



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

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

---

Trabajo de Fin de Grado- Facultad de Derecho  
Curso 2015/2016

✚ ALUMNO:

Daniel Quintián Regueiro

✚ TUTOR:

Carlos Aymerich Cano

## ÍNDICE

Abreviaturas.....	2
I. Supuesto de hecho .....	3
II. Acciones laborales .....	5
1. Reclamación de cantidad .....	5
2. Reclamación frente al despido.....	9
3. Acumulación de acciones .....	19
III. Responsabilidades del empresario derivadas de la situación del trabajador don Alberto Pérez Domingo .....	22
1. Responsabilidad por falta de alta en el régimen de la Seguridad Social .....	22
IV. Iter procedimental respecto de la actuación de la Inspección de Trabajo .....	25
V. Consencuencias de la actuación de la Inspección de Trabajo .....	30
1. Procedimiento sancionador.....	30
2. Procedimiento liquidatorio .....	38
3. Concurrencia de actas de liquidación con actas de infracción por los mismos hechos .....	40
VI. Defensa del empresario ante una eventual sanción administrativo laboral .....	41
VII. Conclusiones generales.....	44
VIII. Bibliografía .....	47
IX. Apéndice jurisprudencial.....	48
X. Normativa aplicable.....	50
XI. Anexos .....	51

## ABREVIATURAS

- ET: Estatuto de los Trabajadores
- TSJ: Tribunal Superior de Justicia
- STSJ: Sentencia Tribunal Superior de Justicia
- SMAC: Servicio de Mediación Arbitraje y Conciliación
- AP: Audiencia Provincial
- CE: Constitución Española
- LRJS: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
- SS: Seguridad Social
- TC: Tribunal Constitucional
- STC: Sentencia Tribunal Supremo
- SJdo: Sentencia Juzgado de lo Social
- ITSS: Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social
- TS: Tribunal Supremo
- AN: Audiencia Nacional
- SAN: Sentencia Audiencia Nacional
- LGSS: Ley General de la Seguridad Social
- LISOS: Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social
- CP: Código Penal

## I. SUPUESTO 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 reforma 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 lo 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 dudarlo, 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

### 1. RECLAMACIÓN DE CANTIDAD

El contrato de trabajo se encuentra sometido tanto al Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, como al Convenio Colectivo de Trabajo do sector de Construcción e Obras da provincia da Coruña, publicado el 15 de noviembre de 2013 y recogido en el BOP de A Coruña nº 229 de 2 de diciembre de 2013.

El contrato de trabajo firmado por D. Francisco se trata de un contrato de carácter indefinido, por el cual se crea una relación laboral estable y permanente entre las partes que lo suscriben. Su forma puede ser verbal o escrita. En este caso, D. Francisco acude a las oficinas situadas en la sede principal de la empresa, donde el contrato se formaliza por escrito.

La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo en virtud de lo establecido en el art. 34.1 ET. De esta forma, tanto el artículo 38<sup>1</sup> del Convenio Colectivo, como el propio contrato de trabajo, en una de sus cláusulas, precisan que el tiempo máximo de duración de la jornada laboral, será de cuarenta horas semanales. El problema surge cuando el trabajador realiza jornadas semanales superiores a las cuarenta horas, las cuales no son ni retribuidas ni cotizan en la Seguridad Social. Esto ocasiona el que tengamos que hablar de horas extraordinarias, que son aquellas que el trabajador realiza por encima de la jornada pactada en convenio o contrato, o, cuando la jornada no haya sido pactada, las que se realicen por encima de la jornada máxima legal en virtud de lo establecido en el artículo 35.1 ET. Asimismo el artículo 34.3 ET establece que el número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias, por lo que el número de horas que sobrepasen esa cantidad se entenderán como horas extraordinarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas, y, siempre y cuando, en cómputo anual no superen la jornada máxima de trabajo prevista en convenio. En este sentido, debemos tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 39 del Convenio Colectivo relativo al horario de trabajo, que establece, en su párrafo 2º, que en las obras, almacenes, parques y talleres, así como en

---

<sup>1</sup> El art. 38 del Convenio Colectivo de Trabajo do sector de Construcción e Obras da provincia da Coruña dispone lo siguiente: “se establece una jornada laboral de 40 horas semanales de trabajo efectivo, y en cómputo anual para los años 2012 y 2013 de 1.736 horas, según el calendario laboral que se adjunta en el presente convenio. Y que será de aplicación en aquellas empresas que no establezcan o tengan establecido su calendario, de acuerdo con el convenio general del sector.”

sus oficinas, el horario se distribuirá en ocho horas de lunes a viernes, ambos inclusive. Partiendo de esto, habremos de entender que las horas que excedan de cuarenta semanales habrán de tener la consideración de extraordinarias. Lo mismo sucede en lo referente a los descansos<sup>2</sup>, puesto que las horas de trabajo que se realicen en el período en el que le correspondía disfrutar de los descansos correspondientes se estimará también como horas extraordinarias, teniendo en cuenta que toda la jornada que el trabajador realice por encima de su jornada ordinaria, y que no sea compensada de la forma que establece el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores, debe abonarse como horas extraordinarias.

En el supuesto de que en la empresa se haya fijado una jornada anual, sólo podrán ser calificadas como extraordinarias las horas que excedan de la cifra total anual, aunque para alguna o algunas semanas se supere el número correspondiente a estas (STS 22 de diciembre de 1992)<sup>3</sup>.

Dentro del propio régimen de estas horas extraordinarias es necesario distinguir dos tipos de intereses. Por un lado, el interés del propio trabajador, de incrementar ocasionalmente su jornada de trabajo y con ello la correspondiente retribución; y por otro lado, el interés general, procurando evitar que por esta vía de la prolongación de la jornada laboral se dé lugar al incumplimiento de las previsiones legales sobre la limitación de dicha jornada. En este caso, observamos cómo en ningún momento media el interés del trabajador, D. Francisco, puesto que, a pesar de la realización de horas extraordinarias -realizaba jornadas semanales de más de 40 horas-, ninguna de ellas se retribuye ni cotiza en la Seguridad Social. Tampoco está presente la otra solución alternativa que es la de compensar la retribución añadida por tiempo de descanso remunerado, por el cual quedaría liberado de su obligación de trabajar en jornadas posteriores por un tiempo equivalente al trabajado como extraordinario.

En este sentido, es preciso diferenciar entre horas extraordinarias comunes y las debidas a fuerza mayor. Son horas extraordinarias comunes aquellas que son propuestas por el empresario sin necesidad de que concurra una causa que justifique su realización. Se consideran horas extraordinarias por fuerza mayor las que se realicen para prevenir o reparar siniestros. Esta diferenciación tiene repercusiones a la hora de aplicar el régimen legal de garantías y límites en la realización de horas extraordinarias.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> En el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores se establece el derecho de los trabajadores a disfrutar del descanso semanal, fiestas y permisos correspondientes.

<sup>3</sup> MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, GARCIA MURCIA, Joaquín, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2013, 22ª edición, p. 602.

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz, “El favor tiempo en el contrato de trabajo”, Véase *Curso elemental de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social* –VELASCO PORTERO, Mª Teresa, MIRANDA BOTO, José María (Dir.)-, Tecnos, Madrid, 2014, p. 162.

En el supuesto que aquí se nos presenta no podemos estimar que las horas extraordinarias tengan la consideración de por fuerza mayor, dado que en ningún momento se nos dice que las mismas venga exigidas por la necesidad de reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes, así como en los casos de riesgo de pérdida de materias primas. Por lo tanto, las horas extraordinarias habrán de ser consideradas como comunes, a pesar de que en ningún momento interviene la voluntad del propio trabajador aceptando tal exceso dentro de su jornada laboral.

