

# **TRABAJO FIN DE GRADO**

“DESPIDO DEL TRABAJADOR Y ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE  
TRABAJO”



**ALUMNO: EUTIQUIO GARCÍA RON**

**TUTOR: EDUARDO CEBREIROS ÁLVAREZ**

2015 | 2016



## Índice

<b>SUPUESTO</b> .....	<b>4</b>
<b>ABREVIATURAS</b> .....	<b>5</b>
<b>I.-INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>6</b>
<b>II.-CUESTIONES A RESOLVER</b> .....	<b>8</b>
II.1.- PRIMERA CUESTIÓN. ¿Qué acciones laborales puede ejercitar el trabajador despedido? ¿Cómo argumentaría dichas acciones? .....	8
II.2.- SEGUNDA CUESTIÓN. ¿Qué responsabilidades para el empresario podrían derivarse de la situación del trabajador Don Alberto Pérez Domingo?.....	22
II.3.- TERCERA CUESTIÓN. Reproduzca el iter procedimental respecto de la actuación de la Inspección de Trabajo en ambas situaciones.....	26
II- CUARTA CUESTIÓN. Razone cuáles serían las consecuencias que procederían de la actuación de la Inspección de Trabajo.....	33
II. QUINTA CUESTIÓN. Una vez planteada la situación, indique qué defensa podría actuar el empresario frente a una eventual sanción administrativo-laboral. Justifíquelo.....	38
<b>BIBLIOGRAFÍA:</b> .....	<b>48</b>
<b>ANEXO I: APÉNDICE JURISPRUDENCIAL</b> .....	<b>50</b>
<b>ANEXO II: NORMATIVA TOMADA EN CONSIDERACIÓN</b> .....	<b>52</b>



## SUPUESTO

### DESPIDO UN TRABAJADOR Y ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### CUESTIONES:

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

## **ABREVIATURAS**

- AN: Audiencia Nacional.
- AP: Audiencia Provincial.
- CC: Código Civil.
- CCCAC: Convenio Colectivo de la Construcción de la Provincia de A Coruña.
- CGC: Convenio General de la Construcción.
- CP: Código Penal.
- CE: Constitución Española.
- ET: Estatuto de los Trabajadores.
- IRPF: Impuesto de la Renta para las Personas Físicas.
- ITSS: Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
- INSS: Instituto Nacional de Seguridad Social.
- JP: Juzgado de lo Penal.
- LGSS: Ley General de la Seguridad Social.
- LO: Ley Orgánica.
- LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.
- LPRL: Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
- LRJS: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.
- LISOS: Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- LRJAPAC: Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- R.D: Real Decreto.
- RPS: Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.
- SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
- TC: Tribunal Constitucional.
- TR: Texto Refundido.
- TS: Tribunal Supremo.
- TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

## I.-INTRODUCCIÓN

Antes de abordar las distintas cuestiones planteadas, considero conveniente analizar alguna de las instituciones jurídicas presentes en el supuesto. En primer lugar nos encontramos con la figura del trabajador. Podemos definir al trabajador como el eje del Derecho de Trabajo, ya que estamos ante el destinatario del conjunto de normas que conforman este ordenamiento (junto con el empleador), el cual nace con el fin de mejorar las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores dependientes, también llamados asalariados. El trabajador es en primer lugar el sujeto de un contrato, el de trabajo, siendo extensible este concepto a aquellos que han perdido su empleo<sup>1</sup>.

Trabajadores son aquellos sujetos que *“voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”*<sup>2</sup>. De ello se extrae que, a diferencia del empresario, el trabajador ha de ser en todo caso persona física. Concluyendo, podemos establecer que trabajador es toda persona física que presta servicios retribuidos en favor de otra persona (física o jurídica), a la cual él se encuentra subordinado. Así, de esta definición quedan excluidos: funcionarios públicos, la realización de trabajos familiares, de amistad, las prestaciones personales obligatorias y determinadas operaciones mercantiles<sup>3</sup>.

A continuación es conveniente establecer otra de las figura claves en el Derecho de Trabajo, el empresario. El Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), define en su art. 1.2 al empresario de la siguiente manera: *“serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas”*. Cabe destacar que el empresario tiene relevancia no sólo dentro del Derecho del Trabajo, sino que también, como veremos más adelante, al resolver una de las cuestiones planteadas un sujeto obligado en materia de Seguridad Social, dado que tiene deberes de alta, afiliación, cotización etc..

El empleador o empresario es, por tanto, una figura central del Derecho del Trabajo que, junto al trabajador, crea el contrato de trabajo, institución elemental y básica de la disciplina, de la que derivan una serie de obligaciones, derechos y facultades. La posición

---

<sup>1</sup> ALMANSA PASTOR, J.N, “El concepto de trabajador”, en *Estudios sobre Derecho individual del trabajador* en homenaje al Profesor Mario L. Deveali, Buenos Aires, 1979, pp. 259-261.

<sup>2</sup> Art. 1.1 ET.

<sup>3</sup> Art. 1.3 ET.

jurídica del empresario en el Derecho Laboral se cualifica precisamente por ser el receptor de trabajo asalariado bajo las notas recogidas en el art. 1.1 del ET.

Una institución que debemos de abordar seguidamente, y que será clave en todo el supuesto, es el contrato de trabajo. Consideramos contrato de trabajo aquel que tiene por objeto la libre prestación de servicios personales en régimen de ajeneidad y dependencia, y que son retribuidos por ello bajo el sistema salarial. El contrato de trabajo es una figura jurídica de primordial importancia en el Derecho del Trabajo español, ya que sirve para ordenar la prestación de servicios realizada por el trabajador para uno o varios empresarios. La prestación debe ser remunerada, y ello permite diferenciarla de otras sin remuneración, caso de las denominadas voluntarias o de voluntariado, o de servicios benévolos o de buena vecindad, que aparecen excluidos del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo.

Con el contrato de trabajo nos encontramos ante el revestimiento jurídico que adoptan ciertas relaciones sociales mencionadas anteriormente, que dada su especial relevancia son ordenadas por el legislador. Es además una de las fuentes de la disciplina que nos afecta<sup>4</sup>, y así lo manifiesta el propio ET, recordando que una de la fuentes del Derecho del Trabajo resulta ser *“la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados”*. De esta manera, podemos conceptuar el contrato de trabajo como el negocio jurídico bilateral que tiene por finalidad la creación de una relación jurídico-laboral constituida por el cambio continuado entre una prestación de trabajo dependiente y por cuenta ajena y una prestación salarial. Estamos ante un contrato que reúne las siguientes características: contrato típico y consensual, recíproco, oneroso, conmutativo y normado. Por otro lado, se admite tanto la forma escrita como verbal del mismo<sup>5</sup>.

En el caso concreto que nos ocupa, estamos ante un contrato de carácter indefinido<sup>6</sup> con una serie de cláusulas. El contrato de carácter indefinido, recogido —entre otros— en el art. 15.1 del ET parece admitir la existencia de una capacidad autónoma de selección del contrato por parte empresarial. En este sentido, se indica en el precepto que *“el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada”*, pero inmediatamente se advierte por la norma que la autonomía de la voluntad no es libre para optar por los contratos temporales, puesto que éstos (dice el precepto) *“podrán celebrarse*

---

<sup>4</sup> Art. 3.c) ET.

<sup>5</sup> Art. 8 ET.

<sup>6</sup> RON LATAS, R.P./ GÓMEZ ABELLEIRA F.J./ ARUFE VARELA, A./ CARRIL VÁZQUEZ, X.M./ CARDENAL CARRO, M. *“El contrato de trabajo común”* en *Vademécum de contratación laboral*, Laborum, Murcia, 2001, pp. 23-40.

(...) en los siguientes supuestos”, y sólo en ellos (o en otros que cuenten también con específico soporte legal). La regla general es, pues, la que se deriva del principio de estabilidad en el empleo, mientras que la excepción es su alteración. Por tanto, estamos ante un contrato celebrado con vocación de permanencia. En suma, contratos indefinidos son aquellos en los que el vínculo no está sometido, directa o indirectamente, a un término, como serían los contratos por obra, servicio, o temporales.

## **II.-CUESTIONES A RESOLVER**

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

II.1.a).- Para abordar la primera de las preguntas del supuesto es preciso, en primer lugar, establecer la jurisdicción social, ámbito y competencia, el porqué del derecho a la tutela judicial y a la acción. La jurisdicción social conoce de los conflictos y litigios que puedan surgir del trabajo asalariado y de las relaciones jurídicas que guarden relación; entre ellas, podríamos citar como ejemplo las de la seguridad social.

Su regulación la encontramos en el art. 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) y en los arts. 1 a 3 de la Ley Reguladora del régimen Jurisdiccional Social (en adelante LRJS), además, todo ello deberá ser completado con las reglas de competencia y jurisdicción de los restantes órdenes jurisdiccionales. De una manera resumida podemos decir que la jurisdicción social conocerá de: conflictos entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo, reclamaciones en materia de Seguridad Social, litigios entre los asociados y las mutualidades<sup>7</sup>, reclamaciones frente al Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral, reclamaciones contra el Fondo de Garantía Salarial, cuestiones sindicales y colectivas, conflictos entre sociedades cooperativas de trabajo asociado o sociedades laborales y sus socios trabajadores, conflictos entre el trabajador autónomo dependiente y su cliente. En el artículo 3 de la LRJS se establecen los aquellos supuestos en los que no conocerá la jurisdicción social.

El derecho a la tutela judicial efectiva se consagra en el art. 24 de la CE, siendo uno de sus contenidos esenciales aquel que exige “*obtener una resolución fundada en derecho*”<sup>8</sup>. Este derecho se materializa a través de la acción, pero no implica siempre una resolución favorable, dado que el titular del derecho a la acción puede no serlo del derecho pretendido<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Se exceptúan las Mutualidades establecidas por los colegios profesionales y los litigios referidos a los aspectos orgánicos o de funcionamiento interno (que corresponden al orden civil) y los referidos a las actuaciones de autorización y control (que se encomiendan al orden contencioso-administrativo).

<sup>8</sup> STC 13/1987 y STC 19/1993.

<sup>9</sup> STC 52/1982.

La LRJS, en su Preámbulo corrobora lo citado<sup>10</sup>. Otra cuestión fundamental es el plazo de prescripción de las acciones<sup>11</sup>, donde se contiene la regulación que se podría denominar prescripción ordinaria en el Derecho del Trabajo. El contrato de trabajo es una fuente básica de derechos y obligaciones<sup>12</sup>. Pues bien, todas las acciones derivadas del contrato para su ejercicio decaen con el transcurso del tiempo, se trate de derechos irrenunciables o no. El artículo citado no se limita simplemente a establecer el antedicho plazo ordinario de prescripción, sino que indica el *dies a quo* a partir del cual, con carácter general, comienza a correr dicho plazo, quedando fijado en la fecha de terminación del contrato de trabajo, siendo indiferente cual haya sido su causa de extinción<sup>13</sup>. Se establece un nuevo plazo para aquellos supuestos en que no se pueda ejercitar una vez extinguido el contrato<sup>14</sup>.

Las reclamaciones de cantidad quedan sujetas al plazo general de un año, que se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse<sup>15</sup>. Dado que el salario por unidad de tiempo se entrega con una periodicidad determinada, constituirá el vencimiento de cada uno de esos períodos la fecha de inicio del plazo de prescripción. Todo ello como consecuencia de lo establecido en el art. 29.1 ET, que preceptúa que la liquidación y el pago del salario se harán puntual y documentalmente en la fecha y lugar convenidos o conforme a los usos y costumbres<sup>16</sup>.

---

<sup>10</sup> “La nueva Ley reguladora de la jurisdicción social desarrolla los mandatos constitucionales de tutela judicial efectiva y de seguridad jurídica para reforzarlos y adaptarlos a las particularidades de esta esfera del derecho. Toda disposición ritual está estrechamente vinculada con el derecho fundamental recogido en el artículo 24 de la Constitución Española. Su aplicación efectiva en el orden jurisdiccional laboral es la razón de ser de esta Ley”.

<sup>11</sup> Art. 59.1 ET.

<sup>12</sup> Art. 3 ET. “Fuentes de la relación laboral.

1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan:

a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.

b) Por los convenios colectivos.

c) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.

d) Por los usos y costumbres locales y profesionales”.

<sup>13</sup> Art. 59.1 ET. Prescripción y caducidad.

1. Las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación.

A estos efectos, se considerará terminado el contrato:

a) El día en que expire el tiempo de duración convenido o fijado por disposición legal o convenio colectivo.

b) El día en que termine la prestación de servicios continuados, cuando se haya dado esta continuidad por virtud de prórroga expresa o tácita.

<sup>14</sup> Art.59.2 ET “Si la acción se ejercita para exigir percepciones económicas o para el cumplimiento de obligaciones de tracto único, que no puedan tener lugar después de extinguido el contrato, el plazo de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse”.

<sup>15</sup> Art. 59 ET.

<sup>16</sup> STS de 26 de julio de 1994 (RJ 1994\7065).

El presente supuesto, que engloba la acción de reclamación de cantidades salariales por horas extraordinarias, sí que ofrece una respuesta indubitada: estamos dentro del plazo para poder ejercer la acción, dado que las fechas que transcurren desde el inicio de la relación laboral y la finalización de la misma son inferiores a un año.

II.1.b).- Otra cuestión que surge es: ¿Ante qué Tribunal ejerceremos la acción? Analizando el texto de la LRJS encontramos los siguiente órganos jurisdiccionales: Juzgados de lo Social, Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y Sala de lo Social del Tribunal Supremo<sup>17</sup>. La demanda se presentará ante el Juzgado de lo Social<sup>18</sup> del lugar de prestación de servicios o del domicilio del demandado, a elección del demandante<sup>19</sup>. En el caso concreto objeto de este trabajo los Tribunales competentes serían los Juzgados de lo Social de A Coruña, dado que la sede principal de la empresa Construnova S.A. radica en dicha localidad o el Juzgado de lo Social del domicilio del demandante, D. Francisco González Martínez, que no consta en el texto.

II.1.c).- Finalmente otra cuestión que se nos plantea es la acumulación de acciones y demandas. En el supuesto y dado que de todas las circunstancias y hechos que se relatan surgen varias posibles acciones a tener en cuenta por el trabajador, se podría dar lugar a diversas demandas, una por cada pretensión. En general, el actor ejercita una única acción frente al demandado, pero en ocasiones se admite la acumulación de acciones dentro de una misma demanda<sup>20</sup>, llegando incluso a permitirse la varias demandas en un único proceso aunque sean actores distintos.

La acumulación implica una pluralidad de objetos procesales —bien en la demanda: acumulación de pretensiones; bien en un momento posterior: acumulación de procesos— que son enjuiciados en un mismo procedimiento que da lugar a una única sentencia con diferentes pronunciamientos, todo ello para garantizar los principios de celeridad y de

---

<sup>17</sup> Arts. 6, 7, 8, 9 de la LRJS.

<sup>18</sup> Art. 6.1 LRJS.

<sup>19</sup> Art. 10 LRJS.

<sup>20</sup> En el caso que nos ocupa el actor podrá acumular cuantas acciones le competan contra el demandado, siempre que se tramiten ante el mismo juzgado o tribunal, pudiendo el demandado reconvenir. Podrá acumular también las acciones como consecuencia de accidentes de trabajo o enfermedad profesional para el resarcimiento de daños y perjuicios que tengan como origen un mismo hecho; incluso sobre mejoras voluntarias, que el trabajador perjudicado o sus causahabientes dirijan contra el empresario u otros terceros, que deban responder a resultas del hecho causante (incluidas las entidades aseguradoras), salvo que hayan debido tramitarse mediante procedimiento administrativo separado, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el artículo 30.

economía procesal<sup>21</sup>. También hemos de tener en cuenta las limitaciones y los supuestos especiales, recogidos en el artículo 26 de la LRJS<sup>22</sup>.

