciones Públicas (artículo 19 RD).

Las obligaciones continúan, y el Colegio Profesional al que pertenezca el técnico que haya aprobado el Plan, deberá facilitar un libro de incidencias habilitado, para el seguimiento y control del mismo. Este estará en poder del coordinador o del director facultativo y a disposición del contratista o subcontratista, de los trabajadores intervinientes en la obra, y de los técnicos responsables de las Administraciones Públicas.

El coordinador tiene a su disposición la facultad que le otorga el artículo 14 RD, y podrá paralizar los trabajos siempre y cuando riesgos graves e inminentes para la seguridad y salud de los trabajadores, debiendo dar inmediata cuenta a la Inspección de Trabajo, a los contratistas y a los representantes de los trabajadores.

Respecto del régimen de responsabilidades, serán los contratistas y subcontratistas quienes respondan por el adecuado funcionamiento y cumplimiento del Plan de Seguridad y Salud Laboral, respecto de los trabajadores de la empresa y de los trabajadores autónomos que ésta contrate. Esto es así, aunque exista un coordinador o sea la dirección facultativa la que realice estas funciones, puesto que la presencia de estos no exime la responsabilidad de los anteriores. El promotor también tiene responsabilidades específicas en esta materia, y responderá por ello pese a haber nombrado a coordinadores o facultativos:

²⁸ MOLTÓ GARCÍA. J.I.: *Relaciones laborales en el sector de la construcción*, CISSPRAXIS, Valencia, 2000, pp. 333 y ss.

nombrar coordinadores, ordenar la elaboración de los Estudios y obligadores del coordinador o de la dirección facultativa (funciones que le son propias pese a que las pueda haber delegado)²⁹.

Finalizadas las explicaciones teóricas, vamos a ver qué hará la Inspección de Trabajo al constatar que las medidas anteriormente expuestas no se cumplen en ningún caso y de ningún modo.

La regulación actual del procedimiento que llevará a cabo la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, está regulada por la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, pero dadas las fechas en las que se mueve el presente caso, tendremos que estar a lo dispuesto en la regulación anterior, es decir, la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

La actuación Inspectora comenzará con la visita al respectivo centro de trabajo por un funcionario competente y sin necesidad de aviso previo. El funcionario (o funcionarios) se dirigirá frente a don Fernando en este caso, o de quien resulte obligado a este efecto y a falta de otros datos concretos, para que aporte la documentación que se le requiera y efectúe las declaraciones que resulten pertinentes en caso de existir expediente administrativo. La duración de las visitas no tiene períodos legalmente fijados, y podrán extenderse en el tiempo, hasta que se puedan dar por concluidas. Dice la misma ley, que en caso de no ser posible la realización de la función inspectora por obstrucción de los sujetos responsables y obligados a colaborar, se les requerirá para que presenten la documentación solicitada. Las actuaciones de comprobación que los funcionarios llevarán a cabo no podrán dilatarse por un periodo superior a nueve meses (excepto que la dilación sea imputable al empresario, en este caso don Fernando), y se podrán suspender hasta un límite máximo de tres meses. (Estas actuaciones, tal y como resulta del artículo 14 de la presente Ley, tendrán el carácter de antecedentes para las futuras actividades inspectoras que se lleven a término). De cada actuación de la Inspección el funcionario que la realice extenderá diligencia en el Libro de Visitas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que deberá tener cada centro de trabajo (como hemos dicho antes a disposición de la autoridad que lo solicite)³⁰.

Lo primero que va a ocurrir, es lo que prevé el artículo 7.1 de la Ley 42/1997, que prevé como primera medida derivada de la actividad inspectora la de *“advertir y requerir al sujeto responsable, en vez de iniciar un procedimiento sancionador, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen”*. Esta advertencia presupone que el inspector ya ha detectado la infracción cometida por el empresario, y con el requerimiento pretende que éste corrija en un plazo determinado por la Inspección ciertas irregularidades (en caso de la advertencia estamos ante un aviso de que sí se ha constatado la irregularidad, y que no es posible su subsanación pero que puede ser posible advertir en lugar de proponer la sanción: mediante palabra o mediante diligencia escrita en el Libro de Visitas de la empresa

²⁹ SALA FRANCO T.: *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp.366 y ss.: Los contratistas y subcontratistas serán responsables directos de la correcta ejecución del Plan de Seguridad y Salud respecto de sus trabajadores y respecto de los trabajadores autónomos por ellos contratados (lo mismo ocurre para las empresas subcontratistas).

³⁰ VÁZQUEZ GONZÁLEZ I. (COORDINADOR): *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág.171 y ss.: *“La visita de inspección en materia de seguridad y salud laboral presenta peculiaridades respecto de las que el inspector puede practicar por cualquier otro motivo. (...) Debe el inspector avisar de su presencia en el centro de trabajo al empresario o su representante, como en cualquier otra visita, y además comunicarla al Comité de Seguridad y Salud, al Delegado de Prevención, o en su ausencia, a los representantes legales de los trabajadores”*.

bajo la indicación de la infracción cometida y comprobada y bajo apercibimiento de que no podrá volver a repetirse). Si objeto de una nueva Inspección se vuelve a constatar la infracción y ya consta un antecedente, podrá abrirse un expediente sancionador en lugar de la advertencia (como consecuencia de las infracciones reiteradas). Esto quiere decir que la advertencia no conlleva a una inmediata sanción, y que en el caso de requerimiento la propuesta del mismo deberá ser cumplida por el empresario o sujeto obligado.

Concretamente, los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, será el Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social.

Para adoptar advertencias y requerimientos, con carácter general, se prevén una serie de condiciones que se contemplan de manera específica en el artículo 43 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. El Inspector requerirá (por escrito) al empresario (presuntamente responsable) para que subsane las deficiencias en un plazo dado, salvo que la gravedad e inminencia de los riesgos ordenase la paralización de las actividades, tal y como se prevé en el artículo 44 (eso sin perjuicio de la proposición de la sanción que pudiera corresponder). De no atender el requerimiento y de persistir las infracciones, el Inspector levantará acta de infracción por los hechos determinados en la visita. Lo que establece el artículo 44 LPRL, es que la medida será comunicada a la empresa y a los trabajadores afectados (don Francisco y don Fernando), al Comité de Seguridad y Salud, al Delegado de Prevención o a los representantes del personal. A estos efectos, don Fernando deberá dar debida cuenta al Inspector de la comunicación a todos estos sujetos, y éste a la autoridad laboral.

Don Fernando dispone de un plazo de tres días hábiles para para presentar una impugnación ante la autoridad laboral, teniendo ésta 24 horas para resolverla, siendo la resolución de carácter ejecutivo. La paralización podrá suspenderse cuando se constate por la Inspección que se ha procedido a la subsanación de las causas que la motivaron y será, don Fernando quien en este caso deba comunicarlo a la Inspección.

La Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, también contempla en el artículo 49, que entre las actuaciones que podría adoptar la Inspección tras la visita al lugar de trabajo, está la de “advertir y aconsejar, en vez de iniciar un procedimiento sancionador”, con lo que ambas actuaciones no son completamente ajenas entre sí. Para adoptar la opción de advertir, será necesario que no se deriven daños ni perjuicios directos a los trabajadores. Ese perjuicio es determinado por el funcionario que realiza la Inspección y el que deberá valorar la incidencia sobre los trabajadores. Esta advertencia o requerimiento deberá comunicarse por escrito o mediante diligencia en el Libro de visitas (tal y como he señalado antes), haciendo constar las irregularidades que se aprecien y el plazo dado para su reposición a la legalidad. Esto será así cuando la infracción permita su reparación.

Respecto a la posibilidad de recurso de estos actos, ha sido declarada irrecurrible tanto por la Administración como por los Tribunales, al tratarse de actos de trámite –no ejecutivos, que no inciden en el fondo del asunto y no impiden la continuación del procedimiento sancionador, ni causan indefensión. De no cumplirse la función de estos (evitar el procedimiento sancionador) y se promueve el acta de infracción, será aquí cuando don Fernando pueda utilizar los medios de defensa.

El Servicio Jurídico del Estado analizó esta cuestión el 26 de octubre de 1986, al considerar que el requerimiento es una *“actuación incidental emergente en el curso de la actividad administrativa que tienda o coadyuva a la consecución del objeto final de la misma (...) sin necesidad de recurrir al uso*

coercitivo de los poderes administrativos, pues los requerimientos de la Inspección de Trabajo son actos de trámite mediante los que se patentiza la constatación efectuada por aquélla de la existencia de un incumplimiento de la normativa aplicable invitándose a su satisfacción voluntaria”.

Otra medida que se puede adoptar, es la contemplada en el artículo 7.10 de la Ley 42/1995, que es la paralización de trabajos inmediata por concurrir riesgo grave para la seguridad o salud de los trabajadores. El artículo 4.4 considera como riesgo laboral grave e inminente aquél *“que resulte probablemente racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y que pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores”*. Como requisito esencial aparece el riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores. De esta exigencia se deriva la acotación de la noción de riesgo, y se precisan los criterios que deben guiar la valoración inspectora de la situación. A su vez, el artículo 44 LPRL requiere que la gravedad e inminencia del riesgo tenga su causa en la inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

En caso de que todo esto no sea posible, se iniciará el procedimiento de sancionador mediante apertura de acta de infracción por los *“incumplimientos comprobados o por producirse obstrucción a la labor inspectora, o requiriendo a las Administraciones públicas por incumplimiento de disposiciones relativas a la salud o seguridad del personal civil a su servicio”*. Esta acta de infracción deberá incluir los requisitos que se establecen en los artículos 53.1 LISOS y 14.1 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social (RD 928/1998): nombre y apellidos o razón social, domicilio y actividad laboral del presunto sujeto infractor y fundamentación fáctica y jurídica de su presunta responsabilidad, responsables solidarios y subsidiarios con los mismos datos, en su caso; número de trabajadores de la empresa y de los afectados por la infracción (para graduar y calificar la sanción); hechos comprobados o constatados; medios utilizados para su comprobación; infracción y normas infringidas; propuesta de sanción y cuantificación por las sanciones propuestas; órgano competente para resolver y plazo para la realización de alegaciones ante el mismo; funcionario que levanta el acta y firma; propuesta de publicar las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales; y fecha del acta de infracción.

Como el acta³¹ se ha emitido como consecuencia de infracción en materia de prevención de riesgos laborales, tras la actividad de comprobación realizada por los funcionarios competentes, se incorporará al texto del acta de infracción un relato de hechos y demás datos relevantes del informe, mencionando que se actúa por expediente administrativo.