Llegados a este punto, nos encontramos con uno de los puntos más polémicos dentro de la reclamación de cantidad por horas extraordinarias, el cual se refiere a la carga de la prueba –ampliamente discutido en el ámbito doctrinal y jurisprudencial-. El artículo 35.5 ET ordena registrar día a día la jornada de cada trabajador a efectos del cómputo de las horas extraordinarias, totalizándose para cada período de abono de las retribuciones y entregando al propio trabajador copia del resumen en el recibo de salarios correspondiente. Además, la disposición adicional 3ª del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre sobre jornadas especiales de trabajo obliga al empresario a informar mensualmente a los representantes de los trabajadores de las horas extraordinarias realizadas, cualquiera que sea la forma de su compensación (en dinero o en tiempo libre, como se verá enseguida); con entrega de copias de los resúmenes a que se refiere el citado artículo 35.5 ET<sup>5</sup>.

Apoyándonos en lo establecido en este artículo, y recurriendo a diferentes sentencias, podemos contemplar como para la reclamación de cantidades por horas extraordinarias es necesario aportar, en ocasiones, por la parte demandante una serie de elementos probatorios preconstituidos, sin los cuales no nos sería posible esclarecer si realmente tales horas extraordinarias han tenido lugar o no. De esta forma, el registrar día a día la jornada laboral de cada trabajador puede funcionar perfectamente como prueba de que tales horas extraordinarias se han llevado efectivamente a cabo.

En una de dichas sentencias<sup>6</sup> se trata el caso de una empresa que recurre, apoyándose en la Ley de Procedimiento Laboral de 1 de mayo de 1995 –actualmente derogada- y en concreto en su artículo 191, tratando de acreditar que el demandante no ha probado el que se hayan realizado las horas extraordinarias que éste está demandado, ya que tal procedimiento ha de hacerse hora a hora y día a día, además, la empresa entiende que no se ha acreditado que el demandante hubiera estado realizando tareas de manera permanente a favor de la empresa durante toda la jornada. Esta sentencia indica además que con objeto de delimitar el concepto se puede pactar la distribución del tiempo ya sea mediante convenio colectivo o contrato de trabajo, lo cual da lugar a una serie de consecuencias, como es por ejemplo que no se consideran extraordinarias las horas de

---

<sup>5</sup> MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, GARCIA MURCIA, Joaquín, *op. cit.*, p. 604.

<sup>6</sup> STSJ de País Vasco, de 19 diciembre de 2003 (AS 2003\4034) Westlaw, Aranzadi.



trabajo que rebasen la jornada máxima semanal, que son 40 horas, pero no superen la jornada ordinaria anual o de ciclos inferiores en la distribución semanal que se hubiese pactado; que se retribuyan siempre como extraordinarias, las horas que excedan de la jornada anual o de ciclos inferiores en su distribución semanal, así como de nueve horas diarias, salvo distribución que se establezca en convenio colectivo otra distribución diaria (art. 34.1 ET); que, en todo caso, se retribuyen como extraordinarias las horas que superan la jornada ordinaria pactada en contrato de trabajo, etc. En esta sentencia el trabajador demandante acredita que realizaba una jornada fija que superaba las 10 horas diarias, cuando en el convenio se especificaba una media de 7,30 horas diarias. Además también se acreditó que él realizaba trabajo efectivo durante ese tiempo en el centro de trabajo de la empresa y en las instalaciones de los clientes. Es por ello que, tratándose de jornada de trabajo fija e igual cada día, no se exige al trabajador la prueba individualizada acerca de cada hora extraordinaria, bastando con la prueba de los hechos antedichos.

Recordemos que el artículo 35.5 ET obliga a que la jornada del trabajador se registre día a día y se le entregue copia del resumen al trabajador. De modo que si D. Francisco pudiese acreditar mediante dicha copia que el número de horas trabajadas, aunque superior a 40, fuera durante todos los días las mismas y con un mismo horario bastaría con tal registro, si no tendría que probar cada hora extraordinaria trabajada. En el caso de no disponer de tal registro se podría exigir el que, como empresa que tiene a su disposición un determinado número de trabajadores, se formalizase de forma inmediata a efectos de controlar la jornada ordinaria de trabajo<sup>7</sup>.

Si finalmente no se pudiese aportar dicho documento existiría la posibilidad de acudir a la prueba testifical. La prueba testifical se regula tanto en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, como en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de

---

<sup>7</sup> Declara SAN, de 19 febrero de 2016 (JUR 2016\43642) Westlaw, Aranzadi la obligación por parte de Bankia de establecer un sistema de registro de jornada efectiva, de acuerdo con lo establecido en el 35.5 ET, con lo que se permitirá comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, registrando la jornada la jornada diaria efectiva, las horas extraordinarias que se puedan realizar, etc. Se remite esta sentencia a la SAN de 4 diciembre de 2015 (AS 2016\97) en la cual se establece que si la finalidad del art. 35.5 es la de procurar al trabajador un medio de prueba documental para acreditar la realización de horas extraordinarias, el registro de la jornada ha de ser precisamente la herramienta para asegurar dichas horas, ya que si el registro diario de la jornada solo se diese cuando se realicen horas extraordinarias daría lugar a un círculo vicioso, que vaciaría de contenido la institución y sus fines, puesto que el presupuesto, para que las horas extraordinarias tengan dicha consideración, es que se realicen sobre la duración máxima de la jornada de trabajo. De esta forma, sin los registros de la jornada diaria sería complicado que los Inspectores pudiesen controlar si se superan o no los límites de la jornada ordinaria. Dispone a su vez la rareza de que una entidad de relevancia como es Bankia no disponga de esta herramienta de modernización de la relaciones laborales, ya que es el único medio que permite acreditar el control diario de la jornada y que no deja dudas sobre si efectivamente realizan horas extraordinarias y si es voluntaria o no tal realización. Aplicando lo establecido por la segunda de las sentencias, la primera dispone que la ITSS podrá extender acta de infracción a la empresa demandada por incumplimiento de la normativa en materia de tiempo de trabajo.

Enjuiciamiento Civil<sup>8</sup>. En la primera de ellas, el interrogatorio de testigos se recoge en el artículo 92, mientras que en la última del artículo 360 al 381. A partir de esto último y tal como se plasma en algunas sentencias<sup>9</sup> se ha de afirmar que corresponde al trabajador la carga de probar la realización, de modo que si las horas extraordinarias no hubieran podido ser probadas mediante ningún medio escrito, las pruebas testificales y confesionales serán considerados como los únicos medios eficaces para probar un hecho de esta naturaleza. Además, en caso de que una de las partes, en este caso la recurrente, busque una diferente valoración a la prueba testifical para que se tenga por probadas las horas extraordinarias, ésta ha de tener en cuenta que corresponde en exclusiva al juez a quo la valoración de este medio de prueba y que ni siquiera puede el Tribunal entrar a conocer del mismo para llegar, eventualmente, a una diferente conclusión.

## 2. RECLAMACIÓN FRENTE AL DESPIDO

Una de las acciones laborales a ejercer por D. Francisco será la reclamación frente al despido, solicitando la nulidad o subsidiariamente la improcedencia del mismo.