II.1.d).- Entrando finalmente a resolver la cuestión planteada, observamos que D. Francisco González Martínez firma un contrato el día 6 de diciembre de 2013 con la empresa Construnova, dedicada a la construcción, contrato de carácter indefinido con un horario de 40 horas semanales y con una retribución de 1645 euros mensuales, iniciando su actividad laboral el día siguiente a la firma del contrato siendo despedido el 27 de mayo de 2014.

---

<sup>21</sup> STS 13/06/2011 (Tol 2174579), sobre acumulación de pretensiones: “...1.- La regulación de la llamada “acumulación de acciones” (más propiamente, pretensiones) contenida tanto en el art. 26 LPL como en los arts. 71 a 73 de la supletoria LECiv parten del mismo principio general de que la citada acumulación es potestativa para el demandante, al decir —en plena coincidencia literal— que “El actor podrá acumular en la demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque procedan —‘provengan’, en la redacción de la LECiv”— de un mismo título. Principio general que ciertamente atiende a satisfacer los principios laborales de economía procesal y celeridad (art. 74.1 LPL) y el deseable objetivo general de evitar decisiones contradictorias, así como —también se ha dicho— los principios constitucionales de seguridad jurídica, tutela judicial efectiva y de igualdad en la aplicación de la ley. Pero, insistimos, el fenómeno acumulativo se subordina a la voluntad del actor, como lo prueban las expresiones legales el “actor podrá acumular” y “podrá el demandado reconvenir”, siquiera tal posibilidad se subordine a determinados requisitos (art. 73.1 LECiv) y se excluya en determinados supuestos [art. 27.4 LPL], imponiéndose tan solo la acumulación necesaria-como excepción- (...).”

<sup>22</sup> En el Art.26, se tratan los supuestos especiales de acumulación de acciones. Se excluyen de acumular entre sí y a otras las acciones de despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el artículo 139, las de impugnación de convenios colectivos, las de impugnación de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores y las de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de reclamar en los anteriores juicios, la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales y libertades públicas objeto de tutela de tales derechos fundamentales y libertades públicas, conforme a los artículos 182, 183 y 184.

Por el contrario sí podrán acumularse en una misma demanda las acciones de despido y extinción del contrato siempre que la acción de despido acumulada se ejercite dentro del plazo establecido para la modalidad procesal de despido. Cuando para la acción de extinción del contrato de trabajo se invoque la falta de pago del salario pactado, la reclamación salarial podrá acumularse a la acción solicitando la extinción indemnizada del vínculo, pudiendo, en su caso, ampliarse la demanda para incluir las cantidades posteriormente adeudadas. En caso de demora por complejidad de los conceptos reclamados se podrán tramitar procesos separados con posterioridad al proceso por despido.

Igualmente podrá acumularse a la reclamación de clasificación profesional por realización de trabajos de categoría o grupo profesional superior la reclamación de las diferencias retributivas derivadas.

En el caso de los trabajadores conceptuados como autónomos económicamente dependientes, si se accionara por despido alegando la existencia de relación laboral, podrán acumular en una misma demanda a la acción principal de despido y, dentro del mismo plazo de caducidad que ésta, la que puedan formular contra la decisión del cliente de extinguir la relación, con carácter eventual y para el caso de desestimación de la primera.

No serán acumulables entre sí las reclamaciones en materia de Seguridad Social, salvo cuando tengan la misma causa de pedir y salvo la posibilidad de alegar la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas a que se refiere el apartado 1 del artículo 140.

Cuando se presenten demandas acumulando objetiva o subjetivamente acciones, el secretario judicial verificará que concurren los presupuestos indicados en el artículo 25 y en los apartados precedentes, dando cumplimiento en su caso a lo dispuesto en el artículo 19.

Posteriormente, se indica que realizaba jornadas semanales de más de cuarenta horas, horas que ni le eran retribuidas ni compensadas, por ello observo que el trabajador tiene derecho a demandar a la empresa ejerciendo una **ACCIÓN DE SALARIO POR HORAS EXTRAORDINARIAS**. Debemos fijar para ello el concepto de hora extraordinaria como aquella o aquellas horas que excedan de la jornada ordinaria de trabajo<sup>23</sup>. El Convenio Colectivo de la Construcción para la provincia de A Coruña (en adelante CCCAC) define el concepto de horas extraordinarias<sup>24</sup>. La realización de las horas extraordinarias, tiene en todo caso su fundamento en un pacto previo, así se establece en el ET<sup>25</sup>, ya sea a través de convenio colectivo (como es el caso que nos ocupa) o bien pacto entre el empleador y el empleado establecido en el contrato de trabajo. Las horas extraordinarias podrán ser compensadas mediante abono de las mismas en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria o mediante tiempos equivalentes de descanso retribuido, según se haya pactado en convenio colectivo o, en su defecto, en contrato individual<sup>26</sup>.

Es de especial relevancia la jornada laboral, dado que además de afectar a las retribuciones que debe percibir el trabajador, establece, como hemos visto, la frontera con las horas extraordinarias y los descansos. Tomando como referencia CCCAC y en concreto su artículo 38.” *Se establece una jornada laboral de 40 horas semanales de trabajo efectivo, y en cómputo anual para los años 2012 ,2013 de 1.736 horas, según el calendario laboral que se adjunta en el presente convenio. Y que será de aplicación en aquellas empresas que no establezcan o tengan establecido su calendario, de acuerdo con el convenio general del sector*”. Se establece el mismo cómputo anual para el año 2014.

---

<sup>23</sup> Art. 35.1 ET.

<sup>24</sup> Art. 25 CCCAC “*Las partes firmantes del presente convenio acuerdan la conveniencia de reducir al mínimo indispensable la realización de horas extraordinarias, ajustándose a los siguientes criterios:*

*a) Las horas extraordinarias, en todo caso, por su naturaleza, serán voluntarias de acuerdo con las disposiciones vigentes, excepto las que tengan su causa en fuerza mayor.*

*b) Se consideran horas extraordinarias estructurales las motivadas por pedidos o puntas de producción, ausencias imprevistas, cambio de turno y pérdida o deterioro de la producción, o por cualquier circunstancia de carácter estructural que altere el proceso normal de producción.*

*c) El número de horas extraordinarias que realice cada trabajador, salvo en los supuestos de fuerza mayor, no excederá de 80 al año.*

*d) Los importes de las horas extraordinarias para cada una de las categorías son los que se determinan en tabla anexo I.*

*e) Las empresas, siempre y cuando no se perturbe el normal proceso productivo, podrán compensar la retribución de las horas extraordinarias por tiempos equivalentes de descanso. En el supuesto de que se realizara la compensación prevista en el párrafo anterior, las horas extraordinarias compensadas no se computarán a los efectos de los límites fijados para las mismas en el apartado c) de este artículo.”.*

<sup>25</sup> Art. 35.1 ET.

<sup>26</sup> S.T.S. de 26 de septiembre de 1990, Ar/7051; STS en unificación de doctrina, de 17 de mayo de 1995 (Tol 23508).

Podemos afirmar en el caso que nos ocupa que todas aquellas horas que excedan del cómputo semanal de cuarenta horas deban ser consideradas horas extraordinarias. Debemos abordar diversos aspectos que pueden plantear problemas a la hora de enfrentarnos al proceso, en este caso la acreditación de la efectiva realización de las horas extraordinarias citadas. ¿A quién incumbe la carga de la prueba de la realización de las horas extraordinarias? La carga de la prueba corresponde al trabajador, siendo los Tribunales muy meticulosos en su comprobación<sup>27</sup>. Para ello se exige que se prueben hora a hora y día a día<sup>28</sup> y siendo de libre apreciación por el Tribunal los documentos aportados.

Analizando la jurisprudencia, y en concreto las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1991 y 11 de junio de 1993<sup>29</sup>, debe indicarse que su doctrina, relativa a que la acreditación de la realización de horas extraordinarias requiere una "*estricta y detallada prueba de la realización*", ha sido desplazada por aquella otra que afirma que en aquellos supuestos en los cuales se demande por la realización de horas extraordinarias, si bien corresponde en principio al trabajador la acreditación de su realización hora a hora y día a día (en virtud del *onus probandi*, que impone sobre quien alega la carga de acreditar los hechos normalmente constitutivos del derecho que reclama), tal regla quiebra en aquellas ocasiones en las que el trabajador acredita la realización constante de una mayor jornada laboral. En efecto, "*respecto del acreditamiento de las horas extraordinarias, se ha de exigir cumplida prueba de su realización, hora a hora y día a día, por no ser «sustituible la justicia por la benevolencia, siendo al reclamante al que incumbe la carga de la prueba»*"<sup>30</sup>, y sin que a tales efectos pueda otorgarse suficiente valor probatorio a los partes de trabajo o notas elaboradas por los propios trabajadores<sup>31</sup>.

Resumiendo, el actor debe probar la realización efectiva de las horas extraordinarias, una por una y día a día, no bastando para ello los partes elaborados por los propios trabajadores (sería conveniente acreditarlos mediante la ficha de entrada y salida del trabajo, es decir, la hoja de control horario o bien mediante cualquier comprobante expedido por la empresa).

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, la realización del "exceso horario" es de manera habitual, aunque sin concretar —dado que se menciona que "tras *unos meses trabajando*" y "*realizaba jornadas semanales de más de cuarenta horas*"—, por lo que entendemos que se trata de realización de horas extraordinarias de manera continua, habitual y mantenida en el

---

<sup>27</sup> Vid nota 26.

<sup>28</sup> SSTS de 21 de enero y de 23 de abril de 1991 (Ar/67 y 3383).

<sup>29</sup> AR/3383 y RJ 1993\4665.

<sup>30</sup> STSJ de Galicia 4026/2011 de 20 de septiembre (JUR 2011/359970).

<sup>31</sup> STS de 29 de noviembre de 1986 (RJ 1986\ 6532).

tiempo, por ello la carga de la prueba de la realización se convierte podríamos decir en la “prueba de la no realización, dado que podemos diferenciar entre las horas extraordinarias ocasionales y las habituales en cuyo caso la carga de la prueba, esto es la no realización de las mismas recaerá sobre el empresario”<sup>32</sup>.

Por ello, el tiempo que el trabajador ha excedido de su jornada semanal, más allá de la jornada ordinaria de trabajo, entendiéndose como tal las cuarenta horas semanales, debe ser abonado como si se tratara de horas extraordinarias, por lo que en base a la doctrina recién citada procede mantener la existencia de tal jornada, con las consecuencias legales inherentes a la realización de horas de trabajo sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo. Y es que, para el ET, “el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo”<sup>33</sup>.

A la hora de determinar el cálculo de las cantidades adeudadas al trabajador tomaremos como referencia el CCCAC, encontrando en el Anexo 1 las tablas salariales y la cuantía de la hora extraordinaria en función de la categoría profesional del trabajador.

II.1.e).- La segunda acción que se podría plantear ante los tribunales una vez probada la realización de horas extraordinarias sería una **ACCIÓN DECLARATIVA DE COTIZACIONES POR LAS HORAS EXTRAORDINARIAS**. El artículo 111<sup>34</sup> de la LGSS de 1994, establece la obligación de la cotización adicional por las horas extraordinarias. Pero además, esta misma retribución por horas extraordinarias está sujeta también a una cotización adicional, no computable a efectos de determinar la base reguladora de las prestaciones<sup>35</sup>.

II.1.f).- La siguiente acción que puede ejercitar el trabajador sería una **ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS POR NO DISFRUTAR DE LOS DESCANSOS**. ¿Cómo nace el derecho a esta indemnización? Es el incumplimiento de la

---

<sup>32</sup> STSJ de Galicia de 19 de diciembre de 2003 rec. núm. 2335/2001 (AS 2004\243) y STSJ de Galicia 3116/2012 de 28 de mayo (JUR. 2012/229282).

<sup>33</sup> Art. 34.5 ET.

<sup>34</sup> Art. 111 LGSS: “Cotización adicional por horas extraordinarias. La remuneración que obtengan los trabajadores por el concepto de horas extraordinarias, con independencia de su cotización a efectos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, estará sujeta a una cotización adicional por parte de empresarios y trabajadores, con arreglo a los tipos que se establezcan en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado”.

<sup>35</sup> Art.120. LGSS: “Cotización adicional por horas extraordinarias. La cotización adicional por horas extraordinarias a que se refiere el artículo 111 de esta Ley no será computable a efectos de determinar la base reguladora de las prestaciones”.

obligación de conceder el descanso, que ya no puede cumplirse de forma específica<sup>36</sup>, lo que determina la obligación de indemnizar según el art. 1101 del Código Civil<sup>37</sup> (en adelante CC). El texto afirma que D. Francisco González “*no disfrutaba de los descansos que deberían serle asignados*”. El descanso semanal es un derecho del trabajador, el ET recoge el derecho del trabajador al disfrute de períodos de descanso en función de la jornada laboral realizada, considerándolo en todo caso tiempo de trabajo si así se ha pactado<sup>38</sup>. El CCCAC no hace referencia a los descansos, salvo para permitir el abono de las horas extraordinarias mediante la compensación por descansos<sup>39</sup>. Concluyendo, podemos establecer que el descanso obligatorio por ley en la jornada continuada es de 15 minutos, pero es mejorable por convenio o pacto, en los que también podrá establecerse si computa como jornada de trabajo efectivo; si el pacto o convenio no dice nada, en principio, no computa como jornada de trabajo efectivo<sup>40</sup>, reconocido como tal en el ET<sup>41</sup>; estos descansos además han de ser retribuidos.

Analizando el CCCAC se observa que no contiene previsión alguna sobre el descanso semanal, salvo la del reparto del tiempo de trabajo en una jornada ordinaria “*de lunes a viernes*”<sup>42</sup>, previsión que en realidad, está determinando la existencia del descanso semanal en términos perfectamente ajustados al precitado art. 37 ET. En el anexo II del citado convenio colectivo, observamos el calendario laboral, en el cual del cómputo total de días del año (365) se deducen los sábados (51) los domingos (52) y festivos tanto nacionales como de la comunidad, y sobre esta base, en su caso, las empresas podrían elaborar su propio calendario, en base al artículo 68 del CGC<sup>43</sup>.

---

<sup>36</sup> Art. 1098 CC: “*Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa. Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho*”.

Art. 1099. CC: “*Lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo anterior se observará también cuando la obligación consista en no hacer y el deudor ejecutare lo que le había sido prohibido*”.

<sup>37</sup> Art. 1101 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 aquellas*”.

<sup>38</sup> Art. 34.4 ET: “*Siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un periodo de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos. Este periodo de descanso se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo. En el caso de los trabajadores menores de dieciocho años, el periodo de descanso tendrá una duración mínima de treinta minutos, y deberá establecerse siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media.*”

<sup>39</sup> Art. 25.c CCCAC.

<sup>40</sup> STS 24/01/2000 y STS 15/10/2001.

<sup>41</sup> Arts. 34 y 37 ET.

<sup>42</sup> Art. 39 CCCAC.