En caso de que el Inspector estime oportuno adoptar medidas provisionales³² para asegurar la eficacia de la resolución y evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción, éstas no podrán causar perjuicios

³¹ Documentos en que los órganos de la Inspección plasman los hechos comprobados durante su investigación, pudiendo consistir tales hechos bien en un incumplimiento normativo que posibilita la apertura del procedimiento sancionador –actas de infracción, o bien en un descubierto de cotización a la Seguridad Social que pone en marcha el procedimiento de liquidación y recaudación de cuotas –actas de liquidación. GARCÍA RUBIO M.A. *La inspección de trabajo y Seguridad Social*, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 1999, pág. 407.

³² Así lo ha reconocido el TS en relación con las advertencias, en la STS, S3ª, de 9 de noviembre de 1990, nº recurso 1622/1989 (Cendoj) se insiste en que la formulación de una advertencia *“es facultad potestativa del Inspector, en absoluto obligatoria y reglada, dependiendo de la valoración de los hechos que arbitraria y libremente realice el Inspector”*.

de imposible o difícil reparación, y habrán de reflejarse en el acta (art. 5.4 Ley de Inspección de Trabajo, art. 19 Reglamento de Inspección de Trabajo y 14.2 RPS)³³.

Hasta aquí el procedimiento acerca del incumplimiento en materia de trabajo sobre la seguridad e higiene en el centro de trabajo.

Respecto de la situación del trabajador don Alberto, el cual recordamos que no estaba dado de alta en el oportuno régimen de la Seguridad Social, debemos analizar la acción de oficio por parte de la Inspección de Trabajo para regularizar la situación de este trabajador.

El proceso de oficio es una facultad que históricamente se ha atribuido a la Administración, con la finalidad de que tutelara la protección de los derechos de los trabajadores. Este proceso estaba recogido en el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprobó la Ley de Procedimiento Laboral y cuyos artículos 146 a 150 regulaban esta modalidad procesal denominada “*Del procedimiento de oficio*”, caracterizada porque es una actuación judicial que se inicia a consecuencia de una comunicación de la autoridad competente, la cual sólo se deriva de una actuación inspectora de la Administración (supuestos de los artículos 146 a) y c). Actualmente se encuentra regulado en los artículos 148 a 152 encuadrados en el Capítulo VII de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que lleva por rúbrica “del procedimiento de oficio y del de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social no prestacionales³⁴”.

El alta realizada de oficio para el trabajador don Alberto, se llevará a cabo por la Tesorería General de la Seguridad Social, en el Régimen General de la Seguridad Social en la empresa Construnova S.A., vino dada por la actuación previa de la Inspección de Trabajo, quien deberá comunicar a dicha TGSS la procedencia de la citada alta de oficio al haber constatado la prestación de servicios del citado trabajador para la sociedad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 13 de la Ley General de Seguridad Social y arts. 26 y 35 del 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.

El Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, prevé en su artículo 13, para todos los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, y en su artículo 100.2, específicamente para el Régimen General, que los actos de afiliación, altas y bajas puedan ser realizados de oficio por los correspondientes organismos de la Seguridad Social -función atribuida a la Tesorería General de la Seguridad Social-, cuando las personas o entidades a quienes incumben tales obligaciones no las cumplieren. Así, el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, dispone en su artículo 3.1: “*Corresponden a la Tesorería General de la Seguridad Social las funciones de... ejecución y control directos de la gestión*

³³ GARCÍA RUBIO M.A. *La inspección de trabajo y Seguridad Social*, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 1999, pp. 365 y ss.

³⁴ Esta circunstancia se produce en aquellos casos en que los hechos constatados por el Inspector coinciden o tienen alguna incidencia sobre aquellos otros hechos que son objeto de debate en el curso de un proceso laboral iniciado entre particulares o entre éstos y la Seguridad Social. Así son habituales supuestos en que las actas de liquidación levantadas por la Inspección son utilizadas para solicitar la afiliación a un determinado régimen de la Seguridad Social. A esto se refiere A esto se refiere la STSJ de Andalucía, nº recurso 460/2012 (Cendoj).

en orden a la inscripción de empresas, apertura de cuentas de cotización, formalización de la cobertura para la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en los términos establecidos en el presente Reglamento así como la toma de razón de la extinción de las empresas y la instrumentación de la afiliación, altas y bajas de los trabajadores o asimilados, variaciones de datos de unas y otros y asignación del número de la Seguridad Social a los ciudadanos. Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de la función inspectora de la actuación de las empresas y demás sujetos responsables y de los trabajadores y beneficiarios respecto de las materias reguladas en este Reglamento, que se ejerce a través de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la cual además emitirá los informes que, en relación con las funciones atribuidas a la Tesorería General de la Seguridad Social, le sean solicitados por la misma".

El mismo Reglamento General regula la afiliación de oficio en su artículo 26, el cual dispone: "*1. La afiliación podrá efectuarse de oficio por las Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administraciones de la misma cuando, por consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de los datos obrantes en las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social o por cualquier otro procedimiento, se compruebe el incumplimiento de la obligación de solicitar la afiliación por parte de los trabajadores o empresarios a los que incumba tal obligación. 2. Cuando la afiliación de oficio no sea consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma dará cuenta a aquélla al objeto de las comprobaciones y demás efectos que procedan".*

Además, el artículo 29.1.3.º del citado Reglamento General previene, con respecto a las altas y bajas de los trabajadores: "*el incumplimiento de las obligaciones de comunicar el ingreso o cese de los trabajadores por parte de las empresas o, en su caso, de los trabajadores obligados dará lugar a que sus altas o bajas puedan ser efectuadas de oficio por la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma competente, de acuerdo con lo previsto para la afiliación en los artículos 26 y 33 de este Reglamento".*

Se infiere de los preceptos transcritos, que es una actuación propia de la Tesorería General de la Seguridad Social, e independiente de las que pueda seguir la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la de promover las altas y bajas de los trabajadores cuando compruebe el incumplimiento de tal obligación; que dicha comprobación puede ser consecuencia de: a) La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como es el caso; b) por los datos obrantes en las entidades gestoras o servicios comunes de la Seguridad Social, y c) por cualquier otro procedimiento; y que en estos dos últimos casos, el Servicio Común de la Seguridad Social debe dar cuenta a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tanto para las comprobaciones como para los demás efectos que procedan.

En este caso lo que debemos comprobar es que concurren una serie de circunstancias para la procedencia de dar la referida alta, en aplicación de las facultades que se recogen en el art. 13.4 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio, por lo que la TGSS no está obligada antes de acordar las altas de oficio a hacer uso de lo dispuesto en el artículo 151 de la LRJS, puesto que dicho precepto no es aplicable a los actos de la Tesorería sino a los de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, ni por tanto, viene obligada a remitir lo actuado a la jurisdicción social para que ésta determine si existe o no relación laboral, puesto que el concepto de autoridad laboral del artículo 150 LRJS no abarca a la Tesorería General, como se desprende del contenido del artículo 54 del Real Decreto 84/1996, de 26 enero: "*1. La autoridad laboral competente pondrá en conocimiento de la entidad gestora o colaboradora interesada y de la Tesorería General de la Seguridad Social aquellos hechos de los que,*

por razón de su competencia, tenga conocimiento, cuando afecten al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente Reglamento, para que puedan adoptarse de oficio las medidas conducentes a la garantía de los derechos de todas aquéllas así como de las personas incluidas en el campo de aplicación de los Regímenes de la misma".

Por tanto, no está la Tesorería General obligada a la comunicación que establece el artículo 148 d) LRJS, sin perjuicio de que, si se hubiera planteado la cuestión ante la jurisdicción social, si el correspondiente Juzgado de lo Social estimase la inexistencia de relación laboral, se procediese a la revisión de las resoluciones de la Tesorería General de la Seguridad Social, que acordaron las altas de oficio.

Por otro lado, tal y como afirma el artículo 148 d) LRJS, exige para iniciar el proceso de oficio a virtud de comunicación que deberá dirigir la autoridad laboral al Juzgado que *"cuando cualquier acta de infracción o de liquidación levantada por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, relativa a las materias de Seguridad Social excluidas del conocimiento del orden social en la letra f) del artículo 3, haya sido impugnada por el sujeto responsable con base en alegaciones y pruebas que, a juicio de la autoridad laboral, puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora"*.

De idéntica manera el artículo 19 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, establece que: *" 1. Cuando el acta de infracción haya sido impugnada por el sujeto responsable con base en argumentos y pruebas que razonablemente puedan desvirtuar la naturaleza jurídica de la relación objeto de la propuesta inspectora, el Inspector de Trabajo y Seguridad Social podrá proponer al respectivo Jefe de la Inspección Provincial o el órgano competente de la Comunidad Autónoma que se formalice demanda de oficio ante la Jurisdicción de lo Social que, de formalizarse, motivará la suspensión de la práctica del acta con notificación al interesado "*.

Como se ha mencionado, este supuesto se regula en el artículo 148.1 a) LRJS, desarrollándose de manera específica en el art. 150 del mismo Cuerpo Legal. Para que la autoridad laboral pueda sancionar a cualquier persona física o jurídica que haya perjudicado los derechos económicos de los trabajadores, es preciso que previamente se levante un acta de infracción por la Inspección de Trabajo correspondiente. Recordamos que este documento es público, suscritos por un funcionario público, cualificado como funcionario técnico de la Inspección de Trabajo, que pone de relieve unos hechos determinados que a su juicio, son causa de infracción.

El acta de infracción debe contener los mismos requisitos de los artículos 53.1 LISOS y 14.1 RGIPS. Si no contienen los requisitos legales para surtir efectos, no estaremos ante el proceso de oficio que regula la LRJS, sino ante un acto anulable conforme a lo dispuesto en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y deberán ser impugnadas, por lo tanto, en vía contencioso administrativa.

Para que el proceso de oficio pueda ser iniciado por la causa del artículo 148.1 a) LRJS, es necesario que concurran los siguientes requisitos. En primer lugar deberá existir una acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantada por haberse apreciado, por parte de la misma y actuando de oficio o a instancia de parte, perjuicios económicos para los trabajadores (en este caso, don Alberto no estaba dado de alta en el régimen de la Seguridad Social). En segundo lugar, el acta de

infracción deberá ser firme, dado que a tenor de este artículo el proceso solo se iniciará a causa de certificaciones de las resoluciones firmes. Que la resolución sea firme³⁵, implica que la misma no podrá ser impugnada en vía administrativa, y esto ocurre cuando se han agotado los recursos que procedan contra la misma en vía administrativa, es decir cuando se agoten los recursos previstos en la Ley 30/1992 en el artículo 107.1, el cual dispone que *“contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley”*.