Debemos tener claro que la decisión de despido extingue el contrato de trabajo. Ahora bien, el trabajador goza de veinte días hábiles para impugnar, a contar desde el día siguiente a su fecha, tal y como plasma el art. 59.3 ET. El despido nulo y el improcedente entran dentro del ámbito del despido disciplinario, el cual tal y como establece literalmente el art. 54 ET es aquel basado en un incumplimiento grave –debe alcanzar cierta entidad- y culpable –debe ser imputable al empleado, sea por dolo, culpa, malicia, o negligencia- del trabajador, por lo que ha de tenerse en cuenta como la sanción más grave a imponer por el empresario. En cuanto a la calificación jurídica del despido disciplinario, lo que nos va a permitir calificar el despido como nulo o improcedente será el ejercicio efectivo de esa acción, primero en la fase de conciliación previa o reclamación administrativa previa, y posteriormente mediante la respectiva demanda judicial.

En cualquier caso, comenzaremos reclamando la nulidad del despido. El despido será calificado como nulo de acuerdo con los casos previstos en los artículos 55.5 ET y 108.2 LRJS. Podemos hablar tanto de nulidad legal como de nulidad por inconstitucionalidad.

La nulidad legal hace referencia a los supuestos recogidos en las letras a), b) y c) del art. 55.5 ET. a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de

---

<sup>8</sup> La Ley de Enjuiciamiento Civil regirá como supletoria en lo no previsto en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, en virtud de lo dispuesto en la disposición final cuarta relativa a las normas supletorias de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

<sup>9</sup> STSJ de Cataluña, de 29 septiembre de 2003 (AS 2003\3342) Westlaw, Aranzadi.

trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período. b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley. c) El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

La nulidad por inconstitucionalidad vendrá dada por el despido discriminatorio (causas de discriminación recogidas en la CE), y despido producido por violación de derechos fundamentales y libertades públicas o como represalia al previo ejercicio de aquellos, siendo punto clave en este sentido la garantía de indemnidad.

Para el caso que aquí nos concierne optaremos por la nulidad por inconstitucionalidad, centrándonos, primeramente, en la garantía de indemnidad. En cuanto a la regulación legal de la garantía de indemnidad, ésta la encontramos dentro del propio derecho a la tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 24.1 CE. Esta garantía de indemnidad se introduce en el citado artículo como consecuencia de lo establecido en el Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, más concretamente en su artículo 5 c) que reza que entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figura presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes. Asimismo, y en conexión, el artículo 4.2 g) ET hace referencia a la posibilidad de ejercitar a título individual acciones derivadas del contrato de trabajo. Por último, la vulneración del derecho fundamental da lugar a que se pueda acceder al procedimiento establecido en los artículos 117 y siguientes de la LRJS, con obligada intervención del Ministerio Fiscal.

Para entender de forma clara y precisa el funcionamiento de la garantía de indemnidad cabe remitirse a la doctrina del Tribunal Constitucional. Esta doctrina establece que la vulneración de la tutela judicial efectiva se produce tanto por las irregularidades que tienen lugar dentro del proceso que originen una privación de las garantías procesales, como cuando, por el ejercicio del mismo, o la realización por el trabajador de actos

preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, el empresario decida tomar represalias en contra de su empleado. De este modo el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24.1 CE se puede satisfacer mediante la garantía de indemnidad, lo que significa que el ejercicio de la acción judicial, o de actos preparatorios o previos al mismo no provocarán consecuencias perjudiciales en el campo de las relaciones públicas o privadas para la persona que lo protagoniza –el trabajador en este caso<sup>10</sup> -.

Ahora bien, dentro del ámbito laboral, esta garantía de indemnidad se puede entender de dos formas diferentes. Por un lado, como la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos. Por otro lado, que la actuación empresarial, que venga dada por el ejercicio de una acción judicial orientada al reconocimiento de una serie de derechos de los cuales el trabajador se creía asistido, ha de considerarse como discriminatoria y nula por ser contraria al derecho a la tutela judicial efectiva (cabe recordar lo establecido en los artículos 24.1 CE y artículo 4.2 g) ET, en lo relativo a la ejercicio individualizado de las acciones derivadas del contrato de trabajo). Con todo, no basta para desvirtuar la existencia de indicios de discriminación el que la empresa apoye la legitimidad de su decisión en una determinada política empresarial o que sostenga la ausencia del móvil discriminatorio, todo ello, bajo el pretexto del derecho del empresario a organizar la actividad de su empresa y la prestación de sus servicios laborales<sup>11</sup>. Así, el artículo 24.1 CE en su vertiente de garantía de indemnidad resultará lesionado tanto si se acredita una reacción o represalia frente al ejercicio previo del mismo, como si se constata un perjuicio derivado y causalmente conectado, incluso si no concurre intencionalidad lesiva<sup>12</sup>.

En virtud de lo recogido hasta ahora, y teniendo en cuenta lo que el caso nos dice, recordemos que D. Francisco acude a la ITSS a denunciar su caso y como consecuencia de ello su jefe decide despedirlo de forma inmediata, lo cual nos permite determinar que estamos ante un supuesto de vulneración de la garantía de indemnidad. Ahora bien, nos seguiríamos encontrando con ciertos escollos a la hora de que se reconozca que, efectivamente, se ha producido tal vulneración. La carga de la prueba es uno de ellos. En lo relativo a dicha carga la doctrina del TC ha venido estableciendo, de una forma reiterada, que cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado deberá ser el autor de la medida el que haya de probar que obedece a motivos razonables y contrarios a toda voluntad de atentar o discriminar un derecho fundamental.

---

<sup>10</sup> STC 14 febrero de 2011 (RTC 2011\6) Westlaw, Aranzadi.

<sup>11</sup> STS de 9 marzo de 2007 (RJ 2007\1797) Westlaw, Aranzadi.

<sup>12</sup> STSJ Madrid de 22 febrero de 2012 (EDJ 2012/32431) Lefebvre El Derecho.

En diferentes sentencias del TS se nos dice que en pos de facilitar el rechazo judicial de la conducta discriminatoria del empresario, el legislador ha instrumentado un mecanismo de defensa del derecho fundamental, la llamada “inversión probatoria<sup>13</sup>” o “inversión de la carga de la prueba”. Ahora bien, es necesario el cumplimiento de una serie de requisitos para que opere el desplazamiento al empresario del *onus probandi*. El trabajador junto con la afirmación de que goza de carácter discriminatorio, también habrá de acreditar la existencia de indicios que permitan deducir que es posible que la vulneración constitucional haya tenido lugar. El actor ha de aportar prueba verosímil o principio de prueba revelador de la existencia de discriminación o de hechos que lleven a sospechar acerca de una discriminación, no siendo suficiente la mera afirmación de la discriminación. Una vez que presenta la prueba indiciaria, lo que se le impone al demandado es la prueba de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida que se adopta y su carácter ajeno a todo propósito de atener contra los derechos fundamentales, lo cual constituye una auténtica carga probatoria<sup>14</sup>.

En este sentido también habremos de tener en cuenta lo establecido en el artículo 105 LRJS respecto de la carga de la prueba que establece lo siguiente: “Ratificada, en su caso, la demanda, tanto en la fase de alegaciones como en la práctica de la prueba, y en la fase de conclusiones corresponderá al demandado exponer sus posiciones en primer lugar. Asimismo, le corresponderá la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo”.

