



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

DESPIDO DE UN RABAJADOR Y ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO

Trabajo de Fin de Grado en Derecho
2015/2016

Pablo Manuel Otón Novo

Tutor: Prof. Dr. Marcos López Suárez.

-INDICE

ABREVIATURAS.....	4
I ANTECEDENTES DE HECHO.....	5
II ACCIONES LABORALES A REALIZAR POR EL TRABAJADOR DESPEDIDO.....	6
1 Competencia de la Jurisdicción Social.....	6
2 Reclamación de cantidades por horas extraordinarias.....	7
2.1 Concepto de horas extraordinarias.....	7
2.2 Retribución y cotización de Horas extraordinarias.....	10
3 Daños morales por vulneración del derecho al descanso.....	10
3.1 El derecho al descanso.....	10
3.2 Cuantificación del daño.....	11
4 Vulneración de derechos fundamentales.....	13
4.1 Tratos vejatorios, amenazas y coacciones.....	13
4.2.- Garantía de indemnidad.....	16
4.3.-Reclamación despido nulo. Subsidiariamente despido improcedente.....	19
5 Acciones del trabajador.....	22
5.1 Principios del Proceso Laboral.....	22
5.2 Acumulación de acciones.....	23
III RESPONSABILIDADES PARA EL EMPRESARIO DERIVADAS DE LA SITUACIÓN DE DON ALBERTO PÉREZ DOMINGO.....	25
1 Régimen General de la Seguridad Social.....	25
2 Responsabilidades del empleador.....	28
IV ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.....	30
1 La Inspección de Trabajo y Seguridad Social.....	30
2 Actas de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.....	33
3 Actas de infracción y de liquidación simultáneas.....	36
V CONSECUENCIAS DE LA ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.....	38
1 Responsabilidad Penal.....	38
2 Procedimiento Administrativo Sancionador.....	39
3 Iniciación del procedimiento de oficio ante la jurisdicción social.....	41
4 Alta de oficio por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.....	42

VI DEFENSA ANTE UNA SANCIÓN ADMINISTRATIVO-LABORAL.....	43
1 Requisitos Formales.....	44
2 Control sobre la actividad investigadora.....	45
3 Examen de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad.....	46
VII CONCLUSIONES.....	48
VIII BIBLIOGRAFÍA.....	52
IX JURISPRUDENCIA.....	52
X ANEXOS	
1 ANEXO I: Papeleta de conciliación.	
2 ANEXO II: Demanda ante el juzgado de lo social.	
3 ANEXO III: Denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.	
4 ANEXO IV: Acta de infracción por prevención de riesgos laborales.	
5 ANEXO V: Acta de liquidación de cuotas de la Seguridad social.	
6 ANEXO VI: Acta de infracción simultánea a la de liquidación	

ABREVIATURAS

AN	Audiencia Nacional
CE	Constitución Española
CC	Código Civil
CP	Código Penal
ET	Estatuto de los Trabajadores
ITSS	Inspección de Trabajo y Seguridad Social
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LO	Ley Orgánica
LITSS	Ley ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
LRJYPAC	Ley de Régimen Jurídico de la y Procedimiento Administrativo Común
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Legislativo
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TRLISOS	Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

I ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II ACCIONES LABORALES A REALIZAR POR EL TRABAJADOR DESPEDIDO

1 Competencia de la jurisdicción social.

Como introducción a este primer epígrafe, vamos a hacer una breve referencia a la Jurisdicción social por ser la rama del derecho encargada de tutelar las relaciones entre los empresarios y los trabajadores. Denominamos jurisdicción, a la función estatal dirigida a la resolución de conflictos y litigios con arreglo a derecho ¹.

El ámbito de competencias de la jurisdicción social, se regula, entre otros, en el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ)² el cual atribuye a los Juzgados y Tribunales del Orden Social competencias de manera genérica. La concreción específica de la rama social del derecho tiene lugar en los artículos 1 a 3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS) en donde se delimita la competencia sustantiva o material.

Así pues, atendiendo al art.1 de la LRJS, los órganos jurisdiccionales del orden social serán los encargados de conocer las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho, tanto en su vertiente individual como en el ámbito colectivo. En la misma norma, su art. 2 establece “*Los órganos jurisdiccionales del orden social, por aplicación de lo establecido en el artículo anterior, conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan: b) En relación con las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquéllos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente*”. Esta lista de cuestiones litigiosas, no es una relación cerrada y exhaustiva, ya que contempla la posibilidad que mediante disposición legal se le atribuyan otras cuestiones litigiosas.

En lo relativo a la competencia, en el art.3 de la LRJS se especifican aquellas cuestiones que quedan excluidas del orden social, por quedar las mismas atribuidas al orden jurisdiccional de lo contencioso administrativo, ya que los actos de las administraciones públicas, se regirán por el derecho administrativo.

Dentro de la Jurisdicción, el orden social convive con el orden contencioso administrativo, el orden penal y el orden civil, teniendo cada uno de ellos atribuido el conocimiento de un tipo de materias, según lo previsto en el art. 9 de la LOPJ. Aún así, en determinados supuestos el deslinde competencial no ha sido una tarea pacífica especialmente el relativo a los tribunales laborales frente a los civiles o a los contenciosos administrativos, teniendo como consecuencia la invocación de dicha excepción de incompetencia por la parte demandada. Esta dificultad para discernir la jurisdicción no se ha planteado con el orden penal³. Los conflictos de competencia planteados entre

¹ MARTÍN VALVERDE, A./ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F./ GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, vigesimoprimer edición, Tecnos, Madrid 2012, p 878

² Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial artículo 9 “5. *Los del orden jurisdiccional social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral*”.

³ MOLERO MANGLANO, C./ SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M./ LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J./ MATORRAS DÍAS-CANEJA, A *Manual de Derecho del Trabajo* (undécima edición), Aranzadi, Navarra 2011, , p.1141

los diferentes órdenes jurisdiccionales han de ser resueltos conforme a las reglas generales de los artículos 42 a 50 de la LOPJ, a lo establecido por los arts. 36 a 70 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) y a lo dispuesto por los arts. 5 y 12 de la LRJS.

En lo relativo a la competencia funcional y territorial, el proceso laboral se rige por el principio de instancia única y doble grado, es decir, que como norma general, los asuntos son conocidos por una sola vez por el órgano judicial competente, sin posibilidad de apelación y sin perjuicio de que se pueda interponer recurso extraordinarios en los motivos y casos tasados por la Ley. En los arts. 6 a 9 de la LRJS se establecen las competencias de los Juzgados de lo Social, las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (en adelante TSJ), la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (en adelante AN) y la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (en adelante TS).

Por todo ello, en el supuesto de hecho objeto de estudio la Jurisdicción Social será la encargada de tutelar las relaciones entre el empresario y sus trabajadores, así como las vicisitudes que hayan tenido lugar durante la relación laboral.

2 Reclamación de cantidades por horas extraordinarias

2.1 Concepto de horas extraordinarias

Antes de entrar a analizar las horas extraordinarias, es decir, aquellas realizadas por encima de la jornada laboral ordinaria, es necesario sentar el concepto de jornada laboral, regulado de un modo específico en la Sección Quinta del Capítulo II del Título I del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) artículos 34 a 38, definiéndola como el tiempo que el trabajador dedica a cumplir su contrato de trabajo. Estos artículos establecen unos límites máximos de jornada diaria, semanal, e incluso anual, también en el V Convenio General del Sector de la Construcción, que regula de un modo similar al ET la duración de la jornada laboral en su artículo 68.2⁴.

En virtud del principio de autonomía de la voluntad que rige todo contrato, las partes podrán pactar todas las cláusulas del mismo, aunque, en lo relativo a la duración de la jornada de trabajo no es aplicable dicho principio, o cuanto menos habrá que respetar los límites establecidos legalmente ya que estamos ante un derecho necesario e indisponible por las partes, así regulado en el artículo 3.5 del ET *“los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo”*. Únicamente el ET permite al empresario distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo⁵, respetando como regla general unos mínimos de descanso diario entre cada jornada y estableciendo también como regla general un descanso ininterrumpido de día y medio⁶.

Determinar qué horas serán consideradas extraordinarias y cuáles no, ha sido un tema objeto de controversia tanto para la doctrina como para la jurisprudencia, especialmente en aquellos supuestos en que la jornada ordinaria pactada por convenio colectivo no llega al límite establecido en el artículo 34 del ET. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su Sentencia del 18 de septiembre del año 2000 ha establecido *“..la duda que surge a la vista de los preceptos legales anteriores sobre si deben calificarse como horas extraordinarias sólo las que exceden de la jornada máxima legal (cuarenta horas), o también las que, como sucede en el caso, sin llegar a dicho límite, rebasan las jornadas máximas pactadas en convenio colectivo, o contrato de trabajo, debe ser despejada en favor de este segundo término de la alternativa. Así resulta de la utilización de distintos criterios o cánones de interpretación. Y así lo viene entendiendo también mayoritariamente la doctrina científica”*.

⁴ Véase artículo 68, apartado 2, del V Convenio General del Sector de la Construcción

⁵ Véase artículo 34, apartado 2, párrafo primero del Estatuto de los Trabajadores.

⁶ Véase artículo 37, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores.

Sin embargo, existe la posibilidad de pactar por convenio una rebaja de la jornada laboral acordando que las horas extraordinarias que se hagan entre la jornada reducida y la máxima legal contemplada en el artículo 34 del ET no sean consideradas como horas extraordinarias⁷. Esto ocurre en sectores como el sanitario donde mediante negociación colectiva se pueden establecer unas horas complementarias que estarán excluidas del régimen retributivo de las horas extraordinarias, por no llegar al límite máximo de la jornada legal, así lo reconoce la Sala de lo Social del TSJ de Galicia en su Sentencia de 21 de enero de 2011 *“la conclusión es que, en el caso de autos, ni todas las horas de guardias realizadas en 2006, a saber 1.250 horas, se pueden considerar como extraordinarias dado que la jornada ordinaria en 2006 fue de 1.211 horas, sino solo las que superan la jornada máxima anual de 1.624 horas”*.

Un supuesto similar ha contemplado la Jurisprudencia en los casos en que exista una jornada laboral irregular, en dichos casos, será necesario poner en relación la jornada de trabajo realizada con la jornada anual ordinaria, es decir, que no tendrán la consideración de extraordinarias aquellas horas que aún excediendo el límite semanal, en su cómputo global no alcancen el límite máximo. Expresado así por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en Sentencia de 25 de julio de 2003 *“la interpretación lógica del art. 46 no puede ser la de entender que en todo caso tendrán la consideración de extraordinarias todas las horas trabajadas sobre aquellas 37’5 semanales sino sólo las trabajadas por encima de aquella jornada semanal cuando se trata de la jornada semanal de carácter general, o sea, en los casos en los que estamos ante una distribución regular de aquella jornada anual, pero no cuando la jornada semanal sea de las irregulares o particulares posibles, puesto que en estos casos el único límite establecido por el Convenio es el relativo a la jornada anual.”*

En definitiva, para definir las horas extraordinarias, como norma general, recurriremos a lo regulado por el artículo 35.1 del ET, *“Tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo..”*, teniendo en cuenta que la jornada ordinaria es aquella establecida por convenio o por contrato entre las partes.

Dentro de las horas extraordinarias, podemos distinguir dos tipos: horas extraordinarias motivadas por fuerza mayor y las horas extraordinarias normales. Las primeras son aquellas que tienen como objetivo prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios urgentes, teniendo en cuenta que las que se realicen por estos motivos no serán computadas a efectos de duración máxima de la jornada ordinaria laboral, ni serán tenidas en cuenta en el cómputo máximo de horas extraordinarias autorizadas por la Ley⁸. El término “fuerza mayor” no aparece definido en la legislación laboral, por lo que para entender su verdadero significado podemos recurrir al artículo 115.4 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS), cuando se refiere a los accidentes debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, y sobre todo al artículo 1575 del Código Civil (en adelante CC) que entiende que la entiende como un suceso imposible de prever o que, previsto fuera imposible evitar.

También para la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante ITSS) ha sido un tema objeto de análisis, fundamentalmente para evitar el fraude en la cotización de las mismas, y así en su Criterio Técnico N°85/2010 ha concluido que para que se consideren horas extraordinarias de fuerza mayor, es necesario que se trate de una situación extraordinaria que motive la realización de dicho trabajo, y que éste tenga carácter urgente e inaplazable.

La Sección Tercera del Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de marzo de 2006, menciona una serie de Sentencia, en las que se define fuerza mayor como *“acontecimiento externo al círculo de la empresa y del todo independiente de la voluntad del empresario, que a su vez sea imprevisible, o que*

⁷ GARCÍA NINET, J.I. / VICENTE PALACIO, A., *Derecho del Trabajo*, Thomson Reuters ARANZADI, Navarra 2012, p 713

⁸ Véase artículo 35.3, apartado 2, del Estatuto de los Trabajadores

previsto sea inevitable”, y no considerando como tales aquellas que tengan su origen en la prestación ordinaria del servicio. En sentido contrario, podemos decir que horas extraordinarias normales serán todas aquellas que no se puedan incluir en ninguno de los supuestos vistos anteriormente.

En lo referente al límite de horas que se pueden realizar, hemos de estar a lo regulado por el artículo 64 del Convenio de la Construcción, que al igual que en el ET, se establece como límite máximo anual por trabajador 80 horas, no pudiendo éste ser ampliado por contrato individual ni por Convenio. Realizar horas extraordinarias por encima de dicho límite será considerado como infracción empresarial grave, recogida en el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante TRLISOS) y sancionada con multa. En el mismo artículo 64 del Convenio se regula, que dentro del límite de las 80 horas no se computarán las de fuerza mayor ni aquellas que hayan sido compensadas con descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización⁹. También el límite anual de horas extraordinarias establecidas en los artículos mencionados, podrá ser rebajado por el Gobierno en determinadas situaciones excepcionales¹⁰

En todo caso, hay que de tener en cuenta que la realización de las horas extraordinarias siempre será voluntaria, excepto aquellas horas que sea necesario realizar debido a fuerza mayor, así lo recoge el artículo 63 del Convenio de la Construcción. El cumplimiento de este precepto legal, ha de ponerse en relación con el artículo 1091 del CC¹¹ y en conclusión, hemos de establecer que, no puede el empresario obligar al trabajador a la realización de las mismas porque se excedería de la jornada laboral exigible pactada por las partes ya en contrato individual, ya en convenio colectivo.

Otro tema controvertido, y objeto de abundante jurisprudencia, es la demostración por parte del trabajador de la realización de las horas extraordinarias. El ET en su artículo 35.5 establece “5 *A efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente*”. Respecto a esto los Tribunales han resuelto de una manera dispar, considerando que aunque no se lleve la documentación referida en el precepto, las horas extraordinarias deberán pagarse, pero reconocen que la falta de medios de prueba de su realización juega en contra de los intereses legítimos del trabajador. Y aunque la casuística relativa a la horas extraordinarias es muy variada, es reiterada la jurisprudencia que admite “*cuando la jornada llevada a cabo por el trabajador es uniforme, basta con acreditar esta circunstancia para colegir también la habitualidad de la jornada extraordinaria*” cuando se produce este supuesto se invierte la carga de la prueba y será el empresario el que tendrá que demostrar que la jornada ha sido menor que la que alega el trabajador. El Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de diciembre de 1992 ha establecido respecto a la prueba de la efectiva realización de horas extraordinarias “*la exigencia jurisprudencial de una prueba rigurosa y circunstancial de las horas extras cede ante el desarrollo habitual de una jornada uniforme, en cuyo caso basta con acreditar tal circunstancia para colegir también la habitualidad de la jornada extraordinaria*”. Así pues, hemos de estar al caso en concreto a la hora de probar la realización de dichas horas, teniendo en cuenta que los partes de trabajo o notas elaboradas por los propios empleados no son consideradas como prueba suficiente para la demostración de las horas, cuando no figure en ellas otra firma que la del propio interesado.

⁹ Véase artículo 35.3, apartado 2, párrafo segundo del Estatuto de los Trabajadores

¹⁰ Artículo 35.2 del Estatuto de los Trabajadores “*El Gobierno podrá suprimir o reducir el número máximo de horas extraordinarias por tiempo determinado, con carácter general o para ciertas ramas de actividad o ámbitos territoriales, para incrementar las oportunidades de colocación de los trabajadores en situación de desempleo*”

¹¹ Artículo 1091 del Código Civil “*las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos*”

2.2 Retribución y cotización de horas extraordinarias

Una vez demostrada la realización de las horas extraordinarias se debe proceder a su retribución, de acuerdo con el artículo 34 del ET, podrá llevarse a cabo mediante descanso o retribuyéndolas. Si se opta por la primera opción dicho descanso, en ningún caso podrá ser inferior a las horas extraordinarias efectivamente realizadas, y deberá compensarse en los cuatro meses siguientes a la realización de las mismas. También el mismo precepto del ET contempla la posibilidad de que las horas extraordinarias sean retribuidas económicamente y tampoco en este caso podrán tener un valor económico inferior al de la hora de trabajo de la jornada ordinaria.

En el Convenio de la Construcción, norma de obligado cumplimiento en el supuesto objeto de estudio, la retribución de las horas extraordinarias se regula en el artículo 65, y en él se le reconoce al empresario la potestad de optar entre compensar con un tiempo equivalente de descanso o retribuir dichas horas extraordinarias. Si opta por la opción de retribuir con tiempo de descanso, las horas trabajadas por encima de la jornada laboral ordinaria no serán computadas a los efectos de los límites máximos anuales mencionados en el epígrafe anterior. Mientras que si el empresario decide abonarlas lo hará teniendo en cuenta la categoría o nivel profesional de cada trabajador y la tabla anexa del Convenio de la Construcción.

A la hora del abono de las horas extraordinarias, tendremos en cuenta que dicha cuantía debe formar parte de la base de cotización a la Seguridad Social y se añadirá para el cálculo de las prestaciones atendiendo a lo previsto el artículo 111 de la LGSS,¹². Es necesario diferenciar, también en este caso, si se trata de horas extraordinarias por fuerza mayor u otro tipo de horas. Las primeras, tendrán una cotización menor, tanto por parte del empresario (12%), como del trabajador (2%), mientras que las horas extraordinarias realizadas por cualquier otra causa tanto para el empleador (23,60%) como para el trabajador (4,70%) tendrán unos porcentajes de cotización mayor. En numerosas ocasiones, esta diferencia es causa de fraude en la cotización a la Seguridad Social¹³.

3 Daños morales por vulneración del derecho al descanso

3.1 El derecho al descanso

A la hora de regular las relaciones laborales, además de estipular el tiempo de duración de la jornada de trabajo, también es necesario establecer los períodos mínimos de descanso. Dicho descanso según el artículo 40.2 de la Constitución Española (en adelante CE) será garantizado por los poderes públicos limitando la jornada laboral.

El tiempo de descanso podrá ser pactado entre las partes, pero han de transcurrir como mínimo, doce horas entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente, así lo establece el artículo 34.3 del ET, estableciendo el mismo artículo en su apartado cuarto un período de descanso mínimo de quince minutos en los supuestos en que la duración de la jornada diaria continuada sea superior a seis horas, este tiempo será considerado como tiempo de trabajo efectivo.

La Jurisprudencia ha interpretado que este tiempo de descanso entre el final de una jornada y el principio de la siguiente es necesario disfrutarlo, no sólo para recuperarse del cansancio y del esfuerzo que conlleva todo trabajo, sino también para disfrutar del ocio y poder compatibilizar la vida familiar, laboral y personal, estimando que en caso de no ser disfrutado se le puede ocasionar al trabajador unos daños y perjuicios que estarán sujetos a indemnización, cuando en el empresario en el cumplimiento de sus obligaciones incurra en dolo, negligencia o morosidad.

¹² Artículo 111 de la Ley General de la Seguridad Social: “La remuneración que obtengan los trabajadores por el concepto de horas extraordinarias, con independencia de su cotización a efectos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, estará sujeta a una cotización adicional por parte de empresarios y trabajadores, con arreglo a los tipos que se establezcan en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado”

¹³ Criterio Técnico N° 85/2010 Sobre las Horas Extraordinarias de Fuerza Mayor . Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Además del descanso entre jornadas, también el ET en su artículo 37.1, establece un descanso mínimo semanal que será como mínimo de día y medio¹⁴. En la mayor parte de los Convenios Colectivos el tiempo de descanso semanal es de dos días, incluso contemplándose en algunos la posibilidad de acumulación de dicho descanso cada dos semanas¹⁵, esta acumulación se podrá pactar por convenio, e incluso en algunos casos mediante pacto individual. En lo referente al descanso anual el art. 38 del mismo texto legal, establece un período mínimo de treinta días de vacaciones anuales retribuidas que podrán acordarse por convenio o mediante contrato individual, no pudiendo ser sustituidas por compensación económica.

Del mismo modo que el límite máximo de la jornada laboral no era un derecho disponible por las partes, lo mismo sucede con la duración de los tiempos mínimos de descanso, que también tienen carácter imperativo. Estos límites, como regla general, sólo podrán ser rebasados en casos de fuerza mayor, entendiéndose ésta como un acontecimiento que las partes no pudieron prever, o que previsto no pudieron evitar porque su carácter catastrófico procede de una órbita externa ajena a la voluntad y conducta de aquellas¹⁶.

En cuanto a la retribución del tiempo dedicado al descanso, la Ley nada dice al respecto sobre este particular, ya que estos descanso se vienen considerando retribuidos. La doctrina y la jurisprudencia lo consideran como una retribución correspondiente al período de descanso semanal, es decir, un salario diferido, que se devenga durante los días de actividad efectiva ya incluida en el salario mensual o semanal convenido. Esta retribución no es intangible, ya que experimenta una reducción o un aumento del mismo en proporción a la duración de las ausencias a lo largo de los días laborables de la semana¹⁷.

3.2 Cuantificación del daño

Cuando tiene lugar la vulneración de un derecho, sea del tipo que sea, su consecuencia suele ser la causación de un daño. Así, siguiendo el CC en su artículo 1101 “*quedan sujetos a indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravienieren al tenor literal de aquellos*”, por lo tanto, cuando se cause un daño éste deberá ser reparado, ya que la víctima tiene derecho a ser resarcida en todo aquello en que ha resultado perjudicada.

Los daños se clasifican en materiales y morales, siendo los primeros los más evidentes, ya que normalmente se pueden apreciar de una manera objetiva, y consecuentemente serán más fáciles de demostrar y cuantificar. En la mayor parte de los casos, estos daños materiales, van acompañados de daños morales. A la hora de cuantificar e indemnizar los daños, tanto las partes, como los órganos jurisdiccionales recurren de manera asidua al ya conocido como “Baremo de Tráfico”¹⁸, que es la norma legal donde se recogen de forma pormenorizada las cuantías que deben ser abonadas a las personas en función del daño sufrido, incluyendo en dichas cuantías la parte correspondiente al daño moral sufrido.

¹⁴ Artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores Descanso semanal, fiestas y permisos.1. “*Los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por periodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo.*”

¹⁵ Artículo 26 Convenio Colectivo del Personal Laboral del sector sanitario de Galicia gestionado por fundaciones públicas sanitarias o empresas públicas. “*de esos tres días, por lo menos dos deberán ser consecutivos y uno de ellos recaerá, como mínimo, en un domingo cada mes.*”

¹⁶ CABEZA PEREIRO, J./ RABANAL CARBAJO, P. /MELLA MÉNDEZ, L./ FERNANDEZ PRIETO M., *A Ordenación do Tempo de Traballo*, Consello Galego de Relacións Laborais, Santiago de Compostela, 2004, p133

¹⁷ MOLERO MANGLANO, C./ SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M./ LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J./ MATORRAS DÍAS-CANEJA, A, *Manual de Derecho del Trabajo* (undécima edición), Aranzadi, Navarra 2011, p.378

¹⁸ Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (Vigente hasta el 01 de Julio de 2016).

La Audiencia Provincial (en adelante AP) de Barcelona en su Sentencia de 8 de febrero de 2006 definió el daño moral como "*es el infligido a las creencias, a los sentimientos, a la dignidad de la persona o a su salud física o psíquica [...]. La zozobra, la inquietud, que perturban a una persona en lo psíquico*", de dicha definición podemos extraer, para el caso que nos atañe, que cuando a un trabajador se le vulnera su derecho al descanso, se le está causando un daño en su salud física e incluso psíquica.

Por su parte, la Sala Primera del Tribunal Supremo en su Sentencia de 25 de junio de 1984 señala lo siguiente refiriéndose al daño moral "*la construcción del referido daño como sinónimo de ataque o lesión directa a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad, peca hoy de anticuada y ha sido superada tanto por la doctrina de los autores como de esta Sala. Así, actualmente predomina la idea del daño moral representado por el sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensa a la fama, al honor..etc.). En el caso de la vulneración del descanso obligatorio se produce una agresión directa por parte del empleador a los derechos del trabajador, derechos que hemos de entender como un patrimonio inherente a su condición de trabajador, y que le son reconocidos de manera legal.*

En cuanto a la prueba del daño moral, existe una consolidada doctrina jurisprudencial en la que se reconoce la especial dificultad para la demostración del mismo, admitiendo que en determinados supuestos siempre se produce un daño de este tipo, y es que, el dolor, el cansancio, los afectos ..etc. son sentimientos imposibles de demostrar, ya que todos ellos tienen una elevada carga de subjetividad. Así lo interpretó el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de junio de 2011, no hay alternativa: "*el daño moral por su carácter afectivo y de pretium doloris, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo*", pero como reconocen otras sentencias del Alto Tribunal no por ello se ata a los Tribunales de Justicia e imposibilita legalmente para fijar su cuantificación.