<sup>43</sup> *Convenio General del sector de la Construcción. Artículo 68. Jornada.*

*4. Las empresas que, de acuerdo con la representación legal de los trabajadores, establezcan un calendario distribuyendo la jornada laboral pactada antes del día 30 de enero de cada año en los centros estables y en las*

El descanso semanal es un derecho del trabajador, “*su incumplimiento produce un daño moral al trabajador, quien se ve obligado a trabajar sin respetar el periodo mínimo de descanso semanal establecido con carácter imperativo en el artículo 37 del ET en relación con el descanso entre jornadas fijado en el artículo 34.3 de dicho texto legal , no disponiendo de dicho tiempo, no solo para recuperarse del cansancio y esfuerzo que conlleva todo trabajo, sino también para disfrutar de dicho ocio y poder compatibilizar su vida familiar, laboral y personal*”<sup>44</sup>. Del mismo modo “*La concurrencia de culpa ha de apreciarse desde el momento en el que la empresa obliga al trabajador a prestar servicios sin respetar sus descansos legales sin que pueda entenderse que la empresa desconocía la existencia de tal derecho al descanso, pues la fijación del mismo aparece con carácter imperativo y sin haber sufrido variación alguna en el ET (RCL 1995, 997) y también en el Convenio Colectivo aplicable*”<sup>45</sup>.

En consecuencia, habiéndose producido el daño por el incumplimiento de la empresa de sus obligaciones legales y existiendo nexo causal entre el incumplimiento y el daño, la empresa debe indemnizar el daño ocasionado.

El TS resuelve fijando la doctrina en el recurso de casación para unificación de doctrina núm. 2792/2013 interpuesto por los trabajadores contra la sentencia del TSJ de Galicia del 12-07-2013 de la siguiente manera:

- 1) Lo único que se discute es si ha existido un incumplimiento de esa obligación por la empresa y si éste determina la obligación de indemnizar el perjuicio causado.
- 2) La obligación que debe cumplirse “es la de conceder a los trabajadores afectados el descanso que les correspondía según la norma convencional”.
- 3) Que ese incumplimiento de la obligación de conceder el descanso, que ya no puede cumplirse de forma específica, dado que no es posible al no poder disfrutarse ya , determina la obligación de indemnizar según el art. 1.101 CC.

Resumiendo, se trata de que se pruebe si ha existido una obligación (conceder el descanso) y ésta se ha incumplido. Debido a que ya no puede cumplirse, porque ha transcurrido el tiempo, lo cual imposibilita el cumplimiento (no procede ya la concesión del descanso), nace la obligación de indemnizar. En el supuesto no podemos establecer la

---

*obras con objeto de coordinar las actividades en la empresa, se registrarán por el mismo. En dicho calendario se establecerán los días laborables y las horas diarias, que no podrán ser más de nueve.*

*En ausencia de calendario pactado en los centros de trabajo en los plazos previstos se observará el calendario establecido en el convenio provincial o, en su caso, autonómico aplicable.*

<sup>44</sup> STSJ de Galicia núm. 5298/2015 de 14 octubre (AS 2015\2396) y STSJ de Galicia núm. 5716/2015 de 22 octubre (AS 2015\2396).

<sup>45</sup> Ibid.

cuantía de la indemnización, la cual deberá elaborarse calculando los descansos no disfrutados y abonándolos como si se tratase de horas extraordinarias.

II.1.g).- La siguiente acción que plantearíamos sería una **ACCIÓN DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR ACOSO LABORAL**, dado que en el texto se afirma que *“su jefe y dueño de la sociedad, D. Fernando Pérez Hernández de sesenta y tres años, lo trata de manera vejatoria, lo amenaza y hace que Paco trabaje bajo coacción”*. En base a ello podemos establecer que desde el punto de vista sancionador el acoso moral merece distintas respuestas. En primer término, cabría hablar de una responsabilidad administrativa, y consecuentemente la posibilidad de que se imponga una sanción a la empresa tras la actuación de la Inspección de Trabajo, por cuanto que resulta ser la conducta del empresario la que desencadena o consiente el acoso del trabajador. No cabe duda que, de acuerdo con la LISOS, el acoso moral ha de encuadrarse en su art. 8.11, que describe como infracción muy grave, sancionable con multa de 3.005, 77 a 90.151,82 euros, *“los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores”*.

En segundo término, puede establecerse una responsabilidad empresarial mediante la imposición de recargo por omisión de medidas de seguridad en las prestaciones económicas a satisfacer por la Seguridad Social en los casos de incapacidad temporal y de invalidez permanente derivadas del acoso moral<sup>46</sup>. En tercer y último lugar, en casos de gravedad podríamos estar ante responsabilidades encuadradas dentro del orden jurisdiccional penal.

Encontramos el fundamento para dicha acción dentro del orden jurisdiccional social en la LRJS, la cual establece: *“Sobre tutela de los derechos de libertad sindical, huelga y demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de la discriminación y el acoso, contra el empresario o terceros vinculados a éste por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios”*<sup>47</sup>. En este caso no es determinante quien es el “acosador” si no si el acoso se produce *“como consecuencia del contrato de trabajo”*<sup>48</sup>.

El artículo 177.1 de la LRJS<sup>49</sup> establece que podremos recabar la tutela de un derecho fundamental a través de la modalidad procesal cuando la pretensión se suscite en el ámbito

---

<sup>46</sup> STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 336/2006 de 24 abril (AS 2006\2280)

<sup>47</sup> Art. 2.f LRJS.

<sup>48</sup> STC 250/2007 de 17 de diciembre RTC 2007\250

<sup>49</sup> Art. 177.1 LRJS Legitimación: *“Cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, podrá recabar su tutela a través de este procedimiento cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas*

de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, siempre que tenga relación con la prestación de servicios alcanzando en este caso a terceros vinculados con el empresario. El juez social asume la función de garante de los derechos fundamentales<sup>50</sup>. Cabe destacar que en este caso será parte el Ministerio Fiscal<sup>51</sup>.

Podemos definir el acoso: *“como toda conducta duradera en el tiempo que tiene como objetivo o consecuencia atentar contra los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, o aquellas acciones o actuaciones encaminadas a crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”*<sup>52</sup>. Mobbing es un anglicismo que se refiere al acoso psicológico sobre los trabajadores en unas determinadas situaciones con posibles efectos físicos y/o psíquicos y que, en todo caso afecta al status personal y laboral del trabajador<sup>53</sup>. Cabe citar la STSJ de Galicia 1990/2010, de 10 de marzo de 2010<sup>54</sup>, en su Fundamento de Derecho Tercero, en la que se define el acoso laboral o “mobbing” como *“en el ámbito especializado -médico y jurídico-, se define el acoso laboral (mobbing) como aquella conducta abusiva o de violencia psicológica al que se somete de forma sistemática (el mobbing presenta como elementos caracterizadores las notas de frecuencia, intensidad y permanencia) a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen su dignidad o integridad psíquica, y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo; actitudes de hostigamiento que conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciéndole ansiedad, estrés, pérdida de autoestima y alteraciones psicosomáticas, determinando en ocasiones el abandono de su empleo por resultarle insostenible la presión a que se encuentra sometido.”* La misma sentencia continua estableciendo *“acoso laboral requiere determinados componentes objetivos (sistematicidad en la presión, relación de causalidad con el trabajo, falta de amparo en el poder de dirección y elemental gravedad) y subjetivos (intencionalidad denigratoria y carácter*

---

*atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios”.*

<sup>50</sup> Exposición de motivos de la LRJS.

<sup>51</sup> Art. 177.3 LRJS.

<sup>52</sup> RODRÍGUEZ PASTOR, G./ SALCEDO BELTRÁN, M<sup>a</sup>.C./ PÉREZ ALONSO, M<sup>a</sup>.A./ FABREGAT MONFORT, G./ GARCÍA GONZÁLEZ, G./ ALFONSO MELLADO, C.L./ PEÑA OBIOL, S., *GPS Laboral*, Tirant lo Blanch, 2<sup>a</sup> ed., 2016, p. 694.

<sup>53</sup> GASCO GARCÍA, E. *Documentos de Trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales nº 23*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2005, p. 4 y ss.

<sup>54</sup> AS 2010\1046.

*individualizado, que no colectivo, del destinatario)*”<sup>55</sup>; del supuesto planteado se desprende que se dan todos y cada uno de los elementos mencionados dado que afirma que D. Fernando Pérez Hernández propietario de Construnova S.A. y jefe de D. Francisco González Martínez “*lo trata de manera vejatoria, lo amenaza y hace que trabaje bajo coacción...teniendo como consecuencia lesiones de carácter psicológico... indigestión, trastorno del sueño*”.

En este caso, nuestra pretensión sería la indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el acoso sufrido, constatado por las lesiones de carácter psicológico (informe médico y parte de baja) que se relatan en el texto del supuesto<sup>56</sup>.

A nuestra demanda debemos adjuntar un informe médico de valoración del daño en el que estableceremos un nexo de causalidad entre la situación laboral estresante, y el daño que presenta el trabajador, evidenciado en la depresión que padece y los problemas psicológicos, todo ello reflejado como ya hemos visto en el parte de incapacidad temporal.

Cabe destacar, en relación a su situación de incapacidad, que podríamos solicitar que ésta fuese por accidente laboral, dado que la situación en la que se encuentra el trabajador es consecuencia de la relación laboral<sup>57</sup>. El concepto legal del accidente de trabajo lo encontramos en la LGSS, que lo define como “*toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena*”<sup>58</sup>.

Se configura así el accidente laboral a través de tres elementos: lesión, trabajo por cuenta ajena y relación entre lesión y trabajo. La lesión se constata en el parte médico. Existe un contrato de trabajo que reconoce y establece la relación laboral entre D. Francisco González y Construnova S.A y la lesión se produce por el acoso que es sometido en el

---

<sup>55</sup> Igualmente la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 1558/2011 de 1 marzo (JUR 2011\192106) en la que un Policía Local denuncia el ser víctima de “mobbing” debido a un traslado dentro de su propia comisaria. Se denuncia a la Inspección de Trabajo por acoso psicológico en el trabajo, pero se deniega porque la calificación de mobbing ha de reservarse para los casos en que hay un acoso sistemático, repetición de determinadas conductas con una cierta duración en el tiempo, dirigidas a minar la autoestima del trabajador, sin que tampoco sea bastante el sentimiento de víctima ni aun la acreditación de un trastorno psíquico, en cualquier caso, dependiente de la mayor o menor resistencia mental o psicológica del trabajador; en esta línea, si la enfermedad surge en el medio laboral técnicamente calificable de hostigamiento o acoso psicológico basta que su aparición tenga por exclusiva causa la ejecución del trabajo.

<sup>56</sup> En el art. 183 de la LRJS, se establece cómo realizar el cálculo de la indemnización, la cual deberá establecerla el Juez; para ello tendrá en cuenta el daño moral causado en función del derecho fundamental vulnerado y como consecuencia de los daños y perjuicios causados. Buscará para ello el resarcir a la víctima y la restitución a la situación anterior a la vulneración y contribuir a la prevención del daño. Esta indemnización será compatible con otras a las que tenga derecho el trabajador con motivo de otras demandas que haya planteado.

<sup>57</sup> BLASCO LAHOZ, J.F., “Interpretación del concepto de accidente de trabajo por el Tribunal Supremo” en *Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención*, nº 70, Grupo Especial Directivos, Madrid, 2010, pp.12-18.

<sup>58</sup> Art. 156 LGSS.

trabajo por parte del dueño de la empresa y jefe de D. Francisco. El acoso sufrido por D. Francisco puede y debe ser considerado accidente de trabajo, así lo definen los Tribunales, en concreto de la siguiente manera: *“como acertadamente señala la sentencia de instancia, los síndromes ansioso-depresivos, desencadenados por procesos de acoso moral (mobbing), acometidos por las empresas y/o por los jefes y compañeros de trabajo, deben considerarse accidentes laborales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 115.2 e) de la Ley General de la Seguridad Social, porque se desencadenan por agresiones externas relacionadas directamente con el trabajo..... Y esto es lo que sucede en el caso que estamos enjuiciando, donde la depresión reactiva causante del período de incapacidad temporal objeto de debate, tiene su origen únicamente en la situación de acoso moral a que está sometido el actor en el desarrollo de su actividad laboral, aunque como se ha anticipado al tratar la revisión de hechos probados, no es necesario para que desplieguen su eficacia los artículos 115.1 y 115.2 e) LGSS. que la enfermedad, en este caso, la depresión reactiva, surja en un medio laboral, técnicamente calificable de mobbing, basta con que su aparición tenga, por exclusiva causa, la ejecución del trabajo<sup>59</sup>”*.

II.1.h).- La siguiente acción a la que tendría derecho D. Francisco González sería una **ACCIÓN DE DESPIDO**, dado que el trabajador ve extinguido su contrato en fecha 27 de mayo de 2014. A tal efecto hemos de tener en cuenta el plazo para la presentación de la demanda dado que *“el trabajador podrá reclamar contra el despido, dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquél en que se hubiera producido. Dicho plazo será de caducidad a todos los efectos y no se computarán los sábados, domingos y los festivos en la sede del órgano jurisdiccional”<sup>60</sup>*.

En la demanda hemos de solicitar la nulidad del despido<sup>61</sup>, por los siguientes motivos: garantía de indemnidad por la denuncia presentada y por violación de derechos fundamentales. Los efectos de la declaración de la nulidad del despido sería los siguientes: *“se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir. La sentencia será ejecutada de forma provisional en los términos establecidos por el artículo 297, tanto si fuera recurrida por el empresario como si lo fuera por el trabajador<sup>62</sup>”*.

---

<sup>59</sup> STSJ de La Rioja núm. 191/2005 de 6 octubre (AS 2005\3399).

<sup>60</sup> Art. 103 LRJS.

<sup>61</sup> Art. 108.2 LRJS: *“Será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”*.

<sup>62</sup> Art. 113 LRJS.

El Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 197/1998, de 13 octubre, declara la nulidad de los despidos con motivo de represalias por la denuncia o acción amparada por derechos y libertades de los trabajadores del siguiente modo: *“Partiendo de tales premisas, este Tribunal ha declarado la nulidad de los despidos cuya causa derivaba del ejercicio legítimo de la libertad de expresión constitucionalmente garantizada por el art. 20.1, a) CE (SSTC 88/1985, 126/1990, 6/1995, 106/1996, 186/1996 y 1/1998); de la libertad de información garantizada por el art. 20.1, d) CE (SSTC 6/1988, 126/1990 y 4/1996); del derecho a la propia imagen del art. 18.1 CE (STC 99/1994); o del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a los Jueces y Tribunales en defensa de derechos e intereses legítimos (SSTC 7/1993 y 14/1993). En igual sentido, la legislación laboral hoy vigente establece expresamente que «será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador» (art. 55.5 ET y en el mismo sentido art. 108.2 LPL)”*.

Los despidos como represalias a las demandas realizadas por los trabajadores para la tutela de sus derechos serán considerados nulos, es lo que se conoce como *“garantía de indemnidad”*. En este caso podemos citar la Sentencia núm. 696/2007 de 8 noviembre del TSJ de Extremadura<sup>63</sup> en la cual se dispone *“...han de ser declarados nulos por infracción del derecho a la garantía de indemnidad...la mas que conflictiva relación en su seno (referida a la empresa), con una plantilla enfrentada, evidencia el enconamiento de posiciones, con testimonios de uno y otro signo, completamente inconciliables”, pero dicha situación no es la que ampara la carta de despido, sino el bajo rendimiento, sobre el cual en modo alguno se ha practicado prueba que por mínimo sustente la decisión empresarial, razón por la cual los despidos operados han de considerarse como una medida de represalia”*; represalia tomada al igual que en el caso que nos ocupa por una denuncia ante la Inspección de Trabajo como consta en la propia Sentencia: *“En cuanto a que todo sea una represalia por las acciones judiciales y ante la Inspección de Trabajo ha de volverse a lo mismo”*.