La impugnación en vía jurisdiccional social, no impedirá, de conformidad con el artículo 6.1 RGIPS, la ejecución de las resoluciones administrativas sancionadoras que hubieren adquirido firmeza.

El procedimiento de oficio deberá ser iniciado a consecuencia de las certificaciones de las resoluciones firmes derivadas de actas de infracción por la autoridad competente. Siendo propuesta su interposición por el Inspector de Trabajo y Seguridad Social que conozca del asunto al Jefe de la Inspección de la Provincia de A Coruña o al Jefe de la respectiva Unidad especializada (arts. 6.1 RPSOS y 7.2 LOIT). El artículo 148 LRJS señala que el procedimiento de oficio podrá iniciarse de oficio, lo que supone que quedará bajo su discrecionalidad, ahora bien, la negativa a interponer el proceso de oficio, es impugnable, por don Alberto en este caso, pues es persona perjudicada por dicha decisión. Esta impugnación deberá hacerse a través de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En lo que respecta a la conciliación previa como requisito previo para interponer la demanda ante el órgano jurisdiccional laboral, que venimos mencionando respecto a otras acciones que se podían entablar, el artículo 64.1 LRJS, estableen que estarán exentos de la interposición de las acciones que tienden a evitar el proceso, los procesos, valga la redundancia, iniciados de oficio.

La autoridad laboral iniciará el procedimiento presentando la demanda, correspondiendo tal facultad a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, los cuales podrán proponer al Jefe de la Inspección Provincial o al Jefe de la respectiva Unidad especializada la formulación de la demanda de oficio ante los Juzgados de lo Social correspondientes. Para determinar si la autoridad laboral pueda ser parte en el proceso (lo que supondría que el ordenado judicial le comunicase todas las incidencias que suceden a lo largo del mismo y permitiéndole presentar pruebas que defiendan su postura procesal).

Don Alberto también será parte, como trabajador perjudicado económicamente. Pero la presencia de éste, no impide que el procedimiento se siga de oficio, en todos sus trámites, y el trabajador tendrá la consideración de parte legitimada activamente, y no podrá desistir ni solicitar la suspensión del proceso (art. 150 LRJS).

Respecto de la situación de don Francisco como he apuntado, las posibles situaciones de acoso laboral sobre los trabajadores pueden ser puestas en conocimiento de la Inspección de Trabajo, quien será la

³⁵ *“El carácter de firmeza que se exige a las resoluciones significa, que la sentencia de la jurisdicción social no podrá ejercer ningún tipo de efecto sobre el procedimiento administrativo. Debe dejarse claro que el alcance de este proceso queda limitado a la relación privada entre empresario y trabajador, de manera que el órgano judicial debe tan sólo pronunciarse sobre la existencia o no de los perjuicios económicos reclamados y de su eventual cuantía”*. ALBIOL MONTESINOS, I., ALFONSO MELLADO, C.L., BLASCO PELLICER, A., GOERLICH PESET J.M.: *Derecho Procesal Laboral*, ed. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 1996, pps. 344-345.

encargada de exigir las correspondientes responsabilidades administrativas al empresario, por estas conductas que pueden llegar a atentar contra la dignidad de los trabajadores a su cargo. Las actuaciones de comprobación de un presunto acoso laboral son imprescindibles para destruir la presunción de inocencia a la que el empresario, don Fernando, tendrá derecho como cualquier otro ciudadano. Estas actuaciones consisten en la constatación directa por el Inspector de los hechos que el trabajador denuncia, y lo podrá hacer mediante declaraciones de otros trabajadores entrevistados, así como de la documentación observada. El artículo 20.4 LOIT, destaca que será pública la acción de denuncia del incumplimiento de la legislación de orden social.

El denunciante no podrá alegar la consideración de interesado a ningún efecto en la fase de investigación, si bien tendrá derecho a ser informado del estado de tramitación de su denuncia, así como de los hechos que se hayan constatado y de las medidas adoptadas al respecto únicamente cuando el resultado de la investigación afecte a sus derechos individuales o colectivos reconocidos por la normativa correspondiente al ámbito de la función inspectora. Si esta denuncia da lugar al inicio de un procedimiento sancionador, don Francisco podrá tener la condición de interesado, de acuerdo con los requisitos establecidos en el artículo 31 LRJAP-PAC³⁶. Tendrán condición de interesados, en el mismo supuesto, los representantes de las organizaciones sindicales, o representantes de los trabajadores, en su condición de titulares de los intereses legítimos que derivan de sus competencias. Sin perjuicio de lo anterior y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 9 apartado 4 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 928/1998, cuando la actuación inspectora se inicie por denuncia, se informará por escrito de su resultado.

Llevada a cabo la actuación inspectora, si se estima oportuno se extenderá acta de infracción y si comprueba indicios de delitos informará al Ministerio Fiscal para que valore la situación (de prosperar la vía penal, se anulará la administrativa).

Las actas de infracción se notificarán dentro de los diez días hábiles siguientes a su fecha y contra las mismas se podrá formular alegaciones en el plazo de quince días hábiles. Si se trata de actas de infracción y liquidación por unos mismos hechos se deberán notificar simultáneamente. Si no se formulan alegaciones se continuará el procedimiento hasta su resolución previa audiencia del presunto responsable. Si se formulan alegaciones el órgano que debe resolver podrá recabar informe ampliatorio del Inspector actuante que asumirá las funciones de instructor del expediente³⁷.

Las actas de liquidación y las de infracción y liquidación unificadas se elevan a definitivas por resolución del Jefe de la Unidad Especializada de la Inspección de Seguridad Social. Transcurridos seis

³⁶ Artículo 31 LRJAP-PAC I. *Se consideran interesados en el procedimiento administrativo: a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos. b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte. c) Aquéllos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva. 2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca. 3. Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derechohabiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento.*

³⁷ ALONSO OLEA M.A., CASAS BAAMONDE M.E., *Derecho del Trabajo*, THOMSON CIVITAS, ed. 25, Madrid, 2008, pps. 1333 y ss.

meses desde la fecha del acta sin que haya recaído resolución se producirá la caducidad del expediente sin que ello impida la iniciación de otro nuevo con identidad de sujeto, hechos y fundamento si la infracción no hubiera prescrito. La STS (3ª) de 12 de noviembre de 2001, dictada en el recurso de casación en interés de la ley nº 256/2000, fija doctrina legal en relación con el cómputo del plazo de caducidad de seis meses del artículo 20.3 del RPSOS diciendo textualmente en el fallo que “*se inicia en la fecha del acta de infracción levantada por la Inspección y no en la fecha de la visita de inspección de la que traiga causa si ésta fuera anterior, y termina en la fecha de notificación de la resolución del procedimiento sancionador*”.

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

Finalizada la actividad comprobatoria inspectora, comienza la fase en la que se establecen las sanciones, o devienen consecuencias de los procedimientos anteriormente iniciados.

Tendremos en cuenta, además de otras normas complementarias, el Real Decreto Legislativo 5/200, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social; así como su Reglamento de desarrollo, que procede 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 artículo 13 del Reglamento, recoge que el *“el procedimiento sancionador se iniciará de oficio, como resultado de la actividad inspectora previa, por acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”*. Por lo tanto una vez finalice el procedimiento, entraremos en la fase de tramitación e instrucción del expediente, para su posterior resolución. La Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en su Disposición Adicional cuarta.² establece que las actas de la Inspección, de cumplir los requisitos y formalidades tendrán la naturaleza de documentos públicos, y esto lo recoge el tenor literal de la disposición *“los hechos constatados por los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se formalicen en las actas de infracción y liquidación observando los requisitos legales pertinentes tendrán presunción de certeza sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan aportar los interesados”*. A estas presunciones legales se refiere el artículo 385 LEC, y las mismas dispensarán de la prueba de la presunción a la parte que se vea favorecida por él (no así, la parte a la que perjudiquen, o simplemente la parte contraria, podrá desvirtuarla mediante prueba en contrario acerca de la inexistencia del hecho presunto o el enlace entre el hecho probado y el presunto).

En primer lugar, por lo que respecta al incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales, cabe recordar que es a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a la que le corresponde la competencia de la vigilancia y control de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Así pues, después de realizar la tarea de observación inmediata en los lugares de trabajo cumple una de sus funciones, a la que complementará otra previa, que es la de asesorar y prestar asistencia técnica (a otro organismo de la Administración, trabajadores o empresarios).

Al no cumplir los mínimos exigidos en esta materia, la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, que ya he mencionado en la anterior cuestión, impone al empresario una serie de obligaciones que garantizarán la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio, en todos los aspectos relacionados con el trabajo, y esto es lo que expresa el artículo 14 del Texto Legal. Por ello, y a modo de recordatorio, el empresario va a estar obligado a realizar la prevención de riesgos laborales, mediante una estructura preventiva, antes de comenzar la actividad empresarial, y asimismo adoptará todas las medidas que sean necesarias para proteger la seguridad y salud de sus trabajadores. Otro precepto que habla de esta responsabilidad que surge del incumplimiento a la hora de adoptar las medidas precisas en esta materia, es el artículo 42, cuyo contenido establece que las repercusiones que pueden derivar para el empresario podrán ser de índole administrativa, civil y penal por los daños y perjuicios que puedan derivarse de esos incumplimientos. Sin descartar actuaciones de la Inspección en estos otros ámbitos, se centrará básicamente en conductas que vayan en contra del ordenamiento social, calificadas como infracciones administrativas.

Para ello, resulta de los artículos 5 LISOS, 93 ET y 45 LPRL, que para definir las infracciones sancionables por la Administración, previa actuación de la Inspección de Trabajo, se atenderá a aquellas conductas (por vía de acción u omisión) realizadas por el empresario y que sean contrarias a las disposiciones contenidas en los textos legales o en los Reglamentos de desarrollo, y en concreto, en materia de seguridad e higiene también se tendrán en cuenta las cláusulas normativas de los convenios Colectivos, tipificadas y sancionadas en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. El artículo 5 de esta Ley, extiende la sanción administrativa al contenido de los Convenios (correspondiendo a la Administración la tutela de las disposiciones convencionales, y sin perder de vista la multitud de normas de este calado que se podrán incluir aquí).

En el Sector de la Construcción, la importancia de mantener un correcto sistema de prevención de riesgos, afecta más que en otros, dada la alta siniestralidad que encierra. El Convenio General del Sector no ha sido ajeno a este condicionante, e introduce avances en la configuración de la Prevención, y de manera gradual y todavía no concluida, se ha intentado la aplicación directa al mundo diario de las relaciones laborales en las obras. De este modo, el Título IV del V Convenio General, lleva por rúbrica “Disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables en las obras de construcción” y aquí podemos encontrar un amplio abanico en el que se contempla la seguridad que cada trabajador debe tener de manera personal y autónoma, la seguridad del puesto de trabajo, la adecuación de los equipos de seguridad, y los requisitos de los materiales que se han de utilizar para llevar a cabo la concreta obra, entre otras muchas disposiciones.