Una vez demostrada la existencia de un daño, la siguiente operación es la cuantificación del mismo. Así pues, a la hora de establecer la cuantía reparadora del daño moral infringido por no respetar el derecho al descanso por parte del empresario, es aceptado por la jurisprudencia el cálculo del número de horas en que ha habido solapamiento del descanso semanal y del descanso diario, teniendo en cuenta el importe salarial de dichas horas, aunque hemos de precisar que dicho cálculo no supone la reclamación de salarios por exceso de jornada, sino que debe ser interpretado como una forma de fijar el daño moral. Esta fórmula es aceptada por reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras la reciente sentencia de la Sala 4ª de 30 de marzo de 2016.

Por lo tanto, como indicábamos al inicio de este epígrafe y parafraseando el contenido del artículo 1101 del CC, para que proceda la indemnización del daño han de concurrir tres elementos, en primer lugar, la existencia de un daño, en segundo lugar, la negligencia o morosidad y, por último, la relación de causalidad entre la conducta dolosa o negligente y el daño causado, así lo recoge la Sala 4ª del Tribunal Supremo en su Sentencia de 14 de abril de 2014 (recurso 1667/2013).

Una vez concluido que existe un daño y su cuantificación, pasaremos al segundo requisito que ha de concurrir, la culpa o negligencia que ha causado el daño. Cuando se vulnera el derecho al descanso, por parte del empleador, su conducta es considerada negligente por los tribunales "*la conducta de la empresa ha de calificarse de negligente al desconocer el derecho de los trabajadores a disfrutar el descanso*" STS Sala 4ª 30 de marzo de 2016. Puesto que el empresario no ha tenido en cuenta el

contenido imperativo de los precitados artículos 34.3 y 37 del ET. En el supuesto objeto de análisis entendemos que el empleador no respeta los períodos mínimos de descanso que imperativamente regulan los preceptos legales y que le son de aplicación a todos los trabajadores por cuenta ajena.

Y por último, el tercer requisito exigible para que surja el derecho a indemnización según el precitado artículo 1101 CC es la relación de causalidad entre el daño causado y la actuación empresarial. El nexo causal, en el supuesto de hecho, resulta evidente, ya que como consecuencia del comportamiento del empleador, obligando al trabajador a realizar más horas de las acordadas por las partes, incluso no respetando los descansos mínimos legalmente establecidos, el trabajador ve vulnerado dicho derecho.

Por todo ello Don Francisco puede ejercer una acción de reclamación por indemnización de daños y perjuicios, dicha indemnización será cuantificada, teniendo en cuenta las horas de menos descansadas, y la cuantía de cada hora. Entendiendo que estos importes, como señalábamos en este último epígrafe, no pueden ser considerados como salarios por exceso de jornada, sino como la cuantificación de un daño moral.

4 Vulneración de derechos fundamentales

4.1 Tratos vejatorios, amenazas y coacciones

Antes de entrar en la vulneración de los derechos fundamentales mencionados en el título del epígrafe, es necesario hacer una breve referencia a los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito laboral.

Aunque nuestro texto constitucional, no se refiere específicamente a los derechos fundamentales del trabajador, es evidente que tales derechos son inherentes a las personas en todas las facetas de su vida, incluido el ámbito laboral, debiendo compaginarse éstos, con los derechos y deberes derivados del contrato de trabajo y con los intereses legítimos de las empresas. En este sentido, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) en su Sentencia de 12 de junio de 1996 declara *“la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para el trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”*. En el ámbito laboral, considera el TC que el trabajador ejercerá sus derechos fundamentales en el seno de la relación siempre conforme a los principios de buena fe, sin que quepa un ejercicio irrestricto de aquellos con efectos de verdadero abuso de derecho .

Estos derechos fundamentales del trabajador en ocasiones pueden entrar en colisión con otros derechos reconocidos por la CE, como pueden ser la libertad de empresa¹⁹ o la propiedad privada²⁰, que en definitiva, son la esencia de los poderes del empresario. Es por ello que cuando un trabajador se incorpora en un puesto de trabajo, es necesario que condicione o adapte el ejercicio de sus derechos fundamentales a la realización de la actividad productiva, ya que dichos derechos no se pueden considerar ilimitados. Sentado esto, también hemos de subrayar que en ningún caso el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empresario pueden producir ningún tipo de lesión en los derechos fundamentales del trabajador.

El TC, con la finalidad de resolver los casos de confrontación entre los derechos fundamentales del trabajador y los intereses organizativos del empresario, parte de la base que es necesario llegar a un equilibrio entre ambos derechos sin que ninguna de las partes del contrato pueda verlos mermados de una forma injustificada. Considera el TC que debe primar el principio de proporcionalidad, y para su

¹⁹ Véase artículo 38, de la Constitución Española de 1978.

²⁰ Véase artículo 33, de la Constitución Española de 1978.

aplicación es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: juicio de idoneidad, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Entre los derechos fundamentales, la doctrina²¹ distingue los específicamente laborales, basados en la relación laboral, y por ello podrán ser ejercitados por los trabajadores como tales (huelga, libre sindicación) y por otro lado derechos constitucionales laborales inespecíficos, que tienen un contenido indirectamente laboral, ya que, aunque no son específicamente laborales, porque los trabajadores son titulares de los mismos por ser personas, presentan en la relación laboral un importante desenvolvimiento. En el ámbito laboral, también los derechos fundamentales tienen un tratamiento especial, a la hora de ejercitar acciones por su vulneración ante los órganos jurisdiccionales del orden social, éstas se tramitarán mediante un procedimiento especial, regulado en el título XI de la LRJS.

La CE en su artículo 10.1 señala que la dignidad de la persona forma parte del núcleo de los derechos fundamentales que le son inherentes y junto a otros pilares, son el sustento del orden político y de la paz social²². En cuanto a la regulación del derecho a la dignidad existen otras normativas de desarrollo constitucional con categoría de Ley Orgánica (en adelante LO) como la 1/1982 sobre la protección al honor a la intimidad y a la propia imagen, y la LO 15/1999 sobre la protección de datos de carácter personal, incluyendo en este grupo la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de Mujeres y Hombres.

El ET en su art. 4.2 e) reconoce que en la relación laboral, el trabajador tiene derecho a que se le respete su intimidad y a ser tratado con la debida dignidad, dicho derecho ha de ser puesto en relación con las facultades de dirección que ostenta el empresario, ya que, como introducíamos al principio del epígrafe ambos derechos pueden colisionar. El V Convenio de la Construcción en su artículo 30 establece, el deber del empresario de respetar la dignidad que le reconoce la CE como persona al trabajador. Y el TRLISOS en su artículo 8 considera como falta muy grave los actos del empresario contrarios a la consideración debida a la dignidad de los trabajadores, y de un modo subsidiario el artículo 7.1023 del mismo texto legal lo considera como falta grave, incluyendo en dicha Ley la sanción correspondiente para cada caso.

Cuando tiene lugar una vulneración del derecho a la dignidad del trabajador, en la mayoría de los casos estamos ante una situación de acoso. Para algunos autores²⁴ el acoso en principio fue una figura de creación jurisprudencial, aunque con referencias comunitarias, configurada por los tribunales para resolver reclamaciones judiciales interpuestas invocando una tutela del artículo 15 de la CE. El filósofo alemán Leymann ya definió acoso como *“la situación en que uno o más trabajadores o directivos son maltratados, amenazados o humillados, repetida y deliberadamente, en circunstancias relacionadas con el trabajo”*, esta definición ha sido adoptada en el ámbito internacional en el Acuerdo Marco Europeo de 26 de abril de 2007 sobre la Prevención del Acoso y la Violencia.

²¹ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, p.31.

²² J.I. GARCÍA NINET, A. VICENTE PALACIO *Derecho del Trabajo*, 2012, cit., p 713

²³ Artículo 7.10 TRLISOS *“establecer condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente o por convenio colectivo, así como los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 ET, salvo que proceda su calificación como muy graves, de acuerdo con el artículo siguiente”*.

²⁴ MOLERO MANGLANO, C./ SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M./ LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J./ MATORRAS DÍAS-CANEJA, A, *Manual de Derecho del Trabajo*, 2011, cit., p.378

En nuestra legislación el artículo 28 de la Ley 62/2003 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social, nos da una definición del acoso moral como *“toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentarse contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo”*.

También la ITSS en su Criterio Técnico 69/2009²⁵ sobre el acoso, estableció que existe acoso cuando concurren una serie de notas que son comunes al acoso sexual. En primer lugar estamos ante una conducta que debe de ser examinada desde un punto de vista objetivo, ya que tiene una finalidad y produce unos efectos en la víctima. La segunda nota está referida a que la conducta llevada a cabo atenta contra el derecho a la dignidad de la persona y en tercer lugar dicha conducta crea un entorno intimidatorio humillante o degradante u ofensivo para la persona afectada. Para la ITSS el trato vejatorio hacia el trabajador entra dentro de los supuestos contemplados como de acoso moral, teniendo en cuenta que la definición de esta conducta es imprecisa porque obedece a patrones culturales, de lo que se considera en cada caso como tolerable o inaceptable conforme a las circunstancias. En definitiva para valorar que existen tratos vejatorios hemos de estar a patrones objetivos de valoración social, teniendo en cuenta el patrón cultural de la víctima y no acudiendo a interpretaciones de carácter subjetivo.

Por su parte, los Tribunales, y concretamente la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León (Burgos) en su sentencia de 26 de junio de 2014, consideran que para que pueda considerarse una situación de acoso, es necesario que concurren las siguientes circunstancias:

- a) Hostigamiento, persecución o violencia psicológica contra una persona o un conjunto de personas.. No se debe confundir con una mera situación de tensión en el trabajo. Para que se dé este primer elemento es necesario que la víctima sea objeto de un conjunto de actuaciones que configuran , en su conjunto, un panorama de maltrato psíquico o moral, una denigración o vejación del trabajador.
- b) Carácter intenso de la violencia psicológica. Exige que la situación de violencia sea grave, llegando a utilizar términos como violencia intensa o extrema, ha de existir un hostigamiento intenso.
- c) Prolongada en el tiempo. Considera la Sala que para considerar la existencia de acoso no basta con que la violencia tenga lugar de forma esporádica. Para el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo y también para el profesor Leymann dicha violencia debe de tener una duración mínima de 6 meses, aunque este plazo ha sido interpretado de forma flexible por los tribunales, concluyendo que lo que realmente importa es la idea de continuidad.
- d) Que tenga como finalidad dañar psíquica o moralmente al trabajador, para marginarlo de su entorno laboral. Este elemento sirve como nexo o conductor y tiene que existir una intención de dañar que realmente afecte al empleado, ya que en el caso de que no causara un perjuicio grave no existiría acoso.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia aceptan de un modo pacífico la concurrencia de estos cuatro elementos a la hora de determinar que ha habido acoso. El quinto elemento para determinar la existencia de acoso es la necesidad de que se produzcan daños psíquicos en el trabajador afectado, respecto a este elemento no hay acuerdo entre la doctrina y la jurisprudencia. Por un lado la doctrina entiende que no debe ser necesaria la demostración del daño psíquico, ya que normalmente el perjuicio a la víctima del acoso se manifiesta en bajas médicas por depresión, alteraciones emocionales, insomnio..etc. y hay que tener en cuenta que la demostración de dichos perjuicios, en muchas ocasiones plantea enormes dificultades, a la hora de diferenciar los supuestos auténticos de

²⁵ Criterio Técnico Nº 69/2009 Sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo. Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

los ficticios, ya que para cualquier empleado resulta relativamente fácil conseguir un informe médico que acredite dichos trastornos y que éste indique que tienen procedencia laboral.

Por el contrario, para la jurisprudencia, en la mayor parte de los casos resulta exigible la producción de daños en el trabajador afectado, así la Sala de lo Social del TSJ de Navarra en su Sentencia de 31 de marzo de 2015 estableció respecto a los daños *“circunstancia que concurre en la mayoría de supuestos examinados por las sentencias que se han ocupado de la cuestión, pues el inicio de la tipificación jurídica del concepto de acoso moral ha venido muy marcado por nociones propias de la psicología...centrándose más en los aspectos de prevención de riesgos laborales que en la afectación de esta conducta a los derechos fundamentales del trabajador. los primeros casos de mobbing que han llegado a los tribunales han tenido como eje central el daño psicológico”*. En el supuesto de hecho que estamos analizando en el presente trabajo, sí existen unos tratos vejatorios por parte del empleador que han tenido como consecuencia unas lesiones de carácter psicológico avaladas por un informe médico incluso derivando en problemas fisiológicos.

Respecto a la carga de la prueba, en el proceso ordinario, como norma general, rigen las disposiciones de la LEC, pero en los procesos en que se invoque la vulneración de derechos fundamentales dispone el artículo 96.1 de la LRJS *“ En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”*. Esto es así, por las dificultades probatorias de las posibles vulneraciones de los derechos fundamentales en el seno de la relación de trabajo, así pues el trabajador demandante deberá aportar unos indicios razonables sobre la lesión como consecuencia del acto o conducta empresarial. Pero ha de advertirse que en el caso de que no pueda aportar esos indicios o un principio de prueba supondrá la lesión de un derecho sustantivo y no la lesión de un derecho fundamental, así lo ha declarado el TC en reiteradas Sentencias²⁶

En el caso de Don Francisco los indicios que son requeridos para que la carga de la prueba se invierta, tienen como soporte el informe médico, además del acta que levantaron los funcionarios de la ITSS, en el supuesto de que la misma le fuese favorable. La Sala de lo Social del TSJ del País Vasco en el Fundamento Jurídico Quinto de su Sentencia de 4 de diciembre de 2012, así lo reconoce, aludiendo además a la eficacia probatoria que tienen las Actas levantadas por la ITSS, y que será objeto de un estudio más detallado en epígrafes posteriores.

4.2 Garantía de indemnidad

Dentro de los derechos fundamentales recogidos en la CE, además del derecho a la dignidad visto en el epígrafe anterior, también figura el art. 24 que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva. En nuestra legislación se reconoce por primera vez en un texto legal la garantía de indemnidad en el artículo 17.1 del ET²⁷, asimismo en el artículo 9 la LO 3/2007 para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres reconoce específicamente la indemnidad frente a represalias extendiéndolo a

²⁶ SALINAS MOLINA, F. Magistrado de la Sala IV del TS, Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales: incidencia en la extinción contractual: jurisprudencia unificadora. Artículo publicado en Actum Social N°48 enero /febrero 2011 p.13

²⁷ Artículo 17.1 párrafo segundo del Estatuto de los Trabajadores *“Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y 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”*.

reclamaciones administrativas cuando tenga lugar una discriminación por sexo. También en el ámbito internacional existen Directivas europeas, entre otras la Directiva 2000/78CE del Consejo en su art.11²⁸ relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, o el artículo 5.c del Convenio 158 de la OIT.²⁹

El TC en reiteradas Sentencias, entre otras, la dictada el 28 de febrero del 2011, señala que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce cuando tienen lugar irregularidades dentro del proceso judicial que impiden al trabajador ejercitar sus derechos, sino que también a través de la garantía de indemnidad, lo que significa que del ejercicio de una acción judicial o de los actos preparatorios o previos a su ejercicio no puedan seguirse consecuencias perjudiciales para el trabajador en su relación, lo que de una manera inequívoca implica la nulidad de la conducta empresarial represaliadora.

En cuanto a los supuestos que son objeto de protección de la garantía de indemnidad, ha establecido la jurisprudencia que no sólo opera frente al despido, sino que también se hace extensiva a cualquier otra medida dirigida a impedir, coartar o represaliar el ejercicio de la tutela judicial, así lo ha reconocido el TC, por primera vez, en su Sentencia 14/1993 de 18 de enero de 1993³⁰. Asimismo, desde el año 1993 hasta nuestros días, la jurisprudencia del TC ha evolucionado y la protección de la garantía de indemnidad se ha ido ampliando atendiendo tanto a las causas protegidas como a los sujetos que deben ser objeto de dicha protección. Esta evolución ha sido objeto de discrepancia dentro del propio TC, con la emisión de votos particulares por parte de algún magistrado de dicho órgano jurisdiccional³¹

También la doctrina³² ha definido la garantía de indemnidad como “*una peculiar vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva que ofrece su cobertura a quien ejercita su derecho de acudir al proceso frente a cualquier injerencia represiva pública o privada, incluidas las represalias que la empresa pudiera adoptar contra un trabajador como consecuencia del planteamiento por éste de una acción judicial contra aquella*”. En las relaciones laborales la garantía de indemnidad es aquella que impide al empresario llevar a cabo represalias por las acciones realizadas por el trabajador para la defensa de sus derechos legítimos.

A la hora de interpretar la garantía de indemnidad también existe discrepancia entre la doctrina ya que un sector³³ distingue por un lado una acepción estricta referida únicamente a la vinculada con el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sosteniendo que debe de interpretarse así ya que debe estar conectada con el derecho fundamental del que nació la garantía, y por otro lado una garantía extensiva que englobaría también el ejercicio de otros derechos fundamentales distintos del regulado en el artículo 24 de la CE.

²⁸ Art.11 de la Directiva 2000/78CE del Consejo “Los Estados miembros adoptarán en sus ordenamientos jurídicos las medidas que resulten necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido o cualquier empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato”.

²⁹ Art.5.c del Convenio 158 de la OIT, que entre los motivos que no serán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo está el haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas.

³⁰ Sentencia 14/1993 del TC 18/01/1993. Cese realizado por el director de una revista en la que colaboraba la demandante quien tras dirigir varios escritos y reclamación administrativa previa en solicitud de reconocimiento de relación laboral indefinida, el TC otorga el amparo. Por primera vez el TC utiliza el término “garantía de indemnidad”.

³¹ Voto Particular de Don Vicente Conde Martín de Hijas Magistrado del Tribunal Constitucional señalando su preocupación ya que la ampliación de casos de la garantía de indemnidad de los trabajadores, está convirtiéndose en un derecho fundamental autónomo de éstos, desvinculándose del derecho fundamental del que dice ser contenido.

³² ÁLVAREZ ALONSO, D. *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*. Bomarzo, Albacete, 2005, p.28

³³ VALLE MUÑOZ, F.A. *La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario*, Relaciones Laborales, núm.9, 2005, pp.11 y ss.

La garantía de indemnidad se entenderá activada cuando concurren tres elementos³⁴: 1) Actuación del trabajador que suponga una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional, 2) La represalia empresarial, es decir, que se constate la presencia de un acto empresarial perjudicial para el trabajador, dicho acto no tiene porque ser un despido, puede tratarse de una sanción económica, un traslado o cualquier otra medida capaz de represaliar al trabajador, y 3) Como en todo daño debe existir una conexión causal entre ambas conductas. En el supuesto objeto de análisis la demanda presentada por el trabajador, solicitando la declaración de nulidad del despido, depende en gran medida de que consiga demostrar que le ha sido vulnerada la garantía de indemnidad por parte del empresario, y por ello analizaremos, los tres elementos citados anteriormente:

1.- Debe existir una actuación del trabajador que suponga una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional, como hemos visto a lo largo de este epígrafe, tanto la jurisprudencia como la doctrina, de un modo generalizado, aceptan tanto los actos preceptivos al proceso laboral; como la presentación de la papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación (en adelante SMAC), como los actos previos no judiciales no preceptivos como es la presentación de denuncia ante la ITSS.

El supuesto de denuncia ante la ITSS, es plenamente aplicable al supuesto de hecho analizado. Por ello, es necesario puntualizar como interpreta la jurisprudencia la garantía de indemnidad cuando la reclamación es prejudicial y se ha interpuesto ante las autoridades administrativas.

Nuestros órganos jurisdiccionales, tanto el TS como los TSJ, admiten la activación de la garantía de indemnidad en los casos de denuncias presentadas por los trabajadores ante la ITSS ya que consideran, que interpretan que se activa la garantía de indemnidad en el momento en que el trabajador es represaliado, por ejemplo, cuando tiene lugar el despido como consecuencia haber ejercido los derechos legítimos al presentar una denuncia ante la ITSS, con el fin de que ésta realice su actividad inspectora en la empresa y con la posibilidad de que dicho órgano sancione de forma disuasoria al empresario para que así sea repuesto el trabajador en su derecho.

2.- El segundo elemento, es la represalia empresarial, la cual debe de ser intencionada o tener ánimo lesivo. Respecto a este elemento entiende la doctrina³⁵ que han de concurrir dos circunstancias: a) el perjuicio causado al trabajador, entendiéndose como tal el despido, traslado..etc. El perjuicio al trabajador, normalmente se producirá durante la relación laboral, pero en determinados supuestos los tribunales han admitido la vulneración de la garantía de indemnidad con anterioridad a iniciarse la relación laboral o una vez finalizada ésta³⁶. b) la intencionalidad, es la segunda circunstancia requerida y tiene un claro componente subjetivo. Es por ello que la Jurisprudencia ha admitido que para interpretar que han tenido lugar las represalias basta con que exista una lesión objetiva no intencional del derecho a la tutela judicial efectiva, si ser necesaria la existencia de un ánimo lesivo.

3.- El tercer elemento exigido para que se active la garantía de indemnidad es la conexión causal entre la acción del trabajador (en nuestro caso la denuncia) y la represalia empresarial (el despido).

La conexión causal se basa fundamentalmente en la prueba de que las represalias son un efecto reactivo del empresario por la denuncia del empleado. En el ámbito laboral establecer dicha conexión es una tarea complicada ya que el empresario en multitud de ocasiones ha disfrazado su reacción de otras causas legalmente admitidas ejerciendo el poder de dirección que le concede cierta

³⁴ ÁLVAREZ ALONSO. *Garantía de indemnidad y decisiones discrecionales: cese de un cargo de confianza*. Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional nº16/2005, Pamplona 2005.

³⁵ CASAS BAAMONDE, M.E. *Tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad*. La Ley, Madrid, 2006, p.720.

³⁶ Sentencia 87/2004 del TC de 10/05/2004: Trabajadora del Concello de Cervo (Lugo) ejercita acción de despido a la finalización de un contrato temporal siendo declarado éste improcedente. En la oferta de nuevas plazas no se le contrata estando empatada a puntos con otra aspirante, constando en el acta de comisión de contratación que en la anterior contratación había causado problemas, y no se resolvió el empate ajustándose a criterios de valoración objetivos.

discrecionalidad tanto como organizador como a través del poder disciplinario del que dispone. Por todo ello, el TC ha creado una jurisprudencia específica, entre otras la Sentencia 136/1996 de 23 de junio de 1996, sobre la distribución de la carga de la prueba en las relaciones laborales. Interpretando el último párrafo del artículo 217 de la LEC³⁷ ha establecido que le corresponde al empresario probar, sin que baste el intentarlo, que su reacción obedeció a motivos objetivos y ajenos a cualquier intención discriminatoria. No obstante, esta carga probatoria le corresponderá al empleador siempre que el trabajador hubiera aportado indicios suficientes al tribunal que pongan a éste sobre la pista del verdadero motivo oculto del acto del empresario.

La doctrina en lo referente a la actividad probatoria que le es exigible al trabajador, ha adoptado dos posturas diferentes³⁸, por un lado se considera que la prueba exigible al demandante es una prueba indiciaria o de presunciones regulada en el artículo 386 de la LEC³⁹, y por otro se opta por considerar que al demandante no se le exige construir una auténtica presunción, sino que le basta con acreditar un mero principio de prueba que demuestre la existencia de un clima discriminatorio o vulnerador de derechos fundamentales.

El TC en sus sentencias ha utilizado de forma aleatoria la denominación de “indicios” o “aportación de un principio de prueba”, pero en todo caso, ha exigido que el demandante demostrara un mínimo de conexión entre la acción del empleado y la reacción del empresario. Aunque la casuística sobre este tema es muy variada, el parámetro al que más acude el TC a la hora de interpretar que existe dicha conexión es la correlación temporal, que exige que la acción del trabajador sea siempre anterior a la reacción del empresario de modo que ésta sea consecuencia de aquella. Así pues, no se admitirán como indicios las reclamaciones de trabajadores cuando ya saben que se va a producir la extinción del contrato.

Por todo lo anterior, cuando el empresario despide al trabajador que lo ha denunciado ante la ITSS, ejerciendo un derecho legítimo, al día siguiente de la visita de los inspectores a la empresa, la cercanía temporal entre ambas acciones es evidente y por ello podremos alegar una conexión clara y manifiesta. Y como consecuencia una vulneración de la garantía de indemnidad que convierte el despido en nulo.

4.3 Reclamación por despido nulo. Subsidiariamente despido improcedente

La finalización del contrato de trabajo, del mismo modo que su celebración, puede tener lugar por acuerdo entre las partes, por la voluntad unilateral de una de ellas o por circunstancias ajenas a los contratantes. Cuando la extinción del mismo es por voluntad unilateral del empresario se denomina despido. La legislación presta una especial atención a la extinción de la relación laboral por voluntad unilateral del empresario, ya que ello puede lesionar intereses de la otra parte contratante y además puede afectar a principios básicos de la legislación laboral, como la estabilidad en el empleo⁴⁰.

³⁷ Artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.

³⁸ CALVAS MARTÍNEZ, F. *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*. Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, pp.348 y ss.

³⁹ Artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil : *Presunciones judiciales* l. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

⁴⁰ MARTÍN VALVERDE, A./ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F./ GARCÍA MURCIA, J/ *Derecho del Trabajo*, vigesimoprimera edición, cit., p 774.

En nuestro sistema laboral el despido tiene las siguientes características⁴¹:

- Es un sistema de despido causal. Lo que implica que, en todo caso, el empleador debe argumentar unas causas de suficiente entidad o, por el contrario, sufrirá una penalización.
- Es un sistema de despido indemnizado. En la mayor parte de las demandas por despido las sentencias acaban condenando al empresario a abonar una indemnización.
- Es un sistema de despido formal. Así pues, dependiendo del tipo de despido, y sus causas, se han de cumplir unos requisitos formales.
- Es un sistema de despido muy intervenido. Algunos autores consideran que esto es debido a que el trabajador español casi siempre reclama frente al despido cuando no se le pagan las indemnizaciones máximas legalmente previstas. Así, en infinidad de ocasiones es preceptivo acudir a órganos de la Administración como por ejemplo el Servicio de Mediación Arbitraje y Conciliación.
- Es un sistema de despido muy protegido. Esta protección se fundamenta principalmente en la justificación exigida al empresario y la indemnización a la que ha de hacer frente en caso de que el despido sea declarado improcedente.