Del mismo modo, en la Sentencia núm. 583/2015 de 13 julio de la Sala de lo Social Sección 2ª del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se aborda un caso similar en el que se despide a un trabajador por una denuncia ante la Inspección de Trabajo: *“declaramos nulo el despido condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a readmitir de inmediato al trabajador en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones que regían antes de dicho despido, así como a abonarle los salarios*

---

<sup>63</sup> AS 2008\493.

*dejados de percibir desde la fecha del mismo 24 de septiembre de 2013 hasta que la readmisión sea efectiva y a razón de 37,93 euros diarios, así como a mantenerle de alta en seguridad social durante el mismo periodo.”*

En el caso objeto de este trabajo la demanda incluiría la petición de reincorporación al puesto de trabajo y al abono de los salarios dejados de percibir desde el día del despido hasta la efectiva incorporación al puesto de trabajo (salarios de tramitación)<sup>64</sup>.

II.1.i).- Finalmente, el trabajador también tendría la posibilidad de una **ACCIÓN EN LA QUE DEMANDARÍA LA EXTINCIÓN INDEMNIZADA DEL CONTRATO**<sup>65</sup>, por incumplimiento grave por parte del empresario de sus obligaciones, entre las que podrían alegarse las mencionadas anteriormente, teniendo derecho el trabajador a la indemnización señalada para el despido improcedente<sup>66</sup>. Pero esta acción no es compatible con la anterior aunque podríamos plantearla de manera subsidiaria.

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

Con motivo de la inspección, se descubre que otro trabajador *“D. Alberto Pérez Domingo de veinte años, no está dado de alta en el oportuno régimen de la Seguridad Social”*. Podemos definir alta en la Seguridad Social como *“el acto administrativo mediante el cual se reconoce a la persona que inicia una actividad o se encuentre en una situación conexas con la misma, su condición de comprendida en el campo de aplicación del régimen de seguridad social que corresponda en función de la naturaleza de la actividad o de la situación, con los derechos y obligaciones correspondientes”*<sup>67</sup>.

II.2.a).- En primer lugar, trataremos de determinar a quién corresponde la obligación de afiliar al Régimen General de la Seguridad Social al trabajador D. Alberto Pérez Domingo: *“La solicitud de afiliación es obligatoria para el empresario (arts. 100.1 LGSS y 24 RD 84/1996). Ello no obstante, en caso de que el empresario incumpla con esta obligación, el trabajador está facultado para instarla (arts. 100.2 LGSS y 25.2 RD*

---

<sup>64</sup> Art. 55.6 ET.

<sup>65</sup> Art. 50 ET.

<sup>66</sup> BAYLOS GRAU, P.A./ CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>.E./ FLORENCIO THOMÉ C./ GARCÍA SCHWARZ, R., *Diccionario internacional de derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 649-651.

<sup>67</sup> BLASCO LAHOZ, J.F., *Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 3<sup>a</sup> ed. Valencia 2014, p. 236.

84/1996<sup>68</sup>). Como hemos visto la obligación es del empresario, cabe citar así mismo la ST. de la AP de Valencia de Valencia (Sección 2ª) Sentencia núm. 509/2004 de 23 julio en su Fundamento de Derecho 4<sup>69</sup>: *“Es de destacar que la conducta que se le imputa al acusado está contemplada en los artículos 100.1 y 102.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y en los artículos 29.1.1º y 32.3.1º de su Reglamento sobre, entre otros, altas y bajas de trabajadores en la Seguridad Social. Lo que dio lugar a la apertura de un expediente por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que termina apreciando en la empresa del acusado una falta administrativa grave e imponiéndole la sanción de multa en su grado mínimo de 50.001 pesetas, no apreciándole circunstancias agravantes de la sanción propuesta. En definitiva, el Estado ya ha sancionado al acusado en la vía administrativa.”* Reconociendo la responsabilidad administrativa por tales hechos.

II.2.b).- Los hechos descritos, consistentes en no solicitar la afiliación inicial, constituyen infracción de lo dispuesto en los artículos 16.2, 139.1 y 140.1 de la LGSS y en los artículos 6.1.1º, 7.3, 24.1, 27.2, 29.1.1º, y 32.3.1º del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996 de 26 de enero (en adelante RGISS). En ellos se determina que la obligación de solicitar la afiliación y las circunstancias tales como alta, baja y variaciones (art 16.2 de la LGSS) corresponderá a los empresarios con respecto de los trabajadores que ingresen a su servicio (139.1 de la LGSS), estando obligados a cotizar al Régimen General de la Seguridad Social los trabajadores y los empresarios por cuya cuenta trabajen<sup>70</sup>. La afiliación al sistema de la Seguridad Social es obligatoria<sup>71</sup>, esta obligación corresponde a los empresarios a cuyo servicio contraten a los trabajadores<sup>72</sup>, el empresario en todo caso está obligado a comunicar el inicio y final de la prestación de servicios de los trabajadores en su empresa<sup>73</sup>; la solicitud de alta del trabajador por parte del empresario deberá realizarse antes del inicio de la prestación de servicios del trabajador, pero con el límite de sesenta días naturales anteriores<sup>74</sup>.

---

<sup>68</sup> ALFONSO MELLADO, C.L./ BALLESTER PASTOR, Mª.A./ BLASCO PELLICER, A./ SALA FRANCO, T./ CAMPS RUÍZ, L.M./ GARCÍA ORTEGA, J.R./ GOERLICH PESET, J.M./ LÓPEZ GANDÍA, J.V./ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M./ ROQUETA BUJ, R./ SALA FRANCO, T., *Manuales del Derecho del Trabajo* CAMPS RUIZ, L.M./ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., Tirant lo Blanch, Valencia, 4ª ed., 2014, p. 698.

<sup>69</sup> ARP 2004\808.

<sup>70</sup> 140.1 LGSS.

<sup>71</sup> Art. 6.1.1º, 7.3 RGISS.

<sup>72</sup> Art. 24.1 RGISS.

<sup>73</sup> Art. 29.1.1º RGISS.

<sup>74</sup> Art. 32.3.1º RGISS.

II.2.c).- La infracción está tipificada y calificada como grave en el artículo 22.2 de la LISOS<sup>75</sup>. A la hora de establecer la cuantía de la sanción a imponer deberán seguirse los criterios recogidos en el artículo 39.2 y 6 de la LISOS<sup>76</sup>.

II.2.d).- Resumiendo, podemos decir que las consecuencias de no dar de alta a un trabajador en el régimen correspondiente de la Seguridad Social son: la consideración de alta presunta o de pleno derecho, responsabilidad en materia de prestaciones, responsabilidades administrativas y responsabilidad por cotizaciones adeudadas.

En primer lugar alta presunta o de pleno derecho, a pesar de que el empresario no haya cumplido con su obligación de dar de alta al trabajador, se consideran de pleno derecho en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, así como a los exclusivos efectos de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral<sup>77</sup>, surgiendo efectos sin perjuicio de las responsabilidades que la ley le atribuya a quien corresponda. Las altas de pleno derecho surtirán los efectos que la Ley les atribuye sin necesidad del reconocimiento del derecho a las mismas y sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar.

En segundo lugar nos encontramos con la responsabilidad en materia de prestaciones. Cuando se hayan cumplido los requisitos legalmente establecidos de afiliación y alta, de las prestaciones de Seguridad Social responden las Entidades Gestoras de la Seguridad Social o las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social<sup>78</sup>, pero dicha responsabilidad se desplaza al empresario en los casos en que incumpla dichas obligaciones<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> Art. 22.2. LISOS: “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.”

<sup>76</sup> Art. 39.2. LISOS: “Calificadas las infracciones, en la forma dispuesta por esta ley, las sanciones se graduarán en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada, como circunstancias que puedan agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida. Sin perjuicio de lo anterior, cuando se trate de infracciones tipificadas en los artículos 22.3 y 23.1.b), la sanción se impondrá en grado mínimo cuando la cuantía no ingresada, incluyendo recargos e intereses, no supere los 10.000 euros, en su grado medio cuando dicha cuantía esté comprendida entre 10.001 y 25.000 euros, y en su grado máximo cuando sea superior a los 25.000 euros. “

Artículo 39.6. “El acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que inicie el expediente sancionador y la resolución administrativa que recaiga, deberán explicitar los criterios de graduación de la sanción tenidos en cuenta, de entre los señalados en los anteriores apartados de este artículo. Cuando no se considere relevante a estos efectos ninguna de las circunstancias enumeradas en dichos apartados, la sanción se impondrá en el grado mínimo en su tramo inferior.”

<sup>77</sup> Art. 125 LGSS.

<sup>78</sup> Art. 126.1 LGSS.

<sup>79</sup> Art. 126.2 LGSS.

En tercer lugar nos encontramos con las responsabilidades administrativas, el incumplimiento de la obligación de afiliar o de dar de alta constituye una infracción administrativa grave<sup>80</sup> y, en algún caso, muy grave. En el caso de varios trabajadores afectados será una infracción por cada trabajador; esta infracción grave es sancionada con mayor severidad que el resto de infracciones graves en materia de seguridad social<sup>81</sup>, dado que la norma establece mayor dureza en la sanción en función del número de trabajadores afectados.

Finalmente nos encontramos con la responsabilidad por las cotizaciones adeudadas, el empresario es el responsable de las cantidades que hubiera debido ingresar<sup>82</sup>, siendo esta responsabilidad una infracción administrativa grave<sup>83</sup>, sin perjuicio de los recargos a los que hubiere lugar<sup>84</sup>.

II.2.e).- No podemos establecer la cuantía de la sanción dado que no obran en el supuesto los datos necesarios, en todo caso me remito a lo explicado en el apartado anterior.

II.2.f).- Finalmente, deberemos abordar si merece reproche penal dicha conducta del empresario. Debemos de partir de la base del principio de intervención mínima, como establece la sentencia de la AP de Valencia citada anteriormente<sup>85</sup> *“estimándose que ello sólo puede ocurrir cuando la conducta enjuiciada adquiera relevancia suficiente para estimarse que debe sancionarse penalmente, dado el principio de mínima intervención”*. En este caso concreto no tenemos datos suficientes para entrar a valorar si se trata de un caso de gravedad que merezca reproche penal, por lo que se considera lo más acertado seguir el criterio de la AP de Valencia. En su Sentencia núm. 509/2004 de 23 julio<sup>86</sup>, estima un recurso de apelación contra una ST. del JP nº 11 de Valencia, en la que se condenaba a un empresario como responsable de un delito contra el derecho de los trabajadores, al haber incumplido la obligación de dar de alta a un trabajador en el régimen de la Seguridad Social. El Tribunal exige para castigar penalmente la conducta del empresario, los siguientes elementos: *“el tipo exige que las condiciones ilegales se impongan mediante engaño o abuso de situación de necesidad, expresión esta amplia y abierta que puede comprender cualquier medio comisivo en el que se utiliza la amenaza, la coacción, el engaño u otro ardid*

---

<sup>80</sup> Art. 22.2 LISOS.

<sup>81</sup> Art. 40 LISOS.

<sup>82</sup> Art. 15.4 LGSS.

<sup>83</sup> Art. 22.3 LISOS.

<sup>84</sup> MERCADER UNGUINA, J.R., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch, ed. 8ª, Valencia, 2015, pp.254-258.

<sup>85</sup> Vid nota 74.

<sup>86</sup> ARP 2004\808.

*semejante, o simplemente, lo que sin duda será más frecuente, el abuso que hace quien da el trabajo respecto de la situación de abundancia de mano de obra en una sociedad en la que el paro obrero constituye un grave problema para todos y particularmente para aquellos que buscan empleo” por ello concluye que “en este caso y por todo lo expuesto el Tribunal estima que en el hecho de no dar de alta al trabajador, además de apreciarse una negligencia en ello en vez del dolo que requiere el tipo, y dado que tan anómala situación se prolongó sólo algo más de mes y medio, hasta la enfermedad de aquél, ello corresponde su sanción a la esfera administrativa, como así ha sido”.*

Por ello considero que dado que no constan más datos al respecto no tiene el empresario responsabilidad penal.

### **II.3.- TERCERA CUESTIÓN. Reproduzca el iter procedimental respecto de la actuación de la Inspección de Trabajo en ambas situaciones.**

II.3.a).- A la hora de afrontar la presente pregunta, en primer lugar abordaremos la actuación de la inspección en el caso de D. Francisco González Martínez. Debemos de tener en cuenta que en el ejercicio de sus funciones, los inspectores de Trabajo y Seguridad Social tienen el carácter de autoridad pública, según dispone el artículo 5 de la LITSS.

En este caso, el inicio de la actividad inspectora tiene lugar con motivo de la denuncia presentada por el trabajador ante la Inspección de Trabajo y la Seguridad Social el día 24 de mayo de 2014 (del texto se desprende que se ha seguido el procedimiento establecido para ello)<sup>87</sup>. La denuncia del trabajador es suficiente para el inicio de la actividad inspectora, estableciéndolo el RITSS<sup>88</sup>, y a la vista de ella *“la Inspección procederá a la investigación y comprobación si apreciara indicios suficientes, archivándola en otro caso”<sup>89</sup>*.

A raíz de lo mencionado se inicia la actividad inspectora previa<sup>90</sup>, mediante la cual

---

<sup>87</sup> SUQUÍA ARETA, F.J./ MANUEL VELÁZQUEZ, R./ ANTONIO LÓPEZ, R., *Cómo es y cómo actúa la Inspección de Trabajo* Universidad de Deusto, Bilbao, 1991, pp. 27-48.

<sup>88</sup> Art. 9.f RITSS: *“Por denuncia de hechos presuntamente constitutivos de infracción en el orden social. El escrito de denuncia deberá contener, además de los datos de identificación personal del denunciante y su firma, los hechos presuntamente constitutivos de infracción, fecha y lugar de su acaecimiento, identificación de los presuntamente responsables y demás circunstancias relevantes. No se tramitarán las denuncias anónimas, las que se refieran a materias cuya vigilancia no corresponde a esta Inspección, las que manifiestamente carezcan de fundamento o resulten ininteligibles, ni las que coincidan con asuntos de que conozca un órgano jurisdiccional.”*

<sup>89</sup> MERCADER, J.R., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 838.

<sup>90</sup> Art. 9.1 RITSS *“Se entiende por actividad inspectora previa al procedimiento sancionador, a los efectos del presente Reglamento, el conjunto de actuaciones realizadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*

la Inspección de Trabajo hará las averiguaciones precisas, trasladándose al centro de trabajo<sup>91</sup>, establecimiento o lugar sujeto a inspección permaneciendo en el mismo (habrá de tenerse en cuenta que si el domicilio de la empresa coincide con el domicilio de alguna persona física, será necesario el consentimiento de ésta o en su defecto la autorización judicial de entrada y registro)<sup>92</sup>.

Una vez concluidos todos los actos de comprobación e investigación por parte de la Inspección, se procederá a la adopción de medidas de carácter preventivo y correctivo (si hubiese lugar a ello, aunque en el caso del trabajador afectado no será posible dado que ha sido despedido, y en segundo lugar, en cuanto a las actas de infracción y de liquidación (las actuaciones de la Inspección pueden dar lugar, asimismo, a la incoación de oficio de diversos procedimientos judiciales y administrativos<sup>93</sup>), se levantará acta de infracción (dado que se desprende del texto del supuesto que lo denunciado por D. Francisco González Martínez, es cierto “...las acciones correspondientes de revisión por parte de la Inspección, descubren que además de las circunstancias expresadas por D. Paco...”)<sup>94</sup>.

Como hemos visto anteriormente, en el caso de D. Francisco González se cometen diversas presuntas infracciones las cuales se deben de acumular en una misma acta<sup>95</sup>.

