



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO DE FIN DE GRADO

CASO: *DESPIDO DE UN TRABAJADOR Y ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO.*

Autor:
LORETO LAMAS ENRÍQUEZ.

Tutor:
RAFAEL COLINA GAREA.

ÍNDICE ABREVIATURAS (página 4.)

I.- INTRODUCCIÓN. HECHOS RELEVANTES (página 5).

II.- ACCIONES LABORALES QUE PUEDE LLEVAR A CABO EL TRABAJADOR DESPEDIDO (página 6).

1.- **Garantía de indemnidad** (página 6).

2.- **Conciliación** (página 10).

3.- **Acción por despido** (página 12).

4.- **Acumulación de acciones** (página 15).

III.- INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE DAR DE ALTA A UN TRABAJADOR EN LA SEGURIDAD SOCIAL (página 17).

1.- **Introducción** (página 17).

2.- **Alta en la Seguridad Social** (página 18).

A).- **Concepto y aspectos generales** (página 18).

B).- **Clases de altas** (página 19).

C).- **Plazos** (página 20).

D).- **Formas de practicarse** (página 21).

E).- **Efectos** (página 21).

3.- **Responsabilidad empresarial derivada de la obligación de dar de alta a un trabajador en la Seguridad Social** (página 22).

4.- **Automaticidad de las prestaciones** (página 24).

IV.- ITER PROCEDIMENTAL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO (página 27).

1.- **Introducción** (página 27).

2.- **Iniciación** (página 31).

3.- **Contenido del acta de infracción** (página 31).

4.- **Presunción de certeza de las actas** (página 32).

5.- **Instrucción del procedimiento sancionador** (página 33).

6.- **Notificación de la resolución** (página 34).

7.- **Imposición de sanciones** (página 35).

8.- **Recursos** (página 36).

V.- CONSECUENCIAS QUE PROCEDEN DE LA ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO (página 36).

1.- Infracciones cometidas en el caso a analizar (página 36).

2.- Sanciones correspondientes a esas infracciones (página 42).

3.- Reincidencia y persistencia continuada (página 46).

4.- Otras consecuencias (página 46).

VI.- DEFENSA DEL EMPRESARIO FRENTE A UNA EVENTUAL SANCIÓN ADMINISTRATIVO-LABORAL (página 48).

VII.- BIBLIOGRAFÍA (página 52).

VIII.- JURISPRUDENCIA (página 52).

1. Tribunal Constitucional (página 52).

2. Tribunal Supremo (página 53).

3. Tribunales Superiores de Justicia (página 53).

IX.- ANEXOS (página 53).

1.- Anexo 1: Modelo demanda de conciliación por despido (página 53).

2.- Anexo 2: Modelo demanda por despido nulo (página 56).

3.- Anexo 3: Esquema iter procedimental de la Inspección de Trabajo (página 61).

4.- Anexo 4: Pliego de alegaciones (página 62).

ÍNDICE ABREVIATURAS.

- ART.: artículo.
- AS: Aranzadi Social.
- BOE: Boletín Oficial del Estado.
- CE: Constitución Española.
- CIF: Código de identificación Fiscal.
- Cont-admva: Contencioso-Administrativo.
- CP: Código Penal.
- D.: Don.
- DNI: Documento Nacional de Identidad.
- Ed.: Editorial.
- ET: Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores).
- FJ: Fundamento Jurídico.
- GAL: Galicia.
- INSS: Instituto Nacional de la Seguridad Social.
- JUR: Sentencias y autos de la Audiencia Nacional, TSJ, Audiencia Provincial.
- LGSS: Ley General de la Seguridad Social.
- LISOS: Ley Infracciones y Sanciones en el Orden 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).
- LOITSS: Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social).
- LPL: Ley de Procedimiento Laboral.
- LPRL: Ley Prevención de Riesgos (Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales).
- LRJPAC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- LRJS: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social).
- OIT: Organización Internacional del Trabajo.
- P.: Página.
- RD: Real Decreto.
- RED: Remisión Electrónica de Datos.
- RJ: Repertorio Jurisprudencia.
- RPS: 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.
- RTC: Repertorio del Tribunal Constitucional.
- SS: Seguridad Social.
- STC: Sentencia Tribunal Constitucional.
- STS: Sentencia Tribunal Supremo.
- STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
- TC: Tribunal Constitucional.
- TGSS: Tesorería General de la Seguridad Social.
- TRLGSS: Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- TS: Tribunal Supremo.

I.- INTRODUCCIÓN. HECHOS RELEVANTES.

Para comenzar a exponer la resolución de mi caso práctico, primero haré mención, a modo de introducción, de los hechos más relevantes sobre el mismo.

Nos situamos en una empresa, Construnova, S.A., dedicada a la construcción y reformas de inmuebles localizados, en su mayor parte, en A Coruña.

El empresario de dicha empresa, D. Fernando Pérez Hernández, tiene a su cargo a dos trabajadores: D. Francisco González Martínez y D. Alberto Pérez Domingo.

D. Francisco González Martínez, tenía un contrato firmado con la mencionada empresa desde el 6 de diciembre de 2013. Era un contrato indefinido, contaba con un horario de 40 horas semanales y una retribución de 1.645 euros mensuales. Dichas cláusulas no fueron cumplidas por el empresario, puesto que D. Francisco realizaba una jornada laboral de más de 40 horas semanales, y dichas horas extraordinarias no eran retribuidas ni cotizaban en la Seguridad Social. Además, tampoco disfrutaba de los descansos que deberían serle asignados.

Con todo ello, la situación del trabajador D. Francisco González Martínez empeora, puesto que su jefe y dueño de la sociedad lo trata de manera vejatoria, trato en el que se incluyen amenazas y coacciones.

D. Francisco recibe la baja médica, al haber sufrido lesiones psicológicas, derivadas de un estado de estrés y de la depresión que está sufriendo, de lo que derivan problemas fisiológicos como indigestión o trastorno del sueño.

Por toda esta situación expuesta, D. Francisco denuncia su situación ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el día 24 de mayo de 2014.

El empresario, D. Fernando, decide despedir a su trabajador cuando tiene conocimiento de la actuación que éste ha llevado a cabo. Dicho despido se produce el día 27 de mayo de 2014.

Como consecuencia de dicha denuncia a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, un inspector realiza su correspondiente visita a la empresa. Tras valorar la situación denunciada, el inspector se percata de que, además de la situación expresada por D. Francisco, existe otro trabajador, llamado D. Alberto Pérez Domingo, que no está dado de alta en el régimen de la Seguridad Social.

Además de la situación de ambos trabajadores, el inspector da cuenta de que las condiciones de seguridad e higiene que debería cumplir la empresa no se cumplen.

Con todo lo expuesto, se plantean las siguientes cuestiones:

- ¿Qué acciones puede ejercitar el trabajador despedido?
- ¿Qué responsabilidades pueden derivarse para el empresario ante la situación del trabajador D. Alberto Pérez Domingo?
- ¿Cuál sería el iter procedimental respecto de la actuación de la Inspección de Trabajo?
- ¿Cuáles serían las consecuencias de la actuación de la Inspección de Trabajo?
- ¿Qué defensa podría actuar el empresario frente a una sanción administrativo-laboral?

II.- ACCIONES LABORALES QUE PUEDE LLEVAR A CABO EL TRABAJADOR DESPEDIDO.

1.- Garantía de indemnidad.

En el caso que me ocupa, cobra importancia la llamada garantía de indemnidad. Muchos trabajadores sufren irregularidades en el trabajo, como se muestra en nuestro presente caso: trabajo superior a la jornada laboral pactada, realización de horas extraordinarias no retribuidas, atentar contra su integridad moral, etc. Para los trabajadores que se encuentren en esta situación, existe la llamada garantía de indemnidad.

La garantía de indemnidad es la protección que tiene el trabajador frente a las represalias del empresario¹, cuando el trabajador ha ejercitado acciones judiciales o extrajudiciales contra él. Esto significa que si un trabajador presenta una denuncia a la Inspección de Trabajo (en este caso D. Francisco denuncia ante la Inspección de Trabajo a su empresario D. Fernando), o realiza reclamaciones judiciales o extrajudiciales, el empresario no podrá despedirlo, ni sancionarlo, ni tomar medidas contra él, so pena, en caso de hacerlo, de ser condenado a la nulidad.

La garantía de indemnidad se traduce en que nadie puede en ningún momento resultar perjudicado por el hecho de haber reclamado en juicio lo que considera su derecho (STS de 17 enero 2008, RJ 2008/240).

Cuando el trabajador está ejerciendo acciones contra la empresa, no solo lucha por los derechos que le corresponden por Ley, sino que además, se está blindando contra el despido.

Esto es así porque la Constitución Española reconoce en su artículo 24 el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de forma que según la doctrina del Tribunal Constitucional, no solo se protege al trabajador cuando está ejercitando acciones judiciales, sino también cuando está ejerciendo acciones previas o preparatorias² como pueden ser reclamaciones extrajudiciales, denuncias ante la Inspección de Trabajo.

El proceso laboral tiene como primera finalidad garantizar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en el ámbito de las relaciones trabajo, que entraña aquí el derecho de acceso a jueces y tribunales, el derecho a no sufrir indefensión, el derecho a la presentación de alegaciones y pruebas, el derecho a recibir respuesta motivada y congruente, y el derecho a recurrir en una instancia superior. Ese derecho pertenece tanto al trabajador como al empresario.

Para los trabajadores, el artículo 4.2 g) ET reconoce específicamente el derecho “*al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo*”, derecho que podría extenderse desde luego a otro tipo de acciones de trascendencia laboral. Es

¹ STC 76/2010, de 19 de octubre de 2010 (RTC 2010/76) que dice: "Como ha señalado en numerosas ocasiones este Tribunal en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, la garantía de indemnidad en el campo de las relaciones laborales se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (SSTC 14/1993, de 18 de enero, FJ 2, (RTC 1993/14) y 38/2005, de 28 de febrero, FJ 3, (RTC 2005/38) entre otras muchas)

²SSTC 16/2006, de 19 de enero, FJ 5 (RTC 2006/16); 120/2006 de 24 de abril, FJ 2 (RTC 2006/120); y 138/2006, de 8 de mayo, FJ 5 (RTC 2006/138).

obvio, que el ejercicio de este derecho de acudir a los jueces y tribunales no puede ser motivo de represalia o perjuicio, ni por parte del empresario ni de otros sujetos³.

Esta “garantía de indemnidad” fue acogida inicialmente por diversas normas internacionales, y se ha ido incorporando a nuestro sistema a través de la jurisprudencia constitucional como un ingrediente más del derecho a la tutela judicial efectiva.

El TC la aplicó en un primer momento al despido adoptado como respuesta al ejercicio de acciones judiciales por parte del trabajador (TC 7/1993, de 18 de enero, RTC 1993/7), pero con posterioridad la ha ido extendiendo en dos frentes: de un lado, a toda medida empresarial (cese de personal de confianza, no renovación del contrato temporal, suspensión de empleo y sueldo, rechazo en proceso de selección) que tenga esa finalidad, y no solo al despido; de otro, a toda actividad desplegada por el trabajador con objetivo de tutelar sus derechos e intereses legítimos, incluyendo los actos preparatorios o previos al proceso (con la reclamación administrativa previa o el intento de conciliación), e incluso las gestiones a través de abogados, o de representantes colectivos (TC 5/2003, de 20 de enero, RTC 2003/5; 55/2004, de 19 de abril, RTC 2004/55; 87/2004, de 10 de mayo, RTC 2004/87; 65/2006, de 27 de febrero, RTC 2006/65)⁴.

Hoy en día, la garantía de indemnidad ha sido acogida también por la legislación. Las leyes sobre igualdad califican como acto discriminatorio, y por tanto nulo, cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca como consecuencia de la presentación de reclamaciones, demandas o recursos destinados a impedir la discriminación o a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad (art. 18.3 Ley 51/2003, y, art. 9 LOIg). Y, los actos empresariales de represalia⁵ pueden constituir infracción administrativa muy grave (art. 8.12 LIS), que puedan motivar a su vez el ejercicio por parte del trabajador de los pertinentes procedimientos de tutela judicial, entre ellos, el especial de tutela de derechos fundamentales (art. 182 LPL). El trabajador también podría demandar la resolución del contrato de trabajo con derecho a indemnización al amparo del art. 50 ET.

Por ejemplo, el Tribunal Supremo, en una sentencia de 12 de abril de 2013, ratificó la nulidad del despido de un trabajador, porque presentó una denuncia a la Inspección de Trabajo interesando la revisión del carácter indefinido de su prestación (ya que le estaba contratando mediante un encadenamiento fraudulento de contratos temporales).

Al declarar nulo un despido, se obliga a la empresa a readmitir al trabajador abonando los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, hasta la readmisión del trabajador. Con el despido nulo se evita que el empresario pueda pagar la indemnización por despido improcedente y quitarse de encima al trabajador. Si el empresario aún no conociera las acciones del trabajador, es decir, un trabajador denuncia al empresario a la Inspección de Trabajo, y éste antes de la visita del inspector (sin tener conocimiento de la denuncia) despide al trabajador, el despido, en este caso, no se considera nulo, pues

³MARTÍN VALVERSE, A, *Derecho del Trabajo*, vigésima edición, Ed. Tecnos. Madrid 2011, pp. 852-853.

⁴El TC también ha declarado que la presentación de indicios razonables por parte del trabajador es motivo bastante para trasladar a la empresa la correspondiente carga de prueba (TC 138/2006, de 8 de mayo, RTC 2006/138).

⁵ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A. *Derechos Fundamentales en la Relación de Trabajo*. Apuntes de las Lecciones, curso 2013/2014. Universidad de Cádiz. Información disponible en www.ocw.uca.es.

no se habría vulnerado el principio de indemnidad habida cuenta que el empresario aún no sabía nada sobre la denuncia del trabajador, y el despido no podría considerarse una forma de represar. Por tanto, el despido, sería procedente y no sería nulo, si el empresario consiguiese demostrar, por ejemplo, que el trabajador ha cometido una falta disciplinaria muy grave. En ese caso, la decisión extintiva del empresario sería procedente y el trabajador no podría optar a indemnización.

No es necesario que el trabajador demuestre que el despido ha sido causa de una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, puesto que al tratarse de una vulneración de este tipo, corresponde a la empresa demostrar que sus decisiones (un despido, por ejemplo) no están fundadas en la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁶.

Por lo contrario, existiendo un panorama indiciario suficiente, y sin que la empresa consiga demostrar la procedencia de su despido o medida empresarial, y que ésta se ha tomado sin vulnerar la garantía de indemnidad, el despido sería declarado nulo, y el empresario debería readmitir al trabajador de forma inmediata, abonando los salarios dejados de percibir durante todo el tiempo que ha estado fuera de la empresa.

A modo de ejemplo, mencionar la siguiente sentencia del TSJ de Castilla y León, de 20 de septiembre de 2012. La empresa alega que no se ha vulnerado el principio de garantía de indemnidad y en consecuencia el despido no puede declararse nulo. Pues entiende que tal derecho no se ha vulnerado puesto que la denuncia ante la Inspección de Trabajo la realizó el Secretario de Acción Sindical del Sindicato y que había quedado probado que la extinción de la relación laboral lo había sido al amparo del art 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores. En cambio, por el Juzgado de lo Social se argumenta en la sentencia que se ha vulnerado el principio de garantía de indemnidad puesto que entiende que el cese de la actora trae su causa en haber presentado ante la Inspección de Trabajo una denuncia por supuesta cesión ilegal de trabajadores. El TSJ de Castilla y León, en su Sentencia de fecha 20 de septiembre de 2012 (AS 2012/2486), ratifica la nulidad del despido con las siguientes consideraciones: que existe entre la actuación de la Inspección de Trabajo por denuncia de la trabajadora y el cese de la misma acordado por la entidad empleadora no ya proximidad temporal sino inmediatez de un día para otro; que tal secuencia de hechos ha sido valorada por el Juez de lo Social como indicio suficiente de represalia; y, que tal indicio no ha sido eficazmente contrarrestado. A la vista de lo actuado, se ha producido lesión de la garantía de indemnidad de la trabajadora y que tal lesión impone la calificación del cese como despido nulo por lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, una garantía que, alcanza no sólo a las actuaciones judiciales propiamente dichas sino a los “actos previos o preparatorios” al ejercicio de las acciones judiciales, como pueden serlo la denuncia a la Inspección de Trabajo y la actuación de la misma en supuestos de calificación de relaciones de servicios”. Como señala la jurisprudencia, la denuncia ante la Inspección de Trabajo es, en este caso, un acto preparatorio o previo de una previsible acción

⁶STC Sala 1ª de 28 febrero 2011 (RTC 2011/10) viene a decir "cuando se alegue que una determinada medida encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al autor de la medida la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental, aunque para imponer la carga probatoria expresada el actor ha de aportar un indicio razonable de que el acto impugnado puede haber lesionado sus derechos fundamentales".

judicial encaminada a proteger los derechos que la trabajadora entiende infringidos por la empresa.

Constituyen indicios suficientes de que el despido de la trabajadora es la represalia por sus denuncias precedentes basadas en irregularidades que la trabajadora apreciaba en la empresa, y tal indicio implica la inversión de la carga de la prueba, en el sentido de que la empresa debe probar que el despido se funda en causas justas extrañas a dicha represalia, prueba no conseguida en el juicio, por lo que la nulidad de la decisión extintiva impugnada es consecuencia obligada conforme a lo dispuesto en el art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores.

Aplicando dicha teoría acerca de la garantía de indemnidad al presente caso, ésta entra en juego por parte del trabajador D. Francisco González Martínez, frente a su empresario, D. Fernando Pérez Hernández. Entra en juego puesto que D. Francisco sufre determinadas irregularidades laborales, tales como una jornada de trabajo superior a la pactada, horas extra no remuneradas ni cotizables a la Seguridad Social, etc. Con esta garantía de indemnidad, el D. Francisco está protegido frente a las represalias que pueda llevar a cabo D. Fernando, al haber sido denunciado éste por aquel a la Inspección de Trabajo. D. Fernando no podrá despedir a su trabajador, ni tomar medidas contra él, sino entraría en juego la nulidad del despido. Con esta medida D. Francisco lucha por los derechos que se le reconocen en la Ley, y se está blindando contra el despido. Puesto que, decir, que con todo ello, lo que se pretende es salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española, para que D. Francisco tenga derecho a un juez, a no sufrir indefensión o presentar alegaciones pertinentes.

Con esta garantía de indemnidad, al protegerse un derecho fundamental, el despido sería considerado nulo. El artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores señala que el despido será considerado nulo cuando tenga *“como móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución y en la Ley”* o cuando se produzca *“con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”*. Al ser un despido nulo, la empresa Construnova, S.A., estaría obligada a readmitir a D. Francisco abonando los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, hasta la readmisión del trabajador.

A modo de ejemplo, la Sentencia TSJ Aragón 42/2012, de 8 de febrero (JUR 2012/138131), referida a la nulidad de un despido y vulneración de la garantía de indemnidad, y represalias de la trabajadora basadas en irregularidades que apreciaba en la empresa. La empresa debe probar que el despido se funda en causas justas extrañas a dicha represalia. Según consta en autos, se presentó demanda por María Inés, contra LETUX DESARROLLO LOCAL S.L.L., sobre despido. Se condena a la empresa a que proceda a su readmisión con abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta que la readmisión sea efectiva. En la carta de despido de la empresa a la trabajadora narran hechos como su disminución del rendimiento, lo que lleva a perjuicios empresariales. La trabajadora había presentado denuncia ante la Inspección de Trabajo por no respetar sus correspondientes descansos y llevar a cabo actividades que no le correspondían. Denuncia sobre la tutela judicial de los derechos fundamentales, y el art. 55.5 del ET considera 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. Incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables. La Sentencia del TC de 19 de octubre de 2010

(RTC 2010/75) insiste en la misma doctrina: "la garantía de indemnidad en el campo de las relaciones laborales se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haberse ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido y, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental. Se afirma que existe entre la actuación de la Inspección de Trabajo por denuncia de la trabajadora y el cese de la misma acordado por la entidad empleadora proximidad temporal e inmediatez de un día para otro. Los resultados a los que se ha de llegar para la solución en derecho del presente caso son: que se ha producido lesión de la garantía de indemnidad de la demandante; y, que tal lesión impone la calificación del cese como despido nulo por lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

2.- Conciliación.