En la Sección 4ª del ET se regulan las causas de despido, figurando entre ellas el despido colectivo, y el despido individual que exige la entrega de una carta de despido.

Los requisitos necesarios para llevar a cabo el despido de un trabajador por la voluntad unilateral del empresario, se regulan de un modo específico en el art. 53 del ET y son los siguientes:

- Comunicación escrita al trabajador expresando la causa. Más conocida como “carta de despido”, y en ella se exige que se especifique la causa que origina dicho despido. Esta causa debe ser concreta y lo más detallada posible.
- Puesta a disposición de la indemnización. Sobre este aspecto hay reiterada jurisprudencia que indica que no es suficiente con la oferta de la entrega de la cantidad indicada en la “carta de despido” ya que el trabajador “*no tuvo ninguna posibilidad de disponer de la cantidad a la que legalmente tenía derecho en el mismo momento que se le entregó la comunicación escrita, ni la referida cantidad había salido del patrimonio del demandado*”, así lo interpretó la Sala Cuarta del TS en su Sentencia de 2 de noviembre de 2005. Por lo tanto, se deben de poner a plena disposición del trabajador, como muy tarde, en el momento de la entrega de la carta la indemnización de veinte días por año de servicio con un máximo de doce mensualidades.
- Es preceptivo avisar al trabajador con una antelación de treinta días.
- Tiene que notificarse a los representantes de los trabajadores el despido del trabajador.

Una vez realizada una breve introducción al despido y a los requisitos exigidos para llevar a cabo el mismo, vamos a centrarnos en el despido nulo, regulado en el art.55.5 y 55.6 del ET, así como en el art. 108.2 de la LRJS.

En nuestro Ordenamiento Jurídico, el despido nulo se reduce a los supuestos de nulidad por vulneración de derechos fundamentales y nulidad por motivos familiares. Dentro de los primeros es de destacar la garantía de indemnidad, pues es abundante la jurisprudencia que reconoce dicho derecho, como hemos visto en el epígrafe anterior. También hemos de especificar que el despido nulo no es la regla general, sino que es la excepción dentro de los tipos de despido. Ya que en la mayor parte de los casos cuando un despido es declarado contrario a la ley suele ser declarado improcedente. Como excepción, se ha dado algún caso que en un principio era un despido procedente, aparentemente, declarándolo finalmente el tribunal como despido nulo. A modo de

⁴¹ MOLERO MANGLANO,C./ SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS,J.M./ LÓPEZ ÁLVAREZ,M.J./MATORRAS DÍAS-CANEJA,A *Manual de Derecho del Trabajo*, 2011,cit. , pp.700 y 701

ejemplo la Sentencia de 21 de enero de 2008, de la Sección Primera de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid⁴² en donde se contempla la doctrina del “despido por reversión”, repercusión del acoso sobre el trabajador, que ante la situación de continua humillación y degradación por las agresiones psicológicas recibidas, llega a reaccionar de manera inconveniente provocando una situación para el despido disciplinario.

La declaración de despido nulo, según los arts. 55.6 del ET y el art.113 de la LRJS tiene como consecuencia la readmisión inmediata del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se produzca la readmisión, es decir, el pronunciamiento final de la sentencia ha de condenar al demandado a reparar las consecuencias derivadas del acto y a pagar la indemnización que corresponda.

Respecto a la readmisión del trabajador hemos de tener en cuenta que cuando la misma resulte imposible, según el art. 286 de la LRJS, el órgano juzgador mediante auto declarará extinguida la relación laboral y acordará la indemnización correspondiente También en el apartado 2 de este mismo precepto se establece que cuando la declaración de nulidad sea por acoso laboral, sexual..etc.la víctima podrá optar por la extinción de la relación laboral con la indemnización que le corresponda en lugar de la readmisión.

Siguiendo lo establecido en el art. 55.4 del ET y el art. 108.1, párrafo segundo de la LRJS, el despido se declarará improcedente cuando no queda acreditado el incumplimiento alegado por el empresario, es decir, cuando los hechos no son causa suficiente para extinguir el contrato, y por otro lado cuando se hayan incumplido los requisitos formales que contempla el art. 55.1 del ET, vistos anteriormente. No obstante, respecto al preaviso, establece el art.122.3 de la LRJS que tanto la no concesión del preaviso, como el error excusable en el cálculo de la indemnización no darán lugar a la declaración de improcedente.

Por lo tanto, la primera de las causas por la que se puede declarar un despido improcedente es por no quedar demostrado por parte del empresario que existen un incumplimiento. La Sala de lo Social del TS en su Sentencia de 14 de marzo de 1993 ha declarado que “ *el despido improcedente no es exclusivo del despido disciplinario, sino que también puede aplicarse, como norma general a cualquier despido casual, es decir cualquier despido en el que el empresario alega una determinada causa de extinción de la relación laboral aunque ésta no sea un incumplimiento contractual comprendido en el art. 54 del ET; pues estos despidos deberán ser declarados improcedentes cuando la causa alegada por el empresario carezca de validez, vigencia, operatividad o eficacia*”. En definitiva, como norma general, cuando existe un incumplimiento de la ley el despido no será declarado nulo, sino improcedente.

Respecto a los defectos de forma, como segunda causa para declarar un despido improcedente, la jurisprudencia es muy abundante, yendo desde la omisión de la fecha de efectos en la carta de despido, hasta la más evidente, la falta de comunicación. La Sala 4ª del TS en su sentencia de 21 de septiembre de 2005 declara la improcedencia del despido por haber sido despedido el trabajador verbalmente, el TSJ había declarado la nulidad del contrato.

En aquellos casos en que órgano juzgador declare improcedente el despido, según el artículo 56 del ET., en la misma Sentencia se le concederá al empresario un plazo de cinco días desde la notificación de la misma, en que podrá optar entre readmitir al trabajador o abonarle una

⁴² Sentencia 21/01/08 Secc.1ª Sala de lo Social del TSJ de Madrid, Despido nulo : despido disciplinario por faltas de asistencia injustificadas al trabajo que tiene como origen una situación de acoso laboral . Violación de la garantía de indemnidad como represalia por una denuncia ante la ITSS .

indemnización que equivaldrá a treinta y tres días de salario por año de servicio, con el prorrateo por meses de los períodos inferiores a un año hasta un máximo de veinticuatro meses, teniendo en cuenta que si opta por la indemnización, en dicha fecha se entenderá extinguida la relación laboral. Si el empresario optara por la readmisión, el trabajador tiene derecho a la percepción de los salarios de tramitación. Y si no opta por ninguna de las dos formas, el ET, en su artículo 56.3 establece que se entenderá como readmitido el trabajador a la empresa, excepto cuando se trate de un representante de los trabajadores, en cuyo caso será éste el que elegirá entre la readmisión o la indemnización. La readmisión será en el mismo puesto de trabajo anterior o en otro dentro de la misma categoría o grupo profesional, estableciéndose como límites los del art. 39 y 41 del ET en lo referente a la movilidad funcional y a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En relación con los salarios dejados de percibir durante la tramitación del proceso hasta la sentencia, también el trabajador tiene derecho a su percepción, y serán pagados por el empresario, con la salvedad de que si transcurren más de noventa días hábiles desde la presentación de la demanda hasta la sentencia según lo previsto en el art.56.5, el empresario tiene derecho a que el Estado le abone la cantidad que correspondiente al tiempo que exceda de esos noventa días.

La declaración del despido como improcedente tiene carácter supletorio para cualquier supuesto de extinción imputable a la voluntad del empresario, es por ello que se aplica a una gran cantidad de supuestos⁴³, y la jurisprudencia al respecto es muy variada.

Por lo expuesto, entendemos que en caso de Don Francisco ha habido una vulneración flagrante de derechos fundamentales, con un despido posterior, que en ningún caso cumplía los requisitos exigidos en los artículos mencionados y por lo tanto, en su demanda solicita del Tribunal la declaración de nulidad del despido.

Para el caso de que el órgano enjuiciador no estime la nulidad del despido, Don Francisco, en su escrito de demanda solicitará una declaración de improcedencia del despido que condene a la empresa a abonar al trabajador la indemnización que legalmente proceda además de los salarios de tramitación, y en caso de optar por la readmisión el pago de los salarios no percibidos desde que se produjo en despido.

5 Acciones del trabajador

5.1 Principios del Proceso Laboral

Una vez examinados los derechos que le han sido vulnerados al trabajador por parte de su empresario, hemos de tener en cuenta que si Don Francisco pretende el resarcimiento de los mismos, tendrá que instar un procedimiento ante la jurisdicción social por ser la competente en la materia, como hemos recordado al principio de nuestro trabajo.

Los principios reguladores del proceso laboral, se establecen en el Título VI de la LRJS, así como los deberes procesales, que entre otros; el procedimiento laboral se iniciará siempre a instancia de parte, dicha parte aportará la pretensión, así como los hechos, indicando cuales son controvertidos, propondrán la prueba de la que intentan valerse para fundar su derecho.etc. Además de estos principios contenidos en la mencionada norma, de modo supletorio, al proceso laboral le es de aplicación la LEC.

A la hora de ser parte y poder intervenir en el proceso laboral es necesario cumplir una serie de requisitos:

⁴³ GARCÍA NINET,J.I./ VICENTE PALACIO,A. *Derecho del Trabajo*, Thomson Reuters ARANZADI, 2012, cit. p 959.

- Capacidad procesal: Regulada en el art.16 de la LRJS, estableciendo como norma general que podrán comparecer en juicio para defender sus derechos e intereses legítimos quienes estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.
- Legitimación: Establece el art.17 de la LRJS, que podrán ejercitar acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social los titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo, atendiendo a lo establecido en las leyes. También este artículo contempla otros actores legitimados para intervenir, como coadyuvante, codemandados así como la legitimación de los sindicatos y las asociaciones empresariales para defender intereses económicos y sociales que le sean propios.
- Representación y defensa: El capítulo II de la LRJS regula la forma de intervención en el juicio, admitiendo la participación mediante representante, ya sea abogado, procurador, graduado social, sindicatos. Y no será necesaria la defensa por abogado y representación técnica por graduado social colegiado, en primera instancia, mientras que en el recurso de suplicación sí es necesaria la intervención de dichos profesionales. Si el demandante pretende comparecer en el juicio asistido de abogado o graduado social o representado por procurador, lo hará constar en la demanda con la finalidad de que la parte contraria tenga conocimiento y pueda contar con las mismas armas. La representación y defensa del Estado se llevará a cabo por el Abogado del Estado en cumplimiento de la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones públicas.

5.2 Acumulación de acciones

Como decíamos al principio del epígrafe anterior, para que el proceso se inicie, es necesario que el trabajador ejercite acciones judiciales. El ET en su art.4.2 reconoce al trabajador el derecho al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo, cumpliendo los requisitos especificados en el epígrafe anterior. Respecto a la caducidad y prescripción, como regla general en el art. 59 del ET que las acciones que no tengan señalado plazo especial prescriben al año de la terminación del contrato de trabajo, teniendo en cuenta que dicho plazo se computa desde que concluye el contrato por cualquiera de las causas legalmente admitidas. Se señala en el mismo artículo que el plazo del que dispone el trabajador para ejercitar acciones reclamando el cobro de percepciones económicas es de un año para, que comienza a contar desde el momento en que pudiera ejercitarse la acción.

Si la acción ejercitada, tiene como fin reclamar contra el despido, el plazo de caducidad es de veinte días a computar desde el día siguiente a la fecha de despido o resolución del contrato, los días se considerarán siempre hábiles según lo establecido en el art.103.1 de la LRJS no computándose los sábados, domingos y festivos en la sede del órgano jurisdiccional. Respecto a la caducidad hay que especificar que a diferencia de la prescripción no admiten interrupciones en su cómputo, sólo admiten suspensión. Así pues, una causa habitual de suspensión o interrupción de dichos plazos es el uso de medios voluntarios de solución del conflicto previos al juicio, como puede ser acudir SMAC.

Aunque en la mayor parte de los procesos, el demandante ejercita una única acción frente al demandado, de manera que el objeto del proceso queda limitado por dicha acción, en algunas ocasiones se admite que en una misma demanda se acumulen varias acciones con la finalidad de garantizar una mayor coherencia en la respuesta judicial, eficiencia y agilidad en la resolución de los litigios que se planteen ante la jurisdicción social, según el preámbulo de la LRJS.

En los arts. 25 y 26 de la LRJS se establecen los requisitos, y los supuestos especiales para llevar a cabo la acumulación de acciones. En el primero de los artículos se establece como norma general que el actor en su demanda podrá acumular cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque

procedan de diferentes títulos, siempre que todas ellas puedan tramitarse por el mismo juzgado o tribunal, en los mismos términos podrá reconvenir el demandado. Como podemos deducir de este artículo, la acumulación se admite como regla general, no obstante, en el artículo 26 de la precitada ley se establecen los supuestos especiales sobre acumulación.

Las excepciones sobre la acumulación, son debidas a que una serie de controversias deben tramitarse por procesos laborales especiales, como ocurren en el caso de las vacaciones, el despido o los derechos fundamentales reguladas en el art. 26.1 de la LRJS , en concreto el procedimiento de derechos fundamentales según lo previsto en el art. 159 de la LRJS éstos gozarán de preferencia sobre cualquier otro a la hora de su despacho, exigiendo además para estos procedimiento el art.175.3 de la LRJS que *“el Ministerio Fiscal siempre será partes en estos procesos, adoptando, en su caso, las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas”*.

En todo caso, siguiendo el artículo 26.3 de la LRJS podrán acumularse en una misma demanda las acciones de despido y extinción del contrato de trabajo siempre que la acción de despido acumulada se ejercite dentro del plazo establecido para la modalidad procesal de despido, es decir, los veinte días siguientes. La Sala de lo Social del TS en su sentencia de 8 de julio de 2003 declarara que *“es acumulable la acción de despido, la de indemnización de daños y perjuicios por lesión de derechos fundamentales, así como aquellas otras que traten cuestiones conexas determinantes del contenido del fallo”*. En el caso de que la acumulación de acciones se haya realizado indebidamente, habrá que estar a lo regulado en el art. 27 de la LRJS, el Letrado de la Administración de Justicia, antiguos Secretarios Judiciales, requerirán al demandante para que subsane el defecto en el plazo de cuatro días, eligiendo la acción que pretende mantener.

Como hemos visto en epígrafes anteriores, antes de acudir a un proceso judicial y demandar a la empresa, el art. 63 de la LRJS, establece que el trabajador tiene la obligación de acudir a un acto de conciliación, en el que se tratará de llegar a un acuerdo con la empresa, sin la intervención de órganos jurisdiccionales. No obstante, en el art. 64 de la citada ley, se mencionan aquellos procesos que en los que no existe la obligación de acudir previamente al SMAC, entre los cuales figuran las demandas por la tutela de derechos fundamentales. El acto de conciliación se realiza en el SMAC, cuya competencia ha sido transferida a las comunidades autónomas, en el caso de Galicia depende de la Consellería de Trabajo e Benestar . Ante éste órgano, el demandante presentará un escrito, conocido como Papeleta de Conciliación y siguiendo el art. 65 de la LRJS la presentación de dicha papeleta, suspenderá los plazos de caducidad e interrumpirá los de prescripción, reanudándose el cómputo de la caducidad al día siguiente de celebrada la conciliación o transcurridos quince días hábiles desde que se presentó la papeleta.

Al Acto de Conciliación, además del demandante y el demandado y otras la partes si las hubiera, participará en el mismo un Letrado Conciliador con la finalidad llegar a un acuerdo. Si se alcanzara dicho acuerdo, el resultado del mismo es *“con avenencia”* y vinculará a las partes con la misma fuerza que una sentencia según indica el art. 68 de la LRJS y si la empresa no cumpliera el acuerdo el trabajador podrá reclamar directamente ante el Juzgado de lo social. En el supuesto de que las partes lleguen a un acuerdo el resultado del acto será de *“sin avenencia”* pudiendo el trabajador acudir a la vía judicial. El acuerdo de conciliación o de mediación podrá ser impugnado por las partes ante el juzgado o tribunal . Si la parte demandada no asiste al acto de conciliación tendrá las consecuencias establecidas en el art. 66 de la LRJS.

En nuestro caso, Don Francisco es despedido el día 27 de mayo de 2014, por lo que dispone de 20 días hábiles para demandar ante el Juzgado de lo Social, según el artículo 69.3 de la LRJS, y del mismo plazo para presentar la papeleta de conciliación. Si presenta esta última transcurridos quince

días y en el acto de conciliación no se llega a un acuerdo, dispondrá de un plazo de cinco días (de los 20 que disponía) para presentar la demanda ante el Juzgado, transcurridos 15 días si no se hubiera celebrado el acto de conciliación se reanuda el plazo para presentar la demanda.

Por todo lo anteriormente expuesto, Don Francisco presentará la papeleta de conciliación⁴⁴, teniendo en cuenta que si el resultado del acto de conciliación es de “sin avenencia”, presentará ante el juzgado de lo social una demanda⁴⁵ acumulando las siguientes acciones.:

1. Declaración de despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, garantía de indemnidad.
2. Reclamación de cantidad como indemnización por el daño moral causado al vulnerar el derecho fundamental a la dignidad del trabajador.
3. Reclamación de cantidad como indemnización por el daño moral causado como consecuencia de la vulneración del descanso.
4. Reclamación de cantidad por horas extraordinarias, así como su cotización a la Seguridad Social

III RESPONSABILIDADES PARA EL EMPRESARIO DERIVADAS DE LA SITUACIÓN DE DON ALBERTO PÉREZ DOMINGO

1 Régimen General de la Seguridad Social

Antes de proceder a la delimitación de la responsabilidad en que incurre el empresario, por las infracciones cometidas en el caso de Don Alberto, es necesario analizar cuál será el régimen de la Seguridad Social al que le corresponde estar afiliado atendiendo a las relaciones laborales que existen entre trabajador y empresario.

Señala el ET en su art.8.1 respecto al contrato de trabajo que *“Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel”*.

Nuestro sistema de Seguridad Social se estructura en régimen general y regímenes especiales, según el artículo 9 de la LGSS. A pesar de que en el caso que nos ocupa, no se especifica en que régimen está dado de alta Don Alberto, de su literalidad, se desprende que no figura afiliado al régimen general, el cual le correspondería en virtud del art. 97 LGSS, por tratarse de un trabajador por cuenta ajena.

La obligación de la afiliación al sistema de Seguridad Social corre a cargo del empresario y aunque la LGSS en su art. 100.2 también contempla la posibilidad de que el trabajador inste su propia alta en el régimen general, por el incumplimiento de su empresario, es evidente que en este caso no la ha llevado a cabo. También la LGSS en su artículo 102.2 contempla la posibilidad de dar de alta a un trabajador posteriormente, sin efectos retroactivos y con las responsabilidades que se puedan generar hacia el empleador, pero tampoco este recurso fue utilizado por la empresa.

A la hora de establecer si estamos ante la obligación de incluir al trabajador en el régimen general de la Seguridad Social, por tratarse de un trabajador por cuenta ajena, es necesario analizar los elementos que configuran la relación laboral. Existe abundante jurisprudencia que estima que son

⁴⁴ Se adjunta Anexo I Papeleta de Conciliación.

⁴⁵ Se adjunta Anexo II Demanda del trabajador.

elementos esenciales de la relación laboral la dependencia y la ajenidad; así, la STS 1999/53932 - Sala 4ª- de 29 de diciembre de 1999 reconoce “que la naturaleza jurídica de un ente contractual viene determinado por el conjunto de derechos y obligaciones que se pactan y las que realmente se ejercitan (entre otras muchas, SSTS /IV 20-IX-1995 -recurso 1463/1994, 15-VI-1998 -recurso 2220/1997, 20-VII-1999 -recurso 4040/1998) y que la dependencia - entendida como situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, ni intensa a la esfera organicista y rectora de la empresa, y la ajenidad, respecto al régimen de retribución, constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato”.

El TS en su Sentencia de 9 de febrero de 1990, ha establecido que la dependencia supone “*trabajar dentro del círculo orgánico, rector y disciplinario de un empleador o empresario*”, es decir cuando una persona trabaja bajo el poder de dirección y disciplina de otra. Los tribunales admiten como indicio o manifestación de la dependencia el hecho de trabajar en locales del empleador, estar sometido a horarios regulares, actuar bajo sus órdenes e instrucciones al igual que el sometimiento al control y vigilancia por parte del empleador. En su Sentencia de 8 de octubre de 1992 el alto tribunal reconoce que existe dependencia cuando el trabajador se inserta en la organización de trabajo del empleador que se encarga de programar su actividad.

A la hora de interpretar la dependencia, los tribunales en sus sentencias , entre otras la STS -Sala 4ª- de 9 de febrero de 1990 han establecido que “No es suficiente para la configuración de la relación laboral la existencia de un servicio o actividad determinada y de su remuneración por la persona a favor de la que se prestan para que, sin más, nazca a la vida del derecho el contrato de trabajo pues -sentencia de esta Sala de 7 de noviembre de 1985- su característica esencial es la dependencia o subordinación del que presta un servicio a las personas a favor de quien se ejecuta, bastando para que concurra que el trabajador se halle comprendido en el círculo organicista rector y disciplinario del empleador por cuenta de quien realice una específica labor”; así pues, podemos entender que la dependencia es el elemento vertebral más decisivo en la relación laboral. En el caso de Don Alberto, todo parece indicar que se da plenamente dicho elemento y que el empresario puede en cualquier momento variar y disponer de la organización del trabajo.

Esta nota de dependencia ha dejado de ser tan rigurosa, según la doctrina, debido a los cambios que se han ido introduciendo como consecuencia de los nuevos sistemas de trabajo, fundamentalmente gracias a las nuevas tecnologías. Se ha ido desplazando la organización tradicional del trabajo por sistemas más flexibles, y a la vez más sofisticados, con estos nuevos sistemas ha tenido lugar una descentralización o externalización de los procesos productivos, como el caso del teletrabajo, o el trabajo a domicilio lo que hace que la nota de dependencia quede claramente atenuada y resultando escasa la definición que realiza el ET en su art. 1 “*dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona*”, lo que ha planteado problemas a la hora de discernir si existe dependencia y si jurídicamente se puede calificar como laborales determinadas relaciones jurídicas⁴⁶ .

En cuanto al segundo elemento a tener en cuenta para establecer que estamos ante un trabajador por cuenta ajena, y por lo tanto, que debe estar dado de alta en el régimen general de la Seguridad Social es lo referente a la ajenidad. Los órganos jurisdiccionales a través de sus Sentencias han expresado que la ajenidad debe ser entendida desde diversos puntos de vista: ajenidad en la titularidad de la organización, ajenidad en los riesgos, ajenidad en los frutos o en la utilidad patrimonial..etc. Según la Sala 4ª del TS en su Sentencia de 15 de febrero de 1991 la ajenidad supone que el trabajador no conserva la titularidad del resultado de su trabajo, el cual se transmite al empresario que incorpora como suyos propios al mercado.

⁴⁶ GARCÍA NINET, J. I. y VICENTE PALACIO, A., *Derecho del Trabajo*, , 2012, cit. pp. 357 y 358.

Otra manifestación de ajenidad es la retribución fija y periódica que recibe el trabajador por las prestaciones realizadas, sin asumir en ningún momento el riesgo que caracteriza a la actividad de empresario, de la misma forma que tampoco es partícipe de los beneficios que la empresa obtiene. A la hora de determinar que existe ajenidad el Tribunal Supremo acepta como indicios, entre otros, la entrega o puesta a disposición de los productos elaborados o de los servicios realizados por un trabajador en favor del empresario. También la fijación de precios o relaciones de mercado e incluso el cálculo de los principales conceptos que conforman la retribución conforme a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada por el trabajador, sin el riesgo y el lucro especial que caracterizan la actividad del empresario o la de las profesiones libres, así lo reconoce el alto tribunal en sentencia de 23 de octubre de 1989.

Así pues en el caso que nos ocupa independientemente de que la constructora tenga beneficios o pérdidas, Don Alberto tiene derecho a percibir una retribución denominada salario, incluso aunque no pudiera realizar su prestación por causas imputables al empresario, y así lo recoge el art. 30 del ET: *“Si el trabajador no pudiera prestar sus servicios una vez vigente el contrato porque el empresario se retrasare en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador, este conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacersele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo”*.

La diferenciación para determinar si un trabajador debe de estar afiliado al régimen general o a uno de los especiales no ha tenido una solución sencilla, tanto para la jurisprudencia como para la doctrina. Ha sido un tema trascendental para los tribunales laborales y para su distinción en cada caso concreto han recurrido a la existencia de indicios del trabajo considerando que “en lo esencial podían clasificarse -atendiendo a su eficacia indiciaria- en los tres apartados siguientes: 1) indicios fuertes, reconducibles a dos (trabajar exclusiva o preferentemente para una misma empresa y percibir de ella una remuneración fija periódica; 2) indicios medianos, reconducibles a cuatro (trabajar en las instalaciones de la empresa, sujetarse a la realización de jornada y horario, no detentar poderes inherentes a la titularidad de la empresa y por último recibir órdenes de ella; 3) indicios débiles, reconducibles a uno (examinar el concreto régimen de Seguridad Social al que el trabajador hubiese sido afiliado)⁴⁷.

Estas notas definidoras de la relación laboral, son utilizadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para determinar si existe un carácter laboral en la relación que une a las partes. También especifica la Inspección, que la calificación que se le dé al contrato, no queda a la libre disposición de las partes, sino que surge de las prestaciones concertadas y de los requisitos que legalmente delimiten el tipo contractual.