En cuanto al ámbito temporal, es de suma importancia como indicio de una posible vulneración de la garantía de indemnidad el tiempo que transcurre entre la reclamación judicial o extrajudicial, o la denuncia, tal y como sucede en este caso ante la ITSS, y el inicio de la actuaciones empresariales. Así lo remarcan diferentes sentencias, como por ejemplo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia<sup>15</sup> cuando establece que la carga de la prueba ha de valorarse siempre y cuando el empleado aporte la existencia de indicios suficientes que permitan estimar si se ha producido o no la vulneración de la garantía de indemnidad. Asimismo esta sentencia se remite a la STC 120/2006 en la que se nos explica que hemos de entender por indicios suficientes, disponiendo lo siguiente: “los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para suscitar razonablemente la sospecha o presunción de la vulneración del derecho fundamental”;

---

<sup>13</sup> SJdo. Social de 26 marzo de 2007 (EDJ 2007/29878) Lefebvre El Derecho, STSJ de Navarra de 9 noviembre 1995 EDJ 1995/8005) Lefebvre El Derecho, STSJ Cataluña de 1 septiembre de 2005 (EDJ 2005/238439) Lefebvre El Derecho.

<sup>14</sup> STS de 4 marzo de 2013 (RJ 2013\4502) Westlaw, Aranzadi.

<sup>15</sup> STSJ de Galicia, núm. 5448/2011 de 5 diciembre (AS 2012\51) Westlaw, Aranzadi.

señalando que se podrá apreciar igualmente cuando se constate la existencia de una correlación o conexión temporal entre una y otra.

Llegados a este punto, si finalmente recayera sentencia donde se declarara la nulidad del despido, se procedería a la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo, con el consecuente abono de los salarios que este hubiera dejado de percibir (salarios de tramitación), en virtud de lo establecido en los artículos 55.6 ET y 113 LRJS, de los que se deberán deducir las cantidades percibidas por el empleado como prestación de desempleo o en otro empleo. En caso de que el empresario o el propio trabajador decidiesen recurrir la sentencia se atenderá a lo dispuesto en el art. 297 LRJS por remisión del artículo 113 de esa misma ley, que nos dice que la sentencia se ejecutará de forma provisional, dando lugar a que el empresario venga obligado, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al recurrido la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad a producirse aquellos hechos, y que el trabajador continúe prestando servicios, a menos que el empresario prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna.<sup>16</sup>

Otra de las posibilidades con la que nos encontrábamos en relación con la nulidad por inconstitucionalidad era la violación de los derechos fundamentales. En este supuesto el trabajador, D. Francisco, es víctima de continuo hostigamiento y acoso moral por parte de su jefe. Esta situación sufrida por el trabajador es conocida como *mobbing* o acoso moral en el ámbito laboral. En lo relativo al *mobbing* o acoso moral, del cual no existe un concepto unívoco, jurídicamente relevante, decimos que sigue sin tener un referente normativo específico, lo cual impide luchar contra el abuso de poder por parte del empresario. Una de las definiciones más acertadas, completas y precisas, viene dada por el Prof. Correa Carrasco, que reza que el *mobbing* es: “toda conducta (activa u omisiva) llevada a cabo en el contexto de una relación laboral o de servicio, consistente en ataques reiterados y sistemáticos de carácter degradante, que tienen como finalidad atentar contra la integridad moral de una persona, siendo susceptible, además, de provocar daños de naturaleza psíquicos físicos, patrimoniales, o de perjudicar gravemente la empleabilidad de la misma<sup>17</sup>”. En este supuesto se nos dice como D. Fernando, jefe de D. Francisco, lo trata de manera vejatoria, amenazándolo e incluso haciendo que trabaje bajo coacción. Con todo, si bien lo establecido con anterioridad es fundamental para la existencia del *mobbing*, también es necesario que se cumplan los tres requisitos clásicos que permitan afirmar su realidad y su distinción respecto de otro tipo de conflictos existentes en el ámbito laboral. Estos tres requisitos son: la relación asimétrica o desigual entre las dos partes en conflicto, la duración y la repetición.

---

<sup>16</sup> MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, GARCIA MURCIA, Joaquín, *op. cit.*, p. 801.

<sup>17</sup> CASAS PLANES, M<sup>a</sup> Dolores, *La Responsabilidad Civil del Empresario Derivada de Accidentes Laborales: en Especial por Acoso Moral o Mobbing*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, 1<sup>o</sup> edición, pag. 102.

En cuanto al primero de los requisitos, resulta obvia la existencia de una relación jerárquica entre los dos implicados: D. Francisco como trabajador de Construnova S.A., y, D. Fernando, como jefe de éste y dueño de la sociedad. La problemática surge en relación con los dos últimos requisitos puesto que su realidad no es tan clara como la del anterior. En ningún momento se nos dice la extensión o duración de tal actitud por parte de dueño de la sociedad, ni tampoco que la misma se repita a lo largo del tiempo. Por ello, en cuanto a la duración, se ha de tener en cuenta que la relación contractual tiene lugar a lo largo de varios meses, por lo que se podrá entender que D. Fernando habría venido ejerciendo tales conductas desde el comienzo de dicha relación, dando lugar a una duración prolongada en el tiempo en lo que se refiere a tal actitud negativa. Para esclarecer la realidad del requisito relativo a la repetición, y que a su vez nos sirva de fundamento para reforzar la existencia del requisito de duración, nos podremos remitir al informe médico, dónde se hace referencia a las diferentes enfermedades sufridas por D. Francisco. Podemos presuponer la existencia de tales condiciones debido a las enfermedades derivadas de su situación en el puesto de trabajo, entre ellas la depresión. La depresión es un trastorno psicológico severo que viene causado por el estrés crónico<sup>18</sup> profesional –recordemos que estaba sometido a un continuo estado de tensión-, el cual viene provocado, en este caso, por las continuas vejaciones, amenazas y coacciones a las que se veía sometido. Asimismo se han iniciado investigaciones que tratan de probar la relación entre sufrir estrés laboral y el mayor riesgo de sufrir una enfermedad gastrointestinal (indigestión). Es precisamente ese estrés crónico profesional el que nos permite deducir que el acoso por parte del jefe, en efecto, se repetía de forma continuada. En conclusión se entiende que los tres requisitos citados se cumplen y que estamos ante una situación de *mobbing*.

La remisión a la jurisprudencia juega un papel vital a la hora de distinguir una cuestión que es netamente laboral de otra que entra dentro del ámbito del acoso moral en el trabajo. Nos encontramos sentencias donde se plasman aquellas circunstancias que, si bien reúnen todas las características del *mobbing*, no pueden llegar a ser consideradas como tal. Por ejemplo, sentencias en las que el cambio en las condiciones laborales de la denunciante, la asignación de un puesto de trabajo distinto, con escasa actividad y en un lugar en que tiene que soportar la presencia casi constante de su jefe y empleador, no gozan de dicha consideración. En esta sentencia el Tribunal establece que ha sido la jurisprudencia social la que ha ofrecido un concepto de *mobbing*, concretando sus notas características. Esta jurisprudencia lo define como aquellas situaciones de hostigamiento de un trabajador frente al que se le desarrollan actitudes de violen psicológica de norma prolongada que le conducen a su aislamiento en su entorno laboral, dando lugar a alteraciones psicossomática de ansiedad, y el abandono del puesto de trabajo por el

---

<sup>18</sup> LUCEÑO MORENO, Lourdes, MARTÍN GARCÍA, Jesús, RUBIO VALDEHITA, Susana, DÍAZ RAMIRO, Eva, “Factores psicosociales en el entorno laboral, estrés y enfermedad” véase en *Edu Psykhé. Revista de psicología y psicopedagogía*, Vol. 3, nº 1, Universidad Camilo José Cela, 2004, p. 98.

estado de tensión al que se encuentra sometido. El punto clave dentro de esta sentencia lo encontramos cuando hace mención de las diferentes formas de manifestación del acoso laboral, entre las que destaca “los ataques a la persona de la víctima consistentes en críticas hirientes, vejaciones, burlas, falsos rumores, amenazas<sup>19</sup>.” Otra sentencia define el acoso moral (*mobbing*) como una “agresión del empresario o de alguno de sus empleados con el consentimiento y tolerancia de aquél, mediante hechos, órdenes, o palabras, repetida y duradera en el tiempo, con el fin de desacreditar, desconsiderar y aislar al trabajador, lo que puede llegar a deteriorar la salud de éste. La finalidad del acoso es conseguir un auto-abandono del trabajo y producir un daño progresivo y continuo a su dignidad<sup>20</sup>.” Observamos como ciertas particularidades de esta definición se dan en el caso que tenemos ante nosotros, siendo punto clave el deterioro de la salud del trabajador –constado mediante informe médico<sup>21</sup>, dónde se la diagnostica la baja y se hace alusión al estado depresivo junto con los problemas fisiológicos que se derivan de esa situación de tensión continua- y el daño progresivo y continuo a su dignidad.