En este instante finaliza la actividad inspectora previa al procedimiento sancionador, el cual se inicia en este momento<sup>96</sup>, mediante acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Seguidamente, por parte de la inspección se dará traslado al empresario del acta resultado de la misma, iniciándose el procedimiento sancionador<sup>97</sup>.

---

*destinadas a comprobar el cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convenidas en el orden social.”*

<sup>91</sup> La actividad inspectora se desarrolla, principalmente, mediante visita a los centros y lugares de trabajo. De acuerdo con lo establecido en el art. 13 LOITSS, los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, en el ejercicio de sus funciones, están autorizados para: “*entrar libremente en cualquier momento y sin previo aviso en todo centro de trabajo, establecimiento o lugar sujeto a inspección y permanecer en el mismo*”.

<sup>92</sup> Art. 13.1 LITSS.

<sup>93</sup> Art. 5 RGISS.

<sup>94</sup> Art.12 RITSS: “*Extensión de acta de infracción. La extensión de actas de infracción, cuando se constaten hechos constitutivos de infracción en el orden social, se realizará en los términos y condiciones establecidos en este artículo y en el Capítulo III de este Reglamento.*”

<sup>95</sup> Art. 16 RITSS: En este artículo se establece que el Inspector deberá acumular en una misma acta las infracciones correspondientes a una misma materia, no debiendo acumularse actas de liquidación e infracción cuando concurren supuestos de responsabilidades subsidiaria o solidaria en el caso de accidentes de trabajo o enfermedad profesional. Se deberá respetar la competencia en todo caso, entre los órganos de la Administración General del Estado (en adelante AGE) y la AGE y la CCAA correspondiente.

<sup>96</sup> Art. 13.1. RITSS: “*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, que se extenderá y tramitará de acuerdo con lo establecido en este Capítulo.*”

<sup>97</sup> Art. 17. 1. RITSS: “*Las actas de infracción serán notificadas al presunto sujeto o sujetos responsables en el plazo de diez días hábiles contados a partir del término de la actuación inspectora, entendiéndose por ésta la de la fecha del acta, advirtiéndoles que podrán formular escrito de alegaciones en el plazo de quince días hábiles contados desde el siguiente a su notificación, acompañado de la prueba que estimen pertinente, ante el*

La fase de instrucción comienza con la notificación de las actas de infracción al presunto sujeto (D. Fernando Pérez Hernández) y finaliza con la remisión al órgano competente para decidir la propuesta de resolución elaborada por el órgano instructor del expediente.

La notificación de las actas de infracción se realizará por la Inspección a los sujetos responsables en el plazo de diez días hábiles a partir del término de la actuación inspectora. El acta contendrá la correspondiente propuesta de sanción, su graduación y la cuantificación que será el total de las sanciones propuestas<sup>98</sup>.

En este momento D. Fernando Pérez Hernández podrá presentar las alegaciones que considere pertinentes ante el órgano competente para resolver (que con los datos que nos aporta el supuesto no podemos determinar) y dentro del plazo de quince días hábiles contados a partir del día siguiente al de notificación del acta<sup>99</sup>. A lo largo de esta fase se podrán utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa. Como señaló en su momento la STC 212/1990, *“lo que del art. 24.2 CE nace para el administrado, sujeto a un expediente sancionador, no es el derecho a que se practiquen todas aquellas pruebas que tenga a bien proponer, sino tan sólo las que sean pertinentes o necesarias, ya que —como también ha declarado este Tribunal— sólo tiene relevancia constitucional por provocar indefensión la denegación de pruebas que, siendo solicitadas en el momento y la forma oportunas, no resultase razonable y privase al solicitante de hechos decisivos para su pretensión”*.

Las actividades probatorias deberán realizarse, por tanto, mediante la apertura de un período de prueba, en la forma y términos previstos en el art. 80 de la LRJPAC. En estos momentos se nos plantean dos situaciones, que D. Fernando Pérez Hernández haga uso o no de su derecho a presentar escrito de alegaciones<sup>100</sup>. El funcionario de la Inspección

---

*órgano instructor del expediente y que en caso de no efectuar alegaciones, el acta de infracción podrá ser considerada propuesta de resolución, con los efectos previstos en los artículos 18 y 18 bis .”*

<sup>98</sup> Art. 14.1 RGISS.

<sup>99</sup> Art. 52.1 .b. LISOS: *“El acta será notificada por la citada Inspección al sujeto o sujetos responsables, que dispondrá de un plazo de quince días para formular las alegaciones que estime pertinentes en defensa de su derecho, ante el órgano competente para dictar resolución”*.

<sup>100</sup> Art. 18.2 RITSS: *“Si no se formalizase escrito de alegaciones, continuará la tramitación del procedimiento hasta dictar la propuesta de resolución que corresponda.*

*Art. 18.33 RITSS: “Si se formularon alegaciones en plazo contra el acta de infracción, el órgano instructor podrá recabar informe ampliatorio, que se emitirá en quince días, del Inspector o Subinspector que practicó el acta. El citado informe será preceptivo si en las alegaciones se invocan hechos o circunstancias distintos a los consignados en el acta insuficiencia del relato fáctico de la misma, o indefensión por cualquier causa. Recibidas las alegaciones, o transcurrido el plazo señalado para efectuar las mismas, el instructor podrá acordar la apertura del período de prueba, de conformidad con lo previsto en el artículo 17 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto”*.

emitirá sus conclusiones y en él valorará las pruebas aportadas o que se hubiesen practicado, las alegaciones producidas y elevará la propuesta a definitiva, remitiéndose para su resolución al órgano encargado de ello.

Terminada la fase de instrucción, y antes de dictar resolución, el órgano competente para resolver el expediente, dará audiencia a D. Fernando Pérez Hernández siempre que de las diligencias practicadas se desprenda la invocación o concurrencia de hechos distintos de los reseñados en el acta (no se constata en el supuesto que así sea), pudiendo formular nuevas alegaciones en el plazo de ocho días, a cuyo término quedará el expediente visto para su resolución<sup>101</sup>.

Realizado el trámite de audiencia, D. Fernando Pérez Hernández podrá formular nuevas alegaciones por término de otros tres días, a cuyo término quedará visto para la propuesta de resolución.

El Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (en adelante RPS) establece que *“las resoluciones se notificarán a los interesados, advirtiéndoles de los recursos que podrán interponer contra ellas, órgano administrativo o judicial ante el que se hubieran de presentar y plazo para interponerlas”*<sup>102</sup>. Para finalizar se procederá a la imposición de la sanción por el órgano competente; dado que desconocemos la cuantía al no constar en el supuesto datos suficientes para el cálculo de la misma, no se puede determinar el órgano competente para su imposición puesto que se determinan en la LISOS los órganos sancionadores, estableciendo un régimen diferente en atención a la materia y, dentro de ésta, en función de la cuantía de la multa<sup>103</sup>.

### II.3.b).-Mención especial requiere la actuación de la Inspección de Trabajo en el

---

<sup>101</sup> Art. 52.c. LISOS:” *Transcurrido el indicado plazo y previas las diligencias necesarias, si se hubieren formulado alegaciones se dará nueva audiencia al interesado por término de ocho días, siempre que de las diligencias practicadas se desprenda la existencia de hechos distintos a los incorporados en el acta.*”

<sup>102</sup> Art. 20.5. RPS.

<sup>103</sup> *“Respecto a las infracciones en materia de relaciones laborales, empleo y Seguridad Social cometidas por empresarios y, también, sobre movimientos migratorios y extranjeros, la competencia sancionadora en la Administración General del Estado corresponde, a propuesta de la Inspección de Trabajo, a los siguientes órganos (art. 48.1 LISOS): La competencia para sancionar las infracciones en el orden social, en el ámbito de la Administración General del Estado, corresponde, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a la autoridad competente a nivel provincial, hasta 31.000 euros; al Director General competente, hasta 62.500 euros; al titular del Ministerio competente en materia de Empleo y Seguridad Social hasta 125.000 euros y al Consejo de Ministros, a propuesta del de Empleo y Seguridad Social, a partir de 125.001 euros. b) Por lo que se refiere a las infracciones en materia de prevención, el art. 48.2 LISOS señala que las sanciones se impondrán, a propuesta de la Inspección, de acuerdo con los siguientes criterios: (a) Las multas de hasta 40.985 € corresponden a la autoridad competente en el nivel provincial. (b) Las multas de hasta 123.000 €, al Director General competente. (c) Las multas de hasta 409.900 €, al Ministro de Empleo y Seguridad Social. (d) Y las multas de hasta 819.780 €”. MERCADER, J.R., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, ed. 8ª, Valencia, 2015, p. 838.*

caso del trato recibido del trabajador, D. Francisco González Martínez por parte de su jefe y propietario de la empresa.

La LPRL establece que los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, siendo el empresario quien tiene el deber de proteger a los trabajadores frente a los riesgos laborales<sup>104</sup>; y son sujetos responsables de la infracción las personas físicas o jurídicas y las comunidades de bienes que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracción, en el caso que nos ocupa sería el empresario, D. Fernando Pérez Hernández<sup>105</sup>.

Ciertamente el acoso laboral no está expresamente incluido en la LPRL, pero la obligación general de protección que recogen los artículos 14, 15 y 16 de la misma, y su contenido nos permite afirmar que estas conductas son perfectamente incluibles en los mencionados preceptos; por ello, el empresario estará obligado a garantizar un entorno laboral libre de acoso y a adoptar todas las medidas necesarias para proteger al trabajador de los riesgos psicosociales. Aquí es destacable lo expresado en la ST. del TSJ de Galicia de 10 de marzo de 2010 en su Sala de lo Social en su Fundamento de Derecho Tercero<sup>106</sup>.

Así, se califican como infracciones muy graves los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida de la dignidad de los trabajadores<sup>107</sup>. En este caso concreto, por ello me he detenido a analizarlo detalladamente, se da la circunstancia de que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, por ello la Inspección pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el MF no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones; y en el caso en que se estime por el órgano judicial competente que no existe delito, la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los tribunales hayan considerado probados<sup>108</sup>. En este caso, entiendo que no hay responsabilidad penal, como he demostrado

---

<sup>104</sup> En el art. 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL), se consagran una serie de derechos y deberes de trabajadores y empresarios entre los que podemos destacar: derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales, derechos de información, consulta y participación, formación en materia preventiva, paralización de la actividad en caso de riesgo grave e inminente y vigilancia de su estado de salud. Deber de protección del empresario garantizando la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. El empresario deberá cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales. El coste de las medidas relativas a la seguridad y la salud en el trabajo no deberá recaer en modo alguno sobre los trabajadores.

<sup>105</sup> Artículo 2. LISOS.

<sup>106</sup> Vid nota 55.

<sup>107</sup> Art. 8.11 LISOS.

<sup>108</sup> Art. 3. LISOS: *Concurrencia con el orden jurisdiccional penal.*

anteriormente.

Una vez finalizadas las actuaciones, si se constata la veracidad de los hechos denunciados y son constitutivos de infracción, se levanta acta con la propuesta de sanción como hemos visto anteriormente.

II.3.c).- En el caso del segundo trabajador, D. Alberto Pérez Domingo, el *iter* procedimental de la inspección será el mismo que el relatado anteriormente para el caso de D. Francisco González, esto es, actividad inspectora previa, adopción de medidas de carácter preventivo, en el caso del segundo trabajador sólo se hace constar en el supuesto que “*no ha sido dado de alta en el oportuno régimen de la Seguridad Social*”, se levantará acta de infracción y liquidación y se hará la propuesta de sanción, todo ello siguiendo el procedimiento establecido y relatado en la respuesta al primer apartado de esta pregunta.

En este caso concreto, además, procede la extensión de un acta de liquidación<sup>109</sup>. Las

---

*“1. No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento.*

*2. En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones.*

*3. De no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados.*

*4. La comunicación del tanto de culpa al órgano judicial o al Ministerio Fiscal o el inicio de actuaciones por parte de éstos, no afectará al inmediato cumplimiento de las medidas de paralización de trabajos adoptadas en los casos de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud del trabajador, a la efectividad de los requerimientos de subsanación formulados, ni a los expedientes sancionadores sin conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales del orden penal.”*

<sup>109</sup> Art. 29 Procedimiento administrativo para la tramitación de expedientes liquidatorios por deudas a la Seguridad Social:

*“1. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en relación con las deudas por cuotas a la Seguridad Social y conceptos de ingreso conjunto con éstas, podrá formular propuestas de liquidación, actas de liquidación y requerimientos en los supuestos y con alcance que se establece en este capítulo.*

*2. El procedimiento administrativo para la práctica de actas de liquidación y demás documentos liquidatorios de cuotas a la Seguridad Social y conceptos de ingreso conjunto, se ajustará a las disposiciones del presente capítulo y, subsidiariamente, a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Serán sujetos responsables quienes así resulten por aplicación de las normas reguladoras del Sistema de Seguridad Social.*

*3. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin perjuicio de su estructura y ámbito territorial de actuación, y de conformidad con la habilitación nacional reconocida por el artículo 2.1 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, podrá desarrollar actuaciones inspectoras de alcance supraprovincial, relativas a deudas por cuotas a que se refiere este capítulo y el capítulo III, pudiendo iniciar expedientes liquidatorios y sancionadores del mismo alcance, atribuyendo la competencia para efectuar la propuesta de resolución al Jefe de la Unidad Especializada de Seguridad Social de la Inspección en cuyo ámbito funcional se hayan efectuado las actuaciones o, en su caso al Jefe de la Unidad Especializada de Seguridad Social de la Dirección Especial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 18.3.9 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, que, a estos efectos,*

actas de liquidación son extendidas al detectar la inspección la existencia de deudas con motivo de falta de afiliación o alta, diferencias entre lo ingresado y lo que se debió de ingresar, aplicación indebida de bonificaciones. De esta forma se comunica a la Tesorería General de la Seguridad Social la existencia de una deuda y efectuarán liquidaciones provisionales, que serán notificadas a los interesados, para que, tras el trámite de audiencia, sean elevadas a definitivas por la Dirección General o Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Se comunicará a la Tesorería General de la Seguridad Social la deuda constatada mediante la extensión de propuesta de liquidación, a efecto de que por dicho organismo se efectúen las correspondientes reclamaciones de cuotas al sujeto deudor<sup>110</sup>.

Las actas de liquidación están sujetas a los requisitos regulados en el RPS, que comprenden, además de los datos de identificación del sujeto responsable de los hechos y del funcionario que extiende el acta, hechos comprobados y medios de comprobación, la determinación del Régimen de Seguridad Social de aplicación, los datos que hayan servido para calcular el débito, importe principal, recargo por mora, y el total de ambos, entidad aseguradora de las contingencias profesionales e indicación de si, por los mismos hechos, se practica o no acta de infracción<sup>111</sup>.

II.3.d).- Nos quedan, finalmente, las responsabilidades penales que están recogidas en el Código Penal bajo el Título “De los delitos contra los derechos de los trabajadores<sup>112</sup>”. En un principio, el no dar de alta a un trabajador en el régimen de la Seguridad Social, no tiene porqué conllevar la existencia de un delito. La situación deberá ser analizada con aquellos otros hechos y elementos externos que pudieran coexistir o concurrir y que, en su conjunto, perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos de los trabajadores que tuvieran reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual<sup>113</sup>, analizando la gravedad de los mismos como ya hemos expuesto en la cuestión anterior.