En conclusión, los instrumentos de relación jurídica, la afiliación y el alta - que además exigen la previa inscripción del empresario-, y el cumplimiento de la obligación de cotización se convierten en los ejes principales de las dos caras de una misma moneda, a saber, el acceso a la protección y la imputación de responsabilidad⁴⁸. Por todo ello Don Alberto, a la vista de los hechos objeto de estudio, debería haber sido dado de alta en el Régimen General por su empresario, cosa que según los inspectores no ocurrió y como consecuencia de ello le corresponde asumir las responsabilidades recogidas en la Ley, y que a continuación pasamos a detallar.

⁴⁷ MARTÍNEZ GIRÓN, J. / ARUFE VARELA, A., *Derecho Crítico del Trabajo, Critical Labor Law*, Netbiblo, A Coruña, 2012, pp. 29-30.

⁴⁸ TORTUERO PLAZA, J. L., *“La construcción jurisprudencial de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la seguridad social”*, , REF.PF 2011/23. Ministerio de Empleo y Seguridad social, Secretaría de Estado de la Seguridad Social, Madrid, 2011, p. 38.

2 Responsabilidades del empleador

Con el fin de dilucidar ante qué responsabilidades estamos en esta cuestión, hemos de señalar que dentro de las infracciones administrativas existen dos tipos: 1) infracciones laborales, entre las cuales podríamos incluir las acciones u omisiones llevadas a cabo por el empresario contrarias a las normas legales, reglamentos, convenio, etc., en materia de relaciones laborales individuales, así como la infracción en materia de prevención de riesgos laborales; y 2) infracciones relativas a materias relacionadas con la Seguridad Social: entre otras no dar de alta a los trabajadores en el régimen general de la Seguridad Social, como ocurre en el caso de Don Alberto.

En el caso objeto de análisis, ha existido por parte del empleador un incumplimiento del artículo 5 del Real Decreto 84/1996⁴⁹ (en adelante RD 84/96): *“Los empresarios, como requisito previo e indispensable a la iniciación de sus actividades, deberán solicitar a la Tesorería General de la Seguridad Social su inscripción en el correspondiente Régimen del Sistema de la Seguridad Social en la forma que se determina en el artículo 11 de este Reglamento”*, y es que como se relata en los hechos Don Alberto no está dado de alta en el “oportuno” régimen de la Seguridad Social.

En su visita al lugar donde se desarrollan los actos denunciados por Don Francisco, los inspectores de trabajo, ejerciendo la potestad de la que es titular la Administración Pública, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta 1 de la LITSS, y en cumplimiento del TRLISOS, se incoará el expediente sancionador oportuno como consecuencia del acta de infracción y la posterior acta de liquidación de cuotas de seguridad social.

El acta de infracción reflejará los hechos comprobados, la infracción que se impute con expresión del artículo/s vulnerados y su calificación y la propuesta de sanción, su graduación y su cuantificación. También serán necesarios otros requisitos como pueden ser la identificación del sujeto infractor, responsables subsidiarios o solidarios si los hubiera, medios utilizados para la comprobación de los hechos, número de trabajadores afectados u órganos competentes para resolver. Los hechos que se hagan figurar por los inspectores de trabajo en las actas de infracción y de liquidación, respetando los requisitos legales pertinentes, tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que puedan aportar los interesados en defensa de sus derechos o intereses respectivos.

Esta actuación de la Inspección de Trabajo, no sólo implicará la exigencia de responsabilidades para el empleador, sino que también en aplicación del art. 20 del RD 84/96 supondrá una serie de derechos para Don Alberto: *“1. Cuando, como consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o por cualquier otro procedimiento, dicha Tesorería General tuviese conocimiento del incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos precedentes por parte del empresario, la misma procederá de oficio a realizar las actuaciones correspondientes para la inscripción de la empresa, la formalización de la protección frente a las contingencias profesionales o para la toma de razón de las circunstancias a que se refiere el apartado 3 del artículo 5 de este Reglamento y dará cuenta al empresario de su actuación a los efectos procedentes”*. En el mismo texto legal, en sus artículos 29 y siguientes, se le considera al trabajador, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, desempleo, etc., aunque su empresario hubiera incumplido su obligación de darle de alta en el régimen general de la Seguridad social. También a efectos de asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral. Derechos que le corresponderán a Don Alberto a pesar del incumplimiento de su empleador.

⁴⁹ 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 art. 35 del RD 84/96 regula los efectos de la declaración del alta cuando ésta se realice de oficio por la Dirección Provincial de la Seguridad Social como consecuencia de una denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. El mismo precepto legal en su apartado 1.3º exige responsabilidades al empleador por no haber tramitado la solicitud de alta con anterioridad a la denuncia realizada por Don Francisco, aunque la obligación de cotizar por Don Alberto nacerá desde el día en que se inició la actividad, salvo que por aplicación de oficio de la prescripción no fueran exigibles dichas cuotas, como analizaremos en un epígrafe posterior.

Así pues, una vez examinados los hechos, la ITSS, en su Resolución solicitará a la Tesorería General de la Seguridad Social el alta en el régimen general de la Seguridad Social para Don Alberto Pérez Domingo, así como la sanción que le corresponde a Don Fernando, en calidad de empleador, por incumplimiento de los artículos 100 y 102 de la LGSS, en relación con los artículos 29, 30, 31 y 32 del RD 84/96.

La competencia sancionadora según el art. 48 del TRILISOS, en el orden social, en el ámbito de la Administración General del Estado, le corresponde, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, al Director General, al titular del Ministerio competente en materia de Empleo y Seguridad Social, o al Consejo de Ministros propuesta del Ministro de Empleo y Seguridad Social, dependiendo de la cuantía de la sanción, correspondiéndole al organismo de mayor rango, cuanto mayor sea la sanción.

A la hora de establecer la responsabilidad en relación con las prestaciones que correspondan en cada caso, estaremos a lo preceptuado por el artículo 126.2 de la LGSS: *“El incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva”*.

En el artículo 2 de la LISOS se establece la definición de los sujetos responsables, señalando que *“serán sujetos responsables de la infracción las personas físicas o jurídicas y las comunidades de bienes que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracción por la presente Ley”*; generalmente, el principal será el empresario en virtud de su consideración de garante de la seguridad. Siendo en los Capítulos II y III de la misma Ley en donde se califican las infracciones como leves, graves y muy graves, correspondiéndole a cada una de ellas una sanción diferente.

La infracción cometida por la empresa en el caso de Don Alberto se recoge en el art. 22.2 del Capítulo III de la 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”*, calificada en el precepto como grave.

Por todo ello, y a la vista de los preceptos aludidos, el no haber dado de alta al trabajador, le supondrá a Don Fernando una sanción administrativa, siendo la más común la sanción económica. Como en el presente caso estamos ante una infracción grave, la cuantía puede ir desde los 3.125 € (multa en su grado mínimo) hasta los 10.000 € (multa en su grado máximo) en aplicación del artículo 40.e.1 de la LISOS. Dicha cuantificación será propuesta por la ITSS como consecuencia del expediente sancionador aplicando los criterios de graduación de las sanciones recogidos en el artículo 39 del TRILISOS⁵⁰.

⁵⁰ Art. 39.2 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social: *“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*

Además de las sanciones económicas el TRLISOS contempla en su artículo 46, otras sanciones accesorias que podrían ser impuestas si el empresario hubiera recibido algún tipo de ayudas, bonificaciones y beneficios derivados de la aplicación de programas de empleo o formación profesional para el empleo⁵¹; en el caso de Don Fernando, no nos consta que haya percibido dichas ayudas y por lo tanto no tendría que devolverlas, pero el mencionado precepto, en su apartado b) le excluye del acceso a las mencionadas ayudas por un período máximo de 2 años desde la fecha de la resolución en la que le fue impuesta la sanción.

IV ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

1 La Inspección de Trabajo y Seguridad Social

La ITSS es el organismo de la Administración laboral que detenta las más importantes funciones, atendiendo a lo establecido en la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante LITSS). Es una organización administrativa responsable del servicio público de control y vigilancia del cumplimiento de las normas de orden social así como la realización de los servicios de exigencia de las responsabilidades administrativas oportunas en que pueden incurrir las empresas y trabajadores. También figuran entre sus funciones asesorar a las partes en materia laboral y de seguridad social, en lo relacionado con el ejercicio de la acción inspectora⁵².

Los principios ordenadores del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social se establecen en el art.1 de la LITSS⁵³, entre ellos, el principio de eficacia y calidad en la prestación del servicio a los ciudadanos, unidad de función y actuación inspectora en todas las materias del orden laboral.etc. El cometido de la ITSS, es llevado a cabo por los funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Inspectores y Subinspectores de Trabajo y Seguridad Social, cuyas funciones inspectoras comprenden todo lo relacionado con materia laboral y de seguridad social. En cuanto a su adscripción, los inspectores y subinspectores de la ITSS tienen una doble dependencia; ya que orgánicamente dependen del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social por ser funcionarios de la Administración General del Estado, y funcionalmente dependen también de las Comunidades Autónomas, en Galicia dependen de la Consellería de Traballo e Benestar. La entrada de España en la Unión Europea ha supuesto una mayor intensidad en la labor de la ITSS, por un lado ha supuesto un control sobre un mayor número de normas y por otro lado la legislación europea obliga a los inspectores a una continua formación que le permita conocer todas las previsiones comunitarias que son aprobadas en el ámbito social, especialmente en lo relativo a empleo, Seguridad Social y seguridad e higiene.

Dentro del cometido que la Ley le asigna a la ITSS podemos distinguir tres funciones: la vigilancia del cumplimiento de las normas jurídicas laborales y de seguridad social, una segunda función de información y la tercera función consiste en la intervención en las relaciones de conflicto colectivo⁵⁴.

En el art.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 (en

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”.

⁵¹ Véase art. 46 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

⁵²http://www.empleo.gob.es/itss/que_hacemos/Funciones_ITSS

⁵³ Véase artículo 1 de Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

⁵⁴ ALONSO OLEA, M. Y CASAS BAAMONDE, M.E. *Derecho del Trabajo*, Civitas, Decimonovena edición, Madrid, 1998, p.1102.

adelante RD 928/1998), se establece que tanto los procedimientos sancionadores como de liquidación se iniciarán siempre de oficio por acta de la ITSS, en virtud de actuaciones practicadas de oficio, por propia iniciativa o mediante denuncia⁵⁵, o a instancia de persona interesada, de acuerdo con el art. 52.1 del TRLISOS.

Exige el RD 928/1998 en su art. 9.1 una serie de requisitos que deben cumplir las denuncias que den lugar a un acta de infracción; entre otra identificación personal del denunciante, hechos presuntamente constitutivos de infracción, lugar de su acaecimiento, identificación de los presuntos responsables y cualquier otra circunstancia que considere relevante para una mejor solución del caso. A pesar de que no se admiten las denuncias anónimas, los Inspectores y Subinspectores tienen el deber de considerar confidencial el origen de las mismas, estando obligados a no revelar la identidad de los denunciantes a las empresas objeto de inspección. No obstante, para que la ITSS pueda considerar al denunciante parte o interesado en el procedimiento, a efectos de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJYPAC), así como la LITSS y el RD 928/1998, éstos tendrán que presentar denuncia formal cumplimentando todos los datos enunciados anteriormente. Aunque la Ley no exige que el denunciante califique jurídicamente los hechos denunciados, ello no obsta para que en caso de que conozca los preceptos infringidos se concrete la infracción cometida⁵⁶.

Recibida la denuncia, la ITSS, analiza los indicios existentes sobre la comisión de infracciones o vulneraciones del ordenamiento jurídico y una vez valorada la veracidad y exactitud de los mismos, decidirá si es pertinente el inicio de actuaciones, solicitar al denunciante más información de cara a un mayor esclarecimiento de los hechos, o por el contrario lo pertinente es archivar. Una vez recibida y examinada la denuncia por la ITSS, si ésta la considera fundada iniciará las actuaciones de inspección mediante visita a los centros de trabajo, requerimientos a los empresarios y a otros sujetos responsables si los hubiera, para que aporten la documentación necesaria para el esclarecimiento de los hechos. Con el fin de que las visitas de inspección a los centros de trabajo, cumplan su verdadero objetivo, el inspector no está obligado a comunicar con antelación su visita al mismo, y así evitar que la empresa se prepare para aparentar el cumplimiento de la Ley .

Según el art. 5 de la LITSS las actuaciones de la ITSS, cuando lo hacen en el ejercicio de sus funciones están revestidas del carácter de autoridad pública, y en dicho artículo se enumeran las facultades de los inspectores que entre otras son:

- Visitar los centros de trabajo: el inspector tiene potestad para acceder de forma libre en cualquier momento a todos los centros de trabajo, con la única limitación, la inviolabilidad del domicilio del empresario cuando éste sea un centro de trabajo, así lo ha señalado el TC en el Auto 171/1989 de 3 de abril, en el recurso de amparo 1912/1988, en cuyo caso será necesaria la autorización judicial según el art. 76.5 de la LPL. Al efectuar la visita debe identificarse documentalmente.
- Durante la visita, el Inspector, puede hacerse acompañar por el empresario o su representante, los trabajadores, sus representantes o técnicos que considere necesarios para una mejor función inspectora. En el ámbito de la prevención de riesgos laborales, los inspectores deben comunicar su presencia al Comité de Seguridad y Salud, al Delegado de Prevención o, en el supuesto de que éstos no estuvieran presentes a los representantes legales de los trabajadores con el fin de que el inspector puede realizar todas las incidencias que considere oportunas, siempre que no perjudique el éxito de sus funciones. Debiendo reflejarse el resultado de la visita, así como las medidas adoptadas en el

⁵⁵ Se adjunta Anexo III denuncia del trabajador ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

⁵⁶ MERCADER UGUINA, J.R. y SÁNCHEZ GRANDE, A., *La Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Relaciones Laborales, 1998, tomo I, p.886

Libro de Visitas de la ITSS, según lo establecido en art.40.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL). Hemos de tener en cuenta lo previsto en el art. 26 del RD 928/1998, Recabar información de empresarios y trabajadores.

- Inspeccionar la documentación laboral y de la Seguridad social, puede el inspector comprobar la documentación de la empresa relativa a seguridad social, tal como : libros de registro, altas y bajas, justificantes del recibo de la nómina..etc, pudiendo el inspector obtener copia de dichos documentos. Estando facultado para requerir la presentación de dicha documentación en las oficinas públicas correspondientes.
- Hacer mediciones o tomar muestras, incluso tomar fotografías, grabaciones..etc., siempre que se notifique al empresario o a su representante.
- Adopción de medidas cautelares. El inspector, si al tiempo de examinar el centro de trabajo, considera necesaria la adopción de alguna medida con el fin de evitar la ocultación o desaparición de libros, documentos, o pruebas que puedan llegar a invalidar la eficacia de la resolución, está facultado para adoptar las medidas oportunas debiendo quedar reflejadas en el Libro de Visitas. Estas medidas no deben suponer para el empresario un perjuicio grave o irreparable.

Es el art. 4 de la LITSS, donde se establece el ámbito de actuación de la ITSS que incumbe a las personas físicas y jurídicas tanto públicas como privadas, así como a las comunidades de bienes y a los sujetos obligados o responsables del cumplimiento de las normas de orden social. Se ejerce en las empresas, centros de trabajo y lugares donde se ejecuta la relación laboral, incluidos los de las administraciones públicas o entidades de derecho público, vehículos y medios de transporte, puertos, aeropuertos..etc., exceptuando aquellos centros de trabajo, establecimientos, locales e instalaciones que por ley tengan atribuida la vigilancia a otros órganos de las administraciones públicas. También se impone en el mismo texto legal, la obligación de cooperar de los órganos y autoridades administrativas.

Esta actividad de investigación está sujeta a caducidad, y por ello no puede tener una duración superior a nueve meses, prorrogables por otros nueve cuando las actividades de inspección revistan especial dificultad y complejidad, cuando el sujeto inspeccionado obstruya las tareas de investigación, o cuando se requiera la cooperación de órganos administrativos internacionales según el art. 8.2 de RD 928/1998, y sin perjuicio de que si las infracciones no hubieran prescrito, pudieran promoverse nuevas actuaciones por parte de la ITSS.

En lo relativo a la prevención de riesgos laborales, en el art. 53 de la LPRL se establece que en los casos que concurren circunstancias de excepcional gravedad en las infracciones referidas a la Seguridad e higiene y salud laboral, el Jefe de la ITSS lo pondrá en conocimiento del órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma (por tener la competencia transferida) con el fin de que se someta la suspensión temporal o el cierre del establecimiento a la aprobación del órgano competente de dicha Comunidad. Y es que en materia de prevención de riesgos, la principal carga de obligaciones le incumbe al empleador, que deberá respetar cuidadosamente todos los deberes relativos a la conservación de la integridad física de sus trabajadores, según lo previsto en el art.4.2 del ET. La Jurisprudencia en esta materia es muy abundante, llegando incluso a afirmar la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña en su sentencia de 30 de septiembre de 2003 que el deber de protección del empresario *“es incondicionado y prácticamente ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que fueran ellas, y esta protección se dispensa aún en los supuestos de improcedencia no temeraria del trabajador”*. En el mismo sentido el Convenio 155 de la OIT establece la obligación del empleador de garantizar lugares, operaciones y procesos seguros en la medida que sea razonable y factible, el TSJ de la Rioja en su sentencia de 2 de

diciembre de 2005 ha interpretado que ese carácter “razonable” llega a convertirse en un planteamiento cuasi-objetivo de la responsabilidad del empleador.

A la finalización de la actuación, el funcionario, deberá dejar reflejado el resultado obtenido extendiendo una diligencia en el Libro de Visitas de la ITSS, instrumento contemplado legalmente, para documentar la actuación inspectora, en el art.20 del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Una vez finalizadas las actuaciones de comprobación e investigación la ITSS, en cumplimiento del art. 7 de la LITSS puede adoptar diferentes medidas:

- Dar por finalizadas sus actuaciones por no existir incumplimiento de las normas sociales.
- Formular advertencias o recomendaciones para el cumplimiento de la normativa, cuando las circunstancias lo aconsejen y no se produzca perjuicio alguno para los trabajadores. Pueden formularse requerimientos en materia de prevención de riesgos laborales.
- Ordenar la inmediata paralización de los trabajos cuando se aprecie riesgo grave e inminente para los trabajadores (art. 44 LPRL Y 11.3 del RD 928/1998)
- Promover un procedimiento de oficio para la inscripción de empresas, afiliación y altas y bajas de trabajadores en el régimen de la Seguridad Social, así como encuadramiento de empresas y de trabajadores en el régimen correspondiente
- Instar la actuación del organismo competente para declarar el recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional por falta de medidas de seguridad e higiene (RD 928/1998) , así como proponer primas adicionales a la cotización pro accidentes de trabajo en atención a la peligrosidad de la actividad y a la clase de trabajo.
- Promover la demanda de oficio ante la jurisdicción laboral.
- Iniciar el procedimiento sancionador mediante la extensión del acta de infracción o la extensión de actas de liquidación por apreciarse faltas en la afiliación y en el alta, en la cotización, derivación de la responsabilidad del obligado al pago, aplicación indebida de bonificaciones de acuerdo con el art. 31.1 de la LGSS.

Así pues, una vez que la ITSS, acude al centro de trabajo para comprobar los hechos denunciados, si constata que dichos hechos constituyen una infracción de las tipificadas en el TRLISOS, se tramitará un expediente administrativo sancionador que se regirá por lo estipulado en el art. 51 del TRLISOS. Este procedimiento se iniciará con el levantamiento de un Acta de Infracción.

2 Actas de infracción de la ITSS.

Las actas de la ITSS pueden ser de advertencia e infracción, el art. 49 del TRLISOS establece que *“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”*, así lo ha contemplado también la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS en su sentencia de 20 de febrero de 1998. Dichas advertencias pueden plasmarse en el Libro de Visitas de la Inspección, donde se anotarán los defectos señalados por el inspector, así como las medidas correctoras a tomar por la empresa. Según en el art. 43 de la LPRL cuando las advertencias estuviesen relacionadas con la prevención de riesgos, el incumplimiento de éstas será una agravante a la hora de graduar una posterior sanción.

El segundo tipo de acta que puede elaborar la ITSS, es el acta de infracción, es el acto de trámite fundamental del procedimiento sancionador que inicia el proceso y en el que confluye la doble naturaleza de servir como pliego de cargos y de propuesta de sanción.

Atendiendo al tipo de infracciones cometida, y siguiendo el TRLISOS, las podemos clasificar en:

- Infracciones laborales: se incluyen las acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materias de relaciones laborales, tanto individuales como colectivas de colocación, empleo, formación ocupacional..etc. También se incluyen como infracciones laborales aquellas relativas a la prevención de riesgos laborales, las acciones u omisiones de los empresarios, de las entidades que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas y las formativas en dicha materia que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios en materia de seguridad laboral . Todas ellas reguladas en el Capítulo II del TRLISOS
- Infracciones en materia de Seguridad social, reguladas en el Capítulo III del TRLISOS, referentes a las acciones y omisiones de los sujetos responsables contrarias a la normativa legal y reglamentaria que regula el sistema de la SS.

A la hora de elaborar un acta de infracción, hemos de tener en cuenta lo establecido en el art.4 del TRLISOS, en donde se establece que las infracciones en el orden social prescriben a los tres años contados desde la fecha de la infracción, en materia de seguridad social esta prescripción tendrá lugar a los cuatro años contados desde la fecha de la infracción, y en materia de riesgos laborales estaremos a la calificación de la infracción, las leves al año, a los tres años las graves y a los cinco años las muy graves, dicho plazo comenzará a contar desde la fecha de la infracción cometida.

En las actas de infracción levantadas por los inspectores o subinspectores de trabajo, atendiendo a lo establecido por el art. 53.1 del TRLISOS, así como al art. 14 del RD 928/1998 se reflejarán los siguientes datos:

- Nombre y apellidos o razón social, domicilio actividad, número de identificación fiscal, documento de identidad, así como cuenta de cotización a la seguridad social.
- Los hechos comprobados por el actuario en su visita al centro de trabajo, con expresión de los relevantes a efectos de la tipificación de la infracción, los medios utilizados para la comprobación de los hechos que fundamentan el acta, así como los criterios en que se fundamenta la graduación de la propuesta de sanción, indicando si la actuación ha sido mediante visita, comparecencia o por expediente administrativo.
- La infracción o infracciones cometidas, así como el precepto vulnerado y su calificación.
- El número de trabajadores de la empresa y cuales están afectados por la infracción, cuando este dato sirva para graduar la sanción o calificar la infracción.
- Propuesta de sanción, su graduación y cuantificación, que será la suma de las sanciones propuestas si se denunciara más de una infracción.
- El órgano competente para resolver y el órgano competente para realizar los actos de instrucción y ordenación del expediente sancionador, asimismo se indicará el plazo para la interposición de las alegaciones. Indicando el nombre y firma del funcionario que levanta el acta, visado por el Inspector de Trabajo y Seguridad Social
- Fecha del acta de infracción.

Respecto a su valor probatorio, las actas de infracción, tienen valor de documento público, y cuando se trate de hechos constatados⁵⁷ por los funcionarios de la ITSS y plasmados en las actas gozarán de la presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en su defensa puedan aportar los interesados en defensa de sus derechos e intereses.. El TS en su sentencia de 11 de marzo de 1997 establece que “el valor probatorio de las actas de la ITSS debe reconocerse en coherencia con la jurisprudencia de este Tribunal, que establece que la presunción de certeza del acta es perfectamente compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, ya que tales actas tienen el carácter de prueba de cargo, dejando abierta la posibilidad de prueba en contrario que desvirtúe la presunción..”. En definitiva, la presunción de certeza de las actas es una presunción iuris tantum, que prevalece mientras no se presente prueba en contrario, no obstante la presunción de certeza no es contraria al derecho fundamental de la presunción de inocencia. A pesar de ello hemos de tener en cuenta que si el inspector o subinspector de trabajo, no ha constatado los hechos, esto constituye un defecto insubsanable que vicia el acta y la invalida, así lo establece reiterada jurisprudencia, entre otras la Sentencia de 6 de junio de 1980 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS, “el acta levantada por siempre denuncia sin comprobar, adolece de insubsanable defecto y vicios de singular gravedad”.

En aquellos casos en que de una misma actuación inspectora se deriven varias presuntas infracciones, deberán acumularse en una sola acta las correspondientes a una misma materia, entendiéndose por tales las infracciones en materia de relación laboral, de prevención de riesgos laborales, en materia de Seguridad Social...etc, excepto en los casos en que concurra responsabilidad solidaria, o como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional. En todo caso la acumulación deberá respetar la distribución de competencias entre la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas, según lo establecido en el art.16 del RD 928/1998.

En el supuesto de hecho a la hora de acumular en un mismo acta diferentes infracciones, hemos de tener en cuenta que la potestad sancionadora por infracciones del orden social, ha sido las competencias transferidas a la Xunta de Galicia por el Real Decreto 2412/1982 de 24 de julio. Entre las competencias transferidas en dicho RD, figuran en el apartado B) del Anexo I las siguientes: jornadas y horarios de trabajo, trabajo en horas extraordinarias, regímenes de descanso dominical y semanal, materia de Seguridad e Higiene en el trabajo, fiscalización a través de la Inspección de Trabajo de la prevención de accidentes y de la seguridad e higiene en el trabajo..etc.. También en el mismo texto legal se establece que el resto de competencias seguirán siendo ejercidas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Por todo ello, y en lo que al caso concreto se se refiere, una vez que los Subinspectores de Trabajo y Seguridad Social, visiten la empresa, levantarán tres Actas de Infracción respetando la distribución de competencias ente el Estado y la Comunidad Autónoma, según el art. 6 del RD 928/1998:

- Acta Infracción N°1 cuyo expediente sancionador es competencia de la Consellería de Trabajo e Benestar, en donde se reflejarán las siguientes presuntas infracciones cometidas por el empresario:
Vulneración del derecho al descanso del trabajador
Vulneración del derecho fundamental del trabajador a la dignidad, sufriendo acoso por parte del empleador.