El trabajador puede llevar a cabo dos acciones: la conciliación y la acción de despido. Para poder llevarse a cabo la acción por despido es preceptivo haber ejercitado el acto de conciliación, puesto que la conciliación ha de ser previa a dicha acción por despido.

Debo hacer referencia a una pequeña definición a cerca de lo que es la conciliación, la cual podemos entender como un sistema extrajudicial de resolución de conflictos. Dicho acto de conciliación es obligatorio para las partes, y como he dicho antes, es previo a la demanda ante la Jurisdicción Social.

Los instrumentos de solución de conflictos necesitan la intervención de un tercero, distinto de las partes del conflicto, que es el sujeto que da la respuesta al mismo. Si este tercero no es ningún juez que actúe siguiendo los trámites de un proceso judicial, se habla entonces de procedimientos o instrumentos extrajudiciales de solución de conflictos⁷. Entre dichos instrumentos se encuentra la conciliación. En la conciliación interviene un tercero imparcial (conciliador) que intenta acercar las posiciones de ambas partes en conflicto.

La conciliación es un requisito previo para la tramitación de cualquier procedimiento por despido ante al Juzgado de lo Social. Se exceptúan de este requisito los procesos que exijan la reclamación previa en vía administrativa. Ello afecta al trabajador que reciba carta de despido alegando cualquier causa, y, al trabajador despedido verbalmente, impidiéndole el acceso al puesto de trabajo. En ambos casos, si el trabajador no considera justificada la acción empresarial, debe iniciar las actuaciones de conciliación. En cuanto a los asuntos que deben someterse a una conciliación obligatoria previa, se establecen que serían los que supongan una reclamación salarial, despido, sanciones, indemnizaciones u otro incumplimiento del empresario. Existen asuntos tasados excluidos de esta exigencia legal (previstos en el artículo 64 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción social)⁸.

⁷MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. Y CARRIL VÁZQUEZ, X.M. *Derecho del Trabajo*, Ed. Netbiblo, p. 475.

⁸Tales como la reclamación contra la modificación sustancial de las condiciones contractuales, clasificación profesional, o cuando el empleador es una Administración pública, o se denuncie que se han conculcado derechos fundamentales, se litigue sobre el derecho de vacaciones, o elecciones sindicales y negociación colectiva, entre otros.

La papeleta de conciliación debe interponerse en el plazo que corresponda según el procedimiento relativo a cada acción. Así, dentro de los 20 días (sin contar sábados, domingos y festivos⁹) a la efectividad del despido en el caso de reclamación contra éste. También posee el mismo plazo de 20 días la reclamación por sanción (o por movilidad geográfica o modificación sustancial). Para las reclamaciones de cantidad (salarios, mejoras, indemnizaciones etc.) el plazo es de un año desde el hecho causante.

La acción del acto de conciliación se inicia con la presentación de la solicitud (o papeleta) de conciliación. Dicha solicitud o papeleta interrumpe o suspende el cómputo de los plazos, según se trate de prescripción o caducidad, de la acción correspondiente. Dicho cómputo se reiniciará, en caso de prescripción, o se reanudará, en caso de caducidad, al día siguiente de haber intentado la conciliación si no tuviera éxito o transcurrido un plazo desde su presentación si no llegara a realizarse (art. 65 LPL), que es de 15 días para las reglas de caducidad, y 30 para las de prescripción¹⁰.

En la papeleta, que es el escrito mediante el cual se solicita la conciliación, se identifica a la persona frente a la que se presenta, así como el objeto de la misma que será la decisión del despido. En cuanto al contenido de la papeleta, debe contener la identificación de las partes, la empresa, domicilios, tipo de contrato de trabajo, jornada laboral, DNI Y CIF, fecha ingreso en la empresa, categoría profesional, motivo de la presentación de la papeleta, entre otros.

Es obligatorio para ambas partes asistir al acto de conciliación. Si el trabajador solicitante no comparece, la papeleta se tiene por no presentada. Así, la conciliación se tiene por no intentada, y el trámite por no cumplido, aunque se interrumpe los plazos de prescripción. Si el empresario es quién no comparece, se tiene por intentada sin efecto la conciliación, pudiendo interponerse la demanda, y el Juez puede llegar a interponerle una multa en la sentencia si aprecia temeridad o mala fe en dicha incomparecencia.

El acto de conciliación tendrá fuerza ejecutiva (por lo que no es necesario la ratificación ante el Juez) cuando las partes lleguen a un acuerdo. Y, si se incumple lo acordado, puede llevarse a efecto por el trámite de ejecución de las sentencias, solicitando al juzgado competente que ordene el cumplimiento de aquel acuerdo como si fuese una sentencia propia (trámite de ejecución de sentencias).

En el caso de que las partes lleguen a acuerdo y se concilien, la controversia concluye, evitándose así el pleito. En caso de que las partes no lleguen a un acuerdo quedaría abierta la vía procesal. Además, de todo ello, se ha de levantar un acta, de la cual se expide una certificación a cada una de las partes.

El acuerdo alcanzado en esta fase de conciliación podría ser impugnado por la acción de nulidad, que ha de fundarse en causas que invalidan los contratos. Para ello, quienes estarían legitimados serían las partes y quienes pudieran sufrir perjuicio, contando con un plazo de caducidad de 30 días desde la fecha del acuerdo o desde que dicho acuerdo fuese conocido.

⁹Resultante esto último de pronunciamiento judicial de la Sala General de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2006 (JUR 2003/37015).

¹⁰ STS 2 de diciembre de 2002, RJ 2003/289.

En aplicación de todo lo expuesto a este caso, lo primero a tener en cuenta es que antes de llevar a cabo la fase judicial, tanto la empresa Construnova, S.A., con el trabajador D. Francisco, han tenido que intentar llevar a cabo un acto de conciliación previo. En cuanto al procedimiento, se presenta la demanda de conciliación en la dependencia correspondiente de A Coruña, al estar esta materia transferida, u órgano que asuma estas funciones, que podrá constituirse mediante acuerdos interprofesionales o convenios colectivos¹¹. D. Francisco fue despedido el día 27 de mayo de 2014, por lo que la acción de conciliación debe llevarse a cabo en el plazo de los 20 días siguientes a la efectividad de dicho despido. Si ambas partes, Construnova, S.A. y D. Francisco, llegan a un acuerdo, dicho acuerdo tiene fuerza ejecutiva (reincorporación al puesto de trabajo o indemnización, incluyendo los salarios de tramitación); siendo ejecutado dicho acuerdo como una sentencia en sentido propio, cuando alguna de las partes no cumpliera lo acordado. Y, si llegan a un acuerdo, se concilian y se evita el pleito, quedando abierta la vía procesal en caso contrario, por lo que el trabajador debe presentar demanda ante el Juzgado de lo Social en los días que falten para los 20, una vez descontados los transcurridos desde el despido hasta la presentación de la demanda de conciliación.

Para finalizar decir que el acuerdo de conciliación o mediación podrá ser impugnado por las partes y por quienes pudieran sufrir perjuicio por aquél, ante el Juzgado o Tribunal competente para conocer del asunto objeto de la conciliación o mediación, mediante ejercicio de la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos. La acción caducará a los treinta días de aquel en que se adoptó el acuerdo. Para los posibles perjudicados el plazo contará desde que lo conocieran.

Adjunto modelo de demanda de conciliación por despido (ver Anexo 1).

3.- Acción por despido.

El derecho al trabajo (artículo 35.1 CE) se concreta en el derecho a no ser despedido de no existir justa causa, es decir, en la exigencia de causalidad del despido¹². Por tanto, otra acción que puede ejercitar el trabajador despedido, Don Francisco González Martínez, es la relativa a la acción por despido. La acción de despido es la facultad del trabajador de acudir a los órganos judiciales en demanda de que se hagan efectivos los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce en caso de despido acordado por el empresario. La acción de despido se puede ejercitar tanto contra la decisión extintiva del contrato de trabajo formalmente comunicada al trabajador por el empresario (disciplinario o por causas objetivas), como contra cualquier otro acto del empresario que suponga la efectiva extinción de la relación laboral¹³.

La acción se ejercita mediante la interposición de la oportuna demanda ante el Juzgado de lo Social que sea competente; y su ejercicio da lugar a un procedimiento judicial especial y urgente regulado en los artículos 103 a 113 de la Ley reguladora de la jurisdicción social para el que resulta de aplicación supletoria, en lo no previsto, el proceso ordinario. Dicho procedimiento está presidido por los principios de inmediación, oralidad, concentración y celeridad, que conducen a un procedimiento en el que, tras la presentación de la demanda, se cita a la partes para el juicio.

¹¹Información disponible en www.empleo.gob.es

¹²STC 22/1981, de 2 de julio, RTC 1981/22.

¹³Casos como la comunicación verbal del despido, la indebida finalización de un contrato temporal, la baja en la Seguridad Social del trabajador realizada por el empresario, el cierre o desaparición de la empresa, una jubilación forzosa que se considere indebida, etc.

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

En el caso de la acción de despido que asiste al trabajador frente a la decisión del empresario que ha extinguido la relación laboral, los artículos 59.3 del Estatuto de los Trabajadores y 103 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, establecen que el plazo para interponerla es de 20 días hábiles y que se trata de un plazo de caducidad. El artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores establece: *“El ejercicio de la acción contra el despido o resolución de contratos temporales caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido. Los días serán hábiles y el plazo de caducidad a todos los efectos.”* El artículo 103 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social dispone 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.”* El cómputo de ese plazo es una cuestión clave a la hora de ejercer la acción de despido¹⁴. Por último, debe tenerse presente que, conforme al artículo 43.4 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, los días hábiles del mes de agosto no se excluyen del plazo para ejercitar la acción de despido.

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

Al tratarse de un plazo de caducidad, el mismo no puede interrumpirse, pero sí puede suspenderse, lo que quiere decir que, producido el hecho que determina la suspensión del mismo por alguna de las causas legales, al cesar éste, se reinicia la cuenta de los días que le resten al plazo¹⁵. El plazo de caducidad de la acción de despido se suspende en el momento en que se presenta la preceptiva solicitud (o papeleta) de conciliación y se reanuda al día siguiente de intentada dicha conciliación o transcurridos quince días desde su presentación sin que se haya celebrado. Por último, debe tenerse en cuenta que al tratarse de un plazo de caducidad, su vencimiento es apreciable de oficio por el Juez.

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

El ejercicio de la acción de despido tendrá como resultado final una sentencia en la que se adoptarán una serie de decisiones sobre el despido.

En la sentencia, si el juez considera que ha existido un despido, debe calificarlo como procedente, improcedente o nulo.

El despido es procedente cuando se hayan acreditado los hechos expresados en la carta de despido como justificativos del mismo y tales hechos tengan, con arreglo a la ley, fuerza suficiente para motivar la decisión de despido. En otro caso, así como en las

¹⁴Se excluyen del cómputo los sábados, los domingos y los festivos de ámbito nacional, de ámbito autonómico y de ámbito local que correspondan a la localidad donde tenga su sede el Juzgado de lo Social competente.

¹⁵A diferencia de lo que ocurre con la interrupción de la prescripción, que supone el inicio del cómputo de un nuevo plazo completo

situaciones en que no se observen las formalidades que la ley impone para adoptar y notificar la decisión del despido, éste debe ser calificado de improcedente.

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

Según sea la calificación del despido que el juez realice en la sentencia, le corresponderán unas determinadas consecuencias; así:

- Si se estima que el despido es procedente, se convalida la extinción del contrato de trabajo adoptada por el empresario y, tratándose de un despido disciplinario, el trabajador no tendrá derecho a percibir ninguna indemnización ni salarios de tramitación.
- Si se estima que el despido es improcedente, el empresario podrá optar entre readmitir al trabajador, con abono de salarios de tramitación, es decir, los dejados de percibir por el trabajador desde el despido hasta la notificación de la sentencia, o indemnizarle a razón de 33 días de salario por año de servicio, hasta un máximo de 24 mensualidades. No obstante, existe un régimen transitorio según el cual, la indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calcula a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo trabajado con anterioridad a dicha fecha y a razón de 33 días de salario por años de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, no pudiendo ser el importe indemnizatorio superior a 720 días de salario, salvo que el cálculo de la indemnización por el período trabajador con anterioridad al 12 de febrero de 2012 resulte un número de días superior, en cuyo caso se aplica dicho número de días como importe indemnizatorio máximo, sin que en ningún caso pueda ser superior a 42 mensualidades.
- Si se estima que el despido es nulo, se producirá la readmisión inmediata del trabajador con el abono de los salarios dejados de percibir (art. 55.6 ET y 113 LRJS; TS 13 de mayo de 1991 (RJ 1991/3908) y 2 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10050)).

Estas consecuencias legales, relativas a la readmisión y salarios de trámite, son compatibles con la indemnización compensatoria de los daños causados al trabajador por la lesión de la prohibición de discriminación o de un derecho fundamental¹⁶.

En cuanto a los requisitos de la demanda por despido, además de los requisitos generales previstos, deberán contener los siguientes:

a) Antigüedad, concretando los períodos en que hayan sido prestados los servicios; categoría profesional; salario, tiempo y forma de pago; lugar de trabajo; modalidad y

¹⁶ STC. 23 febrero 2000, R° 362/1999; y 12 junio 2001, R° 3827/2000.

duración del contrato; jornada; categoría profesional; características particulares, si las hubiere, del trabajo que se realizaba antes de producirse el despido.

b) Fecha de efectividad del despido, forma en que se produjo y hechos alegados por el empresario, acompañando la comunicación recibida, en su caso, o haciendo mención suficiente de su contenido.

c) Si el trabajador ostenta, o ha ostentado, la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores.

d) Si el trabajador se encuentra afiliado a algún sindicato, en el supuesto de que alegue la improcedencia del despido por haberse realizado éste sin la previa audiencia de los delegados sindicales, si los hubiera.

Por lo que refiere a la posición de las partes, ratificada, en su caso, la demanda, tanto en la fase de alegaciones como en la práctica de la prueba, y en la fase de conclusiones corresponderá al demandado exponer sus posiciones en primer lugar. Asimismo, le corresponderá la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo. Para justificar el despido, al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido.

Aplicando este procedimiento laboral al presente caso, se establece un plazo de 20 días hábiles para reclamar D. Francisco contra su despido por parte de la empresa Construnova, S.A. Este plazo es de caducidad, pero es admisible la suspensión. Tiene lugar tal evento porque ha existido un intento de conciliación. Se presenta la demanda por parte de Don Francisco, ante el Juzgado de lo Social de A Coruña, contra la empresa Construnova, S.A., por despido, en la cual se expresan las circunstancias solicitando la nulidad del despido. Por tanto, si ambas partes, tanto la empresa Construnova, S.A. y el trabajador D. Francisco, no llegan a un acuerdo en el acto previo de la conciliación, el siguiente paso sería esta acción por despido. D. Francisco fue despedido el día 27 de mayo de 2014, por lo que en el plazo de 20 días contados desde esa fecha se debe llevar a cabo esta acción por despido ante el Juzgado. Pero, como previamente las partes han llevado un intento de conciliación, el plazo de la acción de despido se suspende en el momento en que se interpone la papeleta de conciliación. El plazo se reanudará al día siguiente de intentada dicha conciliación o transcurridos 15 días desde su presentación sin que se haya celebrado. Y, debe certificarse que dicho intento de conciliación ha tenido lugar. Llevado a cabo la correspondiente conciliación, y, posteriormente, la acción de despido, el Juez dicta una sentencia estableciendo de qué clase de despido se trata, siendo en el presente caso un despido nulo al haberse vulnerado el derecho fundamental regulado en el artículo 24 de la Constitución Española. Al considerarse que el despido es nulo se producirá la readmisión inmediata del trabajador con el abono de los salarios dejados de percibir.

Adjunto modelo de demanda por despido nulo (ver Anexo 2).

4.- Acumulación de acciones.

Cabe mencionar que en el presente caso puede entrar en juego la acumulación de acciones. Para tratar este tema me baso en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora

de la jurisdicción social, en concreto los artículos 25 a 27 relativos a la acumulación de acciones.

El fenómeno de la acumulación de acciones responde a razones de economía y congruencia procesal, pues busca una solución armónica y coordinada a pretensiones conectadas por su objeto y por la calidad de los litigantes¹⁷. La acumulación se basa en la conexión y con el fin de evitar sentencias contradictorias, por el que dos o más pretensiones son examinadas en un mismo procedimiento y decididas en una misma sentencia, si bien ésta habrá de contener pronunciamientos y pretensiones que se hayan ejercitado¹⁸. La acumulación de acciones entra en juego en el mismo momento de la demanda, pues consiste en la reunión dentro de una misma demanda de diversas pretensiones¹⁹. Podemos decir que cuando acumulamos estamos ampliando el objeto del proceso insertando otras peticiones con fundamento fáctico y jurídico diferenciado. Así pues, la acumulación de pretensiones, cuando proceda, producirá el efecto de discutirse y resolverse conjuntamente todas las cuestiones planteadas, en consonancia con los principios que rigen el proceso laboral, esto es, el principio de inmediación, oralidad, concentración y celeridad. Se intenta de esta manera, acortar los procesos y evitar resoluciones contradictorias a través de facilitar la acumulación de acciones

En cuanto al tema de la acumulación de acciones, debo hacer referencia a la Ley de Procedimiento Laboral. Conforme a ella, el artículo 25 establece que *"el actor podrá acumular en su demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque procedan de diferentes títulos, siempre que todas ellas puedan tramitarse ante el mismo juzgado o tribunal."*

Conforme al artículo 26 de la Ley de Procedimiento Laboral, en el presente caso, podrían acumularse la acción de despido y la reclamación de cantidades relativas a las horas extra realizadas por el trabajador D. Francisco, horas que no le son pagadas ni cotizaban en el correspondiente régimen de la Seguridad Social. Para justificar ello, me basaré en el artículo 26.3 de dicha Ley de Procedimiento Laboral, el cual establece lo siguiente: *"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 del artículo 50 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores se invoque la falta de pago del salario pactado, contemplada en la letra b) del apartado 1 de aquel precepto, 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."*

El trabajador podrá acumular a la acción de despido la reclamación de la liquidación de las cantidades adeudadas hasta esa fecha conforme al apartado 2 del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, sin que por ello se altere el orden de intervención del apartado 1 del artículo 105 de esta Ley. No obstante, si por la especial complejidad de los conceptos reclamados se pudiesen derivar demoras excesivas al proceso por despido, el juzgado podrá disponer, acto seguido de la celebración del juicio, que se tramiten en procesos separados las pretensiones de despido y cantidad,

¹⁷MARTÍN VALVERDE, A. *Derecho del Trabajo*. Ed. Tecnos. Madrid 2011, p. 869.

¹⁸MONTERO AROCA, J., *La acumulación en el proceso laboral* (Acciones, autos, recursos y ejecuciones), Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1999.

¹⁹MARTÍN VALVERDE, A. *Derecho del Trabajo*, cit. p. 870.

para lo que dispondrá la deducción de testimonio o copia de las actuaciones y elementos de prueba que estime necesarios a fin de poder dictar sentencia sobre las pretensiones de cantidad en el nuevo proceso resultante."

Parece ser, que la reclamación de cualquier cantidad adeudada estaría incluida en la posibilidad de acumulación, y ello aun siendo ajenas a la problemática del despido. Asimismo, el propio concepto de despido como cese unilateral concluyente a instancia del empleador, significa mayoritariamente que en el momento del despido existan cantidades adeudadas, ya afecten estas a mensualidades, partes proporcionales de pagas, vacaciones o conceptos variables como comisiones, entre otros.

Es deber del empresario poner a disposición del trabajador el finiquito una vez finalizada la relación laboral, para que pueda estudiarlo y ver si está conforme. Pero si lo que se quiere acumular no es solo las cantidades que se devengan a la finalización del contrato sino otras cantidades salariales anteriores, indica el artículo 26.3 LJS que se podrán acumular y, si son cálculos muy complicados, el juez podrá mandar que se reclamen en proceso de cantidad separado del despido. Por consiguiente, parece bastante claro que, no solo se puede reclamar las cantidades que suelen reflejarse en el finiquito sino que también se podrían reclamar cantidades anteriores, como también cuestionarse la retribución del trabajador.

Atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) al respecto, la Sentencia de 3 enero 1991 nos indica que: el salario del trabajador al tiempo del despido es el salario regulador de las indemnizaciones correspondientes, según tiene declarado reiterada jurisprudencia de esta Sala, como muestran sus sentencias de 14 de diciembre de 1984 (RJ 1984\6386), 28 de septiembre de 1985 (RJ 1985\4389), 14 de junio de 1986 (RJ 1986\3544), y 26 de enero de 1987 (RJ 1987\131), entre otras. El debate de cuál sea ese salario tiene cabida y es un tema de controversia adecuado al proceso de despido, pues es el elemento principal que compone la acción ejercitada y sobre él deberá pronunciarse la sentencia. Por ello, es en el proceso de despido donde debe precisarse el salario del trabajador despedido²⁰. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 12 de junio de 2001 (RJ 2001/5931), ha admitido la posibilidad de que a la acción de despido se acumule la petición de indemnización por violación de derechos fundamentales del trabajador. En definitiva, esta parte entiende que el artículo 26 de la LJS autoriza a acumular tanto la liquidación de partes proporcionales "finiquito", como otras cantidades adeudadas por la empresa.

III.- INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE DAR DE ALTA A UN TRABAJADOR EN LA SEGURIDAD SOCIAL.

1.- Introducción.

Las prestaciones de la Seguridad Social se condicionan al cumplimiento de determinados requisitos. Uno de esos requisitos es el relativo al "alta" al régimen de la

²⁰La STS de 8 junio 1998 nos señala que: el debate sobre cuál debe ser el salario procedente es un tema de controversia adecuado al proceso de despido, pues se trata de un elemento esencial de la acción ejercitada sobre el que debe pronunciarse la sentencia y, en consecuencia, es en el proceso de despido donde debe precisarse el salario que corresponde al trabajador despedido sin que se desnaturalice la acción ni deba entenderse que se acumula a ella en contra de la ley ...una reclamación inadecuada.

Seguridad Social²¹. Requisito general para causar derecho a las prestaciones de Seguridad Social estar dado de alta o en situación asimilada al alta.

Los empresarios están obligados a llevar a cabo tres acciones: inscripción de la empresa, afiliación, y, llevar a cabo el alta de los trabajadores, que es el tema que nos incumbe²². Haré un breve análisis de dichas obligaciones empresariales, haciendo especial referencia al tema del alta de los trabajadores.

En cuanto a la inscripción de la empresa, antes de iniciar su actividad debe de inscribirse en la Tesorería General de la Seguridad Social. Tras ello, la Tesorería otorga un número de inscripción y procede a incluir la empresa en el Registro de Empresarios. En lo relativo a la afiliación de los trabajadores, la afiliación es el acto por el que se procede a la inclusión del trabajador en la Seguridad Social. La obligación de afiliar al trabajador corresponde a su primer empresario y la solicitud se dirige a la Tesorería de la Seguridad Social con anterioridad al inicio de la prestación de servicios. Si el empresario incumple dicha obligación, se puede llevar a cabo la misma a instancia de la Inspección de Trabajo o del propio trabajador. Como consecuencia de la afiliación, se asigna a cada trabajador un número de Seguridad Social.

A continuación expondré con más detalle el tema relativo a dar de alta a los trabajadores en el correspondiente régimen de la Seguridad Social.

2.- Alta en la Seguridad Social.

A).- Concepto y aspectos generales.

El alta del trabajador es el acto del cual el empresario comunica a la Seguridad Social que un determinado trabajador ha ingresado a su servicio. Las altas son actos administrativos por los que se constituye la relación jurídica de Seguridad Social.

El artículo 7.1 del Real Decreto 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 dispone que mediante el acto administrativo de alta, la Tesorería General de la Seguridad Social reconoce, a la persona, que inicia una actividad o se encuentra en una situación conexas con la misma, su condición de comprendida en el campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social que proceda en función de la naturaleza de dicha actividad o situación, con los derechos y obligaciones correspondientes. La obligación de efectuar el alta corresponde al empresario con el que se vaya a trabajar en cada momento.

El artículo 29 del mismo Real Decreto, establece que con independencia de la obligación de solicitar la afiliación al Sistema de la Seguridad Social de los trabajadores no afiliados al mismo que hayan de ingresar o ingresen a su servicio, los empresarios estarán obligados a comunicar la iniciación o, en su caso, el cese de la prestación de servicios de los trabajadores en su empresa para que sean dados, respectivamente, de alta o de baja en el Régimen en que figuran incluidos en función de la actividad de aquélla, en los términos y condiciones establecidos en este Reglamento. También menciona que en caso de incumplimiento por parte de los empresarios de las obligaciones indicadas en el apartado anterior, los trabajadores por cuenta ajena podrán instar directamente de la Tesorería General de la Seguridad Social su alta o su baja, según proceda, en el Régimen de encuadramiento.

²¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J. *Lecciones de Seguridad Social*, Ed. Tecnos. Madrid 2014, p. 95.

²² TARANCÓN PÉREZ E. Y ROMERO RODENAS M.J., *Prestaciones Básicas del Régimen de la Seguridad Social*, Ed. Bomarzo. Albacete 2013, p. 31.

El incumplimiento de las obligaciones de comunicar el ingreso o cese de los trabajadores por parte de las empresas o, en su caso, de los trabajadores obligados dará lugar a que sus altas o bajas puedan ser efectuadas de oficio por la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma competente.

El artículo 13.3 de la LGSS dispone que *“si las personas y entidades a quienes incumban tales obligaciones (afiliar, dar de alta) no las cumplieren, podrán los interesados instar directamente su afiliación, alta o baja, sin perjuicio de que se hagan efectivas las responsabilidades en que aquéllas hubieran incurrido, incluido, en su caso, el pago a su cargo de las prestaciones y de que se impongan las sanciones que sean procedentes”*. En lo que el artículo 13.4 añade que *“tanto la afiliación como los trámites determinados por las altas, bajas y demás variaciones a que se refiere el artículo anterior, podrán ser realizados de oficio por los correspondientes organismos de la Administración de la Seguridad Social cuando, a raíz de las actuaciones de los Servicios de Inspección o por cualquier otro procedimiento, se compruebe la inobservancia de dichas obligaciones”*.

El alta debe formalizarse antes de iniciar la prestación de servicios, pero surtirá efectos a partir del momento en que se inicie la actividad. La solicitud de alta se efectúa por el empresario ante la Tesorería General de la Seguridad Social, si bien, en caso de incumplimiento, puede tramitarse a instancia de la Inspección de Trabajo o del propio trabajador.

La solicitud de alta debe contener datos relativos al ejercicio de su actividad que faciliten una información completa a la Tesorería General de la Seguridad Social, y en particular: nombre o razón social del empresario que promueva el alta, código de cuenta de cotización del empresario, régimen de la Seguridad Social, nombre del trabajador y su número de la Seguridad Social, fecha de inicio de la actividad, tipo de contrato, etc. Debe contener los datos citados en el artículo 30 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

B).- Clases de altas.

Existen diferentes clases de altas:

- Alta real: el trabajador comienza a trabajar y se mantiene mientras presta servicios para una empresa.
- Alta asimilada: situación creada por el legislador que permite mantener al trabajador dentro del sistema de la Seguridad Social, en supuestos de suspensión o extinción del contrato de trabajo.
- Alta presunta: el trabajador realiza una actividad laboral que debía originar su alta real, si bien ésta no se produce por incumplimiento de sus obligaciones por parte del empresario. En estos casos se otorga una protección automática al trabajador.

Si es la primera vez que el trabajador trabaja, se conoce reglamentariamente con el nombre de alta “inicial”. Si, en cambio, el trabajador ya hubiese trabajado con anterioridad, se conoce como alta “sucesiva”. En ambos casos, las solicitudes²³ para el alta de los trabajadores deben ir dirigidas a la Dirección Provincial de la Tesorería

²³ Artículo 32.2 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.

General de la Seguridad Social, cursándolas en empresario. El empresario debe hacer constar, entre otros datos, lo que la LGSS llama fecha de ingreso del trabajador en la empresa, que es lo que el reglamento de desarrollo denomina como fecha de iniciación de la actividad por el trabajador²⁴. Una vez cursada en tiempo y forma, mediante el alto administrativo de alta, la Tesorería General de la Seguridad Social reconoce a la persona que inicia una actividad su condición de comprendida en el campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social que proceda, con los derechos y obligaciones correspondientes²⁵.

C).- Plazos.

En cuanto al plazo, para el régimen general (el caso que nos ocupa) es previo al inicio de la relación laboral hasta 60 días naturales antes. El artículo 36.1 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, establece que *“las solicitudes de alta deberán presentarse por los sujetos obligados con carácter previo al comienzo de la prestación de servicios por el trabajador, sin que en ningún caso puedan serlo antes de los 60 días naturales anteriores al previsto para el inicio de aquella. En todo caso, cuando el empresario no cumpliera su obligación de solicitar el alta de sus trabajadores o asimilados dentro de plazo, estos, sin perjuicio de las responsabilidades en que aquel pueda incurrir, podrán solicitarla directamente en cualquier momento posterior a la constatación de dicho incumplimiento. En estos supuestos, la dirección provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o la administración de la Seguridad Social dará cuenta de tales solicitudes a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, al objeto de las comprobaciones y efectos que procedan”*.

En cuanto al procedimiento y plazo, el cumplimiento de las obligaciones que se establecen anteriormente se ajustará, en cuanto a la forma, plazos y procedimiento, a lo establecido reglamentariamente. Así mismo, se dispone que la afiliación y altas sucesivas solicitadas fuera de plazo por el empresario o el trabajador no tendrán efecto retroactivo alguno. Cuando tales actos se practiquen de oficio, su eficacia temporal e imputación de responsabilidades resultantes serán las que se determinan en esta ley y sus disposiciones de aplicación y desarrollo.

Por lo que respecta a los plazos, se establece que las solicitudes de alta deberán presentarse por los sujetos obligados con carácter previo al comienzo de la prestación de servicios por el trabajador, sin que en ningún caso puedan serlo antes de los 60 días naturales anteriores al previsto para el inicio de aquella. Cuando el empresario no cumpliera su obligación de solicitar el alta de sus trabajadores o asimilados dentro de plazo, estos, sin perjuicio de las responsabilidades en que aquel pueda incurrir, podrán solicitarla directamente en cualquier momento posterior a la constatación de dicho incumplimiento. En estos supuestos, la dirección provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o la administración de la Seguridad Social dará cuenta de tales solicitudes a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, al objeto de las comprobaciones y efectos que procedan.

²⁴Artículo 30.2.1 del Reglamento general aprobado por Real Decreto 84/1996.

²⁵Artículo 7.1 del Reglamento General aprobado por Real Decreto 84/1996.

D).- Formas de practicarse.

En cuanto a la forma de practicarse puede ser:

- A instancia del empresario: Los empresarios están obligados a comunicar el alta de los trabajadores que ingresen en la prestación de servicios en su empresa.
- A instancia del trabajador: En caso de incumplimiento por parte de los empresarios de las obligaciones indicadas en el apartado anterior, los trabajadores por cuenta ajena podrán instar directamente de la Tesorería General de la Seguridad Social su alta.
- De oficio: Las altas podrán efectuarse de oficio por la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma, cuando, como consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de los datos obrantes en las Entidades Gestoras o por cualquier otro procedimiento se compruebe el incumplimiento de la obligación de comunicar el ingreso, cese o variación de datos de los trabajadores por parte de las empresas o, en su caso, de los trabajadores obligados a efectuarla.

Mencionar aquí el artículo 139 de la LGSS. El artículo 139 de la Ley General de la Seguridad Social dispone que *“Los empresarios estarán obligados a solicitar la afiliación al Sistema de la Seguridad Social de los trabajadores que ingresen a su servicio, así como a comunicar dicho ingreso y, en su caso, el cese en la empresa de tales trabajadores para que sean dados, respectivamente, de alta y de baja en el Régimen General. En el caso de que el empresario incumpla las obligaciones que le impone el apartado anterior, el trabajador podrá instar su afiliación, alta o baja, directamente al organismo competente de la Administración de la Seguridad Social. Dicho organismo podrá, también, efectuar tales actos de oficio. El reconocimiento del derecho al alta y a la baja en el Régimen General corresponderá al organismo de la Administración de la Seguridad Social que reglamentariamente se establezca.”*

E).- Efectos.

Por lo que se refiere a los efectos del alta, las altas presentadas con carácter previo a la prestación de los servicios únicamente surtirán efectos, en orden a los derechos y obligaciones inherentes a dicha situación, a partir del día en que se inicie la actividad. Las altas presentadas fuera de plazo sólo tendrán efectos desde el día en que se formule la solicitud, salvo que se haya producido ingreso de cuotas en plazo reglamentario. Las altas practicadas de oficio por las Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social o las Administraciones, retrotraerán sus efectos a la fecha en que los hechos que las motiven hayan sido conocidos por unas u otras.

Y, el principal efecto del alta lo establece el artículo 35 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social: *“El reconocimiento del alta del trabajador determina la situación de alta del mismo en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda en razón de su actividad o la de su empresa, con los derechos y obligaciones inherentes a dicha situación conforme a las normas reguladoras del Régimen en que aquél quede encuadrado”*.

3.- Responsabilidad empresarial derivada de la obligación de dar de alta a un trabajador en la Seguridad Social.

Con todo lo visto hasta el momento, y centrándome en mi caso a resolver, existe un trabajador, D. Alberto Pérez Domingo, no dado de alta por la empresa Construnova, S.A. El empresario, D. Fernando Pérez Hernández, ha incumplido su obligación de dar de alta a uno de sus trabajadores en el régimen de la Seguridad Social. Ello constituye una infracción, y una responsabilidad puramente administrativa. Para determinar cuál sería la infracción cometida por el empresario, D. Fernando Pérez Hernández, y su correspondiente sanción, hay que examinar la LISOS, Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

Conforme a la LISOS, su artículo 2 nos habla de los sujetos responsables de la infracción, el cual en el caso a resolver se trata de la empresa Construnova, S.A.

El alta en la Seguridad Social se tiene que producir el primer día que trabajes en la empresa, sin ningún tipo de excepción. Pero a muchos empresarios se les “olvida” y no dan de alta al empleado. En cambio, en tu nómina, puede que sí que figure el pago desde el primer día. Si se comprueba este fraude se puede poner una denuncia en la Inspección de Trabajo adjuntando una copia de la nómina del mes en que te faltan días de cotización. Trascurrido esto, se procederá a la inspección, al cobro de lo que falta y a interponer una multa a la empresa.

Para resolver el hecho de que la empresa Construnova, S.A. no haya dado de alta a uno de sus trabajadores, D. Alberto Pérez Domingo, he de situarme en el Capítulo III de la LISOS, relativo a infracciones en materia de Seguridad Social. Examinando dicho capítulo, el artículo 22.2 nos habla de infracciones graves disponiendo lo siguiente: *“Se consideran infracciones graves las siguientes... 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”*.

El empresario será responsable de las prestaciones por falta de filiación o alta²⁶. El empresario tiene la obligación de dar de alta en la Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena que contrate antes del inicio de la prestación de servicios. Antes es previamente, no el mismo día que empieza a trabajar, máxime cuando en el Sistema RED queda constancia de la hora del alta, y esa hora, debe ser siempre anterior al comienzo de la prestación de servicios. Por tanto, la infracción de comete desde el primer minuto que un trabajador por cuenta ajena empieza a trabajar sin estar de alta. Así de claro lo establece el Reglamento General de Afiliación, que dispone lo siguiente: *“las solicitudes de alta deben presentarse por los sujetos obligados con carácter previo al comienzo de la prestación de servicios por el trabajador, sin que en ningún caso pueda serlo antes de sus sesenta días naturales anteriores al previsto para la iniciación de la misma”*²⁷.

Cuando el empresario no cumpliera en tiempo su obligación de dar de alta a sus trabajadores o asimilados éstos, sin perjuicio de las responsabilidades en que aquel pueda incurrir, podrán solicitarla directamente en cualquier momento posterior a la

²⁶Sin que le exonere de responsabilidad el alta presunta de pleno Derecho.

²⁷Artículo 32 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social

constatación de dicho incumplimiento. En estos supuestos, la Dirección Provincial de la Tesorería General o Administración de la misma dará cuenta de estas solicitudes a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social al objeto de las comprobaciones y efectos que procedan.

Si hay una inspección de trabajo y se descubre este incumplimiento, estaríamos ante una infracción grave tipificada en el artículo 22.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (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.”*

El artículo 39.2 de la LISOS dispone que *“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”*.

La sanción señalada por cada trabajador afectado es una multa de (art. 40.1 e) LISOS):

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

Se trata de una responsabilidad por parte del empresario puramente administrativa. Las sanciones que puedan imponerse a los distintos sujetos responsables, se entenderán sin perjuicio de las demás responsabilidades exigibles a los mismos, de acuerdo con los preceptos de la Ley General de la Seguridad Social y de sus disposiciones de aplicación y desarrollo²⁸.

El incumplimiento por parte del empresario hace recaer sobre él la responsabilidad sobre el conjunto de prestaciones que hubieren podido causar los trabajadores a su servicio, sin que le exonere de responsabilidad el alta de pleno derecho²⁹.

Entiende la jurisprudencia que la comunicación fuera de plazo de la afiliación o alta no tiene, normalmente, efectos retroactivos.

El artículo 46.2 de la LISOS establece que *“cuando la conducta del empresario dé lugar a la aplicación del tipo previsto en el artículo 22.2, con independencia del número de trabajadores afectados, se aplicarán las medidas previstas en las letras a) y b) del apartado anterior, si bien el plazo de exclusión previsto en la letra b) podrá ser de un año”*. En relación con ello, la letra a) dispone: *“Perderán, automáticamente, y de forma proporcional al número de trabajadores afectados por la infracción, las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo o formación profesional para el empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción. La pérdida de estas ayudas, subvenciones, bonificaciones y beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo o formación*

²⁸Artículo 43.1 LISOS.

²⁹La doctrina del TS (27 diciembre de 1994 y 15 de abril de 1991): *“responsabilidad directa y principal del empresario de las prestaciones, en caso de incumplimiento de la obligación de afiliar o dar de alta a los trabajadores a su servicio”*.

profesional para el empleo afectará a los de mayor cuantía, con preferencia sobre los que la tuvieren menor en el momento de la comisión de la infracción. Este criterio ha de constar necesariamente en el acta de infracción, de forma motivada". Y, la letra b): "Podrán ser excluidos del acceso a tales ayudas, subvenciones, bonificaciones y beneficios por un período máximo de dos años, con efectos desde la fecha de la resolución que imponga la sanción".

En cuanto a quién decide el grado que se aplica, el Inspector comprueba que el trabajador no estaba dado de alta en la fecha de la visita y levanta acta que es notificada a la empresa concediéndole un plazo para que efectúe alegaciones. Una vez que se levanta Acta por la Inspección de Trabajo esa acta deberá acabar en el juzgado. El Inspector de trabajo propone la sanción y su superior fijará definitivamente la sanción a la vista del acta y de las alegaciones de la empresa, resolviendo y notificando a la empresa como quedará ésta finalmente.

En todo caso, conforme al artículo 49 de la LISOS, *"la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de conformidad con lo previsto en los artículos 17.2 del Convenio 81 de la OIT y 22.2 del Convenio 129 de la OIT, ratificados por el Estado español por Instrumentos de 14 de enero de 1960 y 11 de marzo de 1971, respectivamente, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen y siempre que no se deriven daños ni perjuicios directos a los trabajadores, podrá advertir y aconsejar, en vez de iniciar un procedimiento sancionador; en estos supuestos dará cuenta de sus actuaciones a la autoridad laboral competente".*

En cuanto al procedimiento sancionador, común a todas las Administraciones públicas, se ajustará a lo previsto en la presente Ley y en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, siendo de aplicación subsidiaria las disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que regula el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común³⁰.

Por lo que respecta al procedimiento liquidatorio, dentro de las funciones de la Inspección de Trabajo se encuentra el control del cumplimiento de la normativa en materia de cotización a la Seguridad Social. Cuando la Inspección constata la existencia de deudas podrá iniciar el procedimiento liquidatorio, mediante la extensión de Acta de Liquidación de Cuotas que se extiende cuando las deudas son originadas por falta de alta de los trabajadores en cualquier de los regímenes del sistema de la Seguridad Social.

Refiriéndome a la prescripción, el artículo 4.2 de la LISOS dispone que: *"Las infracciones en materia de Seguridad Social prescribirán a los cinco años, excepto las cometidas por trabajadores y beneficiarios que supongan el reintegro de prestaciones de Seguridad Social indebidamente percibidas, en que el plazo de prescripción será de cuatro años".*

4.- Automaticidad de las prestaciones.