Una vez que el acoso moral se ha constatado y sus efectos son visibles, es necesaria la existencia de un daño identificable y de un nexo causal, entre las conductas personales y el daño producido, para que éste sea jurídicamente relevante y se pueda perseguir mediante el ejercicio de una acción ante el orden jurisdiccional competente. El hecho de que el acoso laboral se desenvuelva dentro de la esfera de la integridad moral del trabajador-víctima y suela ser considerado como un hostigamiento psicológico, no implica que todos los daños se hayan de subsumir en el ámbito moral o psíquico, encontrándonos con la posibilidad de que éstos sean incluso físicos<sup>22</sup>. Sin embargo, en

---

<sup>19</sup> SAP de Valencia de 29 octubre de 2010 (JUR 2011\65179) Westlaw, Aranzadi.

<sup>20</sup> STSJ Cantabria de 2 noviembre de 2004 (EDJ 2004/182434) Lefebvre El Derecho.

<sup>21</sup> En STSJ Cast-La Mancha de 7 octubre de 2015 (EDJ 2015/186079) Lefebvre El Derecho también se recoge un supuesto de nulidad del despido por acoso moral, en el que, al igual que sucede en este supuesto, la demandante se ve obligada a acudir al médico de atención primaria, quién posteriormente la remite consulta de psiquiatría en la que es tratada por trastorno adaptativo con clínica ansioso depresiva secundaria a problemática laboral. Todo esto constituye, a juicio de la Sala, más que indicios de vulneración del derecho a la dignidad, dado que la actora es objeto de diferentes actitudes de violencia psicológica, de hostigamiento, de forma prolongada por parte del empresario demandado, creando un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo que dio como resultado una dolencia psíquica. Por todo ello, la Sala considera que, aplicando la regla probatoria prevista legalmente para los supuestos de alegación de vulneración de derechos fundamentales, se ha de concluir que la actora ya ha probado efectivamente la concurrencia de indicios suficientes de esa violación del derecho a su dignidad. De este modo, se entiende que debe ser la empresa quien ha de probar que el despido de la actora es procedente, y no nulo, o que, en todo caso, se trata de una decisión objetiva, racional y proporcional, no vulneradora de los derechos fundamentales de la actora, que habrá de consistir en atacar el enlace entre el hecho base y el hecho presunto, es decir mostrar que no existe relación ente aquellos hechos y el despido presuntamente vulnerador de derechos fundamentales.

<sup>22</sup> Así lo establece la ya citada STSJ Cast-La Mancha de 7 octubre de 2015 (EDJ 2015/186079) Lefebvre El Derecho cuando se refiere a las circunstancias que deben concurrir para apreciar la situación de *mobbing*, cuando enuncia la necesidad de que concurren circunstancias que repercutan sobre el trabajador afectado mediante dolencias físicas o psicológicas, añadiendo que en ocasiones no será necesaria la lesión



la mayoría de los casos, el bien jurídico que se protege está relacionado con la dignidad personal del trabajador (art. 10 CE), y que afecta al entorno de la integridad moral, valor y derecho fundamental constitucionalmente reconocido y protegidos (art. 15 CE). El artículo 4.2 e) ET refuerza esta idea, disponiendo que los trabajadores tienen derecho “al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”. En lo referente a la tutela jurídica, los medios tuitivos de los que dispone el Ordenamiento Jurídico español frente al *mobbing* engloban los órdenes civil, penal y social. Asimismo, la Inspección de Trabajo, ya se de oficio o a instancia de parte, podrá instruir acta de infracción de los preceptos relativos a la Seguridad e Higiene en el Trabajo contenidos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en la de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, si bien en la práctica existen grandes dificultades tanto para el Inspector como para el trabajador a la hora de probar la existencia de acciones de acoso moral<sup>23</sup>, si bien esto último lo veremos en posteriores epígrafes.

La reclamación ante la jurisdicción penal es posible, puesto que algunas de las conductas ejercidas por el jefe en cuestión son constitutivas de acoso psicológico, dando lugar a que pueda ser condenado por delitos de coacción y amenazas (tal y como se plasma en este supuesto), agresión, delitos contra la seguridad e higiene, etc. Lo que se busca es la protección de la integridad moral y física. De este modo, las conductas hostigadoras del *mobbing* encuentran aplicación propia en la proscripción de infligir tratos inhumanos y degradantes que constituyan humillaciones, vejaciones, creación de situación de inferioridad, etc. El problema se encuentra en que esta subsunción ofrecía la dificultad de insertar y encubrir tales conductas y los resultados que se producen sobre el empleado.

Otra de las posibilidades a la hora de reclamar la encontramos ante la jurisdicción civil. En este caso la protección jurídica se encuentra en la reclamación de daños y perjuicios derivada de ilícito laboral, compatible con las prestaciones de la SS. El propio sistema español de responsabilidad civil es la pretensión de que la indemnización a la víctima cubra íntegramente toda la lesión, puesto que tendrán la consideración de daños resarcibles, tanto los daños patrimoniales como los morales sufridos por el perjudicado<sup>24</sup> (principio *restitutio in integrum*, que es el cumplimiento de una

---

de la integridad psíquica (STSJ País Vasco de 5 de diciembre de 2016), siendo suficiente la mera existencia del riesgo ( STSJ de Madrid de 16 de junio de 2008).

<sup>23</sup> Artículo doctrinal sobre “El impacto del acoso moral en el ordenamiento jurídico español: análisis legal y jurisprudencial” de CORBACHO PALACIOS, Francisco Javier, consultado a través de la página web [www.noticiasjuridicas.com](http://www.noticiasjuridicas.com) (consultado con fecha 30 de abril de 2016, último acceso 12:54).

<sup>24</sup> CASAS PLANES, M<sup>a</sup> Dolores, *op. cit.*, pp. 114-118.

obligación cuya prestación consiste en la reparación del agravio, como si la infracción no hubiera tenido lugar). De esta forma, remitiéndonos al artículo doctrinal sobre “El impacto del acoso moral en el ordenamiento jurídico español: análisis legal y jurisprudencial”, nos encontramos con que existe una flexibilización, por parte de los Juzgados y Tribunales civiles, del nexo causal con capacidad de defensa sobre el acosado muy próxima a la objetivación que hacía prácticamente equivalente la responsabilidad a la constancia del daño, ya fuera moral o psíquico. Esta tesis es modalizada, y flexibilizada en virtud de la especial exigencia de objetividad de los hechos y acciones estratégicas de *mobbing* que hacen inviable su comisión por actos carentes de voluntariedad.