⁵⁷ Sentencia de la Sala de lo Social del TS de 3 de febrero de 1998. “ la presunción de certeza sólo opera en relación en el acta y en relación con los hechos y datos objetivos que por su notoriedad y evidencia, han sido constatados en el acta, o en relación con las conclusiones lógicas, que, por un nexo causal inmediato con dichos elementos indiciarios traen causa directa y normal de los mismos, pero no respecto de los juicios u opiniones subjetivas de los funcionarios que hayan emitido el documento extendido ”

- Acta de Infracción N°2⁵⁸, también en este caso la competencia para la resolución del expediente sancionador es competencia de la Consellería de Trabajo e Benestar:

Incumplimiento de las condiciones de seguridad e higiene en el puesto de trabajo, la sanción por dicha infracción, podría ser leve si careciese de trascendencia grave para la integridad física o la salud de los trabajadores, en aplicación del art. 46 de la LPRL, o sería grave, según el art. 47 de la misma Ley si crease un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores afectados.

-Acta de Infracción N°3, cuyo expediente sancionador es competencia de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social en aplicación del art. 4 del RD 928/1998:

No haber dado de alta al trabajador en el régimen correspondiente de la Seguridad Social.

Infracción por impago de cuotas a la Seguridad Social correspondientes a las horas extraordinarias realizadas por el trabajador

Los expedientes sancionadores derivados del Acta n°1 y n°2, serán instruidos por el mismo órgano de la Administración Autonómica, pero es necesario que se extiendan dos actas ya que estamos ante materias diferentes, así en el Acta N°1 estamos ante infracciones derivadas de la relaciones laborales, y en el acta N°2 la materia es del ámbito de la prevención de riesgos, y en cumplimiento del precitado art.16 RD 928/1998, se tramitarán en actas diferentes.

En el caso del Acta N°3, estamos ante un incumplimiento por parte del empresario de la obligación de cotizar, y por lo tanto, además del acta de infracción, los subinspectores tramitarán simultáneamente un acta de liquidación de cuotas, teniendo en cuenta lo establecido por el art. 16 del RD 928/1998 respecto a la acumulación, el órgano competente para sancionar dicha infracción la Dirección Provincial de la TGSS.

Así pues, una vez que las actas de infracción han sido extendidas, cumpliendo todos los requisitos legales que acabamos de mencionar, serán notificadas a los interesados, advirtiéndoles de los recursos que correspondan contra ellas, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse, así como el plazo para formular los mismos, siguiendo lo establecido en el art. 21 del RD 928/1998.

3 Actas de infracción y de liquidación simultáneas

Antes de entrar a la tramitación de las actas de liquidación, consideramos necesario puntualizar cual es la finalidad de dichas actas, su justificación y la competencia. Establece el art. 78 de la LGSS, que en materia de seguridad social la inspección se ejercitará por la ITSS, que tendrá entre otras funciones *“la vigilancia en el cumplimiento de las obligaciones que derivan de la presente Ley y, en especial, de los fraudes y morosidad en el ingreso y recaudación de cuotas de la Seguridad Social”*. A lo largo de las diferentes leyes del orden social, se hace un especial hincapié en la necesidad de la cotización, incluso cuando los inspectores de trabajo, levantan simultáneamente un acta de inspección y uno de infracción, se le da prioridad al acta de liquidación, puesto que la falta de cotización tiene consecuencias negativas en la financiación de la Seguridad social, incidiendo éstas directamente en las prestaciones, en los subsidios, en las pensiones..etc.

El levantamiento de un acta de liquidación es una de las medidas de inspección reguladas en el art. 7 de la LITSS, que podrá ser adoptada por el inspector como consecuencia de de la actividad comprobadora. Tanto en la LGSS, como en el RD 928/1998, se contempla el supuesto de coexistencia del acta de liquidación con otra acta que suele ser la de infracción, esto suele ocurrir en

⁵⁸ Se adjunta en Anexo IV Acta de Infracción N°2

aquellos casos en que el inspector de trabajo, tras comprobar unos determinados hechos, determina que se debe levantar acta de infracción y acta de liquidación, simultáneamente. El TSJ de Madrid en su Sentencia de 10 de mayo de 2002, estableció que la falta de tramitación conjunta de las actas de liquidación y de infracción por los mismos hechos constituye causa de nulidad en el procedimiento con retroacción de actuaciones. En lo referente a la dependencia que existe entre ambas actas, ha establecido el TSJ de Madrid en su Sentencia de 11 de noviembre de 1996 *“la existencia de un acta de liquidación de cuotas, no implica ni supone necesariamente la subsiguiente acta de infracción, pero el acta de infracción no sobrevive por sí sola sin el ilícito de del no ingreso de cuotas, ya sea por falta de alta o por diferencias en la cotización”*. Por ello, una vez que se anula el acta de liquidación no puede mantenerse el acta de infracción, aunque sí al contrario, que permanezca la de liquidación aún anulándose la de infracción.

Aunque hasta el año 1994 el ordenamiento jurídico permitía la tramitación en un mismo documento de las actas de infracción y liquidación, esto ha sido modificado por el art. 34 del RD 928/1998. Es necesario diferenciar entre actas de liquidación y actas de infracción teniendo en cuenta que el motivo de su levantamiento es diferente; por un lado las en las actas de infracción estamos ante hechos que habrá que comprobar y constatar su veracidad, aplicando para resolver un procedimiento administrativo sancionador, mientras que en el caso de las actas de liquidación, estamos ante un hecho objetivo, como es el impago de cuotas de cotización. Las consecuencias de ambas, también son diferentes, ya que la sanción de multa se impone como consecuencia de un acta de infracción, mientras que la liquidación de cuotas no es una sanción, sino la exigencia de una reclamación de contenido económico de la obligación incumplida, así lo ha establecido la Sala de lo Social del TS, en su sentencia de 20 de abril de 1992.

En el art. 31 del RD 928/1998, se establecen las causas de extensión de las actas de liquidación; falta de afiliación o de alta de trabajadores en cualquiera de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social, diferencias en la cotización por trabajadores dados de alta cuando las diferencias no resulten directamente de los documentos de cotización presentados dentro o fuera del plazo reglamentario y por último la derivación de la responsabilidad del sujeto obligado al pago, cualquiera que sea su causa y Régimen de la Seguridad Social aplicable. La ITSS tiene atribuidas determinadas tareas de investigación en materia de la obligación de cotizar, tanto en aquellos supuestos en los que exista un descubierto respecto al alta de los trabajadores, como cuando tengan lugar otro tipo de irregularidades que por su naturaleza no puedan ser detectadas por la TGSS, ya que dichas situaciones no son declaradas por el sujeto responsable y sólo podrán ser descubiertas a través de visitas de la ITSS.

Al igual que ocurría en el caso de las actas de infracción y cualquier otro tipo de actas que se levanten por cualquier órgano de la Administración, según el art. 32 del RD 928/1998, debe contener una serie de datos relativos a;

- a) La determinación del Régimen de Seguridad social de aplicación. Pudiendo además el inspector especificar el grupo especial dentro del régimen general de la Seguridad Social en que se encuentra. La obligación de que en el acta se especifique el régimen de la Seguridad Social contribuye a garantizar el derecho de defensa del sujeto responsable en el procedimiento administrativo que se desarrollará tras la extensión del acta de liquidación.⁵⁹
- b) Datos elementales de identificación del sujeto o sujetos responsables de la obligación de cotización cuyo incumplimiento se le imputa.

⁵⁹ GARCÍA RUBYI, M.A., *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social* (doctrina y jurisprudencia) Tirant lo Blanch, Valencia 1999 pp.473 y 474.

- c) La fijación de la deuda. El inspector deberá reflejar en el acta una deuda como consecuencia de la constatación del incumplimiento de una obligación de cotización por un sujeto , así como los hechos causantes de la deuda.
- d) Cálculo del importe de la deuda: el inspector especificará el período de descubierto, con una relación nominal de los trabajadores afectados, determinación de la categoría profesional (competencia exclusiva del cuerpo de Inspectores), el grupo de cotización al que deberían estar adscritos, así como cualesquiera otros datos que haya tenido en cuenta para liquidar la deuda. Además de la identificación de la deuda, se deberá especificar en el acta de liquidación, el recargo de mora que proceda para cada caso y se indicará el importe resultante de sumar ambas cantidades.
- e) Obligación de informar al sujeto responsable de los derechos que le asisten como administrado.
- f) Obligación de expresar en el acta la fecha , así como la identidad del funcionario que la ha practicado, la firma del subinspector, y en su caso del inspector que la haya confirmado con su visado.

En el supuesto objeto de estudio, los inspectores, una vez visitada la empresa y comprobado que Don Alberto no está dado de alta el régimen General de la Seguridad Social y que las horas extraordinarias Don Francisco no han sido cotizadas, levantará un acta de liquidación⁶⁰ simultáneo al de infracción⁶¹.

Una vez que las dos actas de inspección han sido extendidas, deberán ser notificadas al sujeto responsable, a la Tesorería General y a los trabajadores afectados, atendiendo a lo regulado en el art.31.5 de RD 928/1998. Aunque los trabajadores sólo podrán reclamar contra el acta de liquidación.

V CONSECUENCIAS DE LA ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

1 Responsabilidad penal

Una de las consecuencias que podría tener la actuación de la inspección es la apertura de un proceso penal. Si el inspector actuante o el órgano encargado de resolver el expediente, entendiéndose que las infracciones cometidas por el empleador, pudieran considerarse delito pasará las actuaciones al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal quedando el proceso sancionador suspendido hasta la resolución del procedimiento penal, en aplicación del art. 3 del TRLISOS y el art. 5 del RD 928/1998,.

Según lo preceptuado en el art. 5 del RD 928/1998, la existencia de un procedimiento judicial penal, tampoco será obstáculo para que en el caso de que exista riesgo grave e inminente para la seguridad o salud del trabajador, el inspector acuerde como medida cautelar la paralización de los trabajos. No obstante, si existieran expedientes sancionadores que no tuvieran conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales del orden penal o si existiesen deudas con el Sistema de Seguridad Social podrían tramitarse. Si del procedimiento penal resultase una sentencia firme condenando por delito al infractor, ésta excluirá la imposición de sanción administrativa por los mismos hechos que hayan sido considerados probados, excepto lo referente a la liquidación de cuotas a la Seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta, así como la exigencia del reintegro de ayudas, bonificaciones o de las prestaciones sociales indebidamente percibidas, si las hubiera.

⁶⁰ Se adjunta en Anexo V, acta de liquidación.

⁶¹ Se adjunta en Anexo VI, acta de infracción.

En el apartado primero del art. 311 del Código Penal (en adelante CP), se establecen las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses a aquella conducta que “mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”, este apartado debemos de relacionarlo con el apartado tercero del mismo precepto, en donde se regula la agravante de llevar a cabo dicha actitud con violencia o intimidación, en cuyo caso las penas sería de tres a cuatro años y medio de prisión y multa de doce a dieciocho meses. La Sala de lo Penal del TS en su sentencia de 14 de octubre de 2000 estableció que el abuso o la situación de necesidad, supone que el perjudicado conoce la ilegalidad de lo que se le impone, pero la necesidad de ocupar el puesto de trabajo y el desequilibrio entre las partes lo lleva a aceptarlo.

Por todo ello, en el caso de Don Francisco, no interpretamos que la actitud llevada a cabo por su empresario, a pesar de ser contraria al ordenamiento, llegue a poder encuadrarse dentro de lo tipificado por el art. 311 del CP. Pues, aunque en el supuesto de hecho se nos relata que el trabajador llevaba unos años en el paro, también se especifica que el puesto ofertado le suponía una oportunidad inmejorable, por lo que consideramos no es equiparable a una situación de necesidad.

2 Procedimiento Administrativo Sancionador

Una vez extendidas las actas de infracción y de liquidación, de acuerdo a lo regulado por el art. 53.1 del TRLISOS, con la correspondiente graduación de las sanciones apreciadas por el actuario y con el visto bueno del inspector, se da por finalizada la fase de instrucción. Se establece en el apartado primero de la disposición adicional cuarta de la LITSS, que el procedimiento sancionador se iniciará siempre de oficio y en virtud de acta de infracción, cuestión que es reiterada en los artículos 1.2 y 13.1 RPSOS.

Según el art. 134.2 de la LRJYPAC la fase de instrucción y de sanción, deben de llevarse a cabo por separado y por⁶² órganos distintos, como así lo recoge por la Jurisprudencia, entre otras la Sentencia del TC de 26 de abril de 1996. Toda acta, ya sea de infracción, ya de liquidación, supone la iniciación de un procedimiento administrativo debiendo diferenciar entre procedimiento administrativo sancionador en materia laboral, o un procedimiento administrativo que tenga como finalidad conseguir el ingreso de las cuotas debidas por el sujeto responsable como consecuencia de un acta de liquidación.

El acta de infracción se notificará en un plazo de 10 días hábiles desde la fecha del acta al presunto infractor, quien en un plazo de 15 días hábiles contados a partir del día siguiente a la notificación podrá formular alegaciones acompañadas de la prueba que estime pertinente ante el órgano instructor del expediente, como se establece el art.17 del RD 928/1998. Respecto al órgano instructor hemos de estar a lo establecido en los artículos 18 y 18 bis de la mencionada Ley, ya que puede depender de la comunidad autónoma (si estamos ante una infracción por riesgos laborales), o de la Administración General del Estado (si estamos ante infracciones relativas a las relaciones laborales). Si no se formularan alegaciones, el acta de infracción, según el apartado 2 de los mencionados artículos, será considerada propuesta de resolución.

Si el presunto infractor, presenta alegaciones, el órgano instructor podrá recabar informe ampliatorio del Inspector o Subinspector que practicó el acta y este informe es preceptivo cuando en las alegaciones se invocaran hechos o circunstancias distintos de los recogidos en el acta, cuando sea insuficiente el relato de hechos de la misma o dé lugar a indefensión. El funcionario de la inspección

⁶² GARCÍA FERNÁNDEZ, M., *El procedimiento sancionador por infracción de las leyes sociales*, Relaciones Laborales, 1986, tomo I, p. 341.

valorará las pruebas aportadas y las alegaciones formuladas por la contraparte y elevará la propuesta a definitiva remitiéndola al órgano encargado de la resolución del expediente sancionador. Sobre la práctica de las pruebas que se consideren adecuadas al esclarecimiento de los hechos, podrán declararse improcedentes aquellas pruebas que no aporten nada a la resolución final a favor del infractor, así se dispone en el art 17.4 del RD 928/1998, siendo de aplicación el art. 137 de la LRJYPAC. Una vez practicadas las pruebas que sean consideradas pertinentes y antes de dictar resolución, se dará audiencia al presunto responsable por 8 días con vista de lo actuado, siempre que de ello se desprendan nuevos hecho o distintos de los apuntados en el acta, pudiendo en el plazo de 3 días formular alegaciones, finalizado este plazo queda visto para resolución. La resolución del expediente sancionador, regulada en el art. 20 del RD 928/1998, se dicta en un plazo de 10 días desde la fecha en que se recibe la propuesta de resolución o desde que se realizan las últimas diligencias y debe ser una resolución motivada que confirme, modifique o deje sin efecto la propuesta de resolución en cuyo caso se ordenará el archivo del expediente y el levantamiento de las medidas provisionales si hubieran sido adoptadas.

Las resoluciones dictadas en los procedimientos sancionadores por infracciones del orden social, siguiendo lo estipulado en el artículo 21 del RD 928/1998, serán notificadas a los interesados, señalándoles los recursos que caben contra ellas, y ante que órgano judicial o administrativo han de interponerse, así como el plazo para llevarlos a cabo. En el supuesto de que se impusieran sanciones pecuniarias, en dicha notificación se establecerá el plazo, lugar y forma de ingreso de las mismas en período voluntario, así como la prevención de que si no se lleva a cabo en dicho período sin haber interpuesto el recurso de alzada, se devengará el recargo de apremio e intereses de demora y se procederá al cobro, y en su caso se ejecutará por la vía de apremio, excepto en los casos de infracción en materia de Seguridad Social.

Atendiendo al art.21.2 de la TRLISOS, cuando la resolución se haya dictado por las correspondientes entidades gestoras o de servicios comunes de la Seguridad Social, o por el Servicio público de Empleo Estatal, se remitirá copia de la resolución que recaiga al Jefe de la Unidad Especializada de la Seguridad social de la ITSS que hubiera efectuado la propuesta de resolución correspondiente. Del mismo modo, cuando la resolución imponga sanciones accesorias o declare la responsabilidad solidaria del empresario respecto de la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por el trabajador, se comunicará a los correspondientes organismos y entidades gestoras al día siguiente de la fecha en que se dicte⁶³.

Respecto al plazo para tramitar el procedimiento sancionador, en el art. 23.3 del RD 928/1998 se establece un plazo de seis meses que comenzarán a contar a partir de la fecha del acta y finalizarán en la fecha en que se dicte la resolución, pudiendo acordarse la ampliación de dicho plazo cuando concurren circunstancias excepcionales, según lo previsto en el art. 42.6 de la LRJYPAC. La Jurisprudencia del TS en su Sentencia de 12 de noviembre de 2001, respecto del plazo ha establecido que el plazo de seis meses no finaliza en el momento en que se dicta la resolución, sino en el momento en que es notificada dicha resolución. Se excluye de dicho plazo las interrupciones por causas imputables a los interesados o las que sean debidas a la suspensión.

Otro aspecto de gran importancia, es la competencia sancionadora, el art. 4 del RD 928/1998 regula la atribución de competencias en el ámbito de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de aquella, las infracciones se sancionarán por los órganos a los que normativamente se haya atribuido la competencia. Por ello, las infracciones en

⁶³ ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO, *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, Tomo I, Parte Especial, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pp.1283

materia de relaciones laborales, en el supuesto objeto de estudio los expedientes sancionadores como consecuencia de las actas números 1 y 2, serán competencia de la Consellería de Trabajo como hemos expuesto en el epígrafe anterior. Mientras que las actas de infracción y liquidación simultáneas, establece el apartado b) del mencionado artículo se establece que, el órgano competente para la resolución del expediente sancionador será la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social, conforme a lo previsto en el art. 31 de la LGSS, por lo tanto, en el caso analizado, corresponde a este órgano la resolución del acta de infracción N°3, así como la resolución del acta de liquidación.

En la resolución del expediente se tipificarán los incumplimientos llevados a cabo por el presunto responsable como infracción administrativa y le serán impuestas las sanciones correspondientes. La sanción más típica por infracciones en el orden laboral es la sanción económica que será graduada conforme a los arts. 39 y 40 del TRLISOS, para cuantificar dicha sanción se ha de tener en cuenta la gravedad de la infracción y las circunstancias concurrentes en cada caso. La Sala de lo Contencioso Administrativo TS en su sentencia de 29 de marzo de 1996 ha establecido que respetando los criterios de graduación y cuantificación, se garantizan mejor los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica, de conformidad con el art. 25 de la CE. Otro de los criterios a tener en cuenta a la hora de agravar la sanción es la persistencia continuada de la infracción y la reincidencia, esta última tendrá lugar cuando haya existido una resolución sancionadora firme del mismo tipo y calificación que la existente en un plazo de un año, a este respecto la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS en su sentencia de 27 de junio de 1995 ha interpretado que no existe reincidencia cuando la sanción anterior tuvo como causa un incumplimiento idéntico pero en otro centro de trabajo.

Además, en la resolución del expediente administrativo sancionador, las sanciones pecuniarias pueden ir acompañadas de sanciones accesorias reguladas en el art. 46 del TRLISOS, a las que nos hemos referido en epígrafes anteriores.

Contra la resolución del expediente administrativo sancionador, el presunto responsable podrá recurrir a la vía jurisdiccional. El plazo será de 2 meses a contar desde el día siguiente a su notificación ante el Juzgado de lo Social en cuya circunscripción tenga su sede el órgano autor del acto impugnado o bien ante el Juzgado de lo Social del domicilio del demandante, a elección de éste, conforme a lo establecido en la LPRL.

3 Iniciación del procedimiento de oficio ante la Jurisdicción Social

De conformidad con lo establecido en el art.7.12 de la LITSS, una de las medidas posibles derivadas de la actividad inspectora de la ITSS es la proposición a sus jefes, por parte de los Inspectores, de formular demanda de oficio ante los Juzgados de lo Social atendiendo al contenido del art. 148 de la LRJS, la presentación de la demanda se ha entendido obligatoria para la Autoridad Laboral, tanto por la jurisprudencia, como por parte de la doctrina⁶⁴. Si se formulase la demanda de oficio, se dará cuenta al órgano competente para resolver y se producirá la suspensión del expediente administrativo sancionador y, cuando exista, del procedimiento liquidatorio, con notificación a los interesados y al proponente, hasta que se dicte sentencia firme. Según se establece en el apartado 2 del mencionado art. 148, el procedimiento se seguirá de oficio, aún sin asistencia de los trabajadores implicados, que tendrán la consideración de parte, aunque con la excepción de que no podrán desistir ni solicitar la suspensión del proceso.

⁶⁴ MERCADER UGUINA, J.R. y TOLOSA TRIBIÑO, C., *Derecho Administrativo Laboral*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. P.286

El procedimiento de oficio no siempre procede de actuaciones de la ITSS, según el art. 148 de la LRJS podemos distinguir entre los procedimientos iniciados mediante certificación de las resoluciones firmes derivadas de las actas de infracción de la ITSS en las que se aprecien perjuicios económicos para los trabajadores y que no impiden la ejecución de las resoluciones administrativas sancionadoras que hayan adquirido firmeza.

El procedimiento de oficio, también puede iniciarse, en aquellos supuestos en que el acta de infracción o de liquidación se hubieran dictado en materias de seguridad social a que se refiere el art. 3.f) de la LRJS y el sujeto responsable hubiera formulado alegaciones con base en argumentos y pruebas que pudieran desvirtuar la relación objeto de la actuación inspectora. En el supuesto que estamos analizando, si en su escrito de alegaciones al acta de infracción y liquidación, el empleador presenta pruebas suficientes para desvirtuar la relación laboral existente entre la empresa y Don Alberto, el Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 149.1 de la LPRL promoverá demanda de oficio ante el Magistrado Decano de los Juzgados de lo Social. Una vez dictada la Sentencia, que estimando la demanda de la ITSS, declare que existe relación laboral entre el trabajador y la empresa, si el demandado no interpusiera recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ de Galicia según lo previsto en el art. 189.1 de la LPRL, el jefe de la ITSS levantará la suspensión de los expedientes de infracción y liquidación y dictará resolución.

Una vez resuelto el expediente sancionador, se le informará al presunto responsable que en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación, conforme a los arts. 114 de la LRJYPAC y 23 del RD 928/1998 en relación con lo previsto en el art. 54 de la LGSS, podrá presentar recurso de alzada ante la Dirección General de ordenación de la Seguridad Social, en cuyo caso el pago de la sanción no será exigible hasta la resolución definitiva del mismo. Resuelto de modo desfavorable dicho recurso de alzada por el Director General de la Seguridad Social, se le notificará al responsable de la infracción que la resolución pone fin a la vía administrativa.

Una vez concluido el expediente administrativo, si el presunto infractor desea impugnar la resolución recaída, deberá hacerlo en el plazo de 2 meses a contar desde el día siguiente a su notificación ante el Juzgado de lo Social en cuya circunscripción tenga su sede el órgano autor del acto impugnado o bien ante el Juzgado de lo Social del domicilio del demandante, a elección de éste, conforme a lo establecido en la LPRL.

4 Alta de Oficio por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y liquidación de cuotas

Como ya hemos visto en epígrafes anteriores, según el art. 15 de la LGSS, la cotización es obligatoria, en los Regímenes Especiales y en el General, naciendo dicha obligación desde el momento en que se inicia la actividad. También en el art. 23 del RD 84/1996, se regulan las diferentes formas de promover la afiliación a la Seguridad Social, que podrá realizarse a instancia de los empresarios, a petición de los trabajadores o de oficio por la TGSS. Aunque dicho artículo contempla la tres posibilidades, hemos de tener en cuenta que según el art. 24 del mismo texto legal los empresarios están obligados a solicitar la afiliación al sistema de la Seguridad Social de quienes, no estando afiliados, ingresen a su servicio.

Por lo tanto, una vez que los inspectores, con motivo de su visita al centro de trabajo comprueban que un trabajador no está encuadrado en el régimen correspondiente de la Seguridad Social y no se ha cotizado por horas extraordinarias realizadas por otro trabajador, deberán dar cuenta a las Direcciones Provinciales de la TGSS para que éstas efectúen de oficio la afiliación del trabajador que se encuentre en situación irregular según lo establecido en el art 26 del RD 84/1996. Las altas

practicadas de oficio como consecuencia de la ITSS, se retrotraerán a la fecha en que se haya llevado a cabo tal actuación, salvo que éstas tuvieran su origen en una orden superior, a instancia de las entidades gestoras o por denuncia en cuyo caso se retrotraerán a la fecha en que tuvieran entrada dichas notificaciones, según el art. 35.1.2º de la precitada norma

También la actuación inspectora puede tener como consecuencia la liquidación de las deudas por cuotas a la Seguridad Social, en cuyo caso la ITSS requerirá a quien estime responsable de su pago para que proceda a su ingreso, y así abstenerse de iniciar un expediente sancionador y liquidador. Si se incumpliera dicho requerimiento se procederá a levantar un acta de infracción y liquidación por la ITSS, según el art. 35 del RD 928/1998. Respecto a la liquidación de las cuotas es fundamental conocer la fecha en que nace la obligación de cotizar, establece el art. 35.1.2º del RD 84/1996 que cuando la actuación de los inspectores consista en un requerimiento de pago de cuotas o en un acta de liquidación elevada a definitiva en vía administrativa por la TGSS, que es la encargada de la recaudación de la cuotas,⁶⁵ siempre que haya efectuado el ingreso de su importe, los efectos se retrotraerán a la fecha de inicio del período de liquidación que figure en el requerimiento o acta. En su punto 3º, este mismo precepto regula que los sujetos obligados a solicitar el alta incurrirán en las responsabilidades anteriores derivadas de su falta de solicitud de alta, naciendo la obligación de cotizar el día en que se inició la actividad, excepto que hubieran prescrito, en cuyo caso no podrían exigirse.