---

*tendrá la consideración de Inspección Provincial, siéndole de aplicación las atribuciones y cometidos establecidos para dichos órganos periféricos.”*

<sup>110</sup> SUQUÍA ARETA, F.J./ MANUEL VELÁZQUEZ, R./ ANTONIO LÓPEZ, R., *Cómo es y cómo actúa la Inspección de Trabajo*, Universidad de Deusto, Servicio de Publicaciones, 1991, pp.145-172.

<sup>111</sup> Art. 14 RGISS.

<sup>112</sup> Arts. 311 al 313 C.P.

<sup>113</sup> Art. 311 CP. “Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses: 1.º Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.”

## **II- CUARTA CUESTIÓN. Razone cuáles serían las consecuencias que procederían de la actuación de la Inspección de Trabajo.**

II.4. Concluida la fase de investigación, las posibles medidas a adoptar por la Inspección de Trabajo pueden ser, bien el archivo de las actuaciones realizadas por considerar que las conductas investigadas no constituyen infracciones sancionables, bien la constatación de ilícitos.

En el caso es evidente que se producen infracciones sancionables, pudiendo incluso incurrir en ilícitos penales. En este caso, las consecuencias derivadas de la actuación del Inspector son, en primer término, la adopción de medidas de carácter preventivo y correctivo, dado que las condiciones de seguridad e higiene precisas para las obras se incumplen. En segundo lugar, las actas de infracción y de liquidación. Finalmente, las actuaciones de la Inspección pueden dar lugar, asimismo, a la incoación de oficio de diversos procedimientos judiciales y administrativos<sup>114</sup>.

II.4.a).- Medidas preventivas y correctivas: advertencia, requerimiento y paralización. En primer lugar, los Inspectores y los Subinspectores podrán formular advertencia o recomendación para lograr el más efectivo cumplimiento de las disposiciones que tiene encomendada la Inspección, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen y siempre que no se deriven daños ni perjuicios directos a los trabajadores, o a sus representantes<sup>115</sup>. Para ello, *“La advertencia o recomendación, que se formalizará mediante diligencia, se comunicará por norma preventiva, el fin no es otro que el que se apliquen los mejores medios posibles para la eliminación de los riesgos. En la medida que las sanciones en sí mismas no dan lugar directamente a la aplicación de medidas apropiadas de prevención, los requerimientos despliegan un efecto de cumplimiento de la normativa preventiva de gran trascendencia práctica”*<sup>116</sup>.

Resumiendo las medidas preventivas y correctivas tiene como fin que cese la situación de peligro para los trabajadores, dado que su cumplimiento es inmediato. Por el contrario, las sanciones despliegan su eficacia una vez ha concluido el expediente sancionador.

Como última medida preventiva, el Inspector de Trabajo y Seguridad Social y el Subinspector de la Escala de Seguridad y Salud tienen la facultad de ordenar la inmediata paralización de los trabajos o tareas que impliquen un riesgo grave e inminente para la salud de los trabajadores<sup>117</sup>. Esta medida, que tiene un carácter cautelar, permite ordenar la

---

<sup>114</sup> Arts. 5 y 19 RGISS.

<sup>115</sup> Art. 10 LOITSS.

<sup>116</sup> RODRÍGUEZ PASTOR, G./ SALCEDO BELTRÁN, M<sup>a</sup>.C./ PÉREZ ALONSO, M<sup>a</sup>.A./ FABREGAT MONFORT, G./ GARCÍA GONZÁLEZ, G./ ALFONSO MELLADO, C.L./ PEÑA OBIOL, S., *GPS Laboral*, op. cit., p. 938 y ss.

<sup>117</sup> Art. 7.10 LOITSS, art. 9.1. f LPRL.

paralización inmediata de los trabajos o tareas en aquellos supuestos en los que compruebe el citado incumplimiento con un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores<sup>118</sup>.

No obran en el supuesto datos suficientes para poder concretar si la inspección podría ordenar la paralización inmediata, dado que se requiere riesgo grave para la salud de los trabajadores. Se trata, en todo caso, de una medida cautelar distinta de la suspensión o cierre del centro de trabajo previsto en el art. 53 LPRL<sup>119</sup>, y que se anuda a la potestad sancionadora. En los supuestos de paralización regulados en el art. 44 LPRL, permanece el derecho del trabajador al pago de su salario o a las indemnizaciones que proceda, sin perjuicio de las medidas que puedan arbitrarse para su garantía, por lo que la figura prevista en dicho precepto no es una suspensión del contrato por causa no imputable al trabajador.

II.4.b).- Actas de infracción. El Inspector podrá proceder a iniciar el correspondiente procedimiento sancionador mediante la extensión de acta por las infracciones comprobadas a efectos de la iniciación del correspondiente procedimiento sancionador<sup>120</sup>. De la manera vista en el iter procedimental de la inspección.

II.4.c).- Actas de liquidación. Los inspectores podrán extender actas de liquidación de cuotas a la Seguridad Social en los supuestos que procedan. En el supuesto deberá extenderla en todo caso en el supuesto del trabajador D. Alberto Pérez Domingo, desde que se inició su relación laboral hasta el momento de la inspección. El acta de liquidación procede a regularizar las cotizaciones pendientes por el empresario, sea por falta absoluta de las mismas, sea por infracotización o cotización indebida. No tenemos datos suficientes en el supuesto para establecer el importe que corresponde.

II.4.d).- Actas de infracción por estimación de perjuicios económicos. Un tipo particular de acta de infracción es la relativa a la estimación de perjuicios económicos, que procederán cuando el Inspector de Trabajo y Seguridad Social considere que de la presunta infracción *“se derivan perjuicios económicos para los trabajadores afectados”*<sup>121</sup>. Las mismas podrán dar lugar al correspondiente proceso de oficio<sup>122</sup>. En el caso es evidente que se dan puesto que no se cotizan las horas extraordinarias, no se disfruta de los descansos, se

---

<sup>118</sup> Art. 44 LPRL.

<sup>119</sup> Art. 53 LPRL: *“Suspensión o cierre del centro de trabajo. El Gobierno o, en su caso, los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, cuando concurran circunstancias de excepcional gravedad en las infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, podrán acordar la suspensión de las actividades laborales por un tiempo determinado o, en caso extremo, el cierre del centro de trabajo correspondiente, sin perjuicio, en todo caso, del pago del salario o de las indemnizaciones que procedan y de las medidas que puedan arbitrarse para su garantía”*.

<sup>120</sup> Art. 51.1.a LISOS y arts. 1.2 y 13.1 RPS.

<sup>121</sup> Art. 14.3 RPS.

<sup>122</sup> Art. 148 a 150 LJS.

somete al trabajador a una situación que deriva en una baja laboral, todo ello en el supuesto del primer trabajador. En el caso del segundo trabajador no está dado de alta en el oportuno régimen de la seguridad social.

II.4.e).- Actas de infracción por obstrucción. El incumplimiento del deber de colaboración de las empresas en las tareas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social impuesto por la LOITSS, así como el obstáculo al ejercicio de las competencias a los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, lleva a considerar como obstructivas a la labor inspectora a determinadas conductas. Las infracciones por obstrucción a la labor inspectora se califican como leves, graves y muy graves, en atención a la naturaleza del deber de colaboración infringido y de la entidad y consecuencias de la acción u omisión obstructora sobre la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. No consta en el supuesto que se haya obstruido la labor del Inspector.

II.4.f).- Propuesta de procedimiento de oficio. Entre las medidas que pudieran derivar de la actuación inspectora, de acuerdo con lo establecido en el art. 7.12 LOITSS, se encuentra la de *“Proponer a su respectivo jefe la formulación de demandas de oficio ante la Jurisdicción de lo Social en la forma prevista en la Ley reguladora de dicho Orden Jurisdiccional”*. La LRJS regula esta posibilidad dentro del procedimiento de oficio contemplado en sus arts. 148 a 150. En el caso del trabajador D. Francisco González Martínez procedería la comunicación dado que se constatan por parte de la inspección las circunstancias expresadas por el trabajador en su denuncia (el acoso laboral, lesiones con motivo del estrés, no disfrute de descansos, la falta de abono y cotización por horas extraordinarias).

II.4.g).- Mención especial merecen las consecuencias derivadas de la actuación de los inspectores al comprobar que las condiciones de seguridad e higiene precisas para las obras *“no se cumplen de ninguna manera”*. En este caso, puede y debe originarse una responsabilidad administrativa del empresario. La misma tiene su fundamento en la LISOS, donde se sancionan las *“acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables tipificadas y sancionadas en la presente Ley y en las leyes del orden social”<sup>123</sup>*. Teniendo en cuenta esto, se van a sancionar aquellos supuestos en los que una empresa comete alguna de las infracciones administrativas de las previstas en los artículos 11 a 13 de este texto. Las sanciones que se vayan a imponer se gradúan de acuerdo con lo establecido por el artículo 39 del TRLISOS y su cuantía se determinará conforme al apartado segundo del artículo 40.

---

<sup>123</sup> Art. 1 LISOS.

Este tipo de responsabilidad es de carácter público. La actuación de la Inspección de Trabajo<sup>124</sup>, la necesidad del levantamiento de un acta de infracción por parte de ésta y la tramitación del correspondiente expediente sancionador lo demuestran. Por tanto, en aquellos supuestos en los que una empresa incumple las normas de seguridad y salud, se pone en marcha todo el sistema de infracciones y sanciones previsto en la LISOS, dando lugar a la posible imposición de multas pecuniarias y otras sanciones accesorias. En este caso, a diferencia de la responsabilidad civil, no es preciso que exista un daño efectivo al trabajador, sino que lo que se sanciona es el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

Estas infracciones se clasifican en leves, graves y muy graves. Las infracciones leves, a las que alude el artículo 11 de la LISOS, contemplan meros incumplimientos formales de la normativa de prevención. Sin embargo, el artículo 12, uno de los más afectados por la modificación introducida por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, se puede considerar como el núcleo duro de la responsabilidad administrativa, donde se castiga con multa la vulneración de, prácticamente, todos los deberes empresariales de protección a la salud en el trabajo. En el artículo 13 se hace alusión a las infracciones de mayor gravedad, como por ejemplo, incumplimientos en la normativa de menores, embarazadas y personas con algún tipo de discapacidad y en situaciones de riesgos grave e inminente para la salud de los trabajadores, que no podemos afirmar en el caso dado que nos faltan datos al respecto, pero que podrían implicar en caso de gravedad, la paralización de la obra visitada por los inspectores, de la forma vista en el primer apartado de esta respuesta.

II.4.h).- Finalmente puede observarse una consecuencia más de la visita de los inspectores, que sería la imposición del recargo de prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad e higiene y por el accidente laboral del trabajador D. Francisco González Martínez<sup>125</sup>. Para ello, es preciso acudir, de nuevo, a lo establecido por el R.D 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de las Sanciones por Infracciones de Orden Social y para los Expedientes Liquidatorios de Cuotas de la Seguridad Social; a lo dispuesto en R.D 1300/1995 de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social y, a la O.M de 18 de enero de 1996, que lo desarrolla.

---

<sup>124</sup> MANUEL VELÁZQUEZ, R./ SUQUÍA ARETA, F.J./ ANTONIO LÓPEZ, R. op. cit., pp. 49-68.

<sup>125</sup> ALFONSO MELLADO, C.L./ BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup>.A./ BLASCO PELLICER, A./ SALA FRANCO, T./ CAMPS RUÍZ, L.M./ GARCÍA ORTEGA, J.R./ GOERLICH PESET, J.M./ LÓPEZ GANDÍA, J.V./ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M./ ROQUETA BUJ, R./ SALA FRANCO, T./ CORDERO GORDILLO, V./ PÉREZ ALONSO, M<sup>a</sup>.A., *El accidente de trabajo y la enfermedad profesional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p 38.

En el artículo 27 del R.D 928/1998 se hace referencia a la cuestión de a quién le corresponde la competencia para iniciar este procedimiento. En el mismo se establece que *“la Inspección de Trabajo y Seguridad Social está legitimada para iniciar el procedimiento administrativo para declarar la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo proponiendo el porcentaje de incremento que estime procedente, en aplicación del artículo 123 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (...)”*. Por tanto, la ITSS es la encargada de iniciar el procedimiento de recargo. En el apartado segundo de este precepto se dice que, el informe-propuesta de la ITSS debe recoger: los hechos y circunstancias concurrentes, las disposiciones infringidas, la causa concreta de las enumeradas en el artículo 123.1 del TRLISOS que motive la propuesta y el porcentaje que considere procedente aplicar.

Una vez realizado el informe-propuesta, la competencia para resolver sobre la imposición del recargo, tal y como se establece en el artículo 16 de la O.M de 1996, corresponde a los Directores provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social. Éstos declararán la responsabilidad empresarial que proceda por falta de medidas de seguridad e higiene, cualquiera que sea la contingencia de que se trate, de acuerdo con lo previsto en el artículo 123 del texto refundido de la LGSS y, determinarán el porcentaje en que hayan de incrementarse las prestaciones económicas.

La resolución que adopten los Directores provinciales del INSS ha de estar suficientemente motivada, ha de expresar las circunstancias que concurren en el supuesto de que se trate, la disposición que se ha infringido, la causa concreta de las enumeradas en el citado artículo 123 de la LGSS y el porcentaje sobre la cuantía de las prestaciones que consideren procedente aplicar.

El porcentaje de este recargo varía desde un treinta a un cincuenta por ciento *“según la gravedad de la falta”*, tal y como dispone el R.D 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social. Según el parecer de la jurisprudencia, a falta de criterios para graduar la gravedad de la falta, han de utilizarse los criterios utilizados para graduar las infracciones administrativas<sup>126</sup>. En el caso, los datos aportados son muy genéricos, y dado que se menciona que *“no se cumplen de ninguna manera”*, correspondería el recargo en su grado máximo.

---

<sup>126</sup> En la STSJ de Castilla y León de 3 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011\22169) se hace referencia a esta cuestión, indicando que: *“Son estos mismos criterios los que, debidamente acreditados en la relación de hechos probados, deben inspirar también la graduación del porcentaje de recargo aplicado y, en cuanto constituyen normas jurídicas que limitan la arbitrariedad administrativa, han de servir como parámetros de legalidad en el control judicial de los actos administrativos de aplicación”*.

Los procedimientos administrativos relativos al reconocimiento de prestaciones derivadas de accidente laboral, en lo referente a su recargo, han de resolverse y notificarse en el plazo máximo de 135 días<sup>127</sup>.

Por último, tal y como se establece en el artículo 75 del R.D 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, será la Tesorería General de la Seguridad Social la que procederá a recaudar el importe del recargo. Este importe es abonado por el empresario infractor a favor del trabajador que ha sufrido los perjuicios de un accidente laboral.

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

II.4.a).- A la hora de afrontar esta cuestión deberemos hacerlo estudiando la respuesta a la primera cuestión del supuesto. En primer lugar el trabajador, en la demanda, presenta una acción de salario por horas extraordinarias. Como ya hemos visto la carga de la prueba corresponde al trabajador, siendo los Tribunales muy meticulosos en su comprobación, STS en unificación de doctrina, de 17 de mayo de 1995<sup>128</sup> dispone : *“Esto es así, por cuanto que en esa narración se declara que éstos han desarrollado en ese año de 1990 una jornada de 60 horas por semana desde el 1 de enero al 31 de octubre, y que desde el 1 de noviembre cumplieron una jornada de 40 horas, añadiendo que disfrutaron sus vacaciones anuales en las fechas que se precisan en su hecho probado 6.º y que el señor A. P. estuvo en incapacidad laboral transitoria desde el 4 de octubre al 8 de noviembre de dicho año; y partiendo de estas afirmaciones unas simples cuentas matemáticas determinan, con seguridad y sin margen de duda, el número de horas trabajadas por aquellos que excedieron de las cuarenta por semana. Se cumple por tanto perfectamente la exigencia que en orden a la probanza de la realización de las horas extraordinarias ha venido requiriendo con reiteración una vieja y conocida doctrina jurisprudencial. La posición que mantiene la sentencia recurrida no sólo no es cierta, como se acaba de ver, sino que además haría casi imposible, en la mayoría de los casos, la demostración de la realización de las horas extraordinarias”*.