En cuanto a la vía de lo social, que es la que a nosotros nos interesa y por la cual vamos a ir, existe controversia. Así se plasma en diferentes sentencias del Tribunal Supremo, más concretamente en una de ellas<sup>25</sup> donde se discutía acerca de varias posibilidades, la de la sentencia de instancia y la de la Sala de suplicación. En ambas resoluciones se alcanzan distintos pronunciamientos discrepantes entre ellos, lo cual constituye el núcleo de contradicción, a saber, la posibilidad de que las consecuencias naturales y legales derivadas de que un despido sea calificado como nulo, se alteren cuando el pronunciamiento recae en un despido fundamentado en la nulidad por acoso laboral, y como consecuencia, con flagrante vulneración de los derechos fundamentales. En una de las sentencias recurridas, alejándose de lo establecido en el pronunciamiento de instancia, las consecuencias han de ser las fijadas en la ley. Por el contrario, la de contraste establece que es el trabajador quien ha de gozar del derecho de opción entre la readmisión o una indemnización sustitutoria. Otra de las sentencias<sup>26</sup> acerca del despido nulo por *mobbing* nos remite a STS de 26 de abril de 2012, en la cual se dispone que incluso cuando el despido sea declarado nulo como consecuencia del acoso laboral se deberá readmitir al trabajador y no extinguir directamente la relación laboral, ya que ello implicaría “variar el sentido del mandato legal, lo cual debe entenderse sin perjuicio de lo que resulte del trámite de ejecución de sentencia”. Así, deberemos remitirnos a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, a su artículo 286, que reza literalmente lo siguiente: “En los supuestos de declaración de nulidad del despido por acoso laboral, sexual o por razón de sexo o de violencia de género en el trabajo, la víctima del acoso podrá optar por extinguir la relación laboral con el correspondiente abono de la indemnización procedente y de los salarios de tramitación, en su caso, conforme al apartado 2 del artículo 281”, siendo esta una posibilidad que habrá de ser apreciada en primer lugar por el trabajador víctima del *mobbing*”:

---

<sup>25</sup> STS de 16 abril de 2012 (EDJ 2012/103630) Lefebvre El Derecho.

<sup>26</sup> STSJ Madrid de 27 noviembre de 2015 (EDJ 2015/254317) Lefebvre El Derecho.

Como ya dijimos con anterioridad, junto con la nulidad del despido también podremos solicitar subsidiariamente la improcedencia del despido. La declaración de improcedencia viene dada en dos situaciones. De un lado, el supuesto en que se hubieren incumplido los requisitos de forma establecidos en el primer apartado del artículo 55<sup>27</sup> del Estatuto de los Trabajadores. De otro lado, el despido en el que no quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario, o no quede acreditada la gravedad del mismo. En caso de que finalmente el despido fuera calificado como improcedente, el juez, en virtud de lo establecido en los artículos 56.1 ET y 110 LRJS, condenará al empresario a que, mediante escrito o comparecencia en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia sin esperar a la firmeza de la misma si fuera de instancia, opte entre la readmisión del trabajador en las condiciones previas al tiempo en que se hubiera efectuado el despido, o la extinción del contrato con abono de la indemnización legalmente establecida. Es el empresario quien decidirá entre ambas opciones debido a que, en este supuesto, no se trata de un representante legal o sindical de los trabajadores (artículo. 65.4 ET).

De esta manera, vamos a contemplar las consecuencias que se pueden dar en caso de que el empresario opte o bien por la readmisión, o bien por la indemnización. Si se opta por la readmisión el empresario deberá abonar al trabajador los salarios dejados de percibir (salarios de tramitación) desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia, tal y como estipula el artículo 65.2 ET. Se deberá tener en cuenta que el empresario si finalmente opta por la readmisión habrá de comunicar al trabajador, dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia, la fecha en que éste se vuelva a incorporar al trabajo, para efectuarla en un plazo no inferior a los tres días siguientes al de la recepción del escrito (artículo 278 LRJS). Asimismo, y en relación a los salarios de tramitación, si se llegase a constatar que el trabajador ha desempeñado otro empleo anterior a la sentencia se descontarán de dichos salarios lo que éste hubiera percibido en tal trabajo (artículo 56.2 ET). Para el caso que nos concierne nada se nos dice acerca de otro empleo por parte de D. Francisco, por lo que se habrá de entender que no salvo presunción en contrario, que correrá a cargo del empleador.

La otra alternativa a la que se podría optar –siendo la que generalmente escoge el empresario en caso de despido improcedente-, y que supondría una especie de ratificación de la extinción del contrato sería la indemnización de treinta y tres días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año,

---

<sup>27</sup> El art. 55.1 ET establece lo siguiente: “el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos.

Por convenio colectivo podrán establecerse otras exigencias formales para el despido.

Cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical procederá la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que perteneciere, si los hubiese.

Si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constare, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato.”

con un máximo de veinticuatro mensualidades (artículo 56.1 ET)<sup>28</sup>. En este caso no se habrán de devengar los salarios de tramitación.

### 3. ACUMULACIÓN DE ACCIONES

La última cuestión que aquí nos atañe es la de deliberar si procede o no la acumulación de la acción de despido y de reclamación de cantidad. Es en el año 2011 cuando nace esta posibilidad con la promulgación de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social. Esta problemática ha sido objeto de continua discusión en el ámbito doctrinal y ha planteado una serie de interrogantes que habremos de resolver para darle solución a este punto.

La acumulación de acciones viene recogida en la sección 1ª del capítulo I, del título III del libro primero de la LRJS. Cuando se acumula se amplía el objeto del proceso. Con todo, con el objetivo de acortar tal proceso y evitar que del mismo surjan resoluciones contradictorias habremos de atender a lo establecido en el artículo 35 LRJS que reza que “la acumulación de acciones y procesos cuando proceda, producirá el efecto de discutirse y resolverse conjuntamente todas las cuestiones”.

Ahora bien la regla general en cuanto a la acumulación de acciones viene establecida en el artículo 25.1 cuando dispone que el actor “podrá acumular en su demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque procedan de diferentes títulos, siempre que todas ellas puedan tramitarse ante el mismo juzgado o tribunal”. Con todo, esta regla general también tiene excepciones que se recogen, en este caso, en el artículo 26 relativo a los supuestos especiales de acumulación de acciones. Nos interesa en concreto lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 26.3 que abre la posibilidad al trabajador de acumular a la acción de despido la reclamación de la liquidación de las cantidades adeudadas hasta esa fecha de conformidad con el apartado 2 del artículo 49 ET. Este último artículo establece que “el empresario, con ocasión de la extinción del contrato, al comunicar a los trabajadores la denuncia, o, en su caso, el preaviso de la extinción del mismo, deberá acompañar una propuesta del documento de liquidación de las cantidades adeudadas”. Es precisamente la propuesta del documento de liquidación de las cantidades adeudadas la que limita la acumulación de acciones, ya que sin está no se podría proceder a tal acumulación.

---

<sup>28</sup> El marco normativo de la cuantificación de la indemnización está previsto en el art. 56.1 ET, teniendo en cuenta la redacción dada por el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, así como lo dispuesto en la Disposición transitoria 5ª, 2, y la Disposición final de dicho RD Ley. En virtud de lo establecido en cada uno de estos cuerpos normativos llegamos a la conclusión que el cálculo de la indemnización en este supuesto no plantea ningún tipo de problema, ya que el contrato se formaliza el seis de diciembre del año 2013, no viéndose afectado por las modificaciones que se introducen en relación a los contratos celebrados con fecha anterior al doce de febrero del año 2012. De este modo, tampoco se verá damnificado por la polémica STS 29 de septiembre de 2014 por la que se modifica el método de cuantificación de la indemnización por despido improcedente para los contratos celebrados con fecha anterior a 12/02/2012.