Como consecuencia de todo lo anterior, en el caso de Don Alberto, tanto la afiliación de oficio, como el pago de las cuotas de seguridad social, no serían exigibles hasta el momento en que se resolviese el expediente liquidatorio, según lo preceptuado por el art. 35.1.2º precitado. Es decir, no existiría un alta de oficio tras la visita de la ITSS, sino que dicha alta tendría lugar, cuando se resolviera el expediente de liquidación que estuvo suspendido hasta el momento en que fue firme la sentencia por el Juzgado de lo Social declarando la existencia de una relación laboral como consecuencia de la demanda de oficio presentada por la jefa de la ITSS. En definitiva, Don Alberto a efectos de prestaciones figuraría en alta desde el momento en que inició su actividad, debiendo el empresario ingresar las cuotas de seguridad social correspondientes a dicho período. También en el caso de Don Francisco, si quedasen acreditadas la realización de horas extraordinarias, el empresario tendrá que pagar las cuotas sociales correspondientes a las mismas. Además de pagar las multas pecuniarias, que el órgano sancionador haya acordado.

VI DEFENSA ANTE UNA SANCIÓN ADMINISTRATIVO-LABORAL

Llegados a este punto del trabajo, y una vez que analizamos las presuntas infracciones cometidas por el empresario y la posterior intervención de la ITSS, la primera conclusión es que argumentar una defensa a favor del empresario, es una misión que a priori tiene pocos visos de prosperar. En especial, si tenemos en cuenta que según el art. 15 del RD 928/1998 las actas de infracción cuentan con las siguientes características: naturaleza de documento público, los hechos y circunstancias reflejados en ellas gozan de de la presunción de certeza , y además sirven como pliego de cargos y propuesta de sanción.

Pese a todo lo anterior, la extensión de un acta de infracción no siempre da lugar a una sanción, ya que como hemos señalado en el epígrafe anterior, antes de imponer la sanción es preceptivo abrir un procedimiento administrativo cuyos requisitos se contemplan en el art. 51 y siguientes del TRLISOS y en el RD 928/1998. Siguiendo ambos textos legislativos, en la fase de instrucción se garantizará al presunto infractor el ejercicio de sus derechos de defensa (especialmente la audiencia, contradicción y presunción de inocencia), de forma que solamente tras haberle sido concedidos dichos derechos , la

⁶⁵ MADRID YAGÜE, P., *La recaudación ejecutiva de la Seguridad Social*, Lex Nova, Madrid, 2001, pp. 204 y 205

autoridad laboral podrá proceder a dictar la resolución final, que no necesariamente tendrá que ser sancionadora.

Por ello, el empresario (en este caso) a la hora de construir su defensa frente a un procedimiento administrativo-laboral sancionador, deberá examinar fundamentalmente las exigencias que requiere toda acta y que podríamos reducir a tres bloques: 1.Cumplimiento de los requisitos formales, 2.Adecuación y suficiencia de la actividad probatoria del órgano inspector y 3.Respetar los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad.

1 Requisitos Formales

El primer elemento que debemos comprobar para recurrir un acta de infracción es que cumpla todos los requisitos que le son exigidos para su formalización por el art. 53 del TRLISOS. Antes de examinar los elementos formales, hemos de tener en cuenta, que por tratarse de un acto administrativo le será de aplicación lo previsto en el art. 63 de la LRJYPAC⁶⁶ y en consecuencia, las irregularidades de este tipo no impiden en todo caso que el acta goce de validez y ejecución, sino que sólo se producirá su nulidad cuando los defectos de forma impidan al acto alcanzar su fin o bien provoquen indefensión al administrado.

El primer aspecto a analizar será comprobar si la ITSS o la autoridad laboral decisoria cuenta con la competencia material y funcional adecuada para la imposición de la sanción. Ya que podemos estar ante un tema que sólo pueda decidir un órgano jurisdiccional, que esté pendiente de Sentencia definitiva, o que por el contrario ya hayan sido resueltas por sentencia firme. En estos supuestos el procedimiento administrativo deberá suspenderse hasta que exista un pronunciamiento judicial o puede que tenga que anularse por haber sido dictada la Sentencia. En el supuesto de hecho, hemos de tener en cuenta que si Don Francisco ha formulado demanda contra el empleador por acoso laboral, por horas extraordinarias y por vulneración del derecho al descanso, el procedimiento administrativo deberá quedar en suspenso hasta que se dicte sentencia, debiendo respetar aquél lo resuelto por el órgano jurisdiccional. Únicamente podrá continuar el expediente sancionador, por la infracción relativa a la prevención de riesgos laborales y el expediente de infracción y liquidación de cuotas de seguridad social del trabajador que según la ITSS no se encontraba de alta en el régimen general de la Seguridad Social.

Otro elemento a examinar, a la hora de articular la defensa del empresario e intentar impugnar el acta, es el relativo a los sujetos. En este punto hemos de comprobar que las autoridades administrativas no están incurso en causas de recusación por parentesco, amistad o enemistad manifiesta del inspector. También es necesario que en el acta tanto el empresario como los trabajadores afectados queden debidamente identificados. Dentro de estos aspectos formales, a la hora de impugnar el acta podemos invocar causas referidas al procedimiento administrativo si existiese como: la notificación del acta, la denegación de audiencia, la falta de diligencias necesarias, la notificación de la resolución...etc.

Una de las causas más invocadas a la hora de impugnar un acta de infracción es la prescripción. El art. 4 del TRLISOS establece, con carácter general, como plazo de prescripción para las infracciones el de tres años para materia laboral y cuatro para los de seguridad social. Mientras que para las infracciones en materia de prevención de riesgos los plazos serán de un año para las leves, tres para las graves y cuatro para las muy graves, computado el plazo desde la fecha de la infracción. Del mismo modo, hemos de prestar especial atención a los plazos regulados en el art. 20 del RD

⁶⁶ Art. 63 de la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común : "1.-son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. 2.- El defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados., 3.-La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuan así lo imponga la naturaleza del término o plazo"

928/1998, en donde se estipula que, si desde la fecha del acta hasta la resolución administrativa transcurren más de seis meses provocará la caducidad del procedimiento, excepto que la causa sea imputable al administrado, suspensión o prórrogas. Por otro lado, las actuaciones comprobatorias no se dilatarán por espacio de más de nueve meses, salvo que concurran una serie de circunstancias reguladas en el art. 8 del RD 928/1998, tampoco podrán interrumpirse las actuaciones por un período de más de tres meses, bajo sanción de anulación según lo regulado en el art. 63 de la LRJYAC.

También es necesario examinar como se ha desarrollado la actuación de los inspectores, ya que si hubiera tenido lugar una actuación parcial o inadecuada, que diera lugar a un relato fáctico insuficiente, podríamos impugnar el acta. Lo mismo ocurre cuando no ha existido una percepción directa de los hechos o el acta se apoye en bases inciertas, incluyendo en la misma, conjeturas o deducciones. En este sentido la Jurisprudencia ha venido rechazando la validez de aquellas actas que sólo efectúen una invocación genérica del ilícito o incluyan meras calificaciones jurídicas sin acompañarse de los hechos en los que se basan, entre otras la Sentencia de la Sala de lo Social del TS de 25 de octubre de 1996⁶⁷.

Un elemento de crucial importancia, es la especificación por parte de los actuarios de los medios de prueba de los que se han servido en su investigación, es decir, los documentos, testigos, pruebas periciales..etc, que han utilizado para determinar la existencia de la infracción. El TS en su Sentencia de 17 de julio de 1992 entiende que la omisión de estos datos, no sólo impide el control sobre la investigación de la inspección, sino que sobre todo, constituye una irregularidad que causa indefensión al particular porque si desconoce las fuentes de conocimiento del órgano inspector, difícilmente podrá contrastarlas y rebatirlas.

Los tribunales han declarado la nulidad de las actas cuando se omite por completo el precepto vulnerado, puesto que ello supone una dificultad para conocer los términos exactos de la acusación⁶⁸. En el mismo sentido se pronunciado el Alto Tribunal en su sentencia de 15 de junio de 1993 declarando el acta nula por citar una norma inaplicable o un artículo que no se corresponde con la infracción imputada en el acta, sin dar nueva audiencia al inculpado.

2 Control sobre la actividad investigadora

El segundo aspecto que debemos examinar para determinar la eficacia de las actas de infracción consiste en asegurarse de que los hechos allí imputados han quedado lo suficientemente probados. Como recordábamos al principio del epígrafe, según el art. 53.2 del TRLISOS los hechos constatados por los funcionarios de la ITSS que formalicen en las actas de infracción y de liquidación observando los requisitos legales pertinentes tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan aportar los interesados, el TC en su sentencia 76/90 ha declarado esta previsión como constitucional. No obstante los tribunales han venido estableciendo una interpretación restrictiva sobre la presunción de certeza de las actas en favor de la presunción de inocencia.

Respecto a la presunción de certeza el TS en su sentencia de 22 de octubre de 2001 estableció que de todo el contenido del acta, únicamente se otorga la presunción de certeza a los “hechos”, no extendiéndose dicho valor probatorio a otras manifestaciones que pudiera realizar el órgano inspector en el documento como pueden ser meras calificaciones jurídicas, conjeturas o juicios de valor.

⁶⁷ Sentencia de 25 de octubre de 1996, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo rechazó el acta de infracción porque alegaba la existencia de un trabajador “por cuenta ajena” sin especificar las circunstancias fácticas que demuestran las notas de laboralidad.

⁶⁸ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal supremo de 18 de septiembre de 1985.

Aunque la presunción de certeza se refiere a los hechos reflejados en el acta, tenemos que tener en cuenta que dicha presunción tan solo es aplicable a aquellos hechos que hubieran sido “constatados” por el órgano inspector. Por ello, a la hora de examinar el acta hemos de comprobar que los hechos allí reflejados, tienen como origen una investigación, por parte de los actuarios, basada en el respeto a la legalidad, además de ser idónea y suficiente como para considerar que dichas infracciones están debidamente acreditadas. Los tribunales a la hora de tasar la credibilidad de los hechos expuestos en el acta, emplean criterios como la proximidad o inmediación temporal y física que los inspectores ha tenido con dichos hechos. Así pues, en aquellos casos en que transcurre un tiempo considerable entre la constatación de los hechos y la fecha del levantamiento del acta el valor probatorio de la misma se ve debilitado, así lo ha interpretado el TS en su Sentencia de 2 de octubre de 1990 entre otras. También reiteradamente la jurisprudencia ⁶⁹ afirma que sólo merecen fuerza probatoria los hechos “comprobados directamente” por los órganos inspectores.

Como hemos visto hasta ahora, existe cierta unanimidad entre la jurisprudencia a la hora de interpretar la presunción de certeza en aspectos como la constatación y la comprobación por parte de los inspectores. No obstante, dicha unanimidad no se mantiene en lo relativo a la inmediación. La mayor parte de los tribunales admiten la presunción de certeza sobre los hechos percibidos por el actuario, a través de los sentidos (vista u oído), y también admiten aquellos hechos conocidos mediante otros medios como pueden ser testigos, documentos ..etc.⁷⁰ Sin embargo, también ha habido otros pronunciamientos judiciales⁷¹ en los que no se le concedió veracidad a los hechos conocidos a través de terceros.

Y por último, uno de los recursos más utilizados por el presunto infractor, a la hora de rebatir la presunción de certeza de las actas de infracción, es la aportación de pruebas de contrario, con la finalidad de desvirtuar el relato fáctico del acta, así como acreditar posibles atenuantes⁷². El inculpado podrá valerse de todos los medios probatorios admitidos en Derecho tales como: documentos, sentencias, pruebas testificales. También en este sentido la jurisprudencia es muy variable, yendo desde sentencias⁷³ que consideran necesaria la aportación de pruebas fehacientes e indubitadas, hasta otros⁷⁴ que consideran suficiente la mera introducción de la duda.

En conclusión, para desvirtuar la presunción de certeza que tienen las actas de la ITSS ha de realizarse una valoración conjunta de todas las pruebas aportadas por la administración y por el presunto infractor con la finalidad de que el órgano al que le corresponda resolver pueda delimitar los hechos que definitivamente considere constatados.

3 Examen de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad

El principio de tipicidad regulado en el art. 129 de la LRJYPAC, establece que “*sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley.*”, por lo tanto se exige que las acciones u omisiones consideradas como infracciones se delimiten de forma precisa. En este sentido el TC en su sentencia de 15 de octubre de

⁶⁹ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2001.

⁷⁰ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2000.

⁷¹ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1987.

⁷² Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1998.

⁷³ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1990.

⁷⁴ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1995.

1982 ha interpretado que no hay que entenderlo de manera rígida y absoluta en el sentido de una determinación siempre minuciosa y exhaustiva, ya que se admite la utilización de cierto margen de apreciación. No obstante, la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS en su sentencia de 12 de diciembre de 1997 estableció que no es posible extender por analogía el ámbito de la infracción aplicando el tipo establecido para una determinada conducta a otra distinta. Por ello a la hora de analizar las actas de infracción es necesario comprobar que respeta el principio de tipicidad y que los hechos que se han tenido por probados reúnen todos los elementos del ilícito infractor alegado. Los tribunales han considerado que cuando los hechos constituyan infracción, pero se encuadren en un tipo de ilícito diferente al imputado en el acta, sólo cabría imponer la sanción previa notificación de nueva audiencia al inculpado⁷⁵.

Otro de los elementos a tener en cuenta en las actas es la culpabilidad, así, adaptando el principio penal “no hay pena sin culpa, y la medida de la pena debe ajustarse a la culpa” al derecho administrativo sancionador, se traduce en que no se podrá imponer una sanción administrativa, sin demostrar que existe responsabilidad, dolosa o culposa, por parte del acusado como infractor, del mismo modo, es necesario que la magnitud de la sanción y de la responsabilidad sean proporcionadas. Se establece la LRJYPAC, en su art. 130 que “*sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia*” y el art 131.3.a) de la mencionada ley, determina que la norma sancionadora deberá mantener una adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicable, respetando criterios como la existencia de intencionalidad o reiteración.

El Derecho administrativo sancionador, se inspira en los principios del Derecho penal, en donde la regla es la punición de los hechos que responden al título de imputación más grave (dolo) y sólo excepcionalmente son castigados los que tienen su origen en la imprudencia, por el contrario en el Derecho administrativo sancionador la culpa o imprudencia es la protagonista, siendo el dolo una agravante de la culpabilidad. Asimismo, en el Derecho administrativo sancionador se incrimina la imprudencia en toda su extensión, yendo desde la culpa levísima hasta la imprudencia temeraria, es decir la simple inobservancia será sancionada, otra diferencia con el Derecho penal a tener en cuenta, es que en el Derecho administrativo que se permite la sanción por infracción administrativa formal, sin necesidad de que se produzca una lesión al bien jurídico, mientras que en el Derecho penal la mayor parte de los tipos son de resultado y de lesión, las infracciones administrativas son de mera actividad y de peligro abstracto⁷⁶. En el art. 39 del TRLISOS dispone que las sanciones se graduarán en función de la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor o de la existencia de fraude o connivencia, además de otros factores, por todo ello podemos concluir que aún cuando no existan elementos subjetivos si existe un incumplimiento, tendrá lugar una sanción.

Respecto a la culpabilidad la jurisprudencia es muy variada, aunque generalmente ha venido sosteniendo, con determinadas cautelas y salvedades, que existe una responsabilidad objetivada, en la que no es necesaria la culpa pero siendo necesario que los hechos sean imputables al sujeto, excepto en determinados supuestos como por ejemplo en casos de fuerza mayor. En este sentido, la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS en su Sentencia de 11 de julio de 1997 rechazó la exclusión del elemento subjetivo para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva plena. Por otro lado, el mismo órgano jurisdiccional, en sentencia de 16 de febrero de 1990 ha mantenido que para la válida imposición de sanciones administrativas es de todo punto exigible la comprobación de alguna culpabilidad en el sujeto infractor, lo que supone una tarea de

⁷⁵ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) de 17 de junio 1999.

⁷⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Reflexiones sobre los principios del Derecho Sancionador Administrativo en la Ley 30/1992*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, núm. XVIII, pp. 314 y 315

individualización de su conducta. Como regla general, se considera que no basta alegar la ausencia de culpa, sino que es necesario acreditar que se ha empleado la diligencia exigible por parte del sujeto infractor (TS en su sentencia de 22 de octubre de 2001
TS en su Sentencia de 2 de octubre de 1990
TC en su sentencia de 15 de octubre de 1982
TS en su sentencia de 12 de diciembre de 1997
TS en su Sentencia de 11 de julio de 1997
Sala de lo Contencioso-Administrativo de TS en su sentencia de 22 de octubre de 2001
TS en su Sentencia de 2 de octubre de 1990
TC en su sentencia de 15 de octubre de 1982
TS en su sentencia de 12 de diciembre de 1997
TS en su Sentencia de 11 de julio de 1997
).

El tercer principio a analizar es la proporcionalidad, el art. 39.2 del TRLISOS dispone, que una vez calificadas las infracciones, las sanciones se graduarán atendiendo a la culpabilidad del sujeto infractor, así como a otros elementos tales como la reincidencia, trabajadores afectados..etc. Por lo tanto, hemos de concluir que es necesaria una relación proporcionalmente directa entre la comisión de la infracción administrativa y la magnitud de la sanción impuesta . Por lo tanto a la hora de intentar impugnar un acta de infracción, a la vista de los hechos y de las circunstancias atenuantes y agravantes acreditadas, hemos de comprobar que la propuesta de sanción que contiene el acta es congruente con la gravedad del ilícito. Ya que, si la sanción que se propusiera no estuviese en concordancia con la infracción por no haber tenido en cuenta las agravantes o atenuantes, cabría interponer una multa en grado inferior a la propuesta, mientras que cabría imponer una sanción superior a la propuesta por la ITSS si previamente se hubiera dado traslado al inculpado con posibilidad de nueva audiencia, según Sentencia de TS en su sentencia de 22 de octubre de 2001
TS en su Sentencia de 2 de octubre de 1990
TC en su sentencia de 15 de octubre de 1982
TS en su sentencia de 12 de diciembre de 1997
TS en su Sentencia de 11 de julio de 1997
.

VII CONCLUSIONES

§

En relación con las acciones del trabajador.

En el caso de Don Francisco, una vez presentada la papeleta de conciliación ante el SMAC podrá acumular, según lo previsto en el art. 26.1 de la LRJS, en su escrito de demanda ante el Juzgado de lo Social de A Coruña cuatro acciones:

1.-Declaración de despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, garantía de indemnidad:
Al trabajador le ha sido vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24 de la CE que se aplica de un modo extensivo a la garantía de indemnidad prevista en el art.17 del ET. En el caso de Don Francisco concurren los tres elementos necesarios para que tenga lugar dicha vulneración: 1. El trabajador acude a la ITSS para solicitar protección legal ante los abusos sufridos por parte del empresario, 2 La actitud del empresario ante la actuación del trabajador es el despido y 3. Existe una conexión causal entre la acción del trabajador (denuncia) y la represalia empresarial (despido). Esta conexión causal es evidente, ya que el despido se produce al día siguiente de la visita de los inspectores al lugar de trabajo. Teniendo como consecuencia la

readmisión del. Por todo ello solicitamos la declaración de nulidad del despido debiendo ser readmitido el trabajador a su puesto de trabajo según lo previsto en 55.6 del ET y el art.113 de la LRJS y subsidiariamente sea declarado el mismo improcedente.

2.- Reclamación de cantidad como indemnización por el daño moral causado al vulnerar el derecho fundamental a la dignidad del trabajador.: El trabajador ha sido privado del derecho fundamental a ser tratado con dignidad recogido en art.15 de la CE, que se hace extensivo a los trabajadores en su condición de personas y de un modo específico se recoge en el art. 4.2e) del ET. Concurrían en este supuesto las cinco circunstancias exigidas por los tribunales, por la doctrina y también por la ITSS: 1.Hostigamiento, violencia psicológica, 2 el empresario ejerce una violencia intensa sobre el trabajador, 3 prolongada en el tiempo, 4 que la finalidad dañar psíquica o moralmente al trabajador, en (este caso la finalidad del empresario la desconocemos) y 5 aunque no es un requisito indispensable para la doctrina, la jurisprudencia ha considerado necesario que se produjeran daños y también en este caso se cumple dicho requisito, ya que los informes médicos así lo avalan, por todo ellos solicitamos la indemnización del daño causado al trabajador.

3.-Reclamación de cantidad como indemnización por el daño moral causado como consecuencia de la vulneración del descanso.: Se le ha vulnerado al trabajador el derecho al descanso necesario que está protegido constitucionalmente en el art. 40.2 de un modo general, y específicamente el art.34.3 del ET establece un descanso mínimo de 12 horas entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente con la finalidad de recuperarse del cansancio y del esfuerzo, además de poder conciliar la vida laboral y familiar. Calcularemos las horas que el trabajador ha descansado de menos y la cuantía de cada hora será el importe salarial de dichas horas debiendo ser interpretado este importe como una indemnización del daño moral y no como salarios por exceso de jornada.

4 Reclamación de cantidad por horas extraordinarias, así como su cotización a la Seguridad Social: en el supuesto de hecho se ha sobrepasado el límite máximo de la jornada laboral establecido en 40 horas según el art. 68.2 del Convenio de la Construcción, que en este caso coincide con el acordado por las partes en contrato. Por ello, en aplicación del art. 35.1 del ET, todas las horas realizadas por Don Francisco sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, serán consideradas extraordinarias y deben ser abonadas por el empresario de acuerdo con la categoría profesional, asimismo, deberá cotizar por dichas horas a la Seguridad Social diferenciando si se trata de horas estructurales o de fuerza mayor.

§

En relación con responsabilidades para el empresario derivadas de la situación de Don Alberto Pérez Domingo

Tras la visita de la ITSS, se descubre que Don Alberto no se encuentra afiliado al régimen general de la seguridad social, el cual le correspondería en aplicación del art. 97 de la LGSS, ya que estamos ante un trabajador por cuenta ajena cuya relación laboral se rige por los principios de ajenidad y dependencia que según reiterada jurisprudencia del TS son las notas definidoras de toda la relación laboral. Así pues el empresario queda obligado a ingresar las cuotas de Seguridad Social desde el día en que se inició la relación laboral.

En consecuencia, los inspectores levantarán un acta de infracción en el que se indicará como sujeto responsable al empresario según el art. 2 del TRLISOS, imponiéndole una sanción económica por infracción grave al no haber solicitado la afiliación de los trabajadores que ingresen a su servicio (art. 22.2 del TRLISOS). Dicha sanción se impondrá en su grado mínimo por no concurrir agravantes de reincidencia, ni afectar a varios trabajadores, cuantificándose la misma en 3.125€ (art. 40.1 TRLISOS) .

Como sanciones accesorias (art. 46 TRLISOS), el empresario deberá devolver las cuantías que hubiera percibido por algún tipo de ayudas, bonificaciones o beneficios derivados de programas de empleo o formación profesional. Quedando excluido por un período máximo de 2 años desde la fecha de la resolución del acceso a las mencionadas ayudas.

§

En relación con la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Una vez examinada la denuncia de Don Francisco, los subinspectores de la ITSS, como autoridad pública que son, acuden al centro de trabajo para constatar los hechos y recabar toda aquella información que consideren necesaria según lo establecido en el art.5 de la LITSS. Durante el plazo máximo de 9 meses (art. 8.2 RD 928/1998), llevarán a cabo la actividad investigadora y finalizada la actuación, extenderán una diligencia con el resultado obtenido en el Libro de Visitas de la ITSS.

Finalizadas las actuaciones y quedando constatado que los hechos denunciados constituyen una infracción de las tipificadas en el TRLISOS, los subinspectores extenderán actas de infracción reflejando en ellas los datos establecidos en el art. 14 de RD 928/1998. Por haber tenido lugar varias presuntas infracciones, de acuerdo con el art. 16 de dicha norma habrá que extender las siguientes actas

1ª Acta de infracción (laboral) por vulneración del derecho al descanso del trabajador, y por vulnerar su derecho a la dignidad como persona sufriendo acoso moral por su empresario. El expediente sancionador será resuelto por la Consellería de Trabajo e Benestar.

2ª Acta de infracción en materia de prevención de riesgos laborales por haber incumplido las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo. El expediente sancionador será resuelto por la Consellería de Trabajo e Benestar.

3ª Actas simultáneas de Infracción y Liquidación: Por no haber dado de alta a Don Alberto en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, y en el mismo acta se reflejará la infracción llevada a cabo por el empresario al no haber cotizado por las horas extraordinarias realizadas por Don Francisco. En el acta de liquidación se reflejarán las cuotas que deben ser abonadas a la TGSS.

§

En relación con las consecuencias de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

1. Inexistencia de responsabilidad penal: Consideramos que el acoso por parte del empresario hacia Don Francisco, no llega a poder encuadrarse dentro de lo tipificado por el art.311 CP, ya que no consta, en el relato de los hechos, que exista una situación de necesidad y ni que el empresario se aproveche de ella.
2. Procedimiento administrativo sancionador.: En el plazo de seis meses se tramitará un expediente administrativo sancionador por cada acta de infracción levantada por la ITSS. Los expedientes sancionadores, se tramitarán conforme a lo establecido en los arts 18 y 18 bis del RD928/1998. El órgano competente en su resolución indicará: los incumplimientos efectuados por el presunto responsable, la sanción que corresponda en cada caso incluyendo las accesorias, si las hubiera, los recursos que caben contra dicha resolución, el plazo para interponerlos y ante que autoridad han de interponerse.