Debemos estudiar qué sucede cuando los requisitos exigidos no se reúnen porque el empresario ha incumplido sus obligaciones de alta. La falta de alta genera responsabilidad empresarial de carácter general y absoluta³¹. En el supuesto de falta de alta existe responsabilidad empresarial, salvo que la empresa haya regularizado la

³⁰Artículo 51.2 LISOS.

³¹Artículo 94.2 a) TRLGSS y GORELLI HERNÁNDEZ, J. *Lecciones de Seguridad Social*, cit. p. 98.

situación antes del hecho causante de la prestación. Si producido tal hecho causante, el trabajador no está en situación de alta, existirá responsabilidad directa del empresario, sin perjuicio de que, en determinados supuestos, pueda existir anticipo de la prestación en aplicación del principio de automaticidad.

Al objeto de evitar la desprotección del trabajador en los supuestos de responsabilidad empresarial, se establece el mecanismo de la automaticidad de las prestaciones. De manera que las entidades gestoras, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, procederán al pago de las prestaciones a sus beneficiarios en aquellos casos en los que así se determine reglamentariamente, sin perjuicio de la consiguiente subrogación de aquellos en los derechos y acciones de tales beneficiarios³².

La falta de alta, como se da en el presente caso, deriva a la automaticidad de las prestaciones, que se traduce en que el trabajador percibe prestaciones a que dé origen la contingencia padecida, con cargo a la Entidad Gestora o Mutua, bajo cuya cobertura se halle la empresa para la que prestaba servicios al tiempo de sufrir la contingencia. La falta de alta comporta el anticipo de la Entidad Gestora, de la prestación causada, para seguidamente repercutir dichos importes al empresario declarado responsable de ellas.

Cuando se haya cumplido por el empresario con la obligación de dar de alta a un trabajador, la responsabilidad en el pago de las prestaciones corresponderá a la entidad que tenga cubiertos los riesgos de que se trate. Ahora bien, en el supuesto de que la empresa no haya cumplido con dicha obligación, nacerá responsabilidad por parte del empresario³³.

El principio de automaticidad³⁴ opera en el caso de incumplimiento de la obligación alta las entidades gestoras y colaboradoras harán efectiva la prestación subrogándose en los derechos de los beneficiarios teniendo una acción de repetición contra el empresario bien a través de la TGSS o bien demandando a la empresa responsable ante la jurisdicción social. En aquellos casos en que el empresario es declarado responsable del pago de una prestación, podría ocurrir que ante la negativa del mismo al abono de dicha prestación, o en los casos de insolvencia del empresario, el trabajador no reciba la prestación de que se trate, o se demore notoriamente el abono de la misma.

En nuestro ordenamiento se mantiene este principio de automaticidad en el pago de las prestaciones, que posibilita, que la prestación sea satisfecha de forma inmediata por la entidad correspondiente de la Seguridad Social, o por la Mutua de Accidentes de Trabajo, sin perjuicio que posteriormente se reclame al empresario el importe de dicha prestación. El anticipo³⁵ de las prestaciones por las Entidades Gestoras o Mutuas en ningún caso excederá de la cantidad equivalente a dos veces y media el salario mínimo interprofesional o, en su caso, del importe del capital necesario para el pago anticipado. La subrogación de aquéllas únicamente podrá ejercitarse contra el responsable subsidiario tras la previa declaración administrativa o judicial de insolvencia provisional o definitiva del empresario, pudiendo utilizar frente al empresario responsable la misma

³²GORELLI HERNÁNDEZ, J. *Lecciones de Seguridad Social*, cit. p. 98.

³³TARANCÓN PÉREZ E. Y ROMERO RODENAS, M.J. *Prestaciones básicas del Régimen General de la Seguridad*, cit. p. 73.

³⁴Este principio fue positivizado en España, por primera vez, en la Ley de 22 de junio de 1961, sobre el seguro nacional de desempleo.

³⁵La LGSS de 196, que lo regula en su artículo 95, previó que “el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y previa la dotación de los recursos financieros precisos, podrá extender... el anticipo en el pago de las prestaciones reconocidas... a la cobertura de alguna o algunas de las restantes contingencias reguladas en el presente Título”. (Art. 94.6).

vía administrativa o judicial seguida para la efectividad del derecho y de la acción objeto de subrogación. Dicha declaración corresponde a la Entidad gestora competente o a aquella que deba anticipar la prestación.

El principio de automaticidad de las prestaciones presupone el principio de responsabilidad empresarial. Su mecánica es bien sencilla, pues en caso de responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones, las entidades gestoras o colaboradoras en la gestión e las mismas le anticipan el pago de tales prestaciones al beneficiario. Dichas entidades se subrogan en derechos y acciones que pudiese tener el beneficiario afectado contra el empresario responsable. Como consecuencia de tal subrogación y al efecto de poder resarcirse, las entidades subrogadas podrán usar frente al empresario responsable la misma vía administrativa o judicial que se hubiere seguido por el beneficiario para la efectividad del derecho y de la acción objeto de subrogación.

Todo esto favorece al beneficiario, pues le evita pleitear y también le garantiza el cobro de las prestaciones³⁶.

El principio de automaticidad de las prestaciones no cubre todos los supuestos de responsabilidad empresarial directa por incumplimiento de las obligaciones de afiliar, dar de alta o cotizar. Se aplica sin restricciones respecto de la totalidad de prestaciones económicas sólo en los casos de responsabilidad empresarial por incumplimiento de la obligación de cotizar. En los casos de incumplimiento de las obligaciones de afiliar o dar de alta sólo juega respecto de las prestaciones por desempleo, prestaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, y, según la jurisprudencia laboral unificada, respecto de prestaciones económicas derivadas de riesgos comunes a las que quepa acceder desde la situación de no alta³⁷.

Puede este principio actuar de forma absoluta, relativa o no surtir efectos en otros supuestos.

Absoluta: La automaticidad de las prestaciones actúa de forma absoluta cuando el anticipo de las prestaciones no se condiciona al cumplimiento empresarial de ninguna de sus obligaciones de afiliación, alta y cotización. Por ello, los supuestos donde actuara son aquellos en que los trabajadores son considerados en situación de alta de pleno derecho: prestaciones derivadas de contingencias profesionales, desempleo y asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral.

Relativa: Las prestaciones no protegidas por la automaticidad absoluta son también anticipables por el INSS, aunque el empresario hubiere incumplido su obligación de cotización pero siempre que los trabajadores se encuentren en situación de alta formal en el momento del hecho causante. Está condicionada esta automaticidad a la situación de alta.

³⁶MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. Y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, Ed. Netbiblo. A Coruña 2013, p. 274.

³⁷Esto último se desprende de la reiterada jurisprudencia laboral unificada, en la que se afirma que comprende a la Mutua el anticipo de la prestación respecto de los siniestros sufridos por los trabajadores de las empresas con las que se encuentren asociadas, sin que sirva de excusa que el trabajador concreto no esté dado de alta.

Prestaciones no anticipables: El principio de automaticidad no protege al conjunto de prestaciones que conforman la acción protectora del sistema. De tal forma que determinadas prestaciones no son anticipables, debiendo en este caso el beneficiario reclamar la prestación frente al empresario responsable directo. Por ello, en caso de insolvencia de éste el trabajador quedaría desprotegido.

A modo de ejemplo, Sentencia TS de 18 de octubre de 2011 (RJ 2012/524), sobre accidente de trabajo e incumplimiento empresarial de alta en la Seguridad Social, por lo que es responsable directo el empresario, sin perjuicio de la obligación de la Mutua al anticipo de las prestaciones. D. Argimiro ha venido prestando servicios por cuenta de Tomás Fernández Vigo, S.L., con la categoría profesional de repartidor, el cual sufrió un accidente de tráfico mientras se dirigía a su trabajo. Mutua Gallega asumió el abono de la prestación por incapacidad temporal. La cuestión que se plantea consiste en determinar si en los supuestos de prestaciones derivadas de accidente de trabajo en los que se declare la responsabilidad empresarial directa a su abono por haber incumplido sus obligaciones de Seguridad Social, en especial por falta de alta, se debe o no, declarar la responsabilidad a su anticipo por parte de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. Se declara la responsabilidad empresarial al abono de la prestación, pero sin perjuicio de su anticipo por la Mutua. Se afirma que: *el empresario incumplidor de estos deberes es el responsable directo de las prestaciones previstas para remediar las consecuencias del accidente; la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales tiene obligación de anticipar de manera inmediata el pago de tales prestaciones al accidentado, si el empresario responsable directo no lo hace; subsiste la responsabilidad indirecta de garantía de las prestaciones a cargo de la entidad gestora, para el supuesto de insolvencia del sujeto responsable de las mismas, sea la empresa sea la mutua patronal; y el anticipo de prestaciones por parte de la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales subroga en su caso a ésta en los derechos del accidentado tanto frente al empresario responsable directo, como frente al INSS responsable por vía de garantía ".*

IV.- ITER PROCEDIMENTAL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO.

1.- Introducción.

Para explicar el iter procedimental llevado a cabo por la Inspección de Trabajo, resulta conveniente el estudio de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (actual Ley 23/2015, de 21 de julio); así como, el 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. También haré mención a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social se define como una organización administrativa al cargo del servicio público para el control y la vigilancia de las normas del orden social que poseen los servicios de exigencia de las responsabilidades administrativas pertinentes en las que puedan verse involucradas tanto empresas como trabajadores. También se encargan de asesorar y proporcionar información a dichos sujetos en cuanto a materia laboral y de seguridad social. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social cuenta con funcionarios que forman parte del Cuerpo Superior de

Inspectores de Trabajo y de Seguridad Social, y que realizan sus funciones cumpliendo con los principios de independencia técnica, objetividad e imparcialidad³⁸.

Este procedimiento es definido por la Ley 30/1992 como un proceso administrativo sancionador por infracciones en el orden social. La Ley 42/1997 establece el orden del procedimiento de la Inspección de Trabajo. Por último, el Real Decreto 928/1998 establece la aprobación de las 3 líneas a seguir en dicho procedimiento.

Conforme a ello, los autores del manual *Derecho del Trabajo*, Jesús Martínez Girón, Alberto Arufe Varela y Xosé Manuel Carril Vázquez, establecen tres líneas clave a la hora de tratar de dicho procedimiento: iniciación, alegaciones y resolución del expediente.

En lo que se refiere a la primera fase, la iniciación, el procedimiento sancionador se inicia de oficio, por acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como resultado de la actividad inspectora, tal como lo dispone el artículo 13.1 del RD de 1998. El apartado 2 de ese mismo artículo dispone que: *“El procedimiento de imposición de sanciones leves y graves a los solicitantes y beneficiarios de prestaciones de Seguridad Social, a que se refiere la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, se iniciará por la correspondiente entidad gestora”*.

Esta fase de iniciación se lleva a cabo tras una fase previa de comprobación suscitada por la visita de la Inspección a los centros de trabajo, la cual no se preavisa³⁹. En este caso se ha llevado a cabo previa denuncia, pero podría realizarse de propia iniciativa. Así, un inspector acude a la empresa Construnova, S.A., visita la cual no se avisa y es llevada a cabo por la existencia de una denuncia previa.

Las actas ordinarias de infracción son aquellas en que la Inspección hace constar la infracción presuntamente cometida, con expresión del precepto de la LISOS que ha sido vulnerado, y su calificación⁴⁰. Por otro lado, las actas de infracción por obstrucción se levantan para reprimir las acciones u omisiones que perturben, retraen o impidan el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, pudiendo calificarse como leves, graves o muy graves⁴¹. En fin, cuando el Inspector de Trabajo y Seguridad Social que levante el acta considere que de la presunta infracción se derivan perjuicios económicos para los trabajadores afectados, y a los efectos de lo previsto en el artículo 146 a) del texto refundido de la Ley de Procedimiento laboral, podrá incluirlos en el acta consignándolos con los requisitos exigidos para la validez de las demandas. Cabe también que la Inspección puede levantar actas de advertencia y recomendación, que se comunican por escrito o por diligencia en el Libro de Visitas al sujeto responsable, constatando las irregularidades apreciadas con indicación del plazo para su subsanación bajo el correspondiente apercibimiento.

En relación a la segunda línea maestra, relativa a las alegaciones o descargo del sujeto supuestamente infractor, dado que el acta será notificada por la Inspección al sujeto

³⁸Encontrados en los Convenios Internacionales 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo.

³⁹ Artículo. 14 de la Ley 42/1997.

⁴⁰Artículo 14.1 c) Real Decreto 928/1998; Artículo 53.1 LISOS.

⁴¹Calificación se efectúa 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. (Artículo 50.1 LISOS).

responsable, el cual tendrá un plazo de 15 días para formular alegaciones que considere pertinentes ante el órgano competente para dictar la resolución⁴².

En cuanto a la última fase, la resolución del expediente, que es competencia de la autoridad laboral, y normalmente será la autonómica, que dictará la resolución motivada que proceda en el plazo de 10 días desde el momento en que finalizó la tramitación del expediente, confirmando, modificando o dejando sin efecto la propuesta de acta⁴³. Además, la notificará a los interesados, advirtiéndoles de los recursos que correspondan contra ellas, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlas⁴⁴.

Las afirmaciones fácticas contenidas en estas actas gozan de presunción de certeza, afirmando la legislación, que los hechos constatados por los funcionario de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se formalicen en las actas de infracción, observando los requisitos legales pertinentes tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan aportar los interesados⁴⁵.

Por lo que se refiere a las resoluciones de estos procedimientos administrativos sancionadores, la regla general es que contra ellas se podrá interponer recurso ordinario en el plazo de un mes ante el órgano superior competente por razón de la materia, cuya resolución agotará la vía administrativa, y teniendo en cuenta, que el recurso ordinario se regirá por lo establecido por la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁴⁶.

Una de las vías por las que se puede iniciar la actividad inspectora es mediante denuncia, que es la que nos ocupa en este supuesto. En cuanto a las formas de iniciarse, existen varias según lo dispone el artículo 9 del Real Decreto, pero centrándome en el supuesto a analizar, el apartado f) del mencionado artículo establece que podrá iniciarse *“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”*.

En el caso de denuncia o petición de los interesados, nos encontramos ante aportaciones o comunicaciones a la inspección de alguna circunstancia que, de acuerdo con sus funciones, exige su obligada intervención. La denuncia es un medio de colaboración social voluntaria en defensa del interés general. La denuncia no genera efecto vinculante de cara a la iniciación del procedimiento sancionador; entran dentro de las facultades de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social determinar si procede iniciar la actividad inspectora, precedida o no por la realización de actividades investigadoras.

Una de las formas de actuación de la Inspección de Trabajo son las visitas, que son las que trataremos, pues en este caso se llevó a cabo una visita inspectora. Entre otras formas de actuación se encuentran las comparecencias o los expedientes administrativos.

⁴²Artículo 52.1 b) LISOS.

⁴³Artículo 20.1 Real Decreto 928/1998.

⁴⁴Artículo 21.1 Real Decreto 928/1998.

⁴⁵Artículo 53.2 LISOS; Artículo 15 Real Decreto 928/1998.

⁴⁶Artículo 23 Real Decreto 928/1998.

En cuanto a las visitas, la actividad inspectora se desarrolla, principalmente, mediante vistas a los centros y lugares de trabajo. 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”*. Los Inspectores deben notificar su presencia al empresario o a su representante o a la persona inspeccionada. De los resultados de la visita, el Inspector extrae las conclusiones oportunas de las que dejará constancia en el Libro de Visitas.

En cuanto al ámbito temporal de las actuaciones, en el caso de visitas, el cómputo se inicia a partir de la fecha de la primera visita efectuada a centro o lugar de trabajo. Se consideran finalizadas no cuando el funcionario ha reunido todo el material inculpatario, sino cuando se inicia la actuación sancionadora, esto es, el día de la fecha del acta.

Una vez finalizada la actividad inspectora, los inspectores de Trabajo y Seguridad Social podrán adoptar las siguientes medidas:

- Advertir y requerir al sujeto responsable, en vez de iniciar un procedimiento sancionador, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen, y siempre que no se deriven perjuicios directos a los trabajadores.
- Requerir al sujeto responsable para que, en el plazo que se le señale, adopte las medidas en orden al cumplimiento de la normativa de orden social, incluso con su justificación ante el funcionario actuante.
- Requerir al empresario a fin de que, en un plazo determinado, lleve a efecto las modificaciones que sean precisas en las instalaciones, en el montaje o en los métodos de trabajo que garanticen el cumplimiento de las disposiciones relativas a la salud o a la seguridad de los trabajadores.
- Iniciar el procedimiento sancionador mediante la extensión de actas de infracción, de infracción por obstrucción, o requiriendo a las Administraciones públicas por incumplimiento de disposiciones relativas a la salud o seguridad del personal civil a su servicio; iniciar expedientes liquidatorios por débitos a la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta, mediante la práctica de actas de liquidación.
- Promover procedimientos de oficio para la inscripción de empresas, afiliación y altas y bajas de trabajadores en el régimen correspondiente de la Seguridad Social.
- Promover procedimientos para el encuadramiento de empresas y trabajadores en el régimen de la Seguridad Social que proceda, sin perjuicio del inicio del expediente liquidatorio a que se refiere el anterior apartado 4, si procediese.
- Instar del correspondiente organismo la suspensión o cese en la percepción de prestaciones sociales, si se constatase su obtención o disfrute en incumplimiento de la normativa que las regula.
- Instar del órgano administrativo competente la declaración del recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional causados por falta de medidas de seguridad e higiene.

- Proponer recargos o reducciones en las primas de aseguramiento de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en relación a empresas por su comportamiento en la prevención de riesgos y salud laborales, con sujeción a la normativa aplicable.
- Ordenar la paralización inmediata de trabajos o tareas por inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, de concurrir riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores.
- Comunicar al organismo competente los incumplimientos que compruebe en la aplicación y destino de ayudas y subvenciones para el fomento del empleo, formación profesional ocupacional y promoción social.
- 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.
- En los supuestos en que la actuación inspectora afecte a empresas establecidas en otros Estados miembros de la Unión Europea y de que los hechos comprobados puedan ser sancionados por el Estado miembro de origen de la empresa, estos hechos podrán ponerse en conocimiento de la autoridad competente del otro país para que inicie el procedimiento sancionador, sin perjuicio de que pueda adoptar otras medidas que considere pertinentes.
- Cuantas otras medidas se deriven de la legislación en vigor.

Adjunto esquema del iter procedimental de la Inspección de Trabajo (ver Anexo 3).

2.- Iniciación.

El procedimiento administrativo sancionador se inicia por acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, salvo para el procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones leves y graves a los trabajadores, en materia de empleo, formación profesional, ayuda al fomento de empleo, Seguridad Social y protección por desempleo, que arranca por la entidad gestora competente. La Inspección de Trabajo es el único órgano legitimado para iniciar dicho trámite.

3.- Contenido del acta de infracción.

El acta de infracción representa un acto de trámite o preparatorio de la resolución final y sirve de pliego de cargos y de propuesta de sanción. La extensión del acta de infracción debe ser considerada como el trámite esencial del procedimiento sancionador por infracción de leyes sociales. En el acta de infracción debe figurar como contenidos mínimos los siguientes aspectos (art. 14 Real Decreto):

- Datos del sujeto infractor: determinar la persona inculpada, el presunto responsable.
- Hechos probados y medios de investigación utilizados: precisar los hechos que motivaron la iniciación⁴⁷.
- Infracción cometida, calificación y precepto vulnerado: en el acta de infracción debe constar la calificación jurídica de la infracción imputada (art. 14.1 c) Real Decreto). Cuando se produzca una pluralidad de infracciones es preciso agrupar en una sola acta las que corresponden a la misma materia que deban ser resueltas por el mismo órgano. Estas materias son: relación laboral, prevención de riesgos laborales, seguridad social,

⁴⁷Artículo 14.1 b) Real Decreto 928/1998.

colocación y empleo, migraciones y extranjeros, pero no procede acumulación en casos de tramitación simultánea de actas de infracción y liquidación por los mismos hechos, cuando concorra supuestos de responsabilidad solidaria o subsidiarias.