Pues bien, en caso de que el Inspector de Trabajo y Seguridad Social, constate la existencia de una infracción a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, requerirá al empresario para la subsanación de las deficiencias encontradas (artículo 11.2 RD 928/1998), salvo que por su gravedad e inminencia de los riesgos proceda a paralizar inmediatamente los trabajos y en su caso, imponer la sanción correspondiente (artículos 43.1 LPRL y 11.3 RPSOS³⁸). Si en la diligencia que el Inspector formule en el Libro de Visitas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, apareciese el requerimiento de subsanación de deficiencias, éste deberá contener los datos adecuados a su finalidad y el plazo de subsanación. Si don Fernando incumple el requerimiento formulado por el Inspector, éste procederá a levantar acta de infracción por tales hechos. Si el acta de infracción se ha interpuesto desde el primer momento, entonces se pondrá en marcha el procedimiento sancionador contenido en los artículos 44 y siguientes de la Ley 31/1995 junto con el artículo 11.2 del RD 928/1998.

Cabe recordar, que el desconocimiento por parte de don Fernando, en este caso, no le va a eximir del cumplimiento de las normas en materia de seguridad, pues “*ignorantia juris non excusat*”.

La primera consecuencia que podría tener para la empresa sería que se ordenase la paralización inmediata de trabajos o tareas, si, a juicio del Inspector, se advierte de la existencia de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores. A esto se refiere el artículo 44 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, y a su vez habremos de diferenciarlo de la suspensión o cierre del centro de trabajo que menciona el artículo 53 de la misma Ley. Mientras la suspensión o cierre del

³⁸ GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, ed. TROTTA, Madrid, 1996, pp. 132: interpretan que existe contradicción en el inciso final del artículo 43.1 LPRL y el inciso final del artículo 43.2 de la misma Ley, desde el momento en que en el primero se sugiere que el requerimiento no obstaculiza que prosiga el procedimiento sancionador, mientras que el segundo parte del supuesto de que efectivamente el procedimiento sancionador no se ha puesto en marcha esperando a los resultados exitosos o no del requerimiento.

centro de trabajo es facultad y competencia del Gobierno central o, en su caso de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas, cuya dimensión es colectiva y general, y afecta a todos los trabajadores y a todos los trabajadores del centro de trabajo; la paralización es facultad personal del Inspector de Trabajo y Seguridad Social y afecta a concretos y determinados trabajos, o tareas realizadas por un grupo de trabajadores o por un solo trabajador.

La facultad de ordenar la paralización compete al Inspector en el ejercicio de sus funciones inspectoras, no al órgano administrativo de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y tal decisión, como he dicho, se basará en su apreciación personal. La misma, y a salvo de posibles recursos por una defectuosa apreciación del Inspector, estará justificada por la incompatibilidad entre las condiciones de trabajo en las que se encuentran los trabajadores y los mínimos niveles de protección de la salud y seguridad que se exige a la empresa, y por ende, la reanudación de la actividad no se podrá producir hasta que no se eliminen las causas que motivan la paralización. La medida deberá ser comunicada a la empresa responsable del incumplimiento de las normas de seguridad e higiene en el trabajo, por escrito mediante notificación formal o diligencia en el Libro de Visitas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, señalando las razones que motivan la decisión³⁹. Además, deberá ponerlo en conocimiento inmediato de los trabajadores afectados, del Comité de Seguridad y Salud, del Delegado de Prevención o, en ausencia de éste, de los representantes del personal; y además Construnova S.A. deberá dar cuenta al Inspector de Trabajo y Seguridad Social, sobre la notificación a todos estos sujetos. Todo lo mencionado se encuentra recogido en el artículo 44 LPRL.

Por otro lado, el Inspector deberá dar traslado de su decisión a la autoridad laboral competente, de acuerdo con el mismo artículo.

Todo lo expuesto será sin perjuicio del cumplimiento inmediato de la decisión, pues la empresa podrá impugnarla ante la autoridad laboral en un plazo de tres días hábiles, debiendo resolverse la impugnación en veinticuatro horas; siendo la resolución de carácter ejecutivo y sin perjuicio del recurso ordinario correspondiente (artículo 11.3 RPSOS).

En caso de incumplimiento por parte de Construnova de las resoluciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de las resoluciones de la autoridad laboral en materia de paralización de trabajos que no cumplan las normas de seguridad e higiene, se equiparará, respecto de los accidente de trabajo que pudieran producirse, a falta de regulación de la protección por dicha contingencia (con independencia de la responsabilidad o sanción a que diera lugar, artículo 11.4 RPSOS). Por eso, don Fernando en su situación, sería declarado responsable de las resultas de estos accidentes, además de los posibles recargos sobre las prestaciones, a cuyos efectos la Inspección goza de legitimación para iniciar el procedimiento que corresponda, mediante acta en la que consten los hechos, las disposiciones infringidas y la causa concreta de las que aparecen en el artículo 123 LGSS⁴⁰.

³⁹ SAMPEDRO GUILLAMÓN V.: *La Inspección de Trabajo y la prevención del riesgo laboral*, Tribuna Social, nº 59, 1995, pág. 9.

⁴⁰ GARCÍA RUBIO M.A., *La inspección de trabajo y Seguridad Social*, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 1999, pág. 400 y 401: “además de la anterior sanción económica, el incumplimiento de la paralización puede reportar al empresario importantes cargas de Seguridad Social, en los casos específicos en que, no habiéndose suspendido las actividades o habiéndose reanudado prematuramente, se produce en la empresa algún accidente de trabajo”.

A propósito de lo expuesto, esta facultad de paralizar u ordenar la paralización de trabajos y tareas por inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, por concurrir riesgo grave e inminente para los trabajadores, se encuentra conferida a la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, en virtud del artículo 7.10 de la antigua Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

En definitiva, la paralización se levantará por la Inspección o por el empresario, tan pronto como se subsanen las causas que lo motivaron, debiendo comunicarlo inmediatamente a la Inspección o a la autoridad laboral. Esto no liberará al empresario de las sanciones o indemnizaciones que procedan y de las medidas que puedan adoptarse para su garantía.

Las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales se categorizan en leves, graves y muy graves tal y como se establece en los artículos 11, 12 y 13 del Real Decreto Legislativo 5/2000. Y las cuantías de las sanciones por incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales se recogen en el Real Decreto 306/2007, que irán de los 40 a los 819.780€ en función de la gravedad. Las sanciones podrán imponerse en los grados de mínimo, medio o máximo, en función de los factores que se tengan en cuenta para llevar a cabo la valoración de la conducta. Tales factores serán: negligencia o intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocio de la empresa, número de trabajadores afectados o perjuicio causado. Para realizar la valoración se tendrán en cuenta criterios como: la peligrosidad de las actividades desarrolladas en la empresa o centro de trabajo; carácter permanente o transitorio de los riesgos inherentes a las actividades (de construcción en este caso); la gravedad de los daños que se hubieran podido producir por la ausencia o deficiencia de las medidas de seguridad que el empresario debía haber adoptado previamente a dar comienzo a la actividad empresarial; número de trabajadores afectados; incumplimiento de los requerimientos previos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; inobservancia de las propuestas realizadas por los Servicios de Prevención, Delegados de Prevención, o por el Comité de Seguridad y Salud de la empresa (de existir estas propuestas); y por último, la conducta seguida por el empresario en referencia a la materia de prevención de riesgos laborales.

Las cuantías que aquí indico, están en su equivalente en euros, puesto que la Ley 5/2000 (LISOS), en el artículo 40.2 recoge la cuantía de las infracciones en pesetas, pero para facilitar la comprensión de las cantidades transcribo su equivalente en la moneda actual.

De categorizarse la infracción como leve, tendría que encuadrarse en algunos de los supuestos que prevé la LISOS en el artículo 11, que en resumen serían los siguientes: *“1. La falta de limpieza del centro de trabajo de la cual no se derive riesgo para la integridad física o la salud de los trabajadores. 2. No rendir cuentas, en tiempo y forma, a la autoridad laboral competente, conforme con las disposiciones vigentes, de los accidentes de trabajo acaecidos y de las enfermedades profesionales declaradas cuando tengan la calificación de leves. 3. No comunicar a la autoridad laboral competente la apertura del centro de trabajo o la continuación de los trabajos después de efectuar alteraciones o ampliaciones de importancia, o consignar con inexactitud los datos que se deben declarar o rellenar, siempre que no se trate de una industria calificada por la normativa vigente como peligrosa, insalubre o nociva por los elementos, procesos o substancias que se manipulen. 4. Las que supongan incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que no tengan trascendencia grave para la integridad física o la salud de los trabajadores. 5. Cualquier otro tipo de infracciones que afecten a obligaciones de carácter formal o documental exigidas por la normativa de prevención de riesgos laborales y que no estén tipificadas como graves o muy graves”*. La sanción que procedería en este caso

para el don Fernando sería, en caso de imponerse en grado mínimo de 30,05 a 300, 51€; en grado medio de 300,52 a 601,01€; y en grado máximo de 601,02 a 1.502,53€.

Si por el contrario la infracción es calificada como grave, el artículo 12 LISOS prevé de igual manera un listado de supuestos en los que debería encajar la conducta de don Fernando y el estado de la empresa Construnova S.A. en relación con la prevención de riesgos laborales. Algunos de los casos que recoge la Ley, y que no procede enumerar todos por su extensión, son los siguientes: “2. *No realizar los reconocimientos médicos y pruebas de vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores, conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, o no comunicar su resultado a los trabajadores afectados.* 16. *Las que supongan el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que tal incumplimiento cree un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores afectados, especialmente en materia de: Comunicación a la autoridad laboral, cuando legalmente sea procedente, de las substancias, agentes, físicos, químicos o biológicos, o procesos utilizados en las empresas. Diseño, elección, instalación, disposición, utilización y mantenimiento de los lugares de trabajo, herramientas, maquinaria y equipos. Prohibiciones o limitaciones respecto a operaciones, procesos y uso de agentes físicos, químicos y biológicos en los puestos de trabajo. Limitaciones respecto al número de trabajadores que puedan quedar expuestos a determinados agentes físicos, químicos y biológicos. Utilización de modalidades determinadas de muestreo, medición y evaluación de resultados. Medidas de protección colectiva o individual. Señalización de seguridad, etiquetaje y envasado de substancias peligrosas, siempre que se manipulen o se utilicen en el proceso productivo. Servicios o medidas de higiene personal. Registro de los niveles de exposición a agentes físicos, químicos y biológicos, listas de trabajadores expuestos y expedientes médicos”.* Las cuantías de la multa serán de 1.502,54 a 6.010,12 € en su grado mínimo; de 6.010,13 a 15.025,30€ si se imponen en grado medio; y de 15.025,32 a 30.050,61€ si es condenado a pagar la sanción en grado máximo.