3. Iniciación del procedimiento de oficio ante la Jurisdicción Social: El jefe de la ITSS, interpondrá demanda de oficio ante el Juzgado de lo Social para que dicte sentencia declarando la existencia de relación laboral entre Don Alberto y la empresa conforme al art.148 de la LRJS. Durante la tramitación del proceso judicial, el expediente administrativo sancionador por infracción así como el expediente derivado del acta de liquidación quedarán suspendidos hasta la sentencia, y una vez dictada, si declara la existencia de la relación laboral, continuará la tramitación de los expedientes administrativos hasta su resolución.
4. Alta de oficio por parte de la ITSS y liquidación de cuotas a la Seguridad Social: Resueltos los expedientes administrativos tramitados como consecuencia de las actas de liquidación, el empresario deberá ingresar las cuotas correspondientes en la TGSS (art. 35.1.2º RD 84/1996). En el caso de Don Alberto dichas cuotas serán desde el momento en que inició su actividad en la empresa, y en el caso de Don Francisco, las correspondientes a las horas extraordinarias que quedasen acreditadas.

§

En relación con la defensa ante una sanción administrativo-laboral

Hemos de tener en cuenta, que según el relato de los hechos, la defensa del empresario no será una tarea sencilla, ya que presuntamente ha cometido varias infracciones tipificadas en el TRILIDOS. No obstante, en vía administrativa, su defensa la vamos a construir analizando las actas de infracción, y más concretamente los siguientes elementos :

1. Requisitos Formales: El empresario deberá revisar que se han cumplido todos los requisitos exigidos por el art. 53 del TRLISOS, tales como:1.la competencia de los órganos que han participado desde el acta hasta la resolución del expediente administrativo, 2. Identificación correcta de los sujetos, 3.la prescripción de las infracciones, 4.caducidad de los procedimientos, 4.indicación de los medios de prueba utilizados para llegar a la resolución, 5.indicación de los preceptos vulnerados.
2. Control sobre la actividad investigadora: el presunto infractor intentará demostrar que los hechos reflejados en el acta, que gozan de la presunción de certeza según el art. 53.2 del TRLISOS, no han quedado debidamente acreditados, ya que no se han constatado conforme exige el art. 15 del RD 928/1998. El inculcado deberá aportar todos los medios de prueba aceptados en derecho tales como sentencias, testigos..etc, con el fin de desvirtuar el relato fáctico del Acta.
3. Examen de los principios de tipicidad culpabilidad y proporcionalidad: Los hechos que se han tenido por probados en el acta deben tener todos los elementos del ilícito infractor alegado. El presunto responsable deberá demostrar que no ha existido negligencia por su parte, tal como exige el art. 39 del TRLISOS. Del mismo modo, se ha de comprobar que la graduación de la sanción propuesta en el Acta y posteriormente en el expediente administrativo sancionador, se ha llevado a cabo conforme al art. 39.2 del TRLISOS.

VIII BIBLIOGRAFÍA

- ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO, *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, Tomo I, Parte Especial, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.
- ALONSO OLEA, M. Y CASAS BAAMONDE, M.E. *Derecho del Trabajo*, Civitas, Decimonovena edición, Madrid, 1998.
- ÁLVAREZ ALONSO, D. La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales. Bomarzo, Albacete, 2005.
- CABEZA PEREIRO, J./ RABANAL CARBAJO, P./ MELLA MÉNDEZ L./ FERNANDEZ PRIETO M. A Ordenación do Tempo de Traballo, Consello Galego de Relacións Laborais, Santiago de Compostela, 2004.
- CALVAS MARTÍNEZ, F. El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales. Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.
- CASAS BAAMONDE, M.E. Tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad. La Ley, Madrid, 2006.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, M., El procedimiento sancionador por infracción de las leyes sociales, Relaciones Laborales, 1986.
- GARCÍA NINET, J.I. / VICENTE PALACIO, A. Derecho del Trabajo, Thomson Reuters ARANZADI, Navarra 2012.
- GARCÍA RUBYI, M.A., La Inspección de Trabajo y Seguridad Social (doctrina y jurisprudencia) Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
- MADRID YAGÜE, P., La recaudación ejecutiva de la Seguridad Social, Lex Nova, Madrid, 2001.
- MARTÍN VALVERDE, A./ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F./ GARCÍA MURCIA, J. Derecho del Trabajo, vigesimoprimera edición , Tecnos, Madrid 2012.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., Derecho Crítico del Trabajo, Critical Labor Law, Netbiblo, A Coruña, 2012.
- MERCADER UGUINA, J.R. y SÁNCHEZ GRANDE, A., La Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Relaciones Laborales, 1998, tomo I.
- MERCADER UGUINA, J.R. y TOLOSA TRIBIÑO, C., Derecho Administrativo Laboral, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- MOLERO MANGLANO, C./ SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M./ LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J./ MATORRAS DÍAS-CANEJA, A, Manual de Derecho del Trabajo (undécima edición), Aranzadi, Navarra 2011.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. Los derechos laborales en la Constitución Española, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991.
- TORTUERO PLAZA, J. L., “La construcción jurisprudencial de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la seguridad social”, , REF.PF 2011/23. Ministerio de Empleo y Seguridad social, Secretaría de Estado de la Seguridad Social, Madrid, 2001.
- VALLE MUÑOZ, F.A. La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario, Relaciones Laborales, núm.9, 2005.

IX APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

Sentencias Tribunal Constitucional

STC el 28 de febrero del 2011

STC el 23 de junio de 1996

STC el 12 de junio de 1996

STC el 18 de enero de 1993

STC el 15 de octubre de 1982

Sentencias del Tribunal Supremo
STS de 30 de marzo de 2016
STS de 14 de abril de 2014
STS de 24 de marzo de 2006
STS de 21 de septiembre de 2005
STS de 12 de noviembre de 2001
STS de 22 de octubre de 2001
STS de 23 de abril de 2001.
STS de 14 de octubre de 2000
STS de 18 de septiembre de 2000
STS de 8 de mayo de 2000.
STS de 27 de febrero de 1998.
STS de 20 de febrero de 1998
STS de 12 de diciembre de 1997
STS de 11 de julio de 1997
STS de 25 de octubre de 1996.
STS de 29 de marzo de 1996.
STS de 25 de junio de 1995.
STS de 8 de junio de 1995
STS de 25 de junio de 1994
STS de 15 de junio de 1993
STS de 14 de marzo de 1993
STS de 22 de diciembre de 1992
STS de 17 de julio de 1992
STS de 20 de abril de 1992
STS de 15 de febrero de 1991
STS de 14 de noviembre de 1990
STS de 2 de octubre de 1990
STS de 9 de febrero de 1990
STS de 23 de octubre de 1989
STS de 29 de junio de 1987.
STS de 15 de octubre de 1982
STS de 6 de junio de 1980

Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia

TSJ de Navarra el 31 de marzo de 2015
TSJ de Castilla León (Burgos) el 26 de junio de 2014
TSJ de Galicia el 21 de enero de 2011
TSJ de Madrid el 21 de enero de 2008
TSJ de la Rioja el 2 de diciembre de 2005
TSJ de Cataluña el 30 de septiembre de 2003
TSJ de Madrid el 25 de julio de 2003
TSJ de Madrid el 10 de mayo de 2002
TSJ de Madrid el 11 de noviembre de 1996

Sentencia de las Audiencias Provinciales

AP de Barcelona el 8 de febrero de 2006

ANEXOS

AL SERVICIO DE MEDIACIÓN, ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN

A CORUÑA

DON FRANCISCO GONZALEZ MARTINEZ, mayor de edad, con número de D.N.I , vecino de A Coruña, y con domicilio la Calle , nº..., ante ese Servicio comparece y como mejor proceda, **DICE**:

Que a medio del presente escrito interpone **PAPELETA DE CONCILIACIÓN POR DESPIDO NULO, o SUBSIDIARIAMENTE IMPROCEDENTE, y RECLAMACION DE CANTIDAD**, frente a la empresa **CONSTRUNOVA, S.A.**, con C.I.F , y domicilio en A Coruña, Calle , que deberá ser citada en la persona de su legal representante o persona autorizada en derecho, y ello con base en los siguientes,

HECHOS

Primero.- El conciliante ha venido prestando servicios para la empresa conciliada mediante un contrato de trabajo de duración indefinida y a jornada completa, con una antigüedad de 6 de diciembre de 2.013 y ostentando en el momento de su despido la categoría profesional de

El salario bruto mensual que percibía el trabajador ascendía a MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO EUROS (1.645.-€). No sabemos si incluye o no la prorrata de pagas extraordinarias, y es necesario para el cálculo de la indemnización.

El trabajador no ostentaba en el momento de su despido, ni con anterioridad, representación sindical alguna de los trabajadores.

Segundo.- En fecha 27 de mayo de 2.014, se le notificó al trabajador su despido, sin alegar causa alguna que lo justificase.

Es lo cierto que el único motivo por el que se despidió al trabajador fue el hecho de que éste pusiese en conocimiento de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social la situación de acoso laboral a la que estaba siendo sometido, hecho éste que motivó una situación de Incapacidad Laboral Temporal en la que todavía se encuentra el conciliante.

En consecuencia, toda vez que el motivo real del despido ha sido la vulneración de la garantía de indemnidad como extensión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que al trabajador le reconoce la Constitución Española, aquél habrá de considerarse nulo o, subsidiariamente improcedente.

Tercero.- Asimismo, durante la relación laboral, el trabajador ha venido prestando sus servicios con una jornada superior a la pactada y a la permitida por el Estatuto de los Trabajadores, realizando horas extraordinarias que ni le han sido abonadas ni la empresa ha cotizado por las mismas a la Tesorería General de la Seguridad Social.

Por dicho concepto la empresa adeuda al trabajador la cantidad de EUROS (.....-€).

Cuarto.-La empresa conciliada se dedica a la actividad económica de la construcción y rehabilitación de inmuebles, por lo que resulta de aplicación el Convenio Colectivo Estatal.

Quinto.- Que, en aplicación de lo dispuesto en la vigente Ley de Jurisdicción Social, se presenta esta papeleta de conciliación con la finalidad de que la empresa conciliada se **AVENGA** a:

- 1.- Reconocer la certeza de los hechos mencionados en el cuerpo del presente escrito.
- 2.- Reconocer la NULIDAD del despido e indemnizar al conciliante con DIEZ MIL EUROS (10.000.-€) por los daños y perjuicios ocasionados, readmitiéndolo en su puesto de trabajo habitual y abonando los salarios de tramitación no percibidos desde que se produjo el despido. Subsidiariamente, para el caso de que no reconozca la nulidad del despido, que reconozca la IMPROCEDENCIA del mismo con las consecuencias inherentes a dicho reconocimiento.
- 3.- Que reconozca que adeuda al trabajador EUROS (.....-€) en concepto de horas extraordinarias realizadas y proceda a su pago, así como a la cotización de las mismas a la Tesorería General de la Seguridad Social.

En virtud de lo expuesto,

SOLICITA AL SERVICIO DE MEDIACIÓN, ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN que teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo, y, en su virtud, cite en su día a las partes a la preceptiva comparecencia a fin de celebrar el acto de conciliación en el que la empresa se avenga a lo relacionado en el hecho quinto, entregándose testimonio del acto una vez finalizado

En A Coruña, a 15 de mayo de 2.014.

AL JUZGADO DE LO SOCIAL DE A CORUÑA

QUE POR TURNO DE REPARTO CORRESPONDA

DON FRANCISCO GONZALEZ MARTINEZ, mayor de edad, con número de D.N.I , vecino de A Coruña, con domicilio en la Calle....., nº..., ante el Juzgado comparece y como mejor proceda en derecho, **DICE**:

Que a medio del presente escrito formula **DEMANDA EN MATERIA DE DESPIDO CON VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y RECLAMACION DE CANTIDAD** frente a la empresa **CONSTRUNOVA, S.A.**, con CIF nº, y domicilio en A Coruña, Calle....., nº..., y ello con base a los siguientes

HECHOS

Primero.- El trabajador ha venido prestando servicios para la empresa conciliada mediante un contrato de trabajo de duración indefinida y a jornada completa, con una antigüedad de 6 de diciembre de 2.013 y ostentando en el momento de su despido la categoría profesional de

El salario bruto mensual que percibía el trabajador ascendía a **MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO EUROS (1.645.-€)**.

Segundo.- En fecha 27 de mayo de 2.014 Don Fernando Pérez Hernández le comunicó al trabajador su despido, sin alegar causa alguna que lo justificase.

Es lo cierto que el único motivo por el que se despidió al trabajador fue el hecho de que éste pusiese en conocimiento de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social la situación de acoso laboral a la que estaba siendo sometido, hecho éste que motivó una situación de Incapacidad Laboral Temporal en la que todavía se encuentra el conciliante.

En consecuencia, toda vez que el motivo real del despido ha sido la vulneración de la garantía de indemnidad como extensión del derecho fundamental a la tutela judicial

efectiva que al trabajador le reconoce la Constitución Española, aquél habrá de considerarse nulo o, subsidiariamente improcedente. A efectos acreditativos, nos remitimos expresamente al resultado de la prueba que, previa declaración de pertinencia, se practique en su día.

Tercero.- Así las cosas, la extinción de la relación contractual operada por la demandada ha de ser declarada nula, por cuanto la misma es contraria a la Constitución Española y demás ordenamiento jurídico, y ello es así toda vez que el único motivo de la decisión empresarial ha sido el ejercicio del derecho del trabajador a poner en conocimiento de la Autoridad la situación de acoso a la que estaba siendo sometido por el empleador, por lo que se solicita la condena de la demandada a indemnizar al demandante con la cantidad de **DIEZ MIL EUROS (10.000,00.-€)** por los daños morales ocasionados.

Subsidiariamente, y para el ímprobo supuesto de que no se admitiese la nulidad del despido, éste deberá calificarse como improcedente, toda vez que no existe causa alguna que ampare tal decisión empresarial.

Cuarto.- Durante la relación laboral, el trabajador ha venido prestando sus servicios con una jornada superior a la pactada y a la permitida por el Estatuto de los Trabajadores, realizando horas extraordinarias que ni le han sido abonadas ni la empresa ha cotizado por las mismas a la Tesorería General de la Seguridad Social.

Por dicho concepto la empresa adeuda al trabajador la cantidad de EUROS (.....-€), cantidad que también se reclama a medio de la presente demanda.

Quinto.- La empresa conciliada se dedica a la actividad económica de la construcción y rehabilitación de inmuebles, por lo que resulta de aplicación el Convenio Colectivo estatal para el Sector de la Construcción.

Sexto.- El trabajador no ostenta ni ha ostentado representación sindical alguna de los trabajadores.

Séptimo.- Se ha celebrado, en fecha ... de mayo de 2.014, el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación con el resultado de sin avenencia.

Se acompaña como **Documento nº 2** el Acta de Conciliación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Constitución Española.

II.- Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.

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

IV.- Convenio Colectivo para el sector de la construcción en el ámbito geográfico de Galicia.

V.- Demás normas de concordante aplicación.

En virtud de todo lo expuesto,

SUPLICA AL JUZGADO que, habiendo por presentado este escrito se sirva admitirlo, y, en su virtud tenga por formulada demanda contra la empresa CONSTRUNOVA, S.A. para que en su día, y tras los trámites legales oportunos, se dicte sentencia por la que SE DECLARE:

- a) Que el despido comunicado al trabajador Don Francisco González Martínez por la empresa CONSTRUNOVA, S.A. es NULO y, en consecuencia, que la empresa viene obligada a readmitir al demandante en su puesto de trabajo habitual, en las mismas condiciones, y a abonar los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la efectiva readmisión.
- b) SUBSIDIARIAMENTE, para el caso de que se considere que el despido referido en el apartado precedente no es nulo, que se declare que es IMPROCEDENTE, con las consecuencias inherentes a dicho pronunciamiento.
- c) Que se declare que la demandada adeuda al trabajador, por horas realizadas y no abonadas, la cantidad deEUROS (.....-€)

Y que se conde a la empresa a estar y pasar por las anteriores declaraciones y, en consecuencia, a:

- a) Abonar al trabajador los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la efectiva readmisión a su puesto de trabajo.
- b) Abonar al demandante la cantidad de DIEZ MIL EUROS (10.000.-€) en concepto de indemnización por los daños morales ocasionados con motivo de la vulneración de sus derechos fundamentales.
- c) SUBSIDIARIAMENTE, para el caso de que el despido se considere IMPROCEDENTE, a abonar al trabajador la indemnización que legalmente corresponda o, a su elección, a readmitirlo en su anterior puesto de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la efectiva readmisión.
- d) Abonar al trabajador..... EUROS (.....-€) en concepto de horas extraordinarias realizadas por el trabajador demandante.

Es justicia que pldo en A Coruña, a 30 de mayo de 2.014.

PRIMER OTROSÍ DICE: que esta parte acudirá al acto del juicio asistida del Letrado en ejercicio.

NUEVAMENTE SUPLICA AL JUZGADO, que tenga por efectuadas las anteriores manifestaciones a los efectos oportunos.

Lugar y fecha *ut supra*

SEGUNDO OTROSÍ DICE: que esta parte propone, pues así interesa a su derecho, la siguiente prueba para el juicio oral:

-Interrogatorio del representante legal de la empresa, bajo apercibimiento de que de no comparecer, se le podrá tener por confeso.

-Documental: que se requiera a la empresa demandada para que aporte la siguiente documentación, al menos con diez días de antelación a la fecha que se señale para el juicio:

- 1) Partes de Alta y Baja en la Seguridad Social del trabajador.
- 2) Contratos de trabajo firmados entre el trabajador y la empresa demandada.
- 3) Nóminas acreditativas de los salarios percibidos.
- 4) Justificante de pago de las nóminas del trabajador.
- 5) Boletines de cotización a la Seguridad Social TC-1 y TC-2 de los meses en que el trabajador prestó servicios en la empresa demandada.
- 6) Registro de la jornada diaria de los trabajadores.
- 7) Actas de infracción notificadas por la Autoridad Laboral con motivo de actuaciones llevadas a cabo por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

-Aquéllas otras que se consideren pertinentes en el acto del juicio oral.

NUEVAMENTE SUPLICA AL JUZGADO, que teniendo por propuestos los anteriores medios de prueba, provea todo lo necesario para su práctica.

Lugar y fecha *ut supra*

TERCER OTROSÍ DICE: Se adjunta una copia de la demanda para el Ministerio Fiscal a los efectos prevenidos en el art. 177.3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

SUPLICA AL JUGADO DE LO SOCIAL, que tenga por hecha dichas manifestaciones, siendo justicia que reitero, en el lugar y fecha indicados con anterioridad.

Lugar y fecha *ut supra*



ESCRITO DE DENUNCIA

Datos Generales

ADVERTENCIA

EN CASO DE DISCONFORMIDAD CON SU DESPIDO, DEBERÁ INTERPONER DEMANDA ANTE LA JURISDICCIÓN SOCIAL EN EL IMPRORROGABLE PLAZO DE 20 DÍAS HÁBILES DESDE LA FECHA DEL DESPIDO.

Dirigido a:

El escrito debe dirigirse a la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social correspondiente a la provincia donde radique el centro de trabajo objeto de denuncia.

Datos del Denunciado

Nombre o Razón Social: N.I.F o C.I.F.:

Actividad: C.C.C.:

Domicilio Social:

Domicilio Centro de Trabajo:

Localidad:

Provincia: Código Postal:

Nº de Trabajadores: Horario: a ¿Continúa abierta la Empresa? SI NO

Datos del Denunciante

Nombre y Apellidos:

N.I.F o C.I.F.: N.A.F.:

Domicilio:

Localidad:

Provincia: Código Postal:

Teléfono: ¿Es o ha sido trabajador de la empresa? SI: NO:

Fecha de ingreso: Fecha de cese: Motivo del Cese:

Si actúa en nombre de otros trabajadores indique Nombre y Apellidos:

¿Tiene presentada demanda judicial, por el mismo motivo que esta reclamación? SI NO

CORREO ELECTRÓNICO/ WEB:

webitss@meys.es

www.empleo.gob.es/itss



La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, reconoce a los ciudadanos el derecho a relacionarse con las Administraciones Públicas utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos previstos en el art. 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 5.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos, se informa que el presente formulario contiene datos de carácter personal que se incorporarán a un fichero titularidad del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y serán tratados con la única finalidad de gestionar funciones derivadas del motivo de la solicitud y, en su caso, a cederlos a las Instituciones y Organismos previstos en el art. 10 de la Ley 23/2015 de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a efectos de completar su gestión. Se podrán ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición mediante un escrito dirigido a la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social donde se efectúe el Registro del presente documento.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 20.4 de la Ley 23/2015 de 21 de julio, el denunciante no podrá alegar la consideración de interesado a ningún efecto en la fase de investigación, y sólo tendrá derecho a recibir información sobre el estado de tramitación de su denuncia, así como de los hechos que se hayan constatado y de las medidas adoptadas al respecto cuando el resultado de la investigación afecte a sus derechos individuales o colectivos reconocidos por la normativa correspondiente al ámbito de la función inspectora.

En el supuesto de que la denuncia diera lugar al inicio de un procedimiento sancionador, el denunciante podrá tener, en su caso, la condición de interesado, en los términos y con los requisitos establecidos en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

RELATO DE HECHOS: (Concretar el motivo, acompañando documentación justificativa en su caso)

Llevo trabajando desde el mes de diciembre de 2013 en la empresa Construnova S.A., el horario de no se corresponde con el establecido en el contrato firmado, ya que, en lugar de trabajar las 40 horas semanales, realizo jornadas semanales que superan dicho límite.

Las horas que hago por encima de la jornada no se me retribuyen ni se cotiza ni a la Seguridad Social. Asimismo, tampoco disfruto de los descansos que deberían serle asignados.

Además mi jefe y dueño de la sociedad, D. Fernando Pérez Hernández, de sesenta y tres años, me trata de manera vejatoria, me amenaza y hace que trabaje bajo coacción.

Como consecuencia de esta situación, estoy sufriendo lesiones de carácter psicológico, y he ido al médico, diagnosticándome la baja, con el correspondiente informe. En dicho informe se alude principalmente al estado de estrés al que está sometido el trabajador, la depresión en la que está inmerso, así como ciertos problemas fisiológicos derivados de las previas situaciones mencionadas (indigestión, trastorno del sueño).

-Acompaño a esta denuncia partes médicos de baja.

- Acompaño a esta denuncia informe médico.



**MINISTERIO
DE EMPLEO
Y SEGURIDAD SOCIAL**

SUBSECRETARÍA
DIRECCIÓN GENERAL DE LA
INSPECCIÓN DE TRABAJO Y
SEGURIDAD SOCIAL

FIRMA DEL DENUNCIANTE

Firmado: FRANCISCO GONZÁLEZ
MARTÍNEZ.....

CORREO ELECTRÓNICO/ WEB:

webitss@meyss.es

www.empleo.gob.es/itss



ACTA DE INFRACCIÓN NUMERO 2

Datos del Acta

Acta de infracción N°: ***** Materia: RIESGOS LABORALES

Fecha: 25 mayo Otros sujetos responsables (Ver anexo): SI NO:

Datos de la Empresa

Nombre Empresa: CONSTRUNOVA SA N.I.F./C.I.F.: AXXXX

Actividad: 0 5 SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN C.C.C.: 15XXXX

Domicilio: XXX

Localidad: A CORUÑA

El/la Inspector/a de Trabajo y Seguridad Social que suscribe en uso de las facultades que le otorga la Ley 42/1997, de 14 de Noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (B.O.E. del 15 de Noviembre de 1997), y el Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre infracciones y Sanciones en el Orden Social (B.O.E. del 8 de Agosto), Real Decreto 2412/1982, 24 de Julio, sobre traspaso de funciones y servicios de Estado en materia de trabajo (B.O.E. 28 de septiembre) y el Real Decreto 928/1998 de 14 de mayo (B.O.E. del 3 de Junio de 1998), por el que se aprueba el Reglamento sobre procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para la extensión de actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social, hace constar:

(Ver cuerpo del Acto en páginas siguientes)

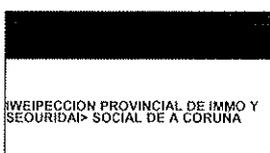
Iniciada actuación inspectora en virtud de la orden de servicio número xxx , el día de 25 de mayo de 2014 se realiza visita inspectora en el centro de trabajo que la empresa CONSTRUNOVA SA. tiene en A Coruña.

Cuando se inicia la actuación se encuentra prestando servicios en el establecimiento el trabajador Don Alberto Pérez Domingo con DNI XXX. También en el mismo centro se encuentra Don Fernando Pérez Hernández con DNI XXX y dueño de la sociedad Construnova sa. Se le requiere para que aporte la evaluación de riesgos laborales del centro de trabajo, contestando el mismo que la empresa no la ha realizado, y por tanto no dispone de ella. El actuario aprecia que las condiciones de seguridad e higiene precisas para las obras no se cumplen. Esta omisión supone no llevar a cabo las evaluaciones de riesgos y en su caso, sus actualizaciones y revisiones, así como los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores que procedan o no realizar aquellas actividades de prevención que hicieran necesarias los resultados de las evaluaciones, con el alcance y contenido establecidos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales, lo que está tipificado como infracción en materia preventiva en el artículo 5.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social en relación con los artículos 14, 15 y 16 de la ley 31/1995 de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales (BOE 10 de noviembre) y artículo 1 y concordantes del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

La infracción se tipifica como grave en el artículo 12.1.b9 del 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 citado y se gradúa la sanción conforme a los criterios contenidos en los artículos 39 y 40 de la misma norma en grado mínimo.