Se evidencia que la carga de la prueba corresponde al actor y por todas y cada una de las horas reclamadas. En la STS de 26 de septiembre de 1990<sup>129</sup>, se desestima un recurso en base a lo dicho anteriormente, esto es exigiéndose que se prueben hora a hora y día a día:

---

<sup>127</sup>R.D 286/2003, de 7 de marzo, por el que se establece la duración de los plazos para la resolución de los procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia de Seguridad Social.

<sup>128</sup> Tol 23508.

<sup>129</sup> Ar/7051.

*“Como en el motivo anterior, el escrito carece del mínimo contenido exigido legalmente al recurso extraordinario de casación. No se cita sentencia alguna que acoja esa pretendida doctrina legal, lo que basta para el rechazo del motivo, máxime cuando la jurisprudencia ha sentado que la carga de la prueba sobre la realización de horas extraordinarias corresponde al trabajador, y que las mismas han de acreditarse “día a día y hora a hora”. No habiéndose, pues, alterado el relato histórico de la resolución recurrida, se impone, en conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso.”*

Para finalizar cabe citar la STS de 21 de enero<sup>130</sup>, en la que se reitera la exigencia de la prueba: *“Constante jurisprudencia -la reiteración evita su cita concreta- ha venido insistiendo en la necesidad de que, en materia de horas extraordinarias, quien pretende haberlas realizado debe fijar con toda precisión sus circunstancias y número, y probar, a su vez, su realización «día a día y hora a hora» -incluso el artículo 35 n.º 5 del Estatuto, sin duda en garantía de las dos partes de la relación laboral, y aunque, naturalmente, no como prueba única, exige que la realización de horas extraordinarias se registre día a día, totalizándose, semanalmente, con entrega al trabajador de copia del resumen semanal-. No revelando, el relato histórico, que no ha sido impugnado, que el actor haya trabajado efectivamente las horas reclamadas, no ha existido violación de los preceptos mencionados en el recurso, por lo que se impone la desestimación de su pretensión.”* y siendo de libre apreciación por el Tribunal los documentos aportados.

En las tres sentencias citadas, se exige la prueba de la realización de las horas extraordinarias al trabajador demandante, sin que para ello se pueda servir de cualquier documento.

Ahora bien, ¿qué tipo de pruebas pueden utilizarse en el juicio? Todas las pruebas admisibles en derecho y, entre ellas, cualquier documento, testigos o confesión en juicio, en el bien entendido de que cualquiera de ellos es de libre apreciación por el juez. En este sentido, los partes de trabajo o las notas elaboradas y redactadas por los propios trabajadores, sin otra firma autorizante que la suya propia, no son suficientes para configurar prueba plena que se han realizado horas extraordinarias, aunque podrán ser tenidas en cuenta por el Tribunal, sirva para ello la STS de 29 de noviembre de 1986<sup>131</sup>, en la que se determina que no serán tenidos en cuenta todos los documentos para su prueba, no bastando notas de trabajo o cuadrantes elaborados por el propio trabajador *“No es de estimar el motivo que pretende sea la Sala la que realice una serie de identificaciones de horas trabajadas y de su*

---

<sup>130</sup> AR/67 (RJ 1991\67) y AR/3383.

<sup>131</sup> Ar/6532.

*cálculo -sin aportar más datos al respecto- sobre documentos que son notas de gastos por él confeccionadas; hojas de pago o recibos de salarios y una nota (folios 82 y 83) de la empresa, relativa a la confección de las notas de gastos. En primer lugar, no se ajusta a la realidad la afirmación de que tales documentos no han sido discutidos en la litis, pues llevan la conformidad de la empresa, sino que en conclusiones del juicio se disiente categóricamente de ello señalando que darían base para entender que algunos días tendrían más de 24 horas, y en segundo que, como con acierto razona el Juzgador, para que pueda ser estimada una reclamación por horas extra, se precisa un acreditamiento concreto y detallado de las mismas, que no se da en el caso de autos, en que el tiempo que se reclama como extraordinario no responde en toda su extensión a trabajos efectuados para la empresa, sino que es la suma de horas relativas a tiempos invertidos en viajes, comidas, etc., desconociéndose el sistema que el actor emplea para el cómputo de horas”.*

Por todo ello, centraríamos nuestro trabajo en desvirtuar las pruebas que presentase el trabajador, dado que tiene él que probar la efectiva realización de las horas sin que pueda o deban ser tenidos como tales partes de trabajo realizados por el o recibos similares, con lo cual sería de difícil demostración. Con ello desvirtuaríamos así mismo la acción declarativa de cotizaciones por las horas extraordinarias, dado que al no poder acreditar D. Francisco González la realización de las horas no ha lugar a la cotización solicitada. Como última opción podríamos apoyar nuestra defensa del empresario en el art 25.e del CCCAC, el cual dispone que *“Las empresas, siempre y cuando no se perturbe el normal proceso productivo, podrán compensar la retribución de las horas extraordinarias por tiempos equivalentes de descanso,”* pudiendo alegar en la defensa de nuestro cliente, que el trabajador ha disfrutado de los tiempos de descanso equivalentes a las horas realizadas y así el empresario no tiene que cotizar por ellas.

II.4.b).- La siguiente acción planteada por D. Francisco sería la acción de indemnización por daños y perjuicios por no disfrutar de los descansos. Deberíamos probar que la empresa no tiene actividad los sábados y domingos. El CCCAC establece que no tendrán actividad las empresas los días citados, así se determina en el art. 39 del citado convenio: *“en las obras, almacenes, parques y talleres, así como en sus oficinas, el horario se distribuirá en ocho horas de lunes a viernes, ambos inclusive., totalizando un total de cuarenta horas semanales”*. Por ello el trabajador sí que ha disfrutado de sus descansos semanales estipulados en el convenio colectivo. También podríamos plantear que según el artículo 39 del CCCAC se establece una jornada laboral de 40 horas semanales de trabajo efectivo, y en cómputo anual para los años 2012, 2013 y 2014 de 1.736 horas (217 días de trabajo anuales efectivos a razón de 8 horas por día), y dado que el trabajador empezó sus

servicios a la empresa el día siete de diciembre de 2013 y es despedido el día 27 de mayo de 2014, la empresa todavía no ha realizado el cálculo del finiquito y que se le abonará con el finiquito todo lo adeudado hasta la fecha. Otra posibilidad que podríamos barajar es que el descanso semanal de 48 horas excede de las 36 horas semanales establecidas en el ET, ese sobrante de 12 horas son computables a efecto de compensación de las horas extraordinarias realizadas.

II.4.c).- Frente a la acción de tutela de derechos fundamentales por acoso laboral, debemos de tratar diferenciar cuando estamos ante un acoso laboral y cuándo ante unas órdenes del empresario. El empresario tiene la facultad de dirigir el desarrollo del trabajo, pero las órdenes que imparta tienen que respetar siempre los derechos del trabajador, sin atentar contra su dignidad, integridad moral o física. Aunque en ocasiones no se comprendan o compartan las órdenes recibidas, no en todos los casos habrá una situación de acoso laboral, este debe de ser el principal argumento que debemos defender, la facultad de D. Fernando Pérez Hernández de dirigir su empresa y dar órdenes al personal a su servicio. Tomaremos como referencia la ST Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 10 de marzo de 2010<sup>132</sup>, ya citada anteriormente, en la cual se define el acoso laboral o mobbing y para ello se requiere que el actor aporte *“una prueba verosímil, principio de prueba revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una vulneración de un derecho fundamental, sin que sea suficiente la mera afirmación de la vulneración”*. Esto es, no basta con que D. Francisco manifieste que ha sufrido trato vejatorio y amenazas, si no que ha de demostrar que efectivamente lo ha sufrido, mediante declaraciones de testigos, emails enviados por el empresario, mensajes de texto, sms o similares, como reitera la sentencia: *“en ningún momento se ha probado la presencia de situaciones humillantes o vejatorias con relación al actor, no pudiendo tener tal consideración la falta de delicadeza o tacto por parte de la directora financiera a la hora de ponerse en contacto con los trabajadores o transmitirles órdenes o reprocharles determinadas actitudes”*. Seguidamente en la sentencia se recuerda la tesis mantenida por el juzgador de instancia de la que podemos destacar dos aspectos especialmente aplicables al caso que nos ocupa. Uno es que el que el actor presente trastornos depresivos no puede determinarse su origen más allá de lo manifestado por él *“y puede deberse a múltiples causas ajenas a la temática laboral (o incluso relacionadas con el trabajo, pero ajenas a una situación de acoso”* sin que exista una situación patente de acoso o mal ambiente laboral, y en segundo lugar, que el clima de tensión en la empresa no determina la existencia de acoso moral. Del mismo modo, serían de utilización los argumentos utilizados por el

---

<sup>132</sup> Vid nota 41.

Tribunal en la STSJ Cataluña 13 de julio de 2012<sup>133</sup>. Por ello utilizaríamos todos los argumentos relatados para que la demanda no prosperase y con ello la indemnización pedida por la parte actora.

II.4.d).- Para afrontar la demanda por despido, el principal argumento que utilizaríamos sería que el trabajador se encuentra en período de prueba y una vez finalizado éste, si es despedido, no tiene derecho a indemnización alguna. Para ello es necesario establecer cuál es la categoría profesional del demandante, dado que el plazo varía en función del puesto de trabajo ocupado en la empresa.

En el supuesto, se menciona el sueldo a percibir por el trabajador, siendo éste de 1645 euros mensuales. Tomando como referencia el salario para un Titulado medio, jefe Admvo. 1.<sup>a</sup>, jefe Secc. Org. 1.<sup>a</sup>, establecido en el CCCAC (25.436,56 euros al año divididos entre catorce pagas), realizaremos los cálculos precisos para poder determinar la categoría profesional en función del sueldo percibido. Para ello calculamos el impuesto de la renta para las personas físicas (en adelante IRPF) correspondiente al año 2013-2014, para dicha categoría, con el fin de deducir la cantidad resultante del salario bruto y así compararlo con lo percibido por el trabajador. La cuota a pagar que se corresponde para tales ingresos es de 4.146,3; el sueldo neto 19.675 euros; el tipo medio sobre el rendimiento neto 17,41 %; el tipo medio sobre el rendimiento bruto 16,30 %<sup>134</sup>. El salario mensual del trabajador resulta de dividir el sueldo neto entre 14 mensualidades, obteniendo como resultado la cantidad de 1405.3 euros.

En base a los cálculos realizados, podemos determinar que su categoría profesional dentro de la empresa es de Titulado medio, jefe Admvo. 1.<sup>a</sup>, jefe Secc. Org. 1.<sup>a</sup>, por lo que estaríamos dentro del período de prueba, de seis meses, para técnicos titulados. En virtud del artículo 36.2 el trabajador, durante la duración del período de prueba, tendrá los mismos derechos y obligaciones que cualquier trabajador que pertenezca a la plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá realizarse por cualquiera de las partes durante dicho período y sin previo aviso y sin derecho de indemnización alguna para cualquiera de las partes, teniendo la única obligación de comunicar el desistimiento por escrito.

Por otra parte, podríamos alegar “*ineptitud del trabajador*“, el art. 52.a del ET establece como causa de extinción objetiva del contrato la ineptitud ya sea conocida o sobrevenida a la colocación efectiva en la empresa del trabajador. Debemos de tener en cuenta que este supuesto operaría si no ha prosperado nuestra pretensión anterior de

---

<sup>133</sup> Vid nota 55. (JUR 2011\192106).

<sup>134</sup> <http://www.agenciatributaria.es/>

extinción del contrato en el período de prácticas. Para ello tomaríamos como definición: *“por ineptitud se entiende la falta de suficiencia o idoneidad para obtener y ejercer un empleo o cargo, la inhabilidad, ignorancia o incompetencia para desarrollar provechosamente el trabajo encomendado”*<sup>135</sup>.

Podemos alegar, dado que el trabajador se encuentra en situación de baja, como indica el supuesto, que el origen de ésta, viene dado por su incapacidad para desarrollar las tareas encomendadas por su superior jerárquico. La situación relatada lo lleva al estado mental en que se encuentra, por la frustración, estrés y ansiedad generada al no poder llevar a cabo las indicaciones, como hemos argumentado antes. Así lo cita la doctrina: *“La ineptitud puede derivar de limitaciones de carácter físico o psíquico concurrentes en el trabajador y que le impiden desarrollar adecuadamente la prestación laboral. En tales casos, la jurisprudencia ha sido muy constante a la hora de separar esta causa extintiva de otras figuras más o menos cercanas, especialmente, de la invalidez permanente y de la incapacidad temporal”*<sup>136</sup>.

Los requisitos para la ineptitud son los siguientes: no es voluntaria, si no entraríamos en la esfera de lo disciplinario; ha de ser real, es decir, constatada y contrastada para poder alegarla en este caso concreto; debe ceñirse a las tareas propias del trabajador, para las que ha sido contratado y a tareas esenciales de su trabajo no así a accesorias; debe de implicar también una merma considerable en el rendimiento; debe ser referida al trabajador, no a los medios. Finalmente debe de ser permanente, no temporal<sup>137</sup>.

Por todo ello, creo que sería un motivo objetivo más, para el despido del trabajador y desvirtuaríamos la “garantía de indemnidad” al probar que el despido no es una represalia por la denuncia ante la Inspección de Trabajo.

II.4.e).- Con respecto a la situación del trabajador D. Alberto Pérez Domingo, como no se aportan más datos, una de las opciones, en mi opinión la más clara, para poder eludir las responsabilidades administrativo-laborales derivadas de que la inspección descubra *“que no está dado de alta en el oportuno régimen de la Seguridad Social”* sería demostrar que se trata de una de las causas previstas como *“los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad”*<sup>138</sup>. Estas actividades están excluidas de la relación laboral, y del campo de aplicación del RGSS todas las personas que realicen trabajos amistosos,

---

<sup>135</sup> STS de 14 de julio de 1982 (RJ 1982\4613) Reiterado en STSJ Galicia de 5 de febrero de 2007, Rec. Sup. nº 6097/2006 (AS 2007\2349).

<sup>136</sup> ALTÉS TÁRREGA J.A./ BLASCO PELLICER, A./ NORES TORRES, L.E., *El despido objetivo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 16.

<sup>137</sup> Ibid. p. 22 y ss.

<sup>138</sup> Art. 1.3.d. ET.

benévolo o de buena vecindad,<sup>139</sup> exclusión que juega en paralelo con la que efectúa el ET<sup>140</sup>.

Si bien es cierto que las actas de la ITSS gozan de presunción de veracidad, como hemos visto anteriormente, esta presunción es una presunción *iuris tantum*. Centraríamos nuestra tarea en demostrar que no existen “*notas de ajenidad, dependencia y carácter retribuido*”, circunstancias que en la STS de 25 de marzo de 1991 (Ar. 1894) y en la STS de 23 de octubre de 1989<sup>141</sup> se exigen para poder determinar la relación laboral.