- Número de trabajadores de la empresa y número de afectados: se concreta esto cuando dicho requisito sirva para graduar la sanción o calificar la infracción⁴⁸.
- Propuesta de sanción, graduación y cuantificación: el acta debe contener la propuesta de sanción cuantificada que debe ser acorde con la calificación efectuada y con los criterios de graduación incorporados al documento. Tal graduación y cuantificación lo será respecto del total de las sanciones propuestas si se denunciara más de una infracción (art. 14.1 e) y 16 Real Decreto). También debe incluirse la propuesta de sanciones accesorias que procedan. Además, se debe tener en cuenta circunstancias tales como: grado de intencionalidad, fraude, incumplimiento de advertencias previas, perjuicio causado, etc.
- Identidad y firma del órgano inspector actuante: el artículo 14.1 f) del Real Decreto 928/1998 impone como contenido mínimo del acta de infracción "*el órgano competente para resolver y plazo para la interposición de las alegaciones ante el mismo*". El acta debe contener la indicación del funcionario que levanta el acta y su firma⁴⁹.
- Efectos de la omisión de los contenidos del acta: ello puede dar lugar a la nulidad de pleno derecho, anulabilidad por defectos de forma o a la pérdida de presunción de certeza (artículo 15 Real Decreto).

4.- Presunción de certeza de las actas.

Según lo dispuesto en el artículo 53.2 de la LISOS "*los hechos constatados por los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se formalicen en las actas de infracción observando los requisitos legales pertinentes tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses pueden aportarlos interesados*". Se reconoce la presunción de certeza, salvo prueba en contrario, de los hechos contenidos en los informes emitidos por la Inspección de Trabajo. El artículo 15 del Real Decreto trata sobre el valor probatorio de las actas de los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Dichas actas son considerados documentos públicos, y gozan de presunción de certeza de los hechos fijados por el funcionario, salvo prueba en contrario⁵⁰.

Es muy abundante la doctrina jurisprudencial al respecto, la cual establece que la presunción de certeza debe entenderse referida a los hechos comprobados con ocasión de la inspección y reflejados en el acta, bien porque por su realidad objetiva visible sean susceptibles de percepción directa por el Inspector en el momento de la visita, o porque hayan sido comprobados por la Autoridad, documentalmente o por testimonios entonces recogidos u otras pruebas realizadas, con reflejo de éstas o al menos alusión a ellas en el acta levantada. Esta presunción legal de certeza es de carácter "iuris tantum", y pierde fuerza cuando los hechos afirmados en el acta por el Inspector, no son de apreciación directa y no se hace mención en el acta a la realización de otras comprobaciones, o recogida de testimonios o documentos, comprobación de libros, etc., que corroboren su existencia. Por el contrario, cuando lo relatado en el acta resulta de una actividad de investigación y comprobación dirigida a obtener la convicción reflejada en el acta,

⁴⁸Artículo 14.1 d) Real Decreto 928/1998.

⁴⁹Artículo 14.1 g) Real Decreto 928/1998.

⁵⁰De conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Cuarta.2 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

aunque no sea fruto de la percepción sensorial directa del Inspector, estará a cargo del recurrente la aportación de las pruebas precisas para demostrar que no se ajustan a la realidad los hechos descritos por la Inspección.

5.- Instrucción del procedimiento sancionador.

La regulación del procedimiento sancionador se desarrolla a través de las siguientes actuaciones:

- Notificación de las actas: la fase de instrucción comienza con la notificación de las actas de infracción al presunto sujeto responsable y finaliza con la remisión al órgano competente para resolver de la propuesta de resolución elaborada por el órgano instructor del expediente. La notificación se lleva a cabo por la Inspección a los sujetos responsable en el plazo de 10 días hábiles a partir del término de la actuación inspectora (fecha del acta) y en la forma establecida en el artículo 52 LISOS. El acta debe reunir todos los requisitos previstos en el artículo 14 del Real Decreto y contendrá la propuesta de sanción, su graduación y cuantificación que será el total de las sanciones propuestas.
- Presentación de alegaciones: recibida el acta de infracción por el sujeto responsable, puede presentar alegaciones que consideren pertinentes ante el órgano competente para resolver y dentro del plazo de 15 días hábiles contando a partir del día siguiente al de notificación del acta (artículo 17.1 Real Decreto y 52.1 b) LISOS).
- Derecho de vista de los documentos obrantes en el expediente: de acuerdo con el artículo 17.4 del Real Decreto *“el sujeto imputado que formule alegaciones frente al acta, tiene derecho a vista de los documentos obrantes en el expediente”*, y ello *“sin más excepciones que las necesarias para asegurar la confidencialidad del origen de cualquier queja”*. Hay derecho a conocer en cualquier momento el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la consideración de interesados y obtener copias de los documentos contenidos en ellos.
- Medios de prueba: como señala la sentencia 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 solo las que sean pertinentes o necesarias”*. El artículo 17.4 del Real Decreto 928/1998 establece que *“el escrito de alegaciones y los medios de prueba de que intente valerse el sujeto responsable se presentará ante el órgano competente para resolver el expediente”*.
- Efectos sobre el procedimiento de la formulación de alegaciones: el Real Decreto 928/1998 diferencia dos supuestos:
 - En caso de no formularse alegaciones: el expediente queda ultimado para su resolución, cumplimentándose con carácter previo el trámite de audiencia a favor del presunto responsable.
 - Si se formularan alegaciones: el órgano al que corresponda resolverlas recabará informe ampliatorio del Inspector que practicó el acta cuando procediesen y que serán preceptivos en los supuestos del artículo 18.3 del Real Decreto. El funcionario de la inspección lo emite y valora las pruebas aportadas, las alegaciones producidas y eleva la propuesta a definitiva.

Terminada la fase de instrucción, y antes de dictar resolución, el órgano competente para resolver el expediente, dará audiencia al presunto responsable, siempre que de las diligencias practicadas se desprenda la concurrencia de hechos diferentes de los reseñados en el acta, pudiendo formular nuevas alegaciones en el plazo de 8 días, a cuyo

término quedará el expediente visto para su resolución (art. 18.4 Real Decreto 928/1998 y 52 c) LISOS).

En cuanto al contenido de la propuesta de resolución, la resolución ha de ser motivada y dictarse en el plazo de 10 días, bien confirmando, modificando o dejando sin efecto la propuesta del acta, ordenándose entonces el archivo del expediente y el levantamiento de las medidas provisionales adoptadas (art. 20.1 Real Decreto). La citada resolución será dictada por el Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo.

Procede la anulación del acta cuando la misma carezca de requisitos imprescindibles para alcanzar su fin, o cuando de lugar a la indefensión de los interesados, y no se hubiese subsanado este vicio en la tramitación previa.

En cuanto a las causas de paralización del procedimiento, la fase instructora puede no concluir con la propuesta de resolución. Ello puede ser debido a que concurra una causa de suspensión del procedimiento que determine su paralización a expensas de lo que suceda ante un órgano jurisdiccional para reanudar el expediente sancionador o para archivarlo. Durante el periodo de suspensión no corre el plazo de caducidad del procedimiento (de 6 meses) previsto en el artículo 20.3 del Real Decreto. Determina la suspensión del procedimiento la situación en la que el órgano instructor entienda que las infracciones, presuntamente cometidas, pudieran ser constitutivas de delito. La suspensión puede convertirse en extinción del procedimiento, cuando en el proceso penal haya recaído condena por los mismos hechos.

6.- Notificación de la resolución.

El artículo 21 del Real Decreto 928/1998 establece que *“las resoluciones se notificarán a los interesados, advirtiéndoles de los recursos que podrán interponer contras ellas, órgano administrativo o judicial ante el que se hubieran de presentar y plazo para interponerlas”*, concretando la forma de notificación cuando en la misma se impongan sanciones pecuniarias⁵¹, sanciones accesorias previstas en la LISOS o de declare la responsabilidad solidarias del empresario⁵², entre otros.

El plazo máximo para resolver los expedientes sancionadores por infracciones del orden social, al que se refiere el artículo 20.3 Real Decreto, será de 6 meses:

Respecto al término inicial, el artículo 20.3 del Real Decreto se refiere al transcurso de los 6 meses desde la fecha del acta. En cuanto al término final, el cómputo de dicho plazo de caducidad, entiendo que este plazo debe computarse no desde la fecha del acta hasta la fecha de resolución del expediente, sino hasta la fecha de resolución (STS 12 de noviembre de 2001). En ese plazo máximo de 6 meses para dictar resolución, no computan las interrupciones por causas imputables a los interesados, ni otras causas de suspensión del artículo 20.3 del Real Decreto. Cuando concurren circunstancias excepcionales podrá ampliarse dicho plazo máximo. Según lo dispuesto en el artículo 20.3 del Real Decreto, la falta de resolución en dicho plazo produce la caducidad del expediente.

⁵¹Artículo 21.1 Real Decreto 928/1998.

⁵²Artículo 21.3 Real Decreto 928/1998.

7.- Imposición de sanciones.

El procedimiento administrativo sancionador tiene una fase decisoria cuyo objeto exclusivo estriba en la decisión definitiva de la controversia entre la Administración y el administrado por la presunta comisión por parte de este de una infracción administrativa. En esta fase la autoridad pública va a decantarse por la aplicación o no del ius puniendi pudiendo declararse la restricción de alguno de sus derechos subjetivos o imponerle el cumplimiento de la sanción.

La competencia sancionadora viene atribuida a las autoridades laborales en los términos de los artículos 46.4 y 47 LISOS, consagrándose la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora.

La potestad administrativa sancionadora puede ser ejercida tanto por la Administración estatal como por la autonómica, que dependerá del ámbito territorial a que se extienda el ilícito, como de cuál de las dos Administraciones resulte competente en la materia sobre la que versa la infracción, de acuerdo con la distribución competencial efectuada en los citados preceptos constitucionales, los Estatutos de Autonomía y los sucesivos Decretos de traspaso.

Las sanciones impuestas por la Administración estatal, serían las siguientes:

- Por infracciones en materia de relaciones laborales, empleo y Seguridad Social cometidas por los empresarios, 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):
 - ✓ Para multas de hasta 12.500 euros, a la autoridad competente del nivel provincial que son los Jefes de las Inspecciones de Trabajo Provinciales o a la Autoridad Central.
 - ✓ Para multas de hasta 62.500 euros, corresponde al Director General competente.
 - ✓ Para multas de hasta 125.000 euros, se asigna al Ministro de Empleo y Seguridad Social.
 - ✓ Para multas de hasta 187.515 euros, corresponde al Consejo de Ministros, a propuesta del de Empleo y Seguridad Social.
- Por los que se refiere a 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:
 - ✓ Multas de hasta 40.985, corresponde a la autoridad competente en nivel provincial.
 - ✓ Multas de hasta 123.000 euros, al Director General competente.
 - ✓ Multas de hasta 409.900 euros, al Ministro de Empleo y Seguridad Social.
 - ✓ Multas de hasta 819.780 euros, al Consejo de Ministros, a propuesta del de Empleo y Seguridad Social.

Cuando la competencia sancionadora corresponde a la Comunidad Autónoma, la LISOS se limita a señalar que el ejercicio de tal función se ejercerá por los órganos y con los límites de distribución que determine la normativa de cada Comunidad Autónoma.

No se infringe ninguna norma cuando la resolución de la autoridad competente a que corresponde se comunica por otra diferente (TS 12 de noviembre de 2001).

Las resoluciones sancionadoras serán inmediatamente ejecutivas desde que adquieran firmeza en vía administrativa (art. 24).

La cuantía relevante para determinar la competencia es la que haya sido propuesta por la Inspección de Trabajo y no la que finalmente se imponga.

En el caso previsto en el artículo 16 del Real Decreto 928/1998, en los que diversas infracciones sobre una misma materia se acumulan en una sola acta, la competencia para sancionar la totalidad de las infracciones corresponde al órgano que sea competente para imponer la sanción de mayor cuantía (art. 48.1 LISOS), sin atender a la suma total de todas las multas posibles.

Cuando se trate de imponer sanciones accesorias, las mismas serán acordadas por el mismo órgano que ostente la competencia para poner la sanción principal de la que deriven.

Debe advertirse de la existencia de ciertas sanciones cuya imposición sigue un régimen propio (sobre todo en sanciones no pecuniarias).

8.- Recursos.

La LISOS establece que *“contra las resoluciones recaídas en los procedimientos sancionadores, se podrán interponer los recursos administrativos y jurisdiccionales que legalmente procedan”*⁵³.

El artículo 23 del Real Decreto 928/1998, dispone que *“contra las resoluciones previstas en el capítulo anterior, se podrá interponer recursos ordinario en el plazo de un mes ante el órgano superior competente por razón de la materia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento, cuya resolución agotará la vía administrativa”*. *“Las resoluciones dictadas por los Directores generales competentes por razón de la cuantía que no pongan fin a la vía administrativa y las dictadas por el Secretario de Estado de la Seguridad Social, podrán ser objeto de recurso ordinario ante el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Las resoluciones del Ministro de Empleo y Seguridad Social y del Consejo de Ministros agotan la vía administrativa”*.

El plazo de interposición del recurso de alzada será de un mes a contar desde la fecha de la notificación de la resolución sancionadora, si el acto fuera expreso, plazo que debe computarse de fecha a fecha y, si no lo fuera, el plazo será de 3 meses y se contará, a partir del día siguiente a aquel en que se produzcan los efectos de silencio administrativo. Transcurridos dichos plazos sin haberse interpuesto el recurso, la resolución será firme a todos los efectos. Contra la resolución del recurso de alzada no cabe ningún otro recurso administrativo, salvo el recurso extraordinario de revisión en determinados casos⁵⁴.

Respecto de la tramitación del recurso, el artículo 23 del Real Decreto 928/1998 remite a la regulación general contenida en la LRJPAC. Llegados a este punto, quedará abierta la vía jurisdiccional contencioso-administrativa.

V.- CONSECUENCIAS QUE PROCEDEN DE LA ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO.

1.- Infracciones cometidas en el caso a analizar.

Para la determinación de las consecuencias que proceden de la actuación de la Inspección de Trabajo, es necesario llevar a cabo un estudio de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 agosto. Conforme a ello, llevaré a cabo una relación entre infracción-sanción, de cada una de las irregularidades cometidas por nuestro empresario, D. Fernando Pérez Hernández, dueño

⁵³Artículo 23 Real Decreto 928/1998.

⁵⁴Artículo 118.1 LRJPAC.

de la empresa Construnova, S.A. Haré una breve lista de las irregularidades cometidas, que serán las siguientes:

- Jornada laboral superior a la pactada, y no recibir los descansos correspondientes.
- Esas horas extra no eran retribuidas, ni cotizaban a la Seguridad Social.
- Trato vejatorio, junto a amenazas y coacciones, por parte del empresario, D. Fernando Pérez Hernández, hacia D. Francisco González Martínez, el cual sufre lesiones psicológicas.
- No dar de alta a un trabajador en el régimen de la Seguridad Social. En este caso D. Alberto Pérez Domingo.
- No cumplimiento de las condiciones de seguridad e higiene por parte de la empresa Construnova, S.A.
- Actos de represalia por parte de la empresa Construnova, S.A. hacia D. Francisco González Martínez.

En cuanto a la primera de ellas, jornada laboral superior a la pactada, y no disfrute de los descansos correspondientes, constituye una infracción del artículo 7.5 LISOS, que sería una infracción en materia de relaciones laborales. Dicho artículo dispone: *“Sería infracción grave... la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores”*.

D. Francisco tiene impuesto en su contrato una jornada laboral de 40 horas semanales. Dicha clausula del contrato es incumplida puesto que D. Francisco trabaja más de 40 horas semanales. Conforme a ello, el artículo el artículo 34.1 del ET, señala que la duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo. Y que la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de 40 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.

Por otra parte, el artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores trata sobre las horas extraordinarias. El citado precepto dispone lo siguiente: *“tendrán consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo. Mediante convenio colectivo, o en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido. En ausencia de pacto al respecto, se entenderá que las horas extraordinarias realizadas deben ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización”*.

Además, el apartado 4 del mismo artículo 35 dispone que la prestación de trabajo en horas extraordinarias será voluntaria, salvo que haya sido fijado en acuerdo.

La infracción del límite legal, es decir, la realización de horas extraordinarias en número superior al tope fijado, no exime al empresario de su pago, con los incrementos correspondiente en su caso (STS 16 de septiembre de 1983, RJ 1983/4249)⁵⁵.

⁵⁵MARTÍN VALVERDE, A. *Derecho del Trabajo*, cit. p. 587.

En relación a los descansos que le correspondían a D. Francisco, los cuales no disfrutó, citar en primer lugar, el artículo 34.4 que dispone que siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de 6 horas, deberá establecerse un periodo de descanso durante la misma de duración no inferior a 15 minutos. Dicho tiempo de descanso es considerado tiempo de trabajo efectivo. En segundo lugar, mencionar el artículo 37⁵⁶ del Estatuto de los trabajadores. En él se establece que los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por periodos de hasta 14 días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá de la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo. Además, existen otras circunstancias por las que le corresponderían los descansos⁵⁷. El descanso diario no tiene carácter retribuido. Frente a él, el descanso semanal sí es retribuido. Frente a ello, encontramos las vacaciones anuales retribuidas, de disfrute obligatorio. Su duración no puede ser inferior a 30 días naturales, y su disfrute puede ser un periodo ininterrumpido o no.

La legislación de Seguridad Social también pretende disuadir la realización de horas extraordinarias⁵⁸. Ello ocurre con la imposición de un recargo en la cotización por dicha clase de horas (cotización adicional)⁵⁹.

En cuanto a la segunda cuestión, horas extras no retribuidas ni cotizadas a la Seguridad Social, decir que la prolongación del trabajo conlleva su retribución. La ley permite compensar la retribución por tiempo de descanso remunerado⁶⁰.

La jurisprudencia ha confirmado la libertad de las partes del convenio para fijar el salario base de valoración de las horas extraordinarias (TS 23 de enero de 1991, RTC 1991/172). Y, para el abono de las horas extra en caso de litigio el trabajador ha de probar cada una de las realizadas (TS 8 de febrero de 1989).

En cuanto a la retribución de las horas extraordinarias, mediante convenio colectivo o contrato individual, se opta entre abonar las horas extraordinarias como mínima igual que la hora ordinaria de trabajo, o compensarla por tiempo de descanso retribuido dentro de los 4 meses siguientes a su realización. Las horas extra hechas en exceso de las permitidas deben ser pagadas como tales, sin perjuicio de la posible sanción al empresario.

La no retribución de las horas extraordinarias constituye una infracción del artículo 8.1 de la LISOS, el cual dispone: “*Es infracción muy grave... el impago y los retrasos reiterados en el pago del salario debido*”.

En cuanto a la cotización de las horas extra al oportuno régimen de la Seguridad Social, la cotización adicional por horas extraordinarias vendrá determinada por la aplicación

⁵⁶Reglamentariamente se pueden fiar regímenes de descanso alternativos.

⁵⁷Todas ellas citadas en el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores.

⁵⁸MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. Y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho del Trabajo*, cit. p. 204.

⁵⁹La LGSS afirma que la remuneración que obtengan los trabajadores por el concepto de horas extraordinarias está sujeta a una cotización adicional por parte de empresarios y trabajadores, según la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

⁶⁰ Art. 35.1 Estatuto de los Trabajadores: “*Mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido. En ausencia de pacto al respecto, se entenderá que las horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización*”.

del tipo (%) que corresponda, en función de la naturaleza de dichas horas (por fuerza mayor y el resto de horas extras no comprendidas como de fuerza mayor), por la remuneración total percibida por el trabajador por este concepto y sin sujeción a topes máximo o mínimo.

Con objeto de penalizar la realización de horas extraordinarias para fomentar la contratación de trabajadores desempleados, existe una cotización adicional por estas horas extraordinarias⁶¹. La base de cotización para esta cotización adicional por horas extra se determina computando la remuneración percibida por la totalidad de las horas extraordinarias realizadas por el trabajador en el período mensual de referencia. Los sujetos obligados a cotizar por este concepto son tanto el trabajador como el empresario.

La obligación de cotizar nace desde el comienzo de la prestación del trabajo y no se interrumpe mientras dura la relación laboral entre el empresario y el trabajador. La obligación de cotizar termina al finalizar la prestación de trabajo, siempre que se presente el parte de baja del trabajador dentro de los 3 días naturales siguientes.

La no cotización a la Seguridad Social constituye una infracción del artículo 22.3 y 22.4 de la LISOS. El artículo 22.3 dispone que *“Se considera infracción grave... no ingresar, en la forma y plazos reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social o no efectuar el ingreso en la cuantía debida, habiendo cumplido dentro de plazo las obligaciones establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 26 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, siempre que la falta de ingreso no obedezca a una declaración concursal de la empresa, ni a un supuesto de fuerza mayor, ni se haya solicitado aplazamiento para el pago de las cuotas con carácter previo al inicio de la actuación inspectora, salvo que haya recaído resolución denegatoria”*. Por otro lado, el artículo 22.4 dispone que: *“Se considera infracción grave... incumplir las obligaciones económicas derivadas de su colaboración obligatoria en la gestión de la Seguridad Social”*.