MINISTERIO
DE TRABAJO
E INMIGRACIÓN



INSPECCIÓN PROVINCIAL DE INMIGRACIÓN Y
SEGURIDAD SOCIAL DE A CORUÑA



XUNTA DE GALICIA
CONSELLERÍA DE TRABALLO

Por lo que se propone la imposición de la sanción por un importe total de: 3.000,00 euros.

TRES MIL EUROS

De conformidad con lo establecido en el artículo 40, del Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto (B.O.E. del 8 de Agosto del 2000).

Se advierte a la empresa que, de acuerdo con lo dispuesto en el 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 aprobado por Real Decreto 928/1998 de 14 de mayo (B.O.E. de 3 de Junio), podrá presentar escrito de alegaciones en el plazo de QUINCE DIAS HÁBILES contados desde el siguiente al de notificación de la presente Acta, acompañado de la prueba que estime pertinente, dirigido al órgano competente para resolver el expediente, conforme al Decreto 83/2009, de 21 de abril, por el que se fija la estructura orgánica de los Departamentos de la Xunta de Galicia (B.O.G. 12 de agosto) y al Decreto 70/2008, de 27 de marzo, sobre distribución de competencias entre los órganos de la Administración autonómica gallega, para la imposición de sanciones en las materias laborales, de prevención de riesgos y p r obstrucción de la labor inspectora (D.O.G. 15 de abril).

Jefe de la Territorial del **Departamento de Trabajo e Benestar**

Con dirección en:

Fernando Macías, 18 1º 15004 A Coruña

En el supuesto de no formalizarse escrito de alegaciones, la tramitación del procedimiento continuará hasta su resolución definitiva, sin perjuicio del trámite de audiencia, que se entenderá cumplimentado en todo caso cuando en la resolución no sean tenidos en cuenta hechos distintos de los reseñados en el Acta. En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (B.O.E. de 27 de noviembre), modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (a. O. E. de 14 de enero), se informa que el plazo máximo establecido por el Real Decreto 928/1998 citado para dictar la resolución es de seis meses desde la fecha de la presente Acta, transcurrido el cual se producirá la caducidad del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2 de la Ley 30/1992. No se computarán a tal efecto las Interrupciones producidas por causas imputables al Interesado o por la suspensión del procedimiento a que se refiere el mencionado Reglamento, debiendo ser cursada la notificación en el plazo de 10 días, a partir de la fecha de la resolución.

EL/LA INSPECTOR/A
DE TRABAJO

CORREO ELECTRÓNICO/WEB:

licoruna@mitn.es
www.ratin.es/ites

C/ Galleira, 54-613 1
16099 - CORUÑA
TEL: 981 12 02 67
FAX: 981 12 29 82



ACTA DE LIQUIDACIÓN DE CUOTAS A LA SEGURIDAD SOCIAL, DESEMP
FONDO DE GARANTÍA SALARIAL Y FORMACIÓN PROFESIONAL

Acta de Liquidación N°:	1520XXXX	Entidad de A.T.:	XXXXXX
Fecha:	25 DE MAYO DE 2014	Otros sujetos responsables: (Ver anexo 1)	SI NO: X
Nombre/ Razón Social:	CONSTRUNOVA SA.		
D.N.I./N.I.F./C.I.F.:	XXXX1	Identificador de Seguridad Social (CCC/NAF):	15XXXX
Domicilio:	XXXXXX	Localidad:	A CORUÑA
Actividad:	CONSTRUCCIÓN	Régimen de Seguridad Social:	R.GENERAL

NATURALEZA DEL DESCUBIERTO	PERIODO DEL DESCUBIERTO	SE LEVANTA ACTA DE INFRACCIÓN
FALTA DE AFILIACIÓN O ALTA <input checked="" type="checkbox"/>	MES Y AÑO:	SI <input type="checkbox"/> NO: <input checked="" type="checkbox"/>
DIFERENCIAS DE COTIZACIÓN	XXXXXX	Acta de infraccion: XXXXXXXXXX
DERIVACIÓN RESPONSABILIDAD <input type="checkbox"/>		
DEDUC/BONIFICACIONES INDEBIDAS <input type="checkbox"/>		

El/la Subinspector de Empleo y Seguridad Social que suscribe, en uso de las facultades que le otorga la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (B.O. E. 15 de noviembre), y el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (B.O.E. 29 de junio), formula la presente Acta de liquidación de deudas por las cuotas de Seguridad Social y otros conceptos de recaudación conjunta que se indican, en base a los hechos comprobados, medios utilizados para su esclarecimiento, y elementos de convicción dispuestos que se indican en el presente documento, con expresión de las disposiciones infringidas. Asimismo en documentos anexos por cada periodo parcial se detallan los datos que han servido para calcular el débito, la liquidación parcial, con el importe principal del débito, el recargo del 20% por falta de ingreso en plazo reglamentario, y el total de ambos. En los supuestos de derivación de responsabilidad se incluyen también los intereses y costas. De todo ello resulta que el IMPORTE TOTAL DE LA DEUDA DEL PERÍODO DEL DESCUBIERTO es de 3.079,35 euros, como suma de las liquidaciones parciales que se detallan a continuación.

La presente Acta tiene el carácter de liquidación provisional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31.2 de Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Se hace expresa advertencia de que, en el plazo de QUINCE DÍAS HÁBILES a contar desde la fecha de notificación de la presente Acta, podrá formularse escrito de alegaciones ante el Jefe de la Unidad Especializada de Seguridad Social de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, con dirección en C/ Gaitera 54-56 1ª Planta. 15009 A Coruña, como órgano competente para efectuar la propuesta de resolución por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, conforme a lo dispuesto en el precepto antes citado y en el artículo 33.1 de 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, aprobado por Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo (B.O.E. 3 de junio).

En caso de formular alegaciones, tendrá derecho a la vista y audiencia por plazo de diez días. El plazo máximo para dictar la Resolución del presente expediente liquidatorio por el órgano competente de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social será de seis meses a contar desde la fecha del Acta de liquidación, de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional Única del Real Decreto 1125/2001 de 19 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 138/2000 de 4 de febrero (B.O.E. de 31 de octubre). El INGRESO del importe de la deuda figurada en la presente Acta de liquidación en el indicado plazo de 15 días supondrá su conversión en liquidación definitiva (art. 33.1 antes citado), y podrá hacerse efectiva en cualquier entidad financiera autorizada a actuar como oficina recaudatoria de la Seguridad Social, utilizando para ello el documento de ingreso tc1/30 que se adjunta, justificando el pago ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.



LIQUIDACIÓN PARCIAL DE CUOTAS A LA SEGURIDAD SOCIAL,
FONDO DE GARANTIA SALARIAL Y FORMACIÓN PROFESIONAL

Nº Liquidación Parcial:	XXXX	Entidad de A.T.:	XXXXXX vv yy
Acta de Liquidación Nº:	XXXXX	Otros sujetos responsables: (Ver anexo I)	si:
Fecha:		Nombre/ Razón Social:	CONSTRUNOVA.
D.N.1./N.I.F./C.I.E.:	xxxxxxx	Identificador de Seguridad Social (CCC/NAF):	XXXXXX
Domicilio:	XXXXXX	Localidad:	A CORUÑA
Actividad:	Sector de la construcción	Régimen de Seguridad Social:	R.GENERAL

NATURALEZA DEL DESCUBIERTO	PERIODO DEL DESCUBIERTO
FALTA DE AFILIACIÓN O ALTA <input checked="" type="checkbox"/>	MES Y AÑO:
DIFERENCIAS DE COTIZACIÓN	XXXX
DERIVACIÓN RESPONSABILIDAD <input type="checkbox"/>	
DEDUC/BONIFICACIONES IN = EBIDAS <input type="checkbox"/>	

CUOTAS DE SEGURIDAD SOCIAL Y OTROS CONCEPTOS

CONCEPTOS	PERIODO	NÚMERO DE TRABAJADORES	BASE COTIZACIÓN	TIPO	CUOTAS
Cont. Comunes	XXX	1	XXX	28,30	XX
desempleo	XX	1	XX	7,05	XXX
FOGASA	XX	1	XXX	0,20	XX
Form. Profes.	XXX	1	XXX	0,70	XX
SUMA:					XXXX

CUOTAS DE ACCIDENTES Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

EPIGRAFE / CNAE / OCUPACIÓN	NUMERO TRABAJ.	BASE DE COTIZACIÓN <input type="checkbox"/>	TIPO DE CUOTAS		IMPORTES DE LA CUOTA	
			IT.	I.M.S.	IT.	I.M.S.
8XXX	2	XXXX	XXX	XXX	XXX	XXX
SUMA:		XXX			XX	XXX
Suma(A + B)						XX
Recargo 20%						XX
Intereses en supuestos de derivación de responsabilidad						XX
Costas en supuestos de derivación de responsabilidad						XX
IMPORTE TOTAL DE LA LIQUIDACIÓN						XX



En cumplimiento de la orden de servicio 15/XXX, el 25 de mayo de 2014 a las xx horas a las 21:20 horas, se efectuó, por el subinspector de empleo y seguridad social abajo firmante, visita inspectora en el centro de trabajo xxxxx, ubicado en la calle xxxxxx, en la localidad de A Coruña.

Al inicio de la actuación, en el centro de trabajo se encontraba presente únicamente un trabajador, realizando tareas que le eran encomendadas por una persona, identificada como Don Fernando Pérez Hernández con DNI XXXX que dice ser su jefe y dueño de la sociedad mercantil CONSTRUNOVA SA. cuyo CIF es A xxxxx.

Tras proceder a identificarme reglamentariamente, se tomó nota de los datos del trabajador, siendo el mismo D. Alberto Pérez Domingo de veinte años y con, NIF XXXXX, conforme a lo que él declara trabaja en la empresa Construnova, S.A. pero es autónomo.

Solicito información sobre el horario que realizan habitualmente, y si se realizan horas extraordinarias, a lo que el trabajador responde afirmativamente ya que hay mucho trabajo desde hace 3 meses

Preguntado el dueño de la empresa, si todos los trabajadores realizan las horas extraordinarias, incluso Don Francisco González Martínez responde afirmativamente.

Por el empresario se muestra el contrato mercantil que tiene la empresa con el trabajador D. Alberto Pérez Domingo desde la fecha xxxxxxx, en el que se refleja que está dado de alta en el régimen especial de autónomos.

Teniendo en cuenta la documentación facilitada por la empresa CONSTRUNOVA SA., y las declaraciones efectuadas por D.Alberto y D. Fernando, antes identificados, se ha de indicar respecto al carácter de la relación jurídica que une al trabajador con la empresa citada lo siguiente:

La determinación del carácter laboral o no, de la relación que une a las partes no es algo que quede a la libre disposición de éstas, sino que es una calificación que ha de surgir del contenido de las prestaciones concertadas y de concurrencia de los requisitos que legalmente delimiten el tipo contractual.

La doctrina jurisprudencial es coincidente respecto de que del art. 1 del ET se desprende que el contrato de trabajo tiene cuatro notas características o elementos constitutivos: voluntariedad, retribución ajeneidad y dependencia (así entre otras la STS de 27 de mayo de 1992).



a) Dejando de lado la nota de la voluntariedad, que el precepto sólo cita para excluir de su régimen a las prestaciones personales obligatorias, es la retribución el primero de los elementos que debe ser objeto de análisis, y que si bien es común a la mayoría de los contratos -todos los onerosos- permite distinguir el contrato de trabajo de otras figuras de prestación de servicios basadas en la mera liberalidad o en la costumbre, que el citado art. 1 denomina trabajos de amistad, benevolencia, buena vecindad y familiares.

b) la ajeneidad consiste en la atribución "ab initio" de los frutos del trabajo al empresario, esto es, que el producto del trabajo no pertenece al operario, sino que directamente se incorpora al patrimonio del empresario que es quien asume el riesgo, (STS de 25 de mayo de 1993).

A juicio de los subinspectores actuantes, a la vista de lo expuesto, según manifestaciones vertidas por el trabajador durante la visita al centro de trabajo de Construnova SA. en A Coruña el 25 de mayo de 2014, de la documentación aportada por el dueño de la empresa se considera relación laboral con el trabajador Alberto Pérez Domingo.

Tales hechos suponen incumplimiento al art. 100 y 102 del RD Legislativo 1/1994 de 20 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad social, en relación con los arts. 29, 30, 31 y 32 del Real Decreto 84/1996 de 26 de enero por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores a la Seguridad Social y procedimientos y plazos.

La infracción referida y resultante de los hechos descritos, consistente en que el empresario citado en el encabezamiento del acta no cursa el correspondiente alta en el régimen general del trabajador:

1º-D. ALBERTO PÉREZ DOMINGO presta servicios para la empresa, según contrato mercantil desde XXX. Se presentan los importes percibidos por dicho trabajador desde xx-xx-xx (fecha de inicio de actividad) siendo la cantidad percibida de xxxxx euros.

X Se extiende acta de liquidación por xxxx euros.

Se solicita alta el régimen general de la seguridad social desde xxxxx fecha del contrato mercantil.

2º D. FRANCISCO GONZÁLEZ MARTÍNEZ, presta servicios para la empresa, según contrato indefinido desde el 6 de diciembre de 2013. Se presenta informe con xxx horas extraordinarias realizadas por dicho trabajador, sin que se haya cotizado a la Seguridad Social. Se extiende acta de liquidación por xxx euros.

Los hechos descritos incumplen los art 100, 103, 104,106 y 108 de la L.G.S.S. R.D.L.1/94 de 20 de Junio(B.O.E. 29 de Junio), art 7, 29, 32.3 del Reglamento de Inscripción, R.D. 84/96, (B.O.E. 27 de Febrero) ,art. 1 de la Orden 17-1-94, art. 12 y ss y 2 del Reglamento de Cotización Rd 2064/95 de 22 de Diciembre (B.O.E. 25-1-96), art. 9 y 74 Rtº de Recaudación , R 1637/95, (B.O.E. 24 de octubre). y 66.1 de la Orden de Recaudación de 26- 5 — 99(B.O.E. 4 Junio) (art. 12, ►5, y 56 Rt" de Recaudación , RD 1415/04 de 11-06, (B.O.E. 25-06-04).



ACTA DE INFRACCIÓN NUMERO 3

Datos del Acta

Acta de Infracción Nº: XXXXXX Materia: Seguridad Social

Fecha: 25 DE MAYO DE 2014 Otros sujetos responsables (Ver anexo): NO:

Datos de la Empresa

Nombre Empresa: CONSTRUNOVA S.A. N.I.F./C.I.F.: [AXXXX

Actividad: OBRAS Y REFORMAS-- C.C.C.: 151XXX

Domicilio: CALLE XXXXXXX

Localidad: , 5 0 0 1 -CORUÑA (A) (CAPITAL) (A Coruña)

El/la Subinspector/a de Empleo y Seguridad Social que suscribe en uso de las facultades que le otorga la Ley 4²/1997, de 14 de Noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (B.O.E. de 15 de Noviembre de 1997), y el Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (B.O.E. de 8 de Agosto de 2000) y el Real Decreto 928/1998 de 14 de mayo (B.O.E. de 3 de Junio de 1998), por el que se aprueba el Reglamento sobre procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para la extensión de actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social, hace constar:

„Ver cuerpo ds4 Acta Cl: páginas Siguienti

CORREO ELECTRÓNICO/WEB:

lcoruna@meyss.es

www.meyss.es/itss

C/ Gaiteira, 54-56 1
15009 - CORUÑA
TEL: 981 12 02 67
FAX: 981 12 20 82



En cumplimiento de la orden de servicio 15/XXX, el 25 de mayo de 2014 a las xx horas a las 21:20 horas, se efectuó, por el subinspector de empleo y seguridad social abajo firmante, visita inspectora en el centro de trabajo xxxxx, ubicado en la calle xxxxxx, en la localidad de A Coruña.

Al inicio de la actuación, en el centro de trabajo se encontraba presente únicamente un trabajador, realizando tareas que le eran encomendadas por una persona, identificada como Don Fernando Pérez Hernández con DNI XXXX que dice ser su jefe y dueño de la sociedad mercantil CONSTRUNOVA SA. cuyo CIF es A xxxxx.

Tras proceder a identificarme reglamentariamente, se tomó nota de los datos del trabajador, siendo el mismo D. Alberto Pérez Domingo de veinte años y con , NIF XXXXX, conforme a lo que él declara trabaja en la empresa Construnova, S.A. pero es autónomo.

Solicito información sobre el horario que realizan habitualmente , y si se realizan horas extraordinarias, a lo que el trabajador responde afirmativamente ya que hay mucho trabajo desde hace 3 meses

Preguntado el dueño de la empresa, si todos los trabajadores realizan las horas extraordinarias, incluso Don Francisco González Martínez responde afirmativamente.

Por el empresario se muestra el contrato mercantil que tiene la empresa con el trabajador D. Alberto Pérez Domingo desde la fecha xxxxxx, en el que se refleja que está dado de alta en el régimen especial de autónomos .

Teniendo en cuenta la documentación facilitada por la empresa CONSTRUNOVA SA., y las declaraciones efectuadas por D.Alberto y D. Fernando, antes identificados, se ha de indicar respecto al carácter de la relación jurídica que une al trabajador con la empresa citada lo siguiente:

La determinación del carácter laboral o no, de la relación que une a las partes no es algo que quede a la libre disposición de éstas, sino que es una calificación que ha de surgir del contenido de las prestaciones concertadas y de concurrencia de los requisitos que legalmente delimiten el tipo contractual.

La doctrina jurisprudencial es coincidente respecto de que del art. 1 del ET se desprende que el contrato de trabajo tiene cuatro notas características o elementos constitutivos: voluntariedad, retribución ajeneidad y dependencia (así entre otras la STS de 27 de mayo de 1992).

a) Dejando de lado la nota de la voluntariedad, que el precepto sólo cita para excluir de su régimen a las prestaciones personales obligatorias, es la retribución el primero de los elementos que debe ser objeto de análisis, y que si bien es común a la mayoría de los contratos -todos los onerosos- permite distinguir el contrato de trabajo de otras figuras de prestación de servicios basadas en la mera liberalidad o en la costumbre, que el citado art. 1 denomina trabajos de amistad, benevolencia, buena vecindad y familiares.

b) la ajeneidad consiste en la atribución "ab initio " de los frutos del trabajo al empresario, esto es, que el producto del trabajo no pertenece al operario, sino que directamente se incorpora al patrimonio del empresario que es quien asume el riesgo, (STS de 25 de mayo de 1993).

c) La dependencia no puede ser entendida en términos absolutos y como rigurosa subordinación , sino que supone la sujeción del trabajador a las órdenes del empleador –dentro del ámbito estricto del objeto de la prestación:art.5.c) del ET- o más exactamente, su pertenencia al círculo rector y organizativo de la empresa (STS 27 de mayo de 1992).

Asimismo hay que destacar la presunción de laboralidad prevista en el art. 8.1 del ET, precepto que materializa la «vis atractiva» del Derecho del Trabajo y atribuye al contrato de trabajo una considerable fuerza expansiva (STS 19 mayo 1986). Cuando una persona presta servicios por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otra, a cambio de una retribución por parte de esta última, se presume que la relación jurídica que las une es un contrato de trabajo, Dicha presunción puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario, pero en caso de duda debe estimarse la existencia de relación laboral. (STS de 2 de junio de 1987). El mero hecho de trabajar en condiciones que externamente parezcan las del contrato laboral implica la presunción legal iuris tantum de su existencia (STCT de 14 de septiembre de 1987 y de 15 de noviembre de 1988).



Teniendo en cuenta lo expuesto, se entiende, a juicio de los funcionarios actuantes que la relación jurídica que une a Don Alberto Pérez Domingo y a Construnova SA. contiene todos los elementos definidores de una relación laboral

1.- Retribución: en el caso que nos ocupa existe una retribución que es satisfecha por la empresa, mediante transferencia bancaria, al igual que al resto de los trabajadores de la empresa, se comprueba que la cuantía bruta de la retribuciones es muy semejante al del trabajador pretendidamente "mercantil".

2.- Dependencia: del trabajador citado ya que prestan sus servicios bajo la dirección y organización del dueño de la empresa de referencia, estando, sometido a un horario y a una jornada

Se ha constatado que no existe diferencia clara entre las condiciones de trabajo de los trabajadores por cuenta ajena y el trabajador denominado por la empresa mercantil, ya que todos ellos están sometidos al control, coordinación y dirección de la empresa

Se ha podido constatar que la empresa Construnova SA no ha procedido a comunicar el alta en el Régimen General de la Seguridad Social, con anterioridad al inicio de la prestación de servicios, ni a ingresar en ningún caso las cuotas debidas a la seguridad social durante el periodo que se especifica xxx.

Por lo que, en uso de las competencias que le confiere el artículo 8.4 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (B.O.E. del 15), en relación con el artículo 7.4 del mismo texto legal, se procede por el funcionario actuante a extender acta de infracción y acta de liquidación simultáneas de acuerdo con lo establecido en el art. 31.5 del Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio.

A juicio de los subinspectores actuantes, a la vista de lo expuestos, según manifestaciones vertidas durante la visita al centro de trabajo Construnova SA. en A Coruña a 25 de mayo de 2014, de la documentación presentada por el dueño de la empresa se considera relación laboral del trabajador Don Alberto Pérez Domingo con DNI XXX con la empresa Construnova SA.

Tales hechos suponen incumplimiento del art.100 y 102 del Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio , por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGSS, en relación con los artículos 29,30,31 y 32 del RD 84/1996 de 26 de enero por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas, afiliación, altas, y variaciones de datos de trabajadores a la Seguridad Social y procedimientos y plazos.

La infracción referida y resultante de los hechos descritos, consiste en que el empresario, citado en el encabezamiento del acta no cursa el correspondiente alta en el régimen general del trabajador, y además no ha cotizado a la Seguridad Social por las horas extraordinarias del trabajador Don Francisco González Martínez.

- Don Alberto Pérez Domingo presta servicios para la empresa según contrato mercantil desde xxxxxx . Se presentan los importes salariales percibidos por dicho trabajador desde xxxxxx siendo la cantidad recibida de xxxx.

Se solicita el alta en el régimen general de la seguridad social desde xxxx fecha en que se presenta por parte de la empresa el abono de los salarios.

Las mencionadas infracciones están tipificadas y calificadas, , como graves en el art. 22.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto , imponiéndose una sanción de $626 \times 2 = 1252$ euros

La correspondiente sanción se aprecia en su grado MINIMO, de acuerdo con los artículos 39.1 y 2 y 40 del Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto.

Qué SI se extiende ACTA DE LIQUIDACIÓN por los mismos hechos por los trabajadores señalados.

CORREO ELECTRÓNICO ANEB:

ilcoruna@meys.es
www.meys.es/itss

C/ Gaiteria, 54-56 1
15009 - CORUÑA
TEL: 981 12 02 67
FAX: 981 12 20 82



Por lo que se propone la imposición de la sanción por un importe total de 1.250 euros.

MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y DOS EUROS

De conformidad con lo establecido en los artículos 23.2, 40 del Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto (B.O.E. de 8 de Agosto de 2000).

Se advierte a la empresa que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 14.1.f), 17.1 y 18 bis 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 aprobado por Real Decreto 928/1998 de 14 de mayo (B.O.E. de 3 de Junio de 1998), en redacción dada por el Real Decreto 772/2011 de 3 de junio (B.O.E. de 21 de junio), podrá presentar escrito de alegaciones en el plazo de QUINCE DÍAS HÁBILES contados desde el siguiente al de notificación de la presente Acta, acompañado de la prueba que estime pertinente, dirigido al órgano competente para realizar los actos de instrucción y ordenación del expediente sancionador, así como para efectuar la Propuesta de Resolución por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Jefe/a de la Unidad Especializada de Seguridad Social de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Con dirección en:

C/ Gaiteira 54-56 1º Planta. 15009 A Coruña

Por ser materia de competencia de la Administración General del Estado, y por corresponderle a la autoridad competente por razón de su cuantía, asumirá el Jefe/a de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña adscrito a dicha Administración, la resolución del expediente administrativo sancionador, conforme establece el artículo 4 del Real Decreto 928/1998 de 14 de mayo (B.O.E. de 3 de Junio de 1998), la Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto 772/2011 de 3 de junio (B.O.E. de 21 de junio) y el artículo 48 de 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 (B.O.E. de 8 de Agosto de 2000).

En el supuesto de no formalizarse escrito de alegaciones, el acta de infracción podrá ser considerada propuesta de resolución, de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 del Real Decreto 928/1998 de 14 de mayo (B.O.E. de 3 de Junio de 1998) en redacción dada por el Real Decreto 772/2011 de 3 de junio (B.O.E. de 21 de junio). En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (B.O.E. de 27 de Noviembre de 1992), modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (B.O.E. de 14 de Enero de 1999), se informa de que el plazo máximo establecido por el Real Decreto 928/1998 citado para dictar la resolución es de seis meses desde la fecha de la presente Acta. No obstante, cuando concurren circunstancias excepcionales, podrá acordarse la ampliación de dicho plazo máximo, en los términos previstos en el artículo 42.6 de la Ley 30/1992, transcurrido el cual se producirá la caducidad del procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2 de la Ley 30/1992. No se computarán a tal efecto las interrupciones producidas por causas imputables al interesado o por la suspensión del procedimiento a que se refiere el mencionado Reglamento, debiendo ser cursada la notificación en el plazo de 10 días, a partir de la fecha de la resolución

VºBº EL INSPECTOR DE TRABAJO Y SEGURIDAD



ELSUBINSPECTOR

CORREO ELECTRÓNICO ANEB:

licoruna@meyss.es
www.meyss.es/fitss

C/ Gaiteira, 54-56 1
15009 - CORUÑA
TEL: 981 12 02 67
FAX: 981 12 20 82