Llegados a este punto, se plantea el problema de si realmente el trabajador que ejercita la acción de despido puede reclamar en la misma demanda el pago de las cantidades adeudadas por el empresario, cualquiera que sea el concepto por el que se hayan devengando; o si únicamente puede discutir la liquidación practicada por el empresario al comunicarle la extinción del contrato de trabajo<sup>29</sup>.

Para esclarecer la respuesta a esta incógnita debemos remitirnos a la diversa jurisprudencia que trata la acumulación de acción de despido y de cantidad, y más concretamente el apartado referido a la liquidación de las cantidades devengadas. De esta forma, nos encontramos diferentes sentencias<sup>30</sup> donde se desestima la acumulación de acciones por haberse realizado ésta de forma indebida, sin embargo los argumentos que en ésta se esgrimen nos sirven para dilucidar si, en el caso que aquí nos compete, se puede acumular la acción de despido y la acción de reclamación de cantidad por horas extraordinarias. También encontramos otras sentencias<sup>31</sup> donde se nos dice que a una acción de despido no se le podría acumular una reclamación de cantidad por horas extraordinarias, ya que se estarían reclamando horas extras de casi un año –tal y como sucede en este caso- y que tal reclamación excedería del ámbito al que se refiere el párrafo segundo del artículo 26.3 LRJS, ya que no sería una liquidación de las cantidades adeudadas hasta la fecha del despido conforme dispuesto en el artículo 49.2 ET., todo ello también conforme señala el propio artículo 26.3 LRJS.

Por lo tanto el punto clave para dictaminar si es posible la acumulación de estas dos acciones será el segundo párrafo del artículo 26.3 cuando establece: “No obstante, si por la especial complejidad de los conceptos reclamados se pudiesen derivar demoras excesivas al proceso por despido, el juzgado podrá disponer, acto seguido de la

---

<sup>29</sup> Artículo relativo a la acumulación de acciones de despido y cantidad, coordinado por LLUCH CORELL, Francisco Javier, consultado en la página web [www.casesdedret.com](http://www.casesdedret.com) (consultada con fecha 5 de mayo de 2016, último acceso 18:05)

<sup>30</sup> Establece el TSJ de Cantabria en Sentencia núm. 660/2015 de 4 septiembre. JUR 2015\261253 TSJ de Cantabria en Sentencia de 4 septiembre de 2015 (JUR 2015\261253) Westlaw Aranzadi que aunque normalmente la liquidación de cantidades adeudadas que se reclaman junto al despido viene a ser la diferencia del último mes en que estuvo prestando servicios, caso de que se cese en un momento anterior al del pago ordinario de las nóminas, junto a la parte proporcional de pagas extras y vacaciones, es posible que se reclamen otras cantidades que correspondan a meses anteriores y que no hayan sido abonadas todavía. Asimismo, también nos encontramos dentro de esta sentencia el criterio de otras Salas de lo social respecto de esta temática, que en referencia al artículo 26.3, indican literalmente lo siguiente: (...) no encierra el sentido estricto que se le daría si por liquidación hubiéramos de entender exclusivamente la que se refiere a los días de salario por los días trabajados, pendientes de abono en la fecha del despido y la parte proporcional de las pagas extras reglamentarias o convencionales. Bien al contrario, liquidar es saldar, pagar o satisfacer lo que está pendiente, y por ello, si en el momento en que se produce la extinción del contrato, la empresa adeuda retribuciones aun no abonadas, su reclamación es viable junto con la de despido, y solo cuando "por la especial complejidad de los conceptos reclamados se pudiesen derivar demoras excesivas al proceso por despido, el juzgado podrá disponer, acto seguido de la celebración del juicio, que se tramiten en procesos separados las pretensiones de despido y cantidad".

<sup>31</sup> STSJ de Castilla y León, Burgos, Sentencia de 5 julio de 2012 (JUR 2012\246182) Westlaw Aranzadi.

celebración del juicio, que se tramiten en procesos separados las pretensiones de despido y cantidad, para lo que dispondrá la deducción de testimonio o copia de las actuaciones y elementos de prueba que estime necesarios a fin de poder dictar sentencia sobre las pretensiones de cantidad en el nuevo proceso resultante”. Esta previsión solo goza de sentido si se admite el que se pueda acumular a la acción de despido todas las acciones sobre reclamación de cantidades adeudadas derivadas de la relación laboral y no solo de aquellas que integran el saldo y finiquito (horas extraordinarias, mejoras de Seguridad Social, y cualquier reclamación económica que tenga como causa el contrato de trabajo). Las horas extraordinarias, como concepto que exceden de lo que comúnmente comprende el saldo y finiquito de una relación laboral, entrañan –para este supuesto- una serie de dificultades, ya que en ningún momento se nos dice el número de horas extras que D. Francisco realiza, ni tampoco podemos calcularlo dado que únicamente tenemos conocimiento del número de horas semanales al que asciende su contrato de trabajo, no disponemos de información acerca de la jornada de trabajo<sup>32</sup> efectiva que realiza. Todo esto da lugar a que se tengan que realizar una gran cantidad de investigaciones y aportar abundantes medios probatorios, lo cual obviamente repercutiría en la tramitación de proceso, ocasionando demoras excesivas en el proceso de despido, de ahí que se acuerde la posibilidad de que el juez pueda decidir el que acción de despido y acción de reclamación de cantidad se tramiten en procesos diferentes.

En relación con esta problemática se han pronunciado diversos autores, quienes alegan por la posible conveniencia de reducir la posibilidad de acumulación de la acción de cantidad a la acción del despido puesto que no parece lógico acumular una reclamación de cantidad cuando se postula la declaración de nulidad con readmisión obligatoria; ni cuando las cantidades adeudadas afectan a percepciones no salariales o exceden de un periodo mayor de 120 días<sup>33</sup> –siendo esta última la que se da en este caso, ya que se nos dice que D. Francisco empieza a realizar horas extras a los pocos meses de trabajar en la empresa, debiendo suponer que si el contrato de trabajo tiene un duración superior a un año, las cantidades adeudadas exceden del período de 120 días.

Por lo tanto, y teniendo en cuenta todo lo dispuesto hasta ahora, la opción más beneficiosa y que menos obstrucciones generará en la práctica, será la presentación por separado de las dos acciones, primero

en papeleta de conciliación, y posteriormente en demanda

---

<sup>32</sup> Vid. SAN, Sentencia núm. 25/2016 de 19 febrero (JUR 2016\43642) Westlaw Aranzadi.

<sup>33</sup> Publicación relativa a la acumulación de acción por despido y reclamación de cantidad por ARBONÉS LAPENA, Hilda Irene, en Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 10/2013, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, consultada en [www.aranzadi.aranzadigital.es](http://www.aranzadi.aranzadigital.es) (consultada con fecha 8 de mayo de 2016, último acceso 12:16).

### III. RESPONSABILIDADES DEL EMPRESARIO DERIVADAS DE LA SITUACIÓN DEL TRABAJADOR DON ALBERTO PÉREZ DOMINGO

#### 1. RESPONSABILIDAD POR FALTA DE ALTA EN EL RÉGIMEN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Una de las situaciones, que nos encontramos dentro de este supuesto, es la falta de alta del trabajador, D. Alberto Pérez Domingo, en el oportuno régimen de la Seguridad Social, de la cual es totalmente responsable el jefe y dueño de la Construnova S.A., D. Fernando.