También podría encuadrarse en la infracción del artículo 23.1 b) LISOS: *“Son infracciones muy graves... no ingresar, en la forma y plazos reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social, no habiendo cumplido dentro de plazo las obligaciones establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 26 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, así como actuar fraudulentamente al objeto de eludir la responsabilidad solidaria, subsidiaria o mortis causa en el cumplimiento de la obligación de cotizar o en el pago de los demás recursos de la Seguridad Social”*.

Por lo que se refiere al trato vejatorio, acompañado de amenazas y coacciones, por parte de D. Fernando Pérez Hernández hacia D. Francisco González Martínez, al cual se le atribuyen lesiones psicológicas, señalar en primer lugar, los derechos laborales que tienen los empleados, recogidos en el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores. En su apartado 2 letra e) se recoge el derecho de los trabajadores a la consideración de su dignidad.

⁶¹GORELLI HERNÁNDEZ, J. *Lecciones de Seguridad Social*, cit. p. 145.

En las situaciones de acoso moral al trabajador, también llamadas “mobbing”⁶², en las que el empresario utiliza todo su poder directivo para crear en el trabajador un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo, lo que se viola es el artículo 15 de la Constitución Española, sobre el derecho de todos a la integridad moral⁶³. En este tipo de casos, lo que más le conviene al trabajador es solicitar el cese de la conducta empresarial de acoso y, además, la indemnización de los daños y perjuicios causados por la misma, incluidos los daños morales. También resulta utilizable, tramitar las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del “acoso”, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisprudencial social.

Este asunto aparece recogido en la LISOS, y, además, se vulnera el Estatuto de los Trabajadores, por lo que se tipifica como infracción muy grave.

El Código Penal español tipifica el acoso laboral como un delito de tortura y contra la integridad moral y acarrea penas de entre un año y nueve meses a tres de prisión o multas elevadas⁶⁴.

Se ha infringido la normativa al respecto: artículos 15 y 18.1 de la Constitución Española en relación con el art. 4.2.e) del Estatuto del Trabajador, por cuanto: se han vulnerado los derechos a la dignidad personal y profesional y promoción profesional del trabajador; la empresa y los posibles acosadores deben proceder al cese inmediato de tal actuación de acoso laboral; y, existe el derecho del trabajador a percibir una indemnización por daños morales en la cuantía correspondiente.

Estudiando la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, consideró que es una infracción tipificada en el artículo 8.11: “*Se considera infracción muy grave... los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores*”.

Por lo que respecta a la infracción de no dar de alta a un trabajador en la Seguridad Social, en este caso no está dado de alta D. Alberto Pérez Domingo, resultaría una infracción del artículo 22.2 LISOS, el cual dispone: “*Se considera infracción grave... 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*”.

En relación a este asunto, me remito al apartado 3.3 del presente trabajo, cuyo título versa: *Responsabilidad empresarial derivada de la obligación de dar de alta a un trabajador en la Seguridad Social*.

Otra de las irregularidades cometida por la empresa Construnova, S.A., es la relativa al incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene. La infracción de normas de seguridad e higiene en el trabajo da lugar a responsabilidades y sanciones. Dichas

⁶²MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. Y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho del Trabajo*, cit. p. 204.

⁶³MARTÍNEZ GIRÓN, J. *Dignidad del Trabajador y acoso moral*, 2003, pp. 99 y ss.

⁶⁴VELÁZQUEZ, M. “La respuesta jurídico legal ante el acoso moral en el trabajo o mobbing”. *Seguridad y Salud en el Trabajo*, nº 17-2002, pp. 27 a 38.

responsabilidades y sanciones se prevén inicialmente en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ley 31/1995, de 8 de octubre, en su artículo 42.

La infracción de normas de prevención de riesgos laborales puede generar responsabilidad administrativa o penal, y juega en principio de *non bis in idem* en caso de concurrencia, depurando primero las posibles responsabilidades penales.

Según el artículo 5.2 LISOS, se consideran infracciones administrativas los incumplimientos, por acción u omisión, de las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud laboral. Las infracciones administrativas se clasifican en leves, graves y muy graves, y sus consecuencias (arts. 11, 12 y 13 LISOS), y se sancionan por la autoridad laboral competente (art. 48.2 y 5 LISOS), con multa o, en caso de excepcional gravedad, con suspensión de actividad o cierre del centro de trabajo (art. 53 LPR); también pueden ir acompañadas de limitaciones o prohibiciones de contratar con la Administración, o de otras sanciones accesorias (como la pérdida de acreditación para las entidades que desarrollen actividades de prevención, formación o auditoría).

La infracción prescribe al año si es leve, a los tres si es grave, y a los 5 si es muy grave, desde la fecha de la misma. Y, la sanción se impone previo expediente sancionador a propuesta de la Inspección de Trabajo.

La LISOS establece unos criterios de graduación, actuando como atenuantes o agravantes: peligrosidad de las actividades, carácter de los riesgos, gravedad de los daños, número afectados, etc.

Las multas alcanzan las siguientes cuantías: entre 40 y 2.045 euros para infracciones leves, 2.046 a 40.985 euros para graves, y 40.986 a 819.780 euros para muy graves.

En cuanto a la responsabilidad penal por infracciones de las normas de seguridad e higiene, conlleva a penas de privación de libertad (de 6 meses a 3 años) y de multa (de 6 a 12 meses), y también puede acarrear sanciones accesorias, como inhabilitación y limitaciones para contratar con las Administraciones públicas, o medidas que impliquen la suspensión o clausura de las actividades de la empresa.

El delito es imputable a la persona física responsable de los hechos, que puede ser tanto el empresario como otras personas encargadas de hacer cumplir las normas de seguridad e higiene e instruir a los trabajadores sobre este asunto (TS Penal 12 de noviembre de 1998, RJ 1998/7764).

La última de las irregularidades cometidas por nuestra empresa son los actos empresariales de represalia pueden constituir infracción administrativa muy grave (art. 8.12 LIS), que puedan motivar a su vez el ejercicio por parte del trabajador de los pertinentes procedimientos de tutela judicial, entre ellos, el especial de tutela de derechos fundamentales. El artículo 8.12 LISOS dispone *“Es infracción muy grave... las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario*

que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.

2.- Sanciones correspondientes a esas infracciones.

Hemos visto las infracciones de cada una de las irregularidades cometidas por nuestro empresario, D. Fernando Pérez Hernández, dueño y jefe de la empresa Construnova, S.A. A continuación, estudiaré las sanciones correspondientes a cada una de esas infracciones. Para ello, llevaré a cabo un estudio de la LISOS en sus artículos 39 y ss.:

En cuanto a la infracción de realizar una jornada laboral superior a la pactada y no disfrutar de los descansos correspondientes, se establece que *“Las infracciones en materia de relaciones laborales y empleo, en materia de Seguridad Social, en materia de movimientos migratorios y trabajo de extranjeros, en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias, excepto las que se refieran a materias de prevención de riesgos laborales, así como las infracciones por obstrucción se sancionarán:*

a) Las leves, en su grado mínimo, con multas de 60 a 125 euros; en su grado medio, de 126 a 310 euros; y en su grado máximo, de 311 a 625 euros.

b) Las graves con multa, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros.

c) Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros”.

La STC 210/1990, de 20 de diciembre (RTC 1990/210) deja establecido que “en los que atañe a la jornada de trabajo, la preeminencia de la Ley, por lo que hace a la fijación de los límites en la misma, ha sido expresamente consagrada en el art. 40.2 CE, de manera que los convenios colectivos, y no sólo los contratos de trabajo, han de respetar ineludiblemente el límite legal, en las condiciones establecidas en la propia ley”.

Por lo que se refiere a las horas extraordinarias no retribuidas, dispongo lo mismo que en el supuesto anterior: *“las infracciones en materia de relaciones laborales y empleo, en materia de Seguridad Social, en materia de movimientos migratorios y trabajo de extranjeros, en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias, excepto las que se refieran a materias de prevención de riesgos laborales, así como las infracciones por obstrucción se sancionarán:*

a) Las leves, en su grado mínimo, con multas de 60 a 125 euros; en su grado medio, de 126 a 310 euros; y en su grado máximo, de 311 a 625 euros.

b) Las graves con multa, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros.

c) Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros”.

En relación a la no cotización al correspondiente régimen de las Seguridad Social, el artículo 39 de la LISOS dispone: “1. Las sanciones por las infracciones tipificadas en los artículos anteriores podrán imponerse en los grados de mínimo, medio y máximo, atendiendo a los criterios establecidos en los apartados siguientes.

2. 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.

La infracción grave del artículo 22.3 se sancionará con la multa siguiente: en su grado mínimo, con multa del 50 al 65 % del importe de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta no ingresados, incluyendo recargos, intereses y costas; en su grado medio, con multa del 65,01 al 80 %; y en su grado máximo, con multa del 80,01 al 100%”.

Se establecen dos tipos de sanciones, unas básicas y otras accesorias. En cuanto a las primeras, el artículo 39 LISOS establece que las sanciones se pueden imponer en su grado mínimo, medio y máximo, atendiendo a una serie de circunstancias que el mismo artículo enumera. A continuación, el artículo 40 establece una tabla de la cuantía de las sanciones. Por lo que se refiere a las accesorias, de acuerdo con los artículos 23.3 y 46 LISOS, a los empresarios que hubieren cometido infracciones muy graves en relación con las prestaciones por desempleo se les podrán aplicar las siguientes sanciones: pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, y exclusión del acceso a tales beneficios por un período máximo de un año.

El incumplimiento de esta obligación sitúa al empresario en descubierto y hace recaer sobre el mismo diversas responsabilidades: la obligación de ingresar las cuotas con los recargos correspondientes y la responsabilidad directa en cuanto a las prestaciones causadas. El incumplimiento de esta obligación legal va a suponer la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones del sistema de la Seguridad Social.

Existiendo descubiertos en la cotización, hay que plantear si la responsabilidad del empresario comprende el pago de la totalidad de la prestación o si existe la posibilidad de moderar esa consecuencia. Este problema ha sido abordado por la jurisprudencia con criterios variables.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1991 (RJ 1991/7651) y de 23 de mayo de 1994 (RJ 1994/5363) rechazan la posibilidad de repartir la responsabilidad entre la empresa y la Entidad gestora en proporción a los días cotizados comparándolos con la totalidad del período de cotización necesario, declarando que la responsabilidad propia y directa ha de recaer única y exclusivamente sobre la empresa

que incumplió su obligación de cotizar. Para la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1998 (RJ 1998/4540), sin embargo, como el incumplimiento empresarial no impedía el cumplimiento del período de carencia no se habría debido declarar la responsabilidad de la empresa. Otras sentencias llegan a establecer el reparto de responsabilidad incluso en casos en que, por el incumplimiento de la empresa, el trabajador no llegaba a cumplir el período de carencia. En cualquier caso, según la extensión del descubierto, la voluntariedad y el momento en que se ingresen las cuotas, son distinguibles distintas situaciones.

En cuanto al trato vejatorio llevado a cabo por el empresario, D. Fernando Pérez Hernández, hacia D. Francisco González Martínez, se establece que: “*Las infracciones en materia de relaciones laborales y empleo, en materia de Seguridad Social, en materia de movimientos migratorios y trabajo de extranjeros, en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias, excepto las que se refieran a materias de prevención de riesgos laborales, así como las infracciones por obstrucción se sancionarán:*

a) Las leves, en su grado mínimo, con multas de 60 a 125 euros; en su grado medio, de 126 a 310 euros; y en su grado máximo, de 311 a 625 euros.

b) Las graves con multa, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros.

c) Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros”.

El acoso moral, desde el punto de vista sancionador tiene distintas respuestas:

- Responsabilidad administrativa. Un sanción impuesta por la Inspección de Trabajo al empresario que desencadena o consiente el acoso del trabajador.
- Responsabilidad empresarial con el recargo de prestaciones económicas a satisfacer por la Seguridad Social en los casos de Incapacidad Temporal y de Invalidez Permanente derivadas del acoso moral.
- Responsabilidad penal, si la situación de acoso moral reviste extraordinaria gravedad. Al acoso moral se refiere al artículo 173 del Código Penal, y será sancionado con prisión de 6 meses a dos años. La conducta debe ser seria e inequívoca, cualquiera que sea el medio usado, siempre que sea indeseada, irrazonable y ofensiva para la víctima (TS Penal 23 de junio de 2000, RJ 2000/5789).

Además, el acoso moral puede producir alteraciones psicosomáticas, ansiedad, estrés, decaimiento, baja autoestima, desconfianza, irritabilidad, insomnio, sufrimiento en general que exigen casi siempre un tratamiento psicológico, psiquiátrico, y que en ocasiones puede provocar el abandono del trabajo u otras circunstancias.

Cuando el trabajador sea víctima de esas conductas de acoso, tendrá derecho al resarcimiento de daños y perjuicios según lo dispuesto en el artículo 1101 del CC.

No dar de alta a un trabajador en el correspondiente régimen de la Seguridad Social será sancionado: “*Las infracciones señaladas en los artículos 22.2 y 23.1.a) se sancionarán:1. La infracción grave del artículo 22.2 se sancionará con la multa siguiente: en su grado mínimo, de 3.126 a 6.250 euros; en su grado medio, de 6.251 a 8.000 euros y, en su grado máximo, de 8.001 a 10.000 euros. En ningún caso, la cuantía*

correspondiente a la infracción prevista en el artículo 22.2 podrá exceder de 10.000 euros”

Correspondiente a este asunto, me remito al apartado 3.3 del presente trabajo.

En cuanto a la infracción de no cumplimiento de las obligaciones de seguridad e higiene por parte de la empresa Construnova, S.A.: *“En las sanciones por infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, a efectos de su graduación, se tendrán en cuenta los siguientes criterios: La peligrosidad de las actividades desarrolladas en la empresa o centro de trabajo; el carácter permanente o transitorio de los riesgos inherentes a dichas actividades; la gravedad de los daños producidos o que hubieran podido producirse por la ausencia o deficiencia de las medidas preventivas necesarias; el número de trabajadores afectados; las medidas de protección individual o colectiva adoptadas por el empresario y las instrucciones impartidas por éste en orden a la prevención de los riesgos; el incumplimiento de las advertencias o requerimientos previos a que se refiere el artículo 43 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales; la inobservancia de las propuestas realizadas por los servicios de prevención, los delegados de prevención o el comité de seguridad y salud de la empresa para la corrección de las deficiencias legales existentes; la conducta general seguida por el empresario en orden a la estricta observancia de las normas en materia de prevención de riesgos laborales; las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales se sancionarán:*

a) Las leves, en su grado mínimo, con multa de 40 a 405 euros; en su grado medio, de 406 a 815 euros; y en su grado máximo, de 816 a 2.045 euros.

b) Las graves con multa, en su grado mínimo, de 2.046 a 8.195 euros; en su grado medio, de 8.196 a 20.490 euros; y en su grado máximo, de 20.491 a 40.985 euros.

c) Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 40.986 a 163.955 euros; en su grado medio, de 163.956 a 409.890 euros; y en su grado máximo, de 409.891 a 819.780 euros”.

Las infracciones administrativas se clasifican en leves, graves y muy graves, y sus consecuencias (arts. 11, 12 y 13 LISOS), y se sancionan por la autoridad laboral competente (art. 48.2 y 5 LISOS), con multa o, en caso de excepcional gravedad, con suspensión de actividad o cierre del centro de trabajo (art. 53 LPR); también pueden ir acompañadas de limitaciones o prohibiciones de contratar con la Administración, o de otras sanciones accesorias (como la pérdida de acreditación para las entidades que desarrollen actividades de prevención, formación o auditoría).

El artículo 316 del Código Penal contiene una infracción contra la prevención de riesgos laborales: *“Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”.*

Sujeto activo del delito son los que estén legalmente obligados, pero fácilmente se puede concluir que, en función de lo establecido en el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, la responsabilidad penal corresponde al empresario.

El trabajador tiene derecho a una protección eficaz frente a los riesgos laborales, y sobre el empresario recae, de acuerdo el artículo 14.1 Ley de Prevención de Riesgos Laborales, el deber de protección, concretándose en una obligación general de seguridad. El incumplimiento de las obligaciones de seguridad y salud laborales puede dar lugar a responsabilidades de distinta naturaleza (administrativa, penal y civil), además de responsabilidades vinculadas con las prestaciones de Seguridad Social.

En cuanto a la infracción de represalias empresariales, también será sancionado de acuerdo al artículo 40.1 c) LISOS: *“Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros”*.

3.- Reincidencia y persistencia continuada.

Mencionar que si existiera reincidencia estaríamos ante lo dispuesto en el artículo 41 de la LISOS. Dicho artículo establece que nos encontramos ante un supuesto de reincidencia *“cuando se comete una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción anterior en el plazo de los 365 días siguientes a la notificación de ésta; en tal supuesto se requerirá que la resolución sancionadora hubiere adquirido firmeza”*.

En caso de que se apreciase reincidencia, la cuantía de las sanciones podría incrementarse hasta el duplo del grado de la sanción correspondiente a la infracción cometida, sin exceder de las cuantías previstas para cada clase de infracción.

No existe reincidencia cuando fue motivo de sanción anterior un incumplimiento idéntico pero en otro centro de trabajo (TS Cont-admva. 27 de junio de 1995, RJ 1995/5170)⁶⁵.

Otra circunstancia que provoca la agravación de la sanción, es la persistencia continuada en la comisión de las infracciones, que se sanciona en el máximo de la calificación que corresponda.

4.- Otras consecuencias.

Las multas pueden ir acompañadas de otras sanciones, más frecuentes en el ámbito de prevención de riesgos laborales, donde cabe la suspensión o cierre del centro de trabajo y la imposición de limitaciones a la facultad de contratar con la Administración.

También se prevé la pérdida de ayudas, bonificaciones y beneficios derivados de programas de empleo, o la exclusión de tales beneficios en el plazo de un año.

En los supuestos de discriminación o acoso, se pueden sustituir⁶⁶ las sanciones ordinarias por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad⁶⁷.

Por otro lado, concluida la fase de investigación, se plantean las posibles medidas a adoptar por la Inspección de Trabajo una vez valorados los resultados extraídos de su labor. El resultado puede ser, bien el archivo de las actuaciones realizadas por considerar que las conductas investigadas no constituyen infracciones sancionables, bien la constatación de ilícitos sancionables. Las posibles opciones que puede barajar el

⁶⁵MARTÍN VALVERDE, A. *Derecho del Trabajo*, cit. p. 829.

⁶⁶Artículo 46 bis LISOS.

⁶⁷MARTÍN VALVERDE, A. *Derecho del Trabajo*, cit. p. 829.

Inspector son la adopción de medidas preventivas; en segundo lugar, los órganos podrán reaccionar frente a los incumplimientos a través de las actas de infracción y de liquidación de la Inspección de Trabajo; finalmente, las actuaciones de la Inspección pueden dar lugar a la incoación de oficio de procedimientos judiciales y administrativos⁶⁸:

- Medidas preventivas: los Inspectores pueden proceder a formular advertencia o recomendación. Se comunican por escrito al sujeto responsable, señalando las anomalías apreciadas con indicación del plazo para su subsanación. El único efecto que poseen dentro del procedimiento sancionador es el de que su incumplimiento es considerado como un criterio agravante de acuerdo con el artículo 36.1 LISOS. El Inspector también puede formular como medida preventiva el correspondiente requerimiento. Como tercera medida, el Inspector tiene la facultad de ordenar la paralización de trabajos y tareas que impliquen un riesgo grave para la salud de los trabajadores⁶⁹.
- Ordenar la paralización inmediata de trabajos o tareas por inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, de concurrir riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores.
- Requerir al sujeto responsable para que, en el plazo que se le señale, subsane las deficiencias constatadas, incluidas las que sean precisas en las instalaciones o métodos de trabajo, a fin de garantizar la seguridad y salud laboral de los trabajadores.
- Medidas cautelares: El Inspector puede llevar a cabo medidas cautelares cuando entienda que son necesarias para asegurar la eficacia de la resolución y para evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción⁷⁰.
- Actas de infracción: el Inspector podrá proceder a iniciar el correspondiente procedimiento sancionador mediante la extensión de acta de infracciones comprobadas a efectos de la iniciación del correspondiente procedimiento sancionador⁷¹. El acta de infracción es el documento que da origen al procedimiento común sancionador.
- Promover la adecuada inclusión de empresas y trabajadores en el régimen de la Seguridad Social que les corresponda.
- Instar del correspondiente organismo la suspensión o cese en la percepción de prestaciones sociales, si se constatase su obtención o disfrute indebido, proponiendo en su caso la devolución de lo indebidamente percibido en prestaciones o ayudas.
- Comunicar al Ministerio Fiscal los hechos constatados si se apreciase la comisión de delito.
- Actas de liquidación: los Inspectores pueden extender actas de liquidación de cuotas a la Seguridad Social. Procede a regularidad las cotizaciones pendientes por el empresario.
- Actas de infracción por estimación de perjuicios económicos: proceden cuando el Inspector considere que de la presunta infracción derivan perjuicios económicos para los trabajadores afectados⁷².