Por último, puede suceder que las infracciones que don Fernando ha cometido en materia de prevención de riesgos laborales, sean calificadas como muy graves, y como ejemplo de este tipo de incumplimientos están los siguientes: “3. *No paralizar ni suspender de manera inmediata, a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los trabajos que se realicen sin observar la normativa sobre prevención de riesgos laborales y que, a criterio de la Inspección, impliquen la existencia de un riesgo grave e inminente para la seguridad y la salud de los trabajadores, o reemprender los trabajos sin haber subsanado previamente las causas que motivaron la paralización.* 10. *No adoptar cualquier tipo de medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las cuales se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores”.* Si la valoración del hecho es tipificada en su grado mínimo, la cuantía irá de 30.050,62 a 120.202,42€; si se valora en grado medio irá de 120.202,43 a 300.506,05€; y si se impone en su grado máximo de 300.506,05€ a 601.012,10€.

En segundo lugar, vamos a analizar cuáles serían las consecuencias que se derivarán para don Fernando por no tener dado de alta en el oportuno régimen de la Seguridad Social al trabajador don Alberto, algunas de las cuales ya han sido expuestas y mencionadas en la pregunta dos del presente trabajo.

Dentro de las infracciones graves que recoge la LISOS, en el artículo 22.2 se encuentra la de “no solicitar, en tiempo y forma, la afiliación inicial, así como no comunicar en iguales términos el alta de cada trabajador que ingresa a su servicio”. A este respecto debemos tener en cuenta el artículo 12 de la LGSS, que a modo de recordatorio, dice que la afiliación al sistema de la Seguridad Social es obligatoria para todos los trabajadores, por cuenta ajena, o autónomos, y que la misma será única para la vida de los

misimos. Esta obligación se corresponde con la de los empresarios de solicitar dicha afiliación (artículo 100.1 LGSS). En iguales términos se expresa el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, en los artículos 6.1º, 24.1, 27.2, 29.1.1º y 32.3.

La sanción que corresponde por cada trabajador afectado será una multa de las que recoge el artículo 40.1.e LISOS: 3.126 a 6.250 euros, en su grado mínimo; 6.251 a 8.000 euros, en su grado medio; 8.001 a 10.000 euros, en su grado máximo. Además de esto, el empresario podrá ser excluido de los programas de fomento del empleo durante un año. Si consecuencia de la misma actividad inspectora, se detectaren varios trabajadores sin dar de alta, la sanción por cada uno de esos trabajadores se incrementará de acuerdo con los porcentajes siguientes: un 20% en cada infracción cuando se trate de dos trabajadores; un 30% en cada infracción cuando se trate de tres trabajadores; un 40% en cada infracción cuando se trate de cuatro trabajadores; un 50% en cada infracción cuando se trate de cinco o más trabajadores. La cuantía de la multa no podrá exceder en cada una de las infracciones de 10.000€. A ello hay que añadir, la posible concurrencia de otras sanciones graves, como no formalizar por escrito el contrato de trabajo cuando este requisito sea exigible o cuando lo haya solicitado el trabajador, o muy graves como no ingresar, en la forma y plazos reglamentarios las cuotas de Seguridad Social. Además, la falta de cotización puede también derivar en la responsabilidad en el pago de prestaciones.

En definitiva, estos hechos suponen incumplimiento a los artículos 221.1 y 230 c), del 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, en relación con los artículos 100.1 y 102 de la citada Ley, y asimismo y en el mismo sentido, en relación con los artículos 29, 30, 31 y 32.1 del R.D. 84/96, por el que se prueba el Reglamento General sobre Inscripción de empresas, y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores a la Seguridad Social, y procedimientos y plazos.

Además de todo ello, y situándonos en el tiempo según la legislación penal inmediatamente a la actual, el artículo 307 del Código Penal, que recoge el delito de defraudación a la Seguridad Social. Se trata de un delito de carácter especial, puesto que únicamente puede ser cometido por personas que mantengan una relación jurídica con dicha entidad. La modalidad delictiva que estaría cometiendo don Fernando sería la elusión del pago de las cuotas de la Seguridad Social y otros conceptos de recaudación conjunta. Entonces, se deduce que no se castiga el mero hecho de no pagar las cuotas, que como hemos visto es objeto de sanción administrativa, sino su elusión, lo que conlleva a que la Tesorería General de la Seguridad Social no llegue a tener conocimiento de la situación real ni de las cuotas que en efecto se adeudan. Esto es la consecuencia de no presentar el empresario la documentación referente a la cotización, o, como es el caso, no haber afiliado ni dado de alta a sus trabajadores, por lo que la TGSS no podrá llevar a cabo la gestión recaudatoria por vía ejecutiva. La cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas deberá exceder de ciento veinte mil euros. Las penas que corresponden a este tipo penal será prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

Esto en cuanto a las responsabilidades que se generan por la conducta de don Alberto, a las cuales ya me he referido en parte, en la pregunta 2.

Por último, vamos a tratar de ver qué le ocurrirá a don Fernando por la situación de su otro trabajador, don Francisco, que recordemos que estaba sometido a una situación de acoso laboral, también denominado mobbing, y que eso le llevó a acudir al médico, quien de manera inmediata le otorgó la baja. Ante esta situación es el propio trabajador el que presenta denuncia ante la Inspección de trabajo, y

ellos al acudir al lugar constatan que efectivamente estaba sufriendo estos “abusos”. Para el empresario se pueden derivar tres tipos de responsabilidades a tener en cuenta⁴¹.

En primer lugar su conducta genera una responsabilidad de tipo administrativo, como las que hemos analizado anteriormente. Recordemos que el acoso laboral o mobbing, responde a situaciones de hostigamiento a una trabajador, frente al que se desarrollan actitudes de violencia psicológica de forma prolongada, y que conducen a que no se encuentre cómodo en el trabajo, incluso llegando en ocasiones al abandono del empleo por no soportar el nivel de estrés al que es sometido. En este caso, habrá que analizar si se reiteran conductas hostiles contra el trabajador, y si de esta reiteración se lleva a una mayor gravedad en una consideración conjunta por su proximidad en el tiempo, su relación o vinculación u otra circunstancia concurrente (teniendo en cuenta los efectos que se producen en el trabajador que las recibe, don Francisco en este caso). Esto, como ya he expuesto en la pregunta uno, deviene de una reiterada jurisprudencia, entre la que cabe destacar, a modo ejemplificatorio: STSJ Castilla- La Mancha de 28 de octubre de 1999 o Sentencia Tribunal Superior de la Rioja de 12 de mayo de 2006⁴². La sanción administrativa que corresponde por tales hechos, viene amparada por el artículo 4.2. e) ET y por el 8.11 LISOS, que sanciona “*los actos del empresario que fueren contrarios al respecto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores*”. Según esta Ley estamos ante una sanción muy grave y la multa podrá ir, de acuerdo con el artículo 40.1 de entre 3.005,77 a 90.151,82€. La empresa incurrió en hechos constitutivos de infracción administrativa siendo responsable de la enfermedad contraída por el trabajador, que le causó baja, con la consiguiente vulneración de los preceptos citados. Consecuencia de los mismos la empresa tiene la obligación de respetar los derechos que los trabajadores tienen reconocidos legalmente. Además, el acta de infracción por estos hechos que resulte de la actividad de la Inspección de trabajo, tiene presunción de veracidad como apuntábamos anteriormente, por lo que a falta de pruebas fehacientes por el empresario la sanción impuesta será difícil de desvirtuar.

⁴¹ ROMERO RÓDENAS, M.J.: *Protección frente al acoso en el trabajo*, 3ª ed., Bomarzo, Albacete 2005, pág. 43: “*La no exigencia de período de carencia alguno para acceder a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo permite que la calificación como contingencia profesional garantice siempre el derecho a prestaciones de Seguridad Social en supuestos de incapacidad temporal o permanente, aun en presencia de una vida laboral limitada en el tiempo. No obstante, dado que el mobbing exige una situación de hostigamiento mantenida durante un período determinado --mayoritariamente estimado de 6 meses-- , siempre se reuniría el período de carencia exigible, aun en el supuesto hipotético de calificar la incapacidad temporal como derivada de enfermedad común (...).*”

⁴² Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 28 de octubre de 1999, nº recurso 1435/1998 (Cendoj): “*habiéndose probado que el Ayuntamiento demandado provocó directa y efectivamente en el actor los problemas psíquicos constatados médicamente, por la imposición al mismo de dos sanciones de suspensión de empleo y sueldo que fueron totalmente revocadas por sentencia judicial, con imposición a su vez de multa y costas a dicha Entidad por su conducta abusiva y temeraria. La cuestión de fondo se circunscribía a determinar si como consecuencia de una actuación culposa o negligente de la entidad demandada, el actor sufrió un daño efectivo y real, esto es, se impone el análisis de la existencia o no de un nexo causal entre el daño sufrido por el demandante --síndrome depresivo-- y la actuación de la demandada --imposición de dos sanciones, de manera injusta y abusiva, que fueron posteriormente revocadas por los Tribunales-- , nexo causal que efectivamente consta como acreditado y justifica una --pobre-- indemnización de 500.000 pesetas (3.005,06 euros)*”. Sentencia Tribunal Superior de la Rioja de 12 de mayo de 2006 nº recurso 188/2006 (Cendoj): “*En el que la incapacidad temporal por ansiedad intensa, debida a un problema desencadenado en el ámbito laboral por conflicto con su compañero de trabajo, es calificada como derivada de un accidente de trabajo*”.

Por otro lado, si la situación reviste la gravedad y entidad suficiente, podría llegar a incurrir en un delito por producirse grave discriminación en el empleo contra el trabajador don Francisco, por cualquier circunstancia y siempre que no se restablezca la situación de igualdad ante la Ley, previo requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado⁴³. Esta conducta se encuentra tipificada en el artículo 314 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal. Incurren en delito quienes produzcan grave discriminación en el empleo público o privado contra alguna persona, por cualquier circunstancia, siempre que no se restablezca la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado. Dicha conducta se castiga con penas de prisión de 6 meses a 2 años o multa de 6 a 12 meses (artículo 314 LO 10/1995 de 23 noviembre, que actualmente no está en vigor).