Esta relación laboral que consideramos inexistente, estaría englobada dentro de aquellas relaciones en la que un sujeto actúa movido por la amistad, solidaridad, o por relaciones que mantenga con cualesquiera miembros de la plantilla de trabajadores, incluidos directivos. Así lo mantiene la jurisprudencia de nuestro TS como aquellas situaciones “*de haber colaborado por mera solidaridad con los trabajadores de plantilla, y en función de la relación de cada uno de aquéllos con éstos, incluso con liberalidad durante algunos meses al no percibir remuneración alguna, encuadrable según el art. 1.º.3.d) de la L. de 10 marzo 1980, entre aquellos trabajos excluidos del ámbito regulado por la misma*”<sup>142</sup>. Tendríamos que probar que no ha recibido remuneración alguna por parte de la empresa Construnova S.A. como dispone la STSJ de Galicia Sala de lo Social, núm. 6317/2015 de 13 noviembre<sup>143</sup>, en un caso similar al que nos ocupa, en la que concluye: “*es preciso una retribución; que en el caso presente no se ha probado la remuneración a la Sra. Beatriz -de hecho, sus gastos de desplazamiento y alojamiento se asumieron por Expourense y no por la postulada empresaria-, y las dos notas expresadas antes (dependencia o ajenidad), que tampoco parecen haberse constatado (...), sin que se probase su estricto sometimiento a un determinado horario, más allá de esa presentación.*”

II.4.f).- Como último punto de esta pregunta, nos quedaría intentar evitar una posible sanción en referencia a lo citado en la parte final del supuesto, “*los inspectores aprecian que las condiciones de seguridad e higiene precisas para las obras no se cumplen de ninguna manera*”, tarea harto difícil dada la escasez de datos aportados al respecto y la categórica afirmación del incumplimiento. Toda posible infracción deberá figurar en un acta, la cual deberá reflejar los hechos constatados por el Inspector, que tendrán presunción de certeza, es decir, se presumen ciertos, salvo que el destinatario del Acta aporte prueba en contrario.

---

<sup>139</sup> Art. 98 a. LGSS.

<sup>140</sup> Art. 1.3 d. ET.

<sup>141</sup> Ar. 7310.

<sup>142</sup> STS del 17 de marzo de 1983(AR 1167) y STS del cuatro de julio de 1988 (AR 5739).

<sup>143</sup> JUR 2015\298301.

Dicha presunción se circunscribirá a los hechos objetivos apreciados de manera directa por el Inspector, y no alcanzará a valoraciones, suposiciones o consideraciones subjetivas. El Inspector deberá dejar constancia de las fechas de sus actuaciones comprobatorias, por cuanto las mismas pueden ser relevantes a la hora de apreciar posible caducidad del procedimiento. Tras el relato fáctico, el Inspector indicará los preceptos a su juicio infringidos. Finalmente, tipificará la sanción e informará al presunto infractor del derecho a formular alegaciones.

Por todo ello, considero que es bastante improbable desvirtuar la presunción de certeza anteriormente comentada, cuando los hechos reflejados en el Acta sean indiscutibles, las posibilidades de conseguir su anulación son escasas, y se limitarán a cuestiones formales, procedimentales o jurídicas. Frente al Acta de Infracción podrá formularse escrito de alegaciones en un plazo de quince días hábiles desde la notificación de la misma.

El escrito de alegaciones tendrá varias pretensiones. La primera, que se deje sin efecto y anule el acta y pretensiones subsidiarias, que consistirían en una calificación leve de la o las infracciones<sup>144</sup> y que se imponga la sanción en grado inferior<sup>145</sup> y a su vez en su cuantía mínima al grado apreciado y en los sucesivos trámites.

Las cuestiones formales que podríamos alegar pasarán por la falta de alguno de los requisitos del artículo 14 del RD 928/1998, que debe contener toda Acta de Infracción.

En cuanto a cuestiones procedimentales, pasarían por comprobar el cumplimiento de los plazos administrativos, con especial atención a la posible caducidad del expediente.

Plazo de notificación: el Acta debe ser notificada dentro de los 10 días hábiles siguientes a su fecha de emisión (art. 17 RD 928/1998).

No obstante, la superación de este límite no comporta la nulidad del procedimiento administrativo, por cuanto el escrito de alegaciones presentado demuestra la efectividad de la notificación de la sanción.

Duración de las actuaciones comprobatorias del Inspector de Trabajo:

No podrán extenderse por más de nueve meses, salvo que la dilación sea imputable al sujeto a inspección o a las personas dependientes del mismo (art. 8.2 RD 928/1998, modificado por la Ley 13/2012 a partir del 28 de diciembre de 2012). El cómputo podrá efectuarse desde la primera actuación (visita o solicitud de documentación) hasta la fecha del Acta. Este plazo de nueve meses podrá ampliarse si el retraso es debido a la obstrucción por parte del sujeto inspeccionado, a que oculte pruebas o datos o la inspección sea de especial complejidad.

---

<sup>144</sup> Arts. 11.4 y 11.5 LISOS.

<sup>145</sup> Art. 39 LISOS.

Prescripción: al año las infracciones leves, a los tres años las graves y a los cinco años las muy graves, es decir desde que acontecieron los hechos a la emisión del Acta.

Deberíamos por tanto comprobar meticulosamente si se cumplen o no los plazos citados para poder alegar caducidad.

Los aspectos jurídicos pasarían por alegar, en primer lugar falta, de culpabilidad pues la responsabilidad subjetiva está basada en el principio de culpabilidad<sup>146</sup>. La exigencia de culpabilidad en el ámbito de los ilícitos administrativos se reitera por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La STS de 23 de enero de 1998, Sección Cuarta<sup>147</sup> sintetiza la jurisprudencia sobre la exigencia de culpabilidad: *“puede hablarse de una decidida línea jurisprudencial que rechaza en el ámbito sancionador de la Administración la responsabilidad objetiva, exigiéndose la concurrencia de dolo o culpa, en línea con la interpretación de la STC 76/1990, de 26 de abril, al señalar que el principio de culpabilidad puede inferirse de los principios de legalidad y prohibición del exceso (artículo 25 CE) o de las exigencias inherentes al Estado de Derecho. Por consiguiente, tampoco en el ilícito administrativo puede prescindirse del elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa”*.

En la STS 19 de mayo de 1998, Sección Sexta<sup>148</sup>, se reitera el mismo criterio por el Alto Tribunal, manifestando el ámbito sancionador *“está vedado cualquier intento de construir una responsabilidad objetiva”* y que: *“en el ámbito de la responsabilidad administrativa no basta con que la conducta sea antijurídica y típica, sino que también es necesario que sea culpable, esto es, consecuencia de una acción u omisión imputable a su autor por malicia o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable (...) es decir, como exigencia derivada del artículo 25.1 de la Constitución, nadie puede ser condenado o sancionado sino por hechos que le puedan ser imputados a título de dolo o culpa (principio de culpabilidad)”*. En base a ello centraríamos nuestra pretensión en que D. Fernando Pérez, aunque exista una responsabilidad objetiva, ésta no basta, dado que el ilícito administrativo no puede quedar conformado únicamente por el resultado, prescindiendo de los elementos subjetivos que concurran en D. Francisco.

Tipicidad (si el tipo infractor aplicado puede ser discutible) o proporcionalidad (en función de la graduación y cuantía de la sanción, o de si se han propuesto varias sanciones en

---

<sup>146</sup> GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P./ NIETO ROJAS, P./ ARAGÓN GÓMEZ, C./ MERCADER UGUINA, J.R., *Esquemas de Derecho del Trabajo I Fuentes y Relación Individual de Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2º ed., 2016, p.57.

<sup>147</sup> RJ 1998\601.

<sup>148</sup> RJ 1998\4665.

una misma Acta). Es decir, veríamos si el tipo aplicado es el que corresponde y por otro lado si la sanción impuesta puede rebajarse tanto en la gravedad de la misma, como en el importe.

Desde la fecha del acta se emitirá la propuesta de resolución administrativa que podrá confirmar la propuesta de sanción (transcurrido este plazo sin mediar resolución, ni causa de suspensión legal o imputable a los interesados, se considerará la caducidad del expediente), por lo que debemos estar vigilantes con el cumplimiento de los plazos. Contra la resolución cabrá recurso de alzada<sup>149</sup>.

Finalmente, cabría la posibilidad en último caso de plantear una demanda ante los Juzgados de lo Social<sup>150</sup>, una vez agotada la vía administrativa, si la resolución administrativa fuese contraria a nuestros intereses. El fundamento de la misma sería lo mencionado con anterioridad, dado que los hechos constatados por los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social que se formalicen en las actas de infracción observando los requisitos legales pertinentes gozan de presunción legal de certeza, pero sólo a aquellos hechos que debidamente reflejados en el acta se hayan constatado con ocasión de la inspección<sup>151</sup>.

---

<sup>149</sup> Arts. 107 a 115 Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

<sup>150</sup> La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, atribuye a dicha jurisdicción (artículo 2.º con relación al 6.2.b) la impugnación de resoluciones administrativas recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral. Los actos administrativos dictados a partir del 11 de diciembre de 2011 (entrada en vigor de la citada Ley 36/2011) deberán ser impugnados ante la Jurisdicción Social, en detrimento de la Contencioso-Administrativa, que era competente con anterioridad.

<sup>151</sup> BELLIDO ASPAS, M.; RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, R.M.; LOUSADA AROCHENA, J.F.; RON LATAS R.P. (Coords.), *Sistema de Derecho Procesal Laboral*, Laborum, Madrid, 2015, p.319 y ss.

## **BIBLIOGRAFÍA:**

- ALFONSO MELLADO, C.L./ BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup>.A./ BLASCO PELLICER, A./ SALA FRANCO, T./ CAMPS RUÍZ, L.M./ GARCÍA ORTEGA, J.R./ GOERLICH PESET, J.M./ LÓPEZ GANDÍA, J.V./ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M./ ROQUETA BUJ, R./ SALA FRANCO, T./ CORDERO GORDILLO, V./ PÉREZ ALONSO, M<sup>a</sup>.A., *El accidente de trabajo y la enfermedad profesional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- ALFONSO MELLADO, C.L./ BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup>.A./ BLASCO PELLICER, A./ SALA FRANCO, T./ GARCÍA ORTEGA, J.R./ GOERLICH PESET, J.M./ LÓPEZ GANDÍA, J.V./ ROQUETA BUJ, R./ SALA FRANCO, T./ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M./ CAMPS RUÍZ, L.M., *Manuales del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 4<sup>a</sup> ed., 2014.
- ALMANSA PASTOR, J.N., *Estudios sobre Derecho individual del trabajador en homenaje al Profesor Mario L. Deveali*, Buenos Aires, 1979.
- ALTÉS TÁRREGA J.A./ BLASCO PELLICER, A./ NORES TORRES, L.E., *El despido objetivo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- BELLIDO ASPAS, M./ RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, R.M./ LOUSADA AROCHENA, J.F./ RON LATAS R.P., *Sistema de Derecho Procesal Laboral*, Laborum, Madrid, 2015.
- BLASCO LAHOZ, J.F. “Interpretación del concepto de accidente de trabajo por el Tribunal Supremo”, en *Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención*, nº 70, Grupo Especial Directivos, 2010, pp.12-18.
- BLASCO LAHOZ, J.F., *Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 3<sup>a</sup> ed. Valencia, 2014.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., *Los riesgos laborales: doctrina y jurisprudencia civil*, Thomson Civitas, Navarra, 2007.
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P./ NIETO ROJAS, P./ ARAGÓN GÓMEZ, C./ MERCADER UGUINA, J.R., *Esquemas de Derecho del Trabajo I Fuentes y Relación Individual de Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2<sup>o</sup> ed., 2016.
- LÓPEZ TERRADA, E./ ROCHA ACED, J.I./ VELASCO PAÑOS, M., *Relaciones laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- MERCADER UGUINA, J.R., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, ed. 8<sup>a</sup> 2015.
- MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del trabajo*, Tecnos 34<sup>a</sup> ed. 2013.
- MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del trabajo*, Tecnos 36 ed.2015.
- PÉREZ DE LOS COBOS, F., *Ley de Prevención de Riesgos Laborales: comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2008.

RODRÍGUEZ PASTOR, G./ SALCEDO BELTRÁN, M<sup>a</sup>.C./ PÉREZ ALONSO, M<sup>a</sup>.A./  
FABREGAT MONFORT, G./ GARCÍA GONZÁLEZ, G./ ALFONSO MELLADO,  
C.L./ PEÑA OBIOL, S., *GPS Laboral*, Tirant lo Blanch, 2<sup>a</sup> edición, Valencia, 2016.

RON LATAS R.P./ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J./ ARUFE VARELA, A./ CARRIL  
VÁZQUEZ, X.M./ CARDENAL CARRO, M., *El contrato de trabajo común en  
Vademécum de contratación laboral*, Laborum, Murcia, 2001.

SUQUÍA ARETA, F.J./ MANUEL VELÁZQUEZ, R./ ANTONIO LÓPEZ, R., (coords.)  
*Cómo es y cómo actúa la Inspección de Trabajo*, Universidad de Deusto, Servicio de  
Publicaciones 1991.

## **ANEXO I: APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.**

### **SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA:**

ST. Sentencia núm. 509/2004 de 23 julio. (ARP 2004\808)

### **SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:**

STC 52/1982.

STC 13/1987.

STC 212/1990.

STC 19/1993.

STC 197/1998.

STC 250/2007 de 17 de diciembre (RTC 2007\250).

<http://hj.tribunalconstitucional.es/>

### **SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO:**

STS de 14 de julio de 1982. (RJ 1982\4613).

STS de 29 de noviembre de 1986 (RJ 1986\ 6532).

STS de 23 de octubre de 1989 (AR 7310).

STS de 26 de septiembre de 1990 (AR/7051).

STS de 23 de abril de 1991 (AR/3383).

STS de 11 de junio de 1993 (RJ 1993\4665)

STS de 26 de julio de 1994 (RJ 1994\7065)

STS, de 17 de mayo de 1995 (Tol 23508).

STS 13 de junio de 2011 (RJ 2011\5336).

STS de 21 de enero (Ar/67) (RJ 1991\67).

### **SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA:**

STSJ de Cataluña de 1 marzo de 2011 núm. 1558/2011 (JUR 2011\192106).

### **SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE EXTREMADURA:**

STSJ de Extremadura de 8 noviembre 696/2007 (AS 2008\493).

### **SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA:**

STSJ de Galicia de 19 de diciembre de 2003 (AS 2004\243).

STSJ de Galicia de 5 de febrero de 2007, Rec. Sup. nº 6097/2006 (AS 2007\2349).

STSJ de Galicia 1990/2010 de 10 de marzo de 2010 (AS 2010\1046).

STSJ de Galicia 4026/2011 de 20 de septiembre (JUR 2011/359970).

STSJ de Galicia 3116/2012 de 28 de mayo (JUR2012/229282).

STSJ de Galicia Sentencia 5298/2015 de 14 octubre (AS 2015\2396).

STSJ de Galicia Sala de lo Social 6317/2015 de 13 noviembre (JUR 2015\298301).

**SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID:**

STSJ de Madrid sentencia 336/2006 de 24 abril (AS 2006\2280).

STSJ de Madrid núm. 583/2015 de 13 julio (AS 2015\1643).

**SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA RIOJA:**

STSJ de La Rioja Sentencia 191/2005 de 6 octubre (AS 2005\3399).

**SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN:**

STSJ de Castilla y León de 3 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011\22169).

## **ANEXO II: NORMATIVA TOMADA EN CONSIDERACIÓN.**

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

Constitución Española de 1978.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

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

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Real Decreto 1300/1995 de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social.

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

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

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.

Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social.

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.

Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Real Decreto 286/2003, de 7 de marzo, por el que se establece la duración de los plazos para la resolución de los procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia de Seguridad Social.

Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

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

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.