⁶⁸ MERCADER UGUINA, J.R., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2012, p. 845.

⁶⁹Artículo 7.1 LOITSS.

⁷⁰Artículo 14.2 Real Decreto 928/1998.

⁷¹Art. 51.1 a) LISOS).

⁷²Artículo 14.3 RPS.

- Actas de infracción por obstrucción: el incumplimiento del deber de colaboración de las empresas en las tareas de Inspección de Trabajo impuesto por la LOITSS, y el obstáculo al ejercicio de las competencias a los funcionarios e la Inspección de Trabajo, se lleva a considerar como obstructivas a la labor inspectora a determinadas conductas.
- Comunicar al organismo competente los incumplimientos que compruebe en la aplicación y destino de ayudas y subvenciones para el fomento del empleo, formación profesional ocupacional y promoción social
- Cuantas otras medidas se deriven de la legislación en vigor.

Pero, la principal consecuencia que procedería de la actuación de la Inspección de Trabajo sería una infracción y sanción.

VI.- DEFENSA DEL EMPRESARIO FRENTE A UNA EVENTUAL SANCIÓN ADMINISTRATIVO-LABORAL.

Nuestro empresario, D. Fernando Pérez Hernández, tiene diversas posibilidades a la hora de afrontarse ante una eventual sanción administrativa-laboral.

Antes de comenzar con esas posibilidades de las que dispone D. Fernando, establecer que, según el artículo 24.2 CE, toda persona es inocente hasta que se demuestre su culpabilidad. Se permite al sancionado tener pleno conocimiento de los hechos por los que se le imputa y le permite la contradicción articulando medios de defensa en relación a los hechos en que se funde su responsabilidad.

En primer lugar, D. Fernando podría presentar alegaciones en el plazo de 15 días hábiles desde la notificación del Acta. Entre las alegaciones que podría formular encontramos la posibilidad de dejar sin efecto y anular el Acta (aunque por la presunción de certeza es difícil lograr la anulación del Acta), que las infracciones sean calificadas como leves, que se impongan las infracciones en un grado inferior o se imponga la sanción en una cuantía menor, alegar que el Acta no cumple todos los requisitos necesarios, que la resolución no ha sido motivada, etc.

Adjunto pliego de alegaciones (ver Anexo 4).

En cuanto a las Actas de inspección, decir, que se les otorga una presunción *iuris tantum*, gozan de presunción de veracidad que admite prueba en contrario. El Acta ha de probar los hechos, y al ser una presunción *iuris tantum*, no quiebra el derecho a las presunción de inocencia. Es necesario que el Acta contenga todos los requisitos necesarios para que goce de presunción de certeza. Como norma general, los defectos de forma no supondrán la anulabilidad del acto administrativo, salvo que genere indefensión.

El empresario también podría alegar que no conocía la acción del trabajador de haber denunciado a la Inspección de Trabajo, y podría probar que el despido se debe a una causa justa, ajena a la dicha denuncia. Así, el despido no podría ser calificado como nulo, y no se habría vulnerado la garantía de indemnidad, por lo que el despido no sería considerado como una forma de represar. El empresario tendría que demostrar que el despido se debe a una causa disciplinaria grave (robo, agresión, por ejemplo), a una causa objetiva (económica, por ejemplo), etc.

Otras de las cuestiones que podría alegar sería las relativas al procedimiento, en caso de incumplimiento de los plazos administrativos. El plazo de notificación⁷³ del Acta es dentro de los 10 días hábiles siguientes a su fecha de emisión. En cuanto a la extensión en la duración de las actuaciones del Inspector de Trabajo, éstas no pueden extenderse por más de 9 meses, salvo que dicha dilación sea imputable al sujeto a inspección a las personas dependientes del mismo. En este caso, el cómputo se podrá efectuar desde la primera actuación, y podrá extenderse en circunstancias especiales cuando las actividades de Inspección revistan especial dificultad, cuando se descubra que el sujeto inspeccionado ha obstruido u ocultado algunas de sus actividades o de las personas que lo desempeñen y cuando la actuación requiera de cooperación administrativa internacional. Las actuaciones no podrán quedar paralizadas por un periodo superior a cinco meses. En el caso de que se apreciara la caducidad del expediente, se decretaría su archivo, pero no significaría que no pueda haber una emisión de una nueva Acta de infracción basada en los mismos hechos, siempre que se realicen nuevas acciones de comprobación.

En el plazo de 6 meses desde la fecha del Acta, la propuesta de sanción del Inspector debe ser confirmada por Resolución, plazo que se podrá ampliar a un máximo de 3 meses. Si transcurre dicho plazo sin que medie resolución, se considerará la caducidad del expediente. Si finalmente medie resolución, esta será estimatoria o desestimatoria, y confirmará la sanción, que, en caso de ser ratificada, se requerirá al sujeto para que lleve a cabo el abono de esta en un período de 30 días hábiles desde el siguiente a la notificación de la resolución.

Respecto de la posibilidad de alegaciones, destaco la STSJ GAL 3101/2016 de 29 de abril, por la cual, el recurrente impone un recurso de suplicación. En este caso, el Servicio Público de Empleo Estatal, reconoció en 2012 el derecho del recurrente, D.Casiano, de la percepción de una prestación por desempleo, pero meses después, la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña incoó acta de infracción por la comisión de una infracción muy grave, proponiendo sanción de extinción de la prestación de desempleo. En el 2013 se confirma la sanción por Resolución, significando la extinción de la prestación de desempleo y el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas. El recurrente formula alegaciones, que fueron desestimadas por Resolución en 2014, por lo que posteriormente formula reclamación administrativa previa frente a la misma, también desestimada, por lo que agota la vía administrativa previa.

El recurrente planteó una serie de cuestiones, y respecto de las alegaciones planteó que "para que prospere la petición de nulidad de actuaciones no solo ha de examinarse la infracción cometida sino también si se ha producido una indefensión de la parte que invoca la nulidad, entendida ésta como un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial, en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándola de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso, justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción. Así pues para apreciar tal vulneración y estimar la pretensión de nulidad es necesario: a) Que se haya infringido una norma procesal; b) Que se cite por el recurrente el precepto que establece la norma cuya infracción se

⁷³Artículo 17 RD 928/1998.

denuncia; c) Que se haya formulado protesta en tiempo y forma, pidiendo la subsanación de la falta, con el fin de que no pueda estimarse consentida d) Que el defecto no sea invocado por la parte que lo provoca, pues sólo el perjudicado puede denunciar el defecto y e) Que la infracción de la norma procesal haya producido indefensión (ex art. 24.1 CE)".

El Tribunal, en respuesta de estas cuestiones dice que no prospera la petición de nulidad que, en primer lugar, el recurrente no alega la infracción de una norma procesal. En segundo lugar, porque la infracción se introduce en la demanda, sin que se produjera anteriormente ninguna alegación. En tercer lugar, que no consta en sede fáctica, ni se solicita modificación al respecto en relación a la infracción denunciada.

Otra de las posibilidades con las que cuenta D. Fernando, y según el artículo 114 de la Ley 30/1992, sería interponer recurso de alzada, en el plazo de un mes, ante el órgano superior competente por razón de la materia, quedando así suspendido el pago de la sanción. En este caso, el plazo se cuenta de fecha a fecha, no se tiene en cuenta los días hábiles y los inhábiles. Nos encontramos ante un plazo de los llamados preclusivos, por lo que si no se llega a imponer este recurso en el plazo indicado, decaerá el derecho del empresario, y en caso de que se presente fuera de plazo será desestimado por presentación extemporánea, y quedará así cerrada la posibilidad de acceso a la vía judicial.

La LISOS establece que *“contra las resoluciones recaídas en los procedimientos sancionadores, se podrán interponer los recursos administrativos y jurisdiccionales que legalmente procedan”*⁷⁴.

El artículo 23 del Real Decreto 928/1998, dispone que *“contra las resoluciones previstas en el capítulo anterior, se podrá interponer recurso ordinario en el plazo de un mes ante el órgano superior competente por razón de la materia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento, cuya resolución agotará la vía administrativa”*. *“Las resoluciones dictadas por los Directores generales competentes por razón de la cuantía que no pongan fin a la vía administrativa y las dictadas por el Secretario de Estado de la Seguridad Social, podrán ser objeto de recurso ordinario ante el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Las resoluciones del Ministro de Empleo y Seguridad Social y del Consejo de Ministros agotan la vía administrativa”*.

El plazo de interposición del recurso de alzada será de un mes a contar desde la fecha de la notificación de la resolución sancionadora, si el acto fuera expreso, plazo que debe computarse de fecha a fecha y, si no lo fuera, el plazo será de 3 meses y se contará, a partir del día siguiente a aquel en que se produzcan los efectos de silencio administrativo. Transcurridos dichos plazos sin haberse interpuesto el recurso, la resolución será firme a todos los efectos. Contra la resolución del recurso de alzada no cabe ningún otro recurso administrativo, salvo el recurso extraordinario de revisión en determinados casos⁷⁵.

El recurso de alzada será resuelto en el plazo de 3 meses. En caso de falta de resolución o silencio administrativo, se entiende desestimado el recurso. Si se desestima, se pondría fin a la vía administrativa, y se permite la vía judicial, a través de recurso contencioso-administrativo.

⁷⁴Artículo 23 Real Decreto 928/1998.

⁷⁵Artículo 118.1 LRJPAC.

El pago de la sanción es diferente según la resolución fuese expresa o por silencio administrativo. En el primer caso, la resolución adjuntará la orden de pago, que tendrá carácter ejecutivo, por lo que, en caso de no querer ir a juicio, deberá abonar el importe, y en caso de querer ir a juicio tendrá que elegir entre abonar la cantidad, constituir aval o solicitar la suspensión de la ejecución de la sanción al Juzgado. En el segundo caso, al no haber una resolución ni una orden de pago, podrá acudir a la vía judicial, debiéndose pagar la sanción tan pronto llegase la resolución o a la vista de la sentencia.

La última de las posibilidades con las que cuenta el empresario sería presentar una demanda ante lo Juzgado de lo Social, porque conforme la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, en su art. 2, con relación al 6.2.b), atribuye a dicha jurisdicción la impugnación de resoluciones administrativas recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral, siendo competente, anteriormente a la reforma, la Contencioso-Administrativa.

En cuanto a los plazos para interponerla, se diferenciará conforme se trate de una resolución desestimatoria, que será de dos meses desde su notificación, o conforme se trate de silencio administrativo, que será de seis meses desde el transcurso de tres meses de plazo para resolver, o también puede optar por esperar a la resolución administrativa, en cuyo caso dispondrá de dos meses. De conformidad con los artículos 72 y 80.1 de la Ley 36/2011, en la demanda deberán alegarse los mismos hechos o argumentos esgrimidos en el recurso de alzada, pudiendo solicitarse cuantos medios de prueba convengan.

Una vez dictada sentencia, que estimará total o parcialmente la demanda, o lo desestimaré. En caso de que el fallo fuera favorable, el empresario tendrá derecho a la devolución de lo abonado, con devengo de los intereses desde la fecha de pago. En el caso de ser desfavorable, cabrá recurso de suplicación para el caso de que la cuantía de la sanción excediera los 18.000 euros.

VII.- BIBLIOGRAFÍA.

- ÁLVAREZ, D., *Garantía de indemnidad del trabajador frente represalias empresariales*, Ed. Bomarzo. Albacete 2005.
- BENITA FERNÁNDEZ, F., *Infracciones y sanciones en el orden social. Normas de actuación y procedimiento de la inspección*, Ed. Lex Nova. Valladolid 1997.
- BERZOSA REVILLA, J., “La responsabilidad empresarial derivada de contingencias profesionales en el ámbito de la Seguridad Social”.*Revista universitaria de ciencias del trabajo*, 2001, nº2.
- BLASCO PELLICER, A. *El procedimiento administrativo sancionador en el orden social*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1997.
- BLASCO PELLICER, A., *Sanciones administrativas en el orden social*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1998.
- DURÉNDEZ SÁEZ, I.,*El procedimiento administrativo sancionador en el orden social*, Ed. Thomson/Aranzadi. Pamplona 2009.
- GALA DURÁN, C.,*La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la seguridad social*, Ed. Aranzadi. Navarra 1997.
- GARCÍA MURCIA, J.,*Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Madrid 1991.
- GARCÍA QUIÑONES, J.C.*Conciliación laboral*, Ed. Ex Nova. Valladolid 2005.
- GARCIA RUBIO, M.A., *Lapresunción de certeza de las actas de la inspección de trabajo y seguridad social*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1999.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Lecciones de Seguridad Social*, Ed. Tenos. Madrid 2014.
- MARTÍN VALVERDE, A. *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos. Madrid 2011.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J, ARUFE VARELA, A, Y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho del Trabajo*, Ed. Netbiblo. A Coruña, 2006.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A., Y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, Ed. Netbiblo. A Coruña 2013.
- MERCADER UGUINA, .J.R. *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2012.
- MONTERO AROCA, J., *La acumulación en el proceso laboral (Acciones, autos, recursos y ejecuciones)*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1999.
- NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, Ed. Tecnos. Madrid 1993.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., (coord.), *Laborales, formularios procesales*, Aranzadi. Pamplona 2013.
- TARANCÓN PÉREZ, E. y ROMERO RODENAS M.J.,*Prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social*, Ed. Bomarzo. Albacete 2013.
- VALLE MUÑOZ, F.A., *La acumulación de acciones en el proceso laboral*, Ed. Aranzadi. Pamplona 1998.

VIII.- JURISPRUDENCIA.

1. Tribunal Constitucional.

- STC. 22/1981, de 2 de julio, RTC 1981/22.
- STC. 210/1990, de 20 de diciembre, RTC 1990/210.
- STC. 7/1993, de 18 de enero, RTC 1993/7.

- STC. 14/1993, de 18 de enero, RTC 1993/14.
- STC. 5/2003, de 20 de enero, RTC 2003/5.
- STC. 55/2004, de 19 de abril, RTC 2004/55.
- STC. 87/2004, de 4 de mayo, RTC 2004/87.
- STC. 38/2005, de 28 de febrero, RTC 2005/38.
- STC. 16/2006, de 19 de enero, RTC 2006/16.
- STC. 65/2006, de 27 de febrero, RTC 2006/65.
- STC. 120/2006, de 24 de abril, RTC 2006/120.
- STC. 138/2006, de 8 de mayo, RTC 2006/138.
- STC. 75/2010, de 19 de octubre, RTC 2010/75.
- STC.76/2010, de 19 de octubre, RTC 2010/76.
- STC. 10/2011, de 28 de febrero, RTC 2011/10.

2. Tribunal Supremo.

- STS. 16 de septiembre de 1983, RJ 1983/4249.
- STS. 14 de diciembre de 1984, RJ 1984/6386.
- STS. 28 de septiembre de 1985, RJ 1985/4389.
- STS. 14 de junio de 1986, RJ 1986/3544.
- STS. 26 de enero de 1987, RJ 1987/131.
- STS. 8 de febrero de 1989.
- STS. 23 de enero de 1991, RJ 1991/172.
- STS. 13 de mayo de 1991, RJ 1991/3908.
- STS. 19 de septiembre de 1991, RJ 1991/ 7651.
- STS. 2 de diciembre de 1992, RJ 1992/10050.
- STS. 23 de mayo de 1994, RJ 1994/5363.
- STS. 27 de diciembre de 1994.
- STS. 27 de junio de 1995, RJ 1995/517.
- STS. 1 de junio de 1998, RJ 1998/4540.
- STS. 1360/1998, de 12 de noviembre, RJ 1998/7764
- STS. 23 de junio de 2000, RJ 2000/5789.
- STS. 12 de junio de 2001, RJ 2001/5931.
- STS. 12 de noviembre de 2001.
- STS. 2 de diciembre de 2003, RJ 2003/289.
- STS. 17 de enero de 2008, RJ 2008/240.
- STS. 18 de octubre de 2011, RJ 2012/524.

3. Tribunales Superiores de Justicia.

- STSJ. Aragón 42/2012, de 8 de febrero, JUR 2012/138131.
- STSJ. Castilla y León 627/2012, de 20 de septiembre, AS 2012/2486.

IX.- ANEXOS.

1.- Anexo 1: Modelo de demanda de conciliación por despido.

AL SERVICIO DE MEDIACIÓN, ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE (1)

D. (2), mayor de edad, vecino de (3), y provisto de D.N.I (o N.I.E.) (4), ante el servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, comparezco, y como mejor proceda en Derecho, **DIGO:**

Que por mediación del presente escrito, y de conformidad con lo establecido en el art. 63 LRJS, solicito celebrar acto de conciliación por DESPIDO frente a(5), con domicilio en (6), CIF(o DNI) (7) fundamentando dicha solicitud en los siguientes

EXTREMOS

PRIMERO.—El firmante ha prestado servicios por cuenta y orden de la demandada, siendo su antigüedad la de (8), su categoría profesional la de (9), y su salario el de (10). La retribución se percibía (11)

Que el firmante no ostenta en el último año de prestación de servicios la condición de representante sindical o unitario (12).

El trabajador está afiliado al sindicato.....(13)hecho este conocido por la empresa(14).

Que el centro de trabajo del trabajador se halla en (15).

La vinculación del trabajador con la empresa era mediante un contrato (16).

La jornada era (17).

SEGUNDO.—Que con fecha (18) la empresa demandada remitió comunicación por la que me comunica el cese en empresa por despido disciplinario.

Que en esencia las causas con las que se pretende justificar este despido son las siguientes:

(se concretaren brevemente las causas del despido)

TERCERO.—Que tales causas son totalmente inciertas pues (19).

CUARTO.—Que dicho despido es improcedente por lo que procede la readmisión, con abono de los salarios de tramitación, o en su caso, el abono de la indemnización legal (20).

QUINTO(21).—Que asimismo la empresa demandada adeuda la suma de(22), que se desglosa en los siguientes conceptos (23) :

-
-
-

Que procede su abono más el diez por ciento en concepto de interés por demora (24).

Y, por lo expuesto,

SOLICITO DE LA SMAC, que tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo y tener por solicitada la celebración del acto de conciliación que en el mismo se interesa, accediendo a dar al mismo la tramitación que legalmente proceda, señalando día y hora para su celebración con entrega a esta parte de certificación literal del acta que se suscriba.

OTROSÍ DIGO.— Que designo a efectos de notificaciones el despacho profesional del letrado D. en, tfno.:; fax.:; mail.: (25).

En..... (26)

NOTAS

- (1) Lugar donde radica la oficina administrativa competente para la tramitación del acto de conciliación.
- (2) Nombre y apellidos del solicitante.
- (3) Lugar de residencia del solicitante.
- (4) Número de DNI o NIE del solicitante.
- (5) Nombre de la empresa demandada.
- (6) Domicilio de la empresa demandada.
- (7) En algunas unidades administrativas se solicita el número de identificación fiscal o el documento nacional de identidad Si es persona física de la empresa demandada.
- (8) Fecha de ingreso en la empresa.
- (9) Categoría profesional del trabajador o en su caso grupo profesional en el que este encuadrado.
- (10) Importe del salario.
- (11) Tiempo y forma de pago de la nómina.
- (12) Art. 104.c) LRJS.
- (13) Nombre del sindicato al que el trabajador está afiliado.
- (14) Art. 104.d) LRJS.
- (15) Lugar del centro de trabajo.
- (16) Señálese si el contrato era a tiempo completo o a tiempo parcial.
- (17) Indíquese si la jornada era a tiempo complete o parcial.
- (18) Fecha del despido.
- (19) Se concretarán las razones por las que se entiende que el despido no se ajusta a Derecho.
- (20) Arts. 56 ET y 110.1 LRJS.
- (21) Art. 26.3 LRJS permite en la demanda de despido acumular a la acción de despido la reclamación de la liquidación de las cantidades adeudadas a fecha de cese (art.49.2 ET) .