Por último, y de acuerdo con la Sentencia T.S.J. Madrid 874/2011 de 21 de octubre⁴⁴, podría establecerse una responsabilidad empresarial con el recargo en las prestaciones económicas a satisfacer por la Seguridad Social en los casos de Incapacidad Temporal y de Invalidez Permanente derivadas del acoso moral. Esta posibilidad de derivar un supuesto de acoso moral en un incremento o recargo de las prestaciones, ha de ponerse en relación con la inclusión de esto en materia de prevención de riesgos laborales, como enfermedad de trabajo de naturaleza psicosocial. Esto será así puesto que podremos incluir los riesgos psicosociales de los que he hablado dentro del ámbito de protección general del empleador, así como de los instrumentos previstos para su prevención. En cuanto a la posibilidad de imputar al empresario este tipo de comportamiento, se podrá hacer de considerar que una gestión nula o deficiente en materia de salud laboral es parte de sus facultades, pues es quien tiene autoridad para gestionar la dirección y organización. Es importante destacar el dolo en la conducta en el empresario, es decir, la intencionalidad debe tener un tratamiento sancionador e indemnizatorio, no siendo así cuando la conducta no esté orientada a ese hostigamiento psíquico del trabajador⁴⁵.

⁴³ MOLINA NAVARRETE, C.: *Nuevas dimensiones de la prevención y el aseguramiento de riesgos profesionales: enfermedades de trabajo y riesgos emergentes*, Atelier Laboral, Barcelona, 2010, pág. 110.

⁴⁴ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid 874/2011, de 21 de octubre, nº recurso 3020/2011 (Cendoj).

⁴⁵ OLARTE ENCABO, S.: *La incidencia del acoso moral en el ámbito del sistema de Seguridad Social: hacia la equiparación de las enfermedades psicolaborales*, Aranzadi, Universidad de Granada, 2006, pág. 167.

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

Como cualquier procedimiento sancionador, la Inspección de Trabajo emitirá una propuesta de resolución contra la que cabrá formular alegaciones frente a las imputaciones que contra él se refieran, aportando la prueba oportuna que las desvirtúe. Con posterioridad al escrito de alegaciones, la Inspección tendrá en cuenta tantas como estime conveniente y dictará Resolución sancionadora oportuna, contra la que cabrá interponer el recurso de alzada ante la Dirección Territorial correspondiente, o potestativo recurso de reposición en el plazo máximo de un mes, o bien interponer ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo el recurso judicial o ante la Jurisdicción Social, de resultar procedente.

Después de esta breve introducción, haré un breve análisis de este procedimiento y a continuación argumentaré la posible defensa del empresario, aunque después de analizar ciertos casos concretos, resulta que en la mayoría de los casos, los empresarios, ante un acta de infracción de la Inspección de Trabajo, y con temor fundado a una sanción mayor, acatan y asumen lo prescrito en ella, antes de presentar recurso, por lo que se estarían admitiendo tácitamente los hechos que en ella se reflejan. Es cuando deviene una multa, indemnización o sanción económica, cuando acuden a la vía judicial para evitarla, pero la defensa que dificulta y se desvirtualiza por dicha admisión.

En primer lugar, conviene recordar que las Actas de Infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, gozan de presunción de certeza, la cual está expresamente reconocida en nuestro ordenamiento jurídico. Así las cosas la LGSS, otorga a este tipo de documentos valor y fuerza probatorios salvo demostración en contrario, eficacia que se extiende a los requerimientos practicados por la Inspección de Trabajo. También el artículo 52.2 LISOS dispone que las actas que se emitan con arreglo a los requisitos exigidos en el precepto anterior, gozarán de presunción de certeza respecto de los hechos que en la misma se reflejen, salvo prueba en contrario. También el artículo 15 RPSL establece que las actas extendidas por este órgano tendrán naturaleza de documento público. Por tanto, el Acta va a reflejar los hechos constatados por el Inspector, que tendrán presunción de certeza, salvo que don Francisco en este caso aporte prueba en contrario. Tales hechos serán apreciados de manera directa, sin entrar a realizar valoraciones o consideraciones subjetivas. Otro aspecto a tener en cuenta son las hechas de las actuaciones comprobatorias, pues las mismas pueden ser relevantes a la hora de una posible caducidad del procedimiento. Esto es así porque una vez iniciadas dichas actuaciones, no podrán dilatarse por un tiempo que supere los nueve meses, ni interrumpirse por un plazo superior a cinco; salvo que ésta sea causada por el sujeto inspeccionado o personas dependientes de él. En el cómputo de estos plazos no se considerará incluido el tiempo que transcurra durante el lapso temporal concedido al sujeto obligado en el supuesto de formularse subsanación de incumplimientos previos por parte del órgano inspector.

En la nueva Ley 23/2015 que regula la Inspección de Trabajo, que deroga la que en este trabajo debemos emplear (42/1997), la nueva redacción indica que la interrupción temporal no podrá ser superior a cinco meses, por lo que se intenta dar mayor celeridad a los procesos inspectores.

Tras el relato de los hechos que el Inspector compruebe en el centro de trabajo, pasará a tipificar la sanción, determinando qué artículo del RD 5/2000 entiende aplicable, estableciendo su graduación y la cuantía que corresponda. Respecto de las infracciones en materia de prevención y de riesgos serán los artículos: 11 para las leves, 12 para las infracciones graves, y 13 para las muy graves. Por último el Acta

contendrá la información sobre el derecho que le asiste a don Fernando para presentar alegaciones frente a la misma, indicando el plazo y el órgano administrativo ante el cual deberá presentar el escrito.

El contenido mínimo lo he reflejado anteriormente, por lo que me remito a lo expuesto y al artículo 14 RD 928/1998 (RPSOS).

Voy a comenzar con el procedimiento para recurrir en materia de Prevención de Riesgos Laborales. El proceso será el mismo, solo que en cada uno de los recursos variará el *petitum*. En primer lugar debemos tener en cuenta que una misma Acta podrá contener varias propuestas de sanción, por ejemplo: falta de formación de un trabajador, falta de material de protección en las obras, o falta de requisitos mínimos de higiene. El importe aparecerá sumado en la propuesta final. Además la Inspección podrá proponer tantas Actas de Infracción frente a tantos sujetos como estime oportunos además de la empresa, por ejemplo al Servicio de Prevención por no haber realizado la Evaluación de Riesgos en un plazo razonable.

El plazo para formular escrito de alegaciones será de quince días hábiles desde la notificación de la misma (no se computarán domingos ni festivos). Don Fernando podrá formular varias pretensiones. En primer lugar la pretensión principal, cuya petición se basará en dejar sin efecto y anular el Acta. A esta podrán acompañarlas otras pretensiones subsidiarias. Recordemos que la calificación de la infracción y por ende su cuantificación, la he dejado abierta puesto que no se especifican datos y no podemos saber con certeza qué es lo que se ha incumplido por parte de Construnova. En caso de que la infracción sea calificada como grave o muy grave, podrá pedir que se califique como leve, en virtud de los artículos 11.4 y 11.5 del RD 5/2000; asimismo que se imponga la sanción en grado inferior a tenor la inaplicabilidad de las agravantes recogidas en el artículo 29 del mismo texto legal; y por último que se imponga la sanción en la cuantía mínima correspondiente al grado apreciado.

Recuerdo que las Actas gozan de presunción de certeza, y cuando los hechos que en ella se describan no admitan duda, será difícil conseguir la anulación de la misma, y los posibles recursos se limitarán a cuestiones procedimentales, jurídicas o formales.

En el caso de las procedimentales, debemos comprobar el cumplimiento de los plazos administrativos, sobre todo la posible caducidad del expediente. El plazo de notificación será de 10 días hábiles respecto al siguiente a su emisión, de acuerdo con el artículo 17 RD 928/1998. En cuanto a la duración de las actuaciones comprobatorias, las mismas no podrán extenderse por más de nueve meses (excepto que la dilación sea imputada al sujeto que está siendo inspeccionado), y el cómputo se efectuará desde la primera visita o solicitud de documentación hasta la fecha del Acta. Las actuaciones no podrán paralizarse por un periodo superior a cinco meses, es decir, entre actos comprobatorios o entre el último y la fecha del Acta. Si se aprecia la caducidad (las actuaciones caducadas podrán operar como antecedentes) se procederá al archivo del expediente, lo que no impide una nueva emisión de una nueva Acta de Infracción por los mismos hechos, pero realizando de nuevo las actuaciones de comprobación y siempre que los hechos no hayan prescrito. A propósito de esto, un motivo de alegación podría ser que en la nueva Acta únicamente se hace una remisión a la anterior, sin que se lleve a cabo ningún nuevo acto de inspección. En tercer lugar puede ocurrir que los hechos hayan prescrito, siendo los plazos de un año para las infracciones leves, tres para las graves y cinco para las muy graves (desde que sucedieron los hechos hasta que se emite el Acta).

Por lo que respecta a los aspectos jurídicos se puede alegar falta de culpabilidad o proporcionalidad si se aprecia que la graduación y cuantía de la sanción no es la adecuada. En cuanto a las cuestiones formales,

habrá que estar a la falta de alguno de los requisitos del artículo 14 del RD 928/1998, en el que se regulan los requisitos mínimos que debe contener.

La propuesta de resolución a cargo del Inspector, deberá ser confirmada por Resolución Administrativa en el plazo de seis meses desde la fecha del Acta. Este plazo podrá ser ampliado, como ya he dicho por el Inspector para elaborar su informe, hasta un máximo de tres meses. Transcurrido el plazo sin emisión de Resolución, ni causa de suspensión legal o imputable a don Fernando, se entenderá caducado el expediente. Esta resolución estimará total o parcialmente las alegaciones, o las desestimará confirmando así la sanción impuesta en primer término. Si se ratifica la sanción, don Fernando tendrá un plazo voluntario de 30 días hábiles desde el siguiente a la notificación de la resolución para abonar las cuantías de las sanciones que se le hayan impuesto.

El pago de la sanción, nuevamente puede quedar suspendido si se formula recurso de alzada, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de notificación de la Resolución, ante el organismo que la misma indique. El plazo, esta vez se computará de fecha a fecha, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 114 y siguientes de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. Si no se interpone este recurso desaparece el derecho a continuar la vía de la impugnación del interesado. El organismo que resuelva dispondrá de un plazo de tres meses, y a falta de resolución expresa, se entenderá silencio administrativo en sentido negativo, y por tanto desestimadas las pretensiones. Si se desestima, se termina la vía administrativa, y entrará en juego la vía judicial mediante recurso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. Volviendo al pago de la sanción, si la Resolución denegatoria es expresa, la misma llevará aparejada una orden de pago que tendrá carácter ejecutivo (si no se continúa por la vía judicial deberá procederse al abono de la sanción). Si se pretende ir a juicio, se podrá abonar la cantidad, constituir aval, o solicitar al Juzgado la suspensión de la ejecución de la sanción. En caso de que la desestimación fuese por silencio se podrá acudir a la vía judicial.

La Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social, atribuye al Juzgado de lo Social, con arreglo del artículo 2.n y 6.2.b, la jurisdicción para conocer en materia de impugnación de resoluciones administrativas recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en material laboral. Los plazos para interponer la demanda serán, dos meses desde la notificación de la resolución desestimatoria, o seis meses desde el transcurso del plazo para resolver sin haberlo hecho. Podrán solicitarse cuantos medios de prueba se estimen oportunos (otros trabajadores, informes periciales, o de empresas dedicadas a la Prevención de Riesgos Laborales, etc.).

Una vez presentado el recurso ante la Jurisdicción Social, cabe esperar a que se emita demanda, la cual lo estimará total o parcialmente anulando o modificando el importe de la sanción, o lo desestimará con la consiguiente confirmación del mismo. Si se obtiene un pronunciamiento favorable, don Fernando obtendrá la devolución de las cantidades que hay dejado en depósito con el abono de intereses que proceda. Si el fallo es desfavorable, cabrá recurso de suplicación, en la forma prevista en la LRJS.

En cuanto a la infracción en lo que corresponde al caso del trabajador don Francisco, por la presunta situación de acoso a la que estaba sometido, podrá invocar el derecho a la presunción de inocencia, en caso de que no haya sido respetado. Éste aparece regulado en el artículo regulado en el artículo 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al prescribir que “los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario”. En aplicación de este derecho de presunción de inocencia la Administración sancionadora tiene la carga de acreditar los hechos constitutivos de la infracción, no bastando afirmaciones genéricas, teniendo que

acreditar la responsabilidad del presunto infractor a través de una actividad probatoria de cargo, con todas las garantías, cuya ausencia o ineficacia determina la ilegitimidad de la sanción.

De acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo (*ius puniendi*) del Estado y demás Administraciones Públicas, de tal modo que los principios esenciales reflejados en los art. 24 y 25 de la Constitución han de ser trasvasados a la actividad sancionadora de la Administración en la medida necesaria para preservar los valores fundamentales que se encuentran en la base de tales preceptos y alcanzar la seguridad jurídica preconizada en el artículo 9 del mismo texto, y, entre dichos principios, ha de destacarse el de presunción de inocencia, recogido en el artículo 24-2º, que configurado como una presunción *iuris tantum*, susceptible, como tal, de ser desvirtuada por una prueba en contrario, constituye un verdadero derecho fundamental, inserto en la parte dogmática de la Constitución, que vincula a todos los poderes públicos y, especialmente, a la Administración, con más razón cuando ejercita su potestad sancionadora (Sentencia Tribunal Supremo de 6 de julio de 1988).

La STSJ Andalucía (Sev), sec. 1ª, S 22-11-1999⁴⁶, señala expresamente que: *“Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario. Y es que el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 de la Constitución implica que no puede imponerse sanción alguna en razón de la culpabilidad del imputado si no existe una actividad probatoria de cargo que, en la apreciación de las autoridades y órganos llamados a resolver no destruya esa presunción de manera que cualquier duda beneficia al acusado que puede presentar las pruebas en contrario que estime conveniente. Por tanto, los informes oficiales -o los boletines de denuncia- no gozan de una presunción de veracidad, con efecto de prueba de cargo, que haya de ser desvirtuada por el denunciado, sino que como las demás actuaciones del expediente administrativo constituyen un material probatorio que se incorpora al proceso y como tal ha de ser valorado por el Tribunal este material sólo puede destruir la presunción de inocencia cuando se haya aportado con las debidas garantías ya que la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores puesto que no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de inocencia”*.

De darse el caso en el supuesto que nos ocupa, podría alegarse que por parte de don Fernando que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no ha respetado el principio de presunción de inocencia, y también que a la vista de las alegaciones, de ser estas desestimadas, ni siquiera se establezca la duda de que sea cierto lo que en ellas se expone.

El proceso a seguir, sería el mismo que en el caso de la infracción en materia de prevención de riesgos laborales, únicamente habrá que modificar los motivos en las alegaciones.

Para finalizar, en el supuesto del incumplimiento en materia de Seguridad Social, que originaría una infracción por no tener dado de alta en el régimen de dicho organismo al trabajador don Alberto, y a falta de otros datos, plantearé una hipotética solución, y de concurrir lo que a continuación expondré,

⁴⁶ Sentencia Tribunal Supremo 15275/1988, Sala de lo Social, (Id Cendoj: 28079140011988103136), de 6 de julio de 1988. Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 14417/1999 de 22 de noviembre de 1999, nº recurso 1177/1997 (Cendoj).

que podría dado el caso, librar a don Fernando de la sanción. Reitero que la situación es ficticia, pero podría ocurrir que éste fuese familiar (hijo, por ejemplo, ya que llevan el mismo primer apellido “Pérez”) o amigo del dueño de la empresa, y que no se encontrase realizado un trabajo remunerado, sino una somera ayuda a la realización de alguna actividad concreta. Veamos qué ocurriría en este caso.

Los hechos que dan lugar a la aplicación de la sanción que aquí se recurre es que el inspector actuante “comprueba” que el día 5 de junio de 2014 (pongamos por caso), don Alberto se encontraba en el centro de trabajo efectivo de la empresa Construnova, S.A., realizando tareas propias de la empresa, que recordamos se dedicaba al sector de la construcción. Don Fernando, no deberá negar este hecho, pero sí deberá replicar sobre la existencia de relación laboral de cualquier tipo con don Alberto, puesto que se podría encontrar en la empresa por cualquier circunstancia ajena a la relación laboral, y con motivo de algún vínculo afectivo que lo una a don Fernando, tal como amistad o familiaridad, siendo a petición de éste último que realizase alguna labor concreta, esporádica y casual. De esta circunstancia no podrá deducirse, a raíz de las pruebas aportadas al expediente, la existencia de las notas de laboralidad que exige el Estatuto de los Trabajadores. Para verificar esto habrá que aportar pruebas tales como mensajes de texto, correos, fotografías que acrediten la amistad o la relación familiar. En caso de que efectivamente se tratase del hijo de don Fernando, podrá aportar Libro de Familia, Documento Nacional de Identidad, Certificado de Empadronamiento, etc.

Este tipo de relaciones son consideradas como trabajos amistosos⁴⁷, y aparecen en el artículo 1.3. d) del Estatuto de los Trabajadores, como “trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad”. La Real Academia Española de la lengua define la amistad como “*el afecto personal, puro y desinteresado, ordinariamente recíproco, que nace y se fortalece con el trato*”. La ausencia de interés por tanto hace desaparecer la nota típica de intercambio trabajo-salario característica del trabajador por cuenta ajena. Ello no está reñido con las gratificaciones o regalos que por razón de ayuda mutua puedan realizarse entre amigos. De ahí que la motivación deba ser únicamente la propia amistad. La norma no excluye la habitualidad para este tipo de trabajo, aunque tal circunstancia pudiera ser indicio de relación laboral, máxime si hay contraprestación económica, y por consiguiente no está ausente la posibilidad de trabajo asalariado entre amigos, cuando el mismo no responda exclusivamente a tal motivo. No obstante, lo normal es que se trate de trabajos esporádicos en supuestos de enfermedad, accidentes, acumulación de tareas en las cosechas, catástrofes particulares, etc. (así se concreta en el art. 98 de la LGSS).

Se sitúan aquí también los trabajos familiares realizados por personas no incluidas en el apartado 3. e) ET por exceder del grado de parentesco o por razones sentimentales: noviazgo, unión de hecho, ahijados etc.

La casuística que resuelve la jurisprudencia y la doctrina de los Tribunales Superiores, ha ido decantando el concepto de trabajo amistoso, debiendo estarse siempre a las circunstancias del caso concreto, aunque siempre de manera determinante se exige la prueba de la amistad previa al trabajo realizado, sin cuyo requisito lógicamente el trabajo no puede calificarse como amistoso. A pesar de ello cabe el trabajo a título de gratitud sin relación amistosa, supuesto que debería incluirse en el amplio concepto de trabajos benévolos. Y así se ha considerado como amistosos: el trabajo prestado para conducir un camión de tierra para una piscina por un trabajador a tiempo completo en otra empresa, en

⁴⁷ GARCÍA ORTEGA J., GOERLICH PESET J.M., PÉREZ DE LOS COBOS F., RAMÍREZ MARTÍNEZ J.M., SALA FRANCO T.,: *Curso de derecho del Trabajo*, ed.16, Tirant Lo Blanch, Valencia 2007, sobre el trabajo familiar y amistoso, se refieren las páginas 264 y ss.

sábado, y por primera vez, siendo amigo del empresario que la construía (STSJ de Castilla y León, Burgos, de 10 de julio de 2000); o la colaboración familiar en los negocios de su suegro (STS de 26 de octubre de 1987).

Así se establece una categoría dentro de los trabajos carentes de onerosidad que cita el ET en el apartado e) del artículo 1 de los trabajos familiares. Excluye el precepto aludido de la relación laboral los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Estamos por lo tanto ante una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario respecto del carácter laboral de la relación, y que por consiguiente supone la posibilidad de la existencia de contrato de trabajo, aun dándose los requisitos contemplados en la norma.

Se parte de la base de que la familia no es sólo una unidad de convivencia, sino también una unidad económica y de gestión patrimonial. Así quien trabaja en este contexto lo hace para una empresa común, y los resultados o frutos de ese trabajo van a un mismo patrimonio. No puede decirse que haya ajenidad sino aportación a un fondo de propiedad compartida (STS de 29-10-1990⁴⁸) para satisfacer las necesidades del grupo (alimentos, vivienda, etc.). No obstante, el círculo familiar está limitado al cónyuge y los ascendientes o descendientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o adopción que convivan con el empresario, es decir, si concurre la afinidad: padres, suegros, hijos, abuelos, nietos, hermanos y cuñados.

El resto de familiares o las personas unidas por vínculos sentimentales como parejas de hecho, o noviazgo por ejemplo, pueden encuadrarse en el ámbito de los trabajos amistosos, entendido el concepto de amistad de manera amplia, dada la clara exclusión de estos supuestos contenida en la norma⁴⁹. En el mismo sentido, la LGSS en su art. 7.2 dispone que no tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario: el cónyuge, los descendientes o ascendientes y demás parientes del empresario por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, y en su caso, por adopción, ocupados en su centro o centros de trabajo, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo.

Ahora bien, la otra cara de la moneda, es que el Estatuto del Trabajador Autónomo aprobado por la Ley 20/2007 de 11 de julio, considera como trabajadores autónomos a los familiares que colaboren de manera personal y directa en la actividad económica o empresarial ejercida por el autónomo titular y que no tengan la consideración de trabajadores por cuenta ajena. Añade el Decreto 2530/1970 por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, en su artículo 3, que será también trabajador autónomo el familiar del titular de una actividad económica o profesional hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, que colabore en la actividad de forma personal, habitual y directa (figura del autónomo colaborador).

Como es evidente si el trabajo es ocasional se produce una ausencia de relación tanto por cuenta propia como por cuenta ajena. A pesar de ello el Estatuto del Trabajador Autónomo (Ley 20/2007 citada, Disp. Adicional Décima) permite contratar como trabajadores por cuenta ajena a hijos que convivan con el empleador menores de 30 años. Por lo tanto, solo la colaboración circunstancial, o generalmente

⁴⁸ STS 17449/1990 Sala de lo Social de 29 de octubre de 1990, (Id Cendoj: 28079140011990102191).

⁴⁹ GARCÍA ORTEGA J., GOERLICH PESET J.M., PÉREZ DE LOS COBOS F., RAMÍREZ MARTÍNEZ J.M., SALA FRANCO T.,: *Curso de derecho del Trabajo*, ed.16, Tirant Lo Blanch, Valencia 2007, sobre el trabajo familiar y amistoso, se refieren las páginas 264 y ss.

interrumpida de un familiar, exonera de las obligaciones inherentes a la inclusión en un régimen de la Seguridad Social del mismo.

Ante la presunción de laboralidad, contenida en el art. 8 del Estatuto, el carácter amistoso, benévolo, de buena vecindad, o familiar de los trabajos, debería ser objeto de prueba. Normalmente, y en la práctica, se centra dicha prueba en la existencia de una relación familiar o amistosa y/o en la ausencia de retribución. A pesar de ello y de la presunción de certeza de las actas de la Inspección de Trabajo (art. 53 del TR de la Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social aprobado por RDL 5/2000 de 4 de agosto), en materia sancionadora concurre el derecho a la presunción de inocencia (art. 24 CE), de modo que, como la otra cara de la moneda, también debe considerarse la presunción a favor de la no laboralidad si no existiera una prueba de cargo suficiente.

Expuesto todo lo anterior, si el órgano que instruye, tiene en cuenta las alegaciones vertidas por el empresario sobre la no laboralidad de la relación y las pruebas que sobre ello se puedan adjuntar que certifiquen tal extremo, desvirtuará cuanto se alega en el acto de inspección, decayendo la “presunción de veracidad” del acta.

Bibliografía

- ALBIOL MONTESINOS, I., ALFONSO MELLADO, C.L., BLASCO PELLICER, A., GOERLICH PESET J.M.: *Derecho Procesal Laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE M.A.: *Derecho del Trabajo* 25º ed., THOMSON CIVITAS, Madrid, 2010.
- ARUFE VARELA, A y MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *Derecho crítico del trabajo* 3ª ed., Universidad de A Coruña, A Coruña (2014).
- BENITA FERNÁNDEZ F., *Infracciones y sanciones en el orden social. Guía de Normas de Actuación y Procedimiento de la Inspección*, Lex Nova, Valladolid, 1997.
- BLASCO LAHOZ J.F.: *La organización administrativa de la prevención de riesgos laborales*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- GARCIA ORTEGA J., GOERLICH PESET J.J., PÉREZ de los COBOS ORIHUEL F., RAMÍREZ MARTÍNEZ J.M., SALA FRANCO T.: *Curso de Derecho del Trabajo* 16º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- GARCÍA RUBIO M.A., *La inspección de trabajo y Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996.
- MOLINA NAVARRETE, C.: *Nuevas dimensiones de la prevención y el aseguramiento de riesgos profesionales: enfermedades de trabajo y riesgos emergentes*, Atelier Laboral, Barcelona, 2010.
- MOLTÓ GARCÍA. J.I.: *Relaciones laborales en el sector de la construcción*, CISSPRAXIS, Valencia, 2000.
- OLARTE ENCABO, S.: *La incidencia del acoso moral en el ámbito del sistema de Seguridad Social: hacia la equiparación de las enfermedades psicolaborales*, Aranzadi Granada, 2006.
- ROMERO RÓDENAS, M.J.: *Protección frente al acoso en el trabajo*, 3ª ed., Bomarzo, Albacete, 2005.
- RUBIO DE MEDINA, M.D.: *Extinción del contrato de trabajo por causas objetivas* 1ª ed., Bosch, Barcelona, 1999.
- SAMPEDRO GUILLAMÓN V.: *La Inspección de Trabajo y la prevención del riesgo laboral*, Tribunal Social, nº 59, 1995.
- SALA FRANCO T.: *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ I. (COORDINADOR): *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

Abreviaturas y Anexos

CC: Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

CE: Constitución Española.

ET: 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. (Actualmente en vigor Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores).

INSS: Instituto Nacional Seguridad Social.

ITSS: Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LGSS: 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. (Actualmente en vigor 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).

LISOS: 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.

LOIT: Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. (Actualmente en vigor Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social).

LPRL: Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

LRJAP-PAC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

LRJS: Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

RD: Real Decreto.

RPSOS: 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.

SMAC: Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación.

STC: Sentencia Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia Tribunal Superior de Justicia.

TGSS: Tesorería General de la Seguridad Social.

ANEXO 1

AL SERVICIO DE MEDIACIÓN, ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE A CORUÑA

Don Francisco González Martínez con DNI 65854512D mayor de edad, con domicilio a efectos de notificación en Rúa dos Castros nº 15 1º izq., y número de teléfono 981458745 ante el **SERVICIO DE MEDIACIÓN, ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN** comparezco y como mejor proceda en Derecho

DIGO

Que por medio del presente escrito, interpongo **ACTO DE CONCILIACIÓN POR RECLAMACIÓN DE CANTIDAD**, frente a la empresa Construnova S.A. con NIF/CIF 4546454 (en la persona de su legal representante) con domicilio social en la Calle José González Chas, a fin de que se avenga a reconocer los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha de seis de diciembre de 2013 inicié mi relación laboral con la citada empresa ostentando una categoría profesional de trabajador de la construcción y percibiendo una remuneración mensual de 1645 euros incluyendo el prorrateo de pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- Que la empresa demandada me adeuda la cantidad de XXX euros, en concepto de horas extraordinarias y referido al período de 6-12-2013 al 27 de mayo de 2014.

Por lo expuesto,

SOLICITO AL SERVICIO DE MEDIACIÓN, ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN de A Coruña que, tenga por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo, tenga por interesada la celebración de **ACTO DE CONCILIACIÓN EN MATERIA DE RECLAMACIÓN DE CANTIDAD** frente a la empresaria/empresa Construnova S.A., señale fecha y hora para la celebración del acto, cite a las partes de comparecencia al mismo y, en su día, expida y me entregue copia certificada del acta que se redacte, con los apercibimientos de rigor y en especial, que se instarán las acciones que en derecho procedan ante la jurisdicción laboral, para el supuesto de no lograrse una completa avenencia, pues es de hacer justicia lo que pido en

En A Coruña a 5 de junio de 2014

Fdo.: Don Francisco González Martínez.

ANEXO 2

AL JUZGADO DE LO SOCIAL QUE POR TURNO CORRESPONDA

A CORUÑA

Don Francisco González Martínez, con DNI 65854512D mayor de edad, con domicilio a efectos de notificación en Rúa dos Castros nº 15 1º izq., A Coruña, ante este organismo conciliador comparezco y como mejor en derecho proceda, DIGO:

Que por medio del presente escrito formulo DEMANDA POR DESPIDO NULO O subsidiariamente IMPROCEDENTE contra la empresa CONSTRUNOVA S.A., dedicada al sector de la construcción, en la persona de su representante legal, como domicilio social en la calle Ricardo Sánchez, 13, Bajo, s/nº, 15.000 A Coruña, sobre DESPIDO NULO O, subsidiariamente improcedente, a cuyo efecto consigno los siguientes HECHOS:

PRIMERO: Que venía trabajando para la empresa demandada en virtud de contrato indefinido, desde el seis de diciembre de 2013, con la categoría profesional de (la que corresponda), y con un salario mensual, incluido (o no) el prorrateo de pagas extraordinarias, según convenio, de 1.645€.

SEGUNDO: Que el pasado día veintisiete de mayo de 2014 mi jefe, procede a darme de baja en la TGSS.

TERCERO: No hay causa alguna que pueda justificar la decisión de la empresa. Lo cierto y verdad es que a raíz de la denuncia de un problema con mi jefe, puesto que me propiciaba amenazas y me hacía trabajar bajo coacción, además de no remunerarme por las horas trabajadas de más, y tampoco dejarme disfrutar los descansos a los que legalmente tengo derecho, acudí ante la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social en fecha de veinticuatro de mayo de 2014, y presenté denuncia por estos hechos.

CUARTO: Como consecuencia de la situación relatada, acudo al médico, quien me extiende la baja, la cual entrego a mi jefe.

El día veintiocho de mayo, me llega un mensaje de la TGSS conforme he sido dada de baja con fecha de efectos de día 30 de mayo de 2014.

Que tanto la forma como el fondo del despido obedecen a una represalia por la denuncia efectuada ante la ITSS, lo que determina la nulidad del despido o, subsidiariamente, la improcedencia como consecuencia de cuanto se ha expuesto.

QUINTO: Que en fecha de 5 de junio de 2014 se celebra el preceptivo acto de conciliación con el resultado de intentando sin avenencia.

Durante el último año no he ostentado cargo alguno de representación, legal o sindical, de los trabajadores.

SEXTO: Se acompañan los documentos siguientes:

1. Acta de conciliación.
2. Parte de Incapacidad Temporal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

II. Estatuto de los Trabajadores.

III. Convenio Colectivo de aplicación.

Por todo ello,

SUPLICO AL JUZGADO que, habiendo por presentado este escrito, con sus copias, se sirva admitirlo, tenga por interpuesta la demanda que contiene, se proceda a citar a las partes para el acto de Juicio y, previos los trámites de rigor, incluido el recibimiento del mismo a prueba que desde este momento expresamente solicito, se dicte en su día sentencia por la que, estimando la demanda se declare NULO el despido, o subsidiariamente IMPROCEDENTE, con las correspondientes consecuencias legales, todo ello junto con los demás pronunciamientos que proceda.

A Coruña, a 1 de julio de 2014.

ANEXO 3