(22)Importe de la suma.

(23)Detalle de la deuda debida.

(24)Art. 26.5 ET.

(25)Datos del profesional.

(26)Fecha.

2.- Anexo 2: Modelo de demanda por despido nulo

AL JUZGADO DE LO SOCIAL

D/ña (1), mayor de edad, vecino/a de, con domicilio en (2) y provisto D.N.I. n°(3), (4) ante el Juzgado comparezco, y, como mejor proceda en Derecho (5),**DIGO:**

Que por mediación del presente escrito formulo **DEMANDA SOBRE DESPIDONULO** frente a la empresa (6) con domicilio en (7), solicitando que se dicte sentencia en los términos que se contienen en el suplico de la presente demanda que fundamento en los siguientes

HECHOS

PRIMERO.—(8) Que el firmante ha prestado servicios por cuenta y orden de la empresa demandada dedicada a la actividad de (9), siendo su antigüedad la de su categoría profesional la de, y su salario el del (10) con inclusión del prorrateo de pagas extraordinarias (11).

La forma de pago de salario es mensual ingresándose en cuenta corriente (12).

Que en el momento del despido el trabajador mantenía relación (13) y ha permanecido vinculado con la empresa mediante los siguientes contratos (14):

-

-

-

La prestación de servicios se ha llevado a cabo en el centro de trabajo sito en (15).

La jornada, en el momento del despido, era (16)

Que antes de producirse el despido el trabajador prestaba servicios concurriendo las siguientes circunstancias (17).

Que en el último año de prestación de servicios el actor(si/no)ostentaba la condición de representante unitario de los trabajadores(delegado o miembro del comité de empresa).

Que el actor(si/no)se encuentra afiliado a ningún sindicato (18).

SEGUNDO.—Que con fecha (19) mediante escrito de fechacomunicado mediante(20) la dirección de la empresa comunica el despido del actor con efectos del día.

Se acompaña como documento n° 1 copia de dicha comunicación.

TERCERO.—Que justifica la demandada esta decisión en (21).

CUARTO.—Que dichos hechos no son ciertos pues (22):

(se concretarán las razones por las que se entiende que el despido es nulo(23))

QUINTO.—Que de acuerdo con lo anterior procede que se declare la nulidad del despido debiendo readmitir al trabajador/a en su anterior puesto de trabajo, con abono de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la fecha de notificación de la sentencia según disponen los 55.5ETy 108.2 LRJS.

SEXTO.—Que se ha interpuesto demanda de conciliación de acuerdo con lo previsto en el art. 63 LRJS que ha resultado (24) que se contiene en la certificación que se acompaña como documento n° 2.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A). Procesales

I.—Los arts. 1, 2, 4, 6 y 10 LRJS en cuanto a la competencia objetiva y territorial de la Jurisdicción Social.

II.—La demanda se presenta en el plazo previsto en el art. 103.1 LRJS y 59ETcumpliendo con los requisitos establecidos en el art. 104 LRJS.

III.—El108.2 LRJS en cuanto a la declaración de improcedencia del despido y sus efectos.

IV.—Queda cumplimentado el trámite previsto en el art 63 LRJS respecto a la interposición previa del acto de conciliación (25).

B). Sustantivos.

I.—El art. 55ETen cuanto a los requisitos de forma.

II.—Los arts.(del convenio colectivo de aplicación)(26).

III.—(...los que resulten de aplicación al supuesto de hecho)

Y, por lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO DE LO SOCIAL DE, que tenga por presentado este escrito se sirva admitirlo, y en su virtud, tenga por formulada la demanda que sobre despido nulo en el mismo se contiene y, tras seguir el procedimiento por todos sus trámites, dicte sentencia en su día, por la que con estimación de la demanda, se declare que el cese llevado a cabo el día (27) constituye un despido nulo, y consiguientemente, se condene a la empresa demandada (28) a que readmita (29) al trabajador en idénticas condiciones a las disfrutadas antes de la fecha del despido, con abono de los salarios de tramitación, devengados desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, con cuanto más proceda en Derecho.

(opción 1) (30) Que dado que la empresa demandada no ha comparecido al acto de conciliación preceptivo ni ha justificado su inasistencia, procede la imposición de multa con inclusión de los honorarios devengados.

OTROSÍ DIGO.—Que interesa para el acto de juicio oral la práctica del siguiente medio de prueba:

— **INTERROGATORIO DE PARTE**, en la persona del legal representante de la empresa demandada (31), cuya citación en legal forma y expresamente se solicita bajo apercibimiento de declararle por confeso en caso de no comparecer.

— **DOCUMENTAL**, consistente en(32).

SEGUNDO OTROSÍ DIGO.—Que se designa a efectos de notificaciones citaciones y demás diligencias el despacho profesional del letrado (33), en(34) , tfno.:; fax.:; mail.:, indicando al Juzgado que al acto de juicio oral se asistirá acompañado de dicho letrado.

Y,

SUPLICO AL JUZGADO, se sirva acceder a la práctica de la prueba solicitada y que tenga por satisfechas en tiempo y forma las restantes manifestaciones.

Justicia que pido ena de de (35).

NOTAS

(1) Nombre.

(2) Domicilio del actor.

(3) N° de DNI (o NIE).

(4) Mail de actor.

(5) La demanda puede ser presentada, también, por Abogado, Graduado Social colegiado o Procurador, en cuyo caso se adjuntarán los poderes de representación notariales o se llevará a cabo apoderamiento apud acta.

(6) Nombre de la empresa.

(7) Domicilio de la empresa demandada.

(8) Sobre los requisitos que, de forma ineludible, tiene que poseer la carta de despido 104 LRJS.

(9) Actividad a la que se dedica la empresa. Este dato es importante en orden a concretar el convenio colectivo de aplicación, y, por tanto, las tablas salariales.

(10) Salario del actor.

(11) Dado que la indemnización por despido se calcula conforme a la retribución total del trabajador (salario más prorrata de pagas extraordinarias) se incluirán, también, aquellos conceptos de retribución no periódica y de devengo superior al mensual que pudiera percibir el trabajador, tales como bonos, incentivos, etc.

- (12) O en metálico, o cualquier otra forma de pago válida en derecho.
- (13) Temporal o fija.
- (14) Se detallará los distintos períodos en los que el trabajador ha permanecido dado de alta con la empresa, así como los contratos —temporales— y fecha de conversión a fijo suscritos.
- (15) Lugar del centro de trabajo.
- (16) A tiempo completo o a tiempo parcial. En caso de ser a tiempo parcial se indicará el número de horas al día, semana, mes, o año que se realiza conforme al art. 12.1 ET.
- (17) Se detallarán las características particulares que concurren en la prestación de servicios del trabajador.
- (18) En caso de que sí estuviera afiliado la letra d) del art. 104 LRJS exige que se haga constar esta circunstancia en la demanda. El dato es trascendente en orden a la declaración de improcedencia.
- (19) Fecha de entrega de la carta de despido.
- (20) El art. 104.b) LRJS exige que se determine la forma en que se produjo el despido. También aun cuando permite que se acompañe la comunicación escrita o hacer referencia a la misma de forma suficiente, conviene en aras de un perfecto conocimiento —previo— del Juzgador acompañar copia de la misma.
- (21) Se realizará de forma resumida una descripción abreviada de los hechos por los que es despedido el trabajador.
- (22) Se expondrán las razones por las que los hechos descritos en la carta de despido no son ciertos o no son susceptibles de despido.
- (23) Las causas de nulidad del despido se encuentran enumeradas en el art. 108.2 LRJS. Aunque también existen otros supuestos no enumerados en la norma (art. 122 LRJS).
- (24) Se consignará el resultado del acto de conciliación, que será, normalmente, sin avenencia o intentado sin efecto por incomparecencia de la empresa. En este último caso téngase en cuenta que la incomparecencia lleva aparejada la imposición de multa y costas, incluidos los honorarios del letrado o Graduado social (art. 66.3 LRJS).
- (25) 0 mediación.
- (26) Enumeración de los artículos del Convenio Colectivo que resulten aplicables.
- (27) Fecha del despido.
- (28) Nombre de la empresa demandada.
- (29) Art. 113 LRJS.
- (30) El art. 66.2 LRJS permite la imposición de multa y los honorarios del letrado o Graduado social colegiado interviniente que haya intervenido en la defensa de la parte demandante si la demandada no justificó la inasistencia al acto de conciliación.

(31) O del demandado/a si es persona física:

(32) Detalle de la prueba documental interesada.

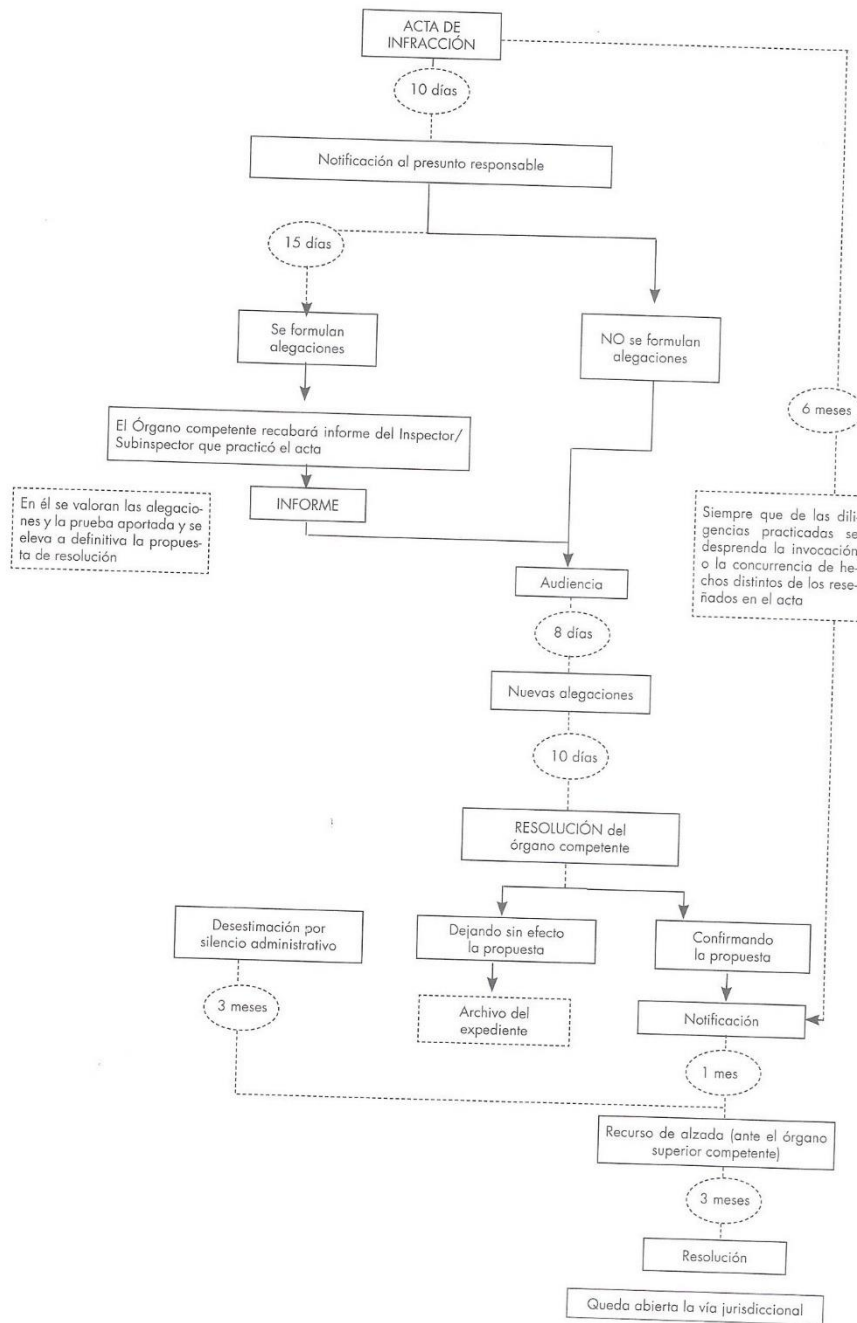
(33) Nombre de Abogado, Graduado Social colegiado o Procurador a efectos de notificaciones (art. 21 LRJS).

(34) Domicilio del profesional designado.

(35) Lugar, fecha y firma.

3.- Anexo 3: Esquema iter procedimental de la Inspección de Trabajo.

Anexo 3



4.- Anexo 4: Pliego de alegaciones.

Anexo 4

DIRECCIÓN PROVINCIAL DE _____
JEFE DE LA UNIDAD DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

PLIEGO DE ALEGACIONES

D. _____, con D.N.I. nº _____ y número de afiliación a la Seguridad Social _____, con domicilio a efectos de notificaciones en _____, en su propio nombre y derecho, ante el órgano competente para resolver, comparece y como mejor proceda en derecho, DICE:

Que en fecha de _____ me ha sido notificada Acta de Infracción fechada el día _____, provista de nº _____; mediante la cuál se me comunica la apertura de expediente administrativo sancionador por una presunta infracción calificada como _____ por el artículo 12.16.f) del TRLISOS; en relación con el Anexo IV, Parte C, punto 3.a) y b) del RD 1627/1997 de 24 de octubre; así como los artículos 4.2.d) y 13.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y artículos 14 y 15 de la LPRL. En virtud de la cuál se propone la imposición de una sanción por el importe de _____ euros contra la aquí dicente.

Que por medio del presente escrito, vengo a formalizar en plazo y forma; **ESCRITO DE ALEGACIONES** a las manifestaciones consignadas en el Acta mencionada; todo ello en virtud de del artículo 17.1 del Reglamento General sobre Procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

ALEGACIONES

PRIMERA.- Que en fecha de _____ se giró visita inspectora por parte del Inspector firmante del Acta a las obras que la dicente tiene encomendadas en el término municipal de _____.

En la mencionada inspección, el inspector actuante apreció una serie de deficiencias en los trabajos que desarrollaba la dicente; según se relatan en la propia Acta; consistentes en las siguientes que detallamos a continuación:

SEGUNDA.- Que la dicente tras el mencionado requerimiento actuó de forma diligente y se dedicó a la atención de los mencionados requerimientos. Los cuáles fueron satisfechos a la mayor brevedad posible y alguno de ellos durante el transcurso de la propia actividad inspectora practicada el día _____.

Así se desarrolló una segunda actividad inspectora en fecha de _____ a fin de comprobar el grado de atención de los mencionados requerimientos por la ahora dicente; sin embargo de la misma (en atención a lo relatado por el Acta) no se apreció la satisfacción íntegra del requerimiento formulado. Por lo que posteriormente se nos

ha notificado Acta de Inspección por la que a la dicente se la tiene por cometido un incumplimiento presunto de los siguientes puntos del requerimiento:

TERCERO.- Que sin embargo la incoación del presente procedimiento administrativo sancionador es contraria a los legítimos intereses de la dicente y al ordenamiento jurídico en vigor. Ello se debe a que el requerimiento formulado por el inspector actuante en su visita del día _____ se encontraban satisfechos en su integridad el día _____.

Así con respecto a los riesgos apreciados presuntamente en el Acta notificada a la dicente; queremos poner de manifiesto lo siguiente:

CUARTA.- Que el artículo 17.1 del Real Decreto 928/1998 de 14 de mayo; Reglamento General sobre Procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social; que recoge la notificación de las actas de infracción y alegaciones "Las actas de infracción serán notificadas al presunto sujeto o sujetos responsables en el plazo de 10 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 15 días hábiles contados desde el siguiente a su notificación, acompañado de la prueba que estimen pertinente, ante el órgano competente para resolver el expediente".

QUINTA.- Que así mismo hay que poner de manifiesto que la Constitución Española consagra la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad como principios estructurales básicos del Derecho Penal. Estos principios rigen también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una manifestación del "ius puniendi" del Estado; resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa (STC 76/1990). Requiriéndose dolo o culpa para que todo acto sancionador sea conforme a Derecho, es decir que la conducta del sujeto pasivo se den los elementos esenciales para que sea sancionable, siendo uno de los elementos, en aplicación de la teoría del delito, la culpabilidad dolosa o culposa desplegada por el sujeto que sea contraria a la norma y sea antijurídica; para efectuar correctamente el reproche administrativo (STS 22/02/1992).

Así las contravenciones administrativas no pueden ser aplicadas nunca de un modo mecánico, con arreglo a la simple enunciación literal, [...] exige un comportamiento humano, positivo o negativo, [...] (STS 12/03/1990).

Unido a lo anteriormente expuesto hay que destacar que el ordenamiento jurídico exige a la Administración actuante acreditar la responsabilidad de la dicente a través de los medios de prueba correspondientes. Así la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (sentencias 18/07/1995, 19/01/1996, 27/05/1997, 22/07/1997 y 4/03/1998) ha limitado el principio de presunción de certeza a sólo los hechos que por su objetividad hubiera percibido directamente el inspector o controlador laboral, o a aquellos inmediatamente deducibles de los primeros o acreditados en virtud de

medios de prueba referidos en el propio acta, sin que se reconozca la inicial infalibilidad o veracidad a las simples apreciaciones globales, juicios de valor o calificaciones jurídicas, si bien la presunción de que se trata, por su misma naturaleza "iuris tantum", cede y decae cuando se aportan pruebas acreditativas de la falta de correspondencia entre lo consignado en el acta y la realidad de los hechos, en la medida que las que sean valoradas por el Tribunal posibiliten jurisdiccionalmente asentar su discrepancia con el soporte fáctico del acto controvertido; no se excluye así un control judicial de los medios empleados por el inspector o el controlador, requiriéndose asimismo que el contenido de las actas, de infracción o de liquidación determine las "circunstancias del caso" y los "datos" que hayan servido para su elaboración, cuyo detalle deviene imprescindible para conformar la base de valor probatorio de las actas inspectoras. De otro lado afirma el Tribunal Constitucional, en sentencia 169/1998 de 21 de julio con cita de otras del mismo órgano, que tal valor probatorio sirve para rechazar la conculcación del derecho a la presunción de validez de los actos administrativos, como tampoco la indefensión administrativa con la judicial, pues la traslación de la presunción de inocencia al ámbito administrativo sancionador sólo cobra sentido cuando la Administración fundamenta su resolución en una presunción de culpabilidad de sancionado carente de elemento probatorio alguno.

En modo alguno, en el presente caso la Administración inspectora ha ejercitado debidamente la carga de la prueba a fin de acreditar la culpabilidad y responsabilidad de la dicente en la comisión de las presuntas infracciones que se le imputan. Así los medios de prueba aportados en el Acta ni siquiera son objetivos; al no plasmar la realidad de la situación en la que se encontraba la obra; no se reflejan los andamios instalados en la zona más baja de los patios ingleses y se recoge la realidad de una forma interesada y fragmentada. Lo que supone un impedimento para apreciar la realidad en toda su extensión y globalidad. Lo anterior supone la imposibilidad del quebranto de la presunción de inocencia que el ordenamiento jurídico establece a favor de la dicente; al no acreditarse ni la existencia de las infracciones que presuntamente se le atribuyen a la anterior y mucho menos se acredita la comisión de las anteriores por parte de la ahora dicente, ya que de la prueba practicada por parte de la Administración tan sólo se acredita su inutilidad para lograr los fines que persigue al no recoger los "hechos objetivos" que en la realidad se dieron.

SEXTA.- Que de lo expuesto es necesario concluir que durante la tramitación de este procedimiento administrativo sancionador se ido sucediendo una serie de distintas infracciones; las cuáles se han puesto de manifiesto a lo largo de las alegaciones anteriores.

Según lo establecido en el artículo 63.1 y 3 de la LRJAP y PAC, el cuál indica "Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso las desviación de poder". No cabe duda de que el acto es anulable ya que se ha incurrido en la infracción del artículo 17.1 del Real Decreto 928/1998 de 14 de mayo que 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. Y así mismo se ha infringido el artículo 24.1 de la C.E.

En su virtud;

SOLICITA.- Que se tenga por presentado en tiempo y forma este escrito, con las manifestaciones que anteceden y, en su virtud, por interpuesto ESCRITO DE ALEGACIONES, lo admita a trámite y tras los trámites legales resuelva decretar la nulidad (subsidiariamente anulabilidad) el presente procedimiento administrativo sancionador.

Es de Justicia a _____.

Fd.- _____