En lo relativo a la regulación del alta nos remitiremos especialmente a lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y también al Real Decreto Legislativo 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. En virtud de lo establecido en el artículo séptimo del RD 84/1996 se puede definir el alta como el acto administrativo mediante el cual la Tesorería General de la Seguridad Social reconoce a la persona que inicia una actividad su condición de comprendida en el campo de aplicación del régimen de Seguridad Social que corresponda en función de la naturaleza de la actividad. Ésta es obligatoria pero no es vitalicia. Cabe remitirse a lo establecido en los artículos 29, 30 y 32 del RD 84/1996, que entran dentro del capítulo relativo a las normas generales en materia de altas, bajas y variación de los datos de los trabajadores. El alta habrá de realizarse a instancia del empresario en el Régimen General correspondiente –Régimen General de la Seguridad Social- solicitándose a nombre de cada trabajador y promovándose ante la Tesorería General de la Seguridad Social en cualquiera de las formas previstas para la afiliación en el artículo 23 de este Reglamento; pudiendo el trabajador, en caso de incumplimiento de dicha obligación por parte del empresario, instarla directamente al organismo competente de la Administración de la Seguridad Social, y llegando incluso ésta última a efectuar tal acto de oficio (art. 100 LGSS). La solicitud de alta, debidamente firmada por el empresario o por el trabajador autónomo, deberá realizarse previamente al inicio de la actividad del trabajador dentro la empresa sin que en ningún caso puedan serlo antes de los sesenta días naturales anteriores al previsto para la iniciación de la misma. Es necesario, además, recalcar el incumplimiento de lo previsto en los artículos 100<sup>34</sup> y 102<sup>35</sup> de la Ley General de la Seguridad Social.

---

<sup>34</sup> Es precisamente en este artículo donde se recoge la obligación del empresario de solicitar la afiliación al sistema de la Seguridad Social de los trabajadores que ingresen a su servicio, además de comunicar tal

El alta, como instrumento de relación jurídica, nos permitirá proceder a la imputación de responsabilidad del empresario por falta de ésta, debido a que no es un simple acto formal que carezca de trascendencia. En este sentido cabe señalar que la falta de alta en el momento en que se produzca la contingencia determina la responsabilidad total del empresario incumplidor de las respectivas prestaciones de la Seguridad Social -en este caso el alta-.<sup>36</sup>

En relación con lo anteriormente establecido, el artículo 126.2 de la anteriormente citada LGSS dispone literalmente que: “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”. Uno de los problemas que nos encontramos con este artículo y con la propia Ley en general es la no fijación de los supuestos de imputación de responsabilidad y su alcance, lo que da lugar a que nos tengamos que remitir a los establecidos en el antiguo Real Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobado el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social<sup>37</sup>, y más concretamente a su artículo 94 apartado segundo a). Este artículo establece que el empresario será responsable por falta de afiliación o alta del trabajador, sin que le exonere de responsabilidad el alta presunta de pleno derecho<sup>38</sup>.

Ahora bien, junto con las responsabilidades en orden a las prestaciones que se deriven del incumplimiento por parte del empresario de la obligación de dar de alta al trabajador en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social, también se le podrán exigir responsabilidades administrativas.

---

ingreso, así como el cese en la empresa de tales trabajadores para que puedan ser dados de alta y baja en el Régimen General. Cabe establecer la posibilidad que, en su apartado 2º, se le da al trabajador la posibilidad de instar su afiliación, alta o baja, en caso de que el empresario incumpla dichas obligaciones.

<sup>35</sup> Relativo al procedimiento y plazos para instar la afiliación, alta y baja.

<sup>36</sup> BLASCO PELLICER, Ángel *La responsabilidad empresarial en el Pago de Prestaciones de Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p.37.

<sup>37</sup> Con respecto al Real Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobado el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social establece BLASCO PELLICER, Ángel, *op.cit.* Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p.37, la existencia de una laguna legal dentro de la misma, ya que los preceptos de esta ley, que se considera en vigor con carácter reglamentario, preveían un desarrollo que no se ha llegado a producir. Esto ha dado lugar a la aplicación a lo largo del tiempo de sucesivos criterios, generalmente diferenciados, ponderaciones de la responsabilidad, que en ocasiones han sido desmentidas por resoluciones posteriores, y también efectuar discernimientos excesivamente apegados al caso concreto, que han impedido establecer reglas comunes de aplicación general. Todo ello ha generado una inestabilidad en lo relativo al principio de seguridad jurídica.

<sup>38</sup> STSJ Andalucía de 8 junio 2000 (EDJ 2000/35685) Lefebvre El Derecho.



En este sentido, debemos remitirnos a lo establecido en el artículo 20 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 que dispone que “son infracciones en materia de Seguridad Social las acciones y omisiones de los distintos sujetos responsables a que se refiere el artículo 2.2 de la presente Ley, contrarias a las disposiciones legales y reglamentarias que regulan el sistema de la Seguridad Social, tipificadas y sancionadas como tales en la presente Ley.” A partir de lo dispuesto en este artículo se podrá deducir lo siguiente:

En primer lugar, entre los sujetos responsables a los que se refiere el artículo 2.2 LISOS se encuentran: los empresarios, trabajadores por cuenta propia o ajena o asimilados, perceptores y solicitantes de las prestaciones de Seguridad Social, las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, etc. Con todo, nosotros nos centremos en las infracciones que se puedan imputar al empresario responsable como titular de una relación jurídica de Seguridad Social. En segundo lugar, en cuanto a las normas a tener en cuenta en lo relativo al incumplimiento sancionable lo integran solo las disposiciones legales o reglamentarias del Estado, que habrán de auxiliar a la LISOS a la hora de delimitar el alcance real de las distintas infracciones. En tercer lugar, la conducta que se ha de sancionar deberá estar recogida en la Ley como infracción, dando lugar a la derogación de leyes y reglamentos que regulaban las infracciones que actualmente se encuentran integradas en la LISOS.<sup>39</sup>

El artículo 22.2 LISOS establece literalmente que “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” habrá de ser considerado como infracción grave; y, a tales efectos el artículo 40 de la misma ley.

---

<sup>39</sup> BLASCO PELLICER, Ángel, *op.cit.* Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 66-67.

#### IV. ITER PROCEDIMENTAL RESPECTO DE LA ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO

Considero necesario el remitirme nuevamente a los hechos antes de reproducir el iter procedimental respecto de la actuación de la Inspección de Trabajo.

- D. Francisco González Martínez firma, el seis de diciembre del año 2013, contrato de trabajo con la empresa Construnoa S.A. Se trataba de un contrato de carácter indefinido, con una serie de cláusulas, entre la cual figuraba tanto el horario de trabajo –cuarenta horas semanales- como su retribución -1645 euros mensuales-.

- Tras unos meses, el horario de D. Paco no se correspondía con lo establecido en el contrato, realizando jornadas semanales de más de cuarenta horas –las cuales no eran retribuidas ni cotizaban en la Seguridad Social- además el empleado no gozaba de los descansos asignados.

- Su jefe, D. Fernando Pérez Hernández, lo trataba de manera vejatoria, amenazándolo y haciendo que el trabajador trabajase bajo coacción. Como consecuencia, D. Francisco sufre lesiones de carácter psicológico, y el tres de mayo del año 2014 un médico le diagnostica la baja (alude a estado de tensión, depresión y problema fisiológicos).

- D. Francisco denuncia su caso ante la Inspección de Trabajo el día veinticuatro de mayo de 2014. D. Fernando al enterarse de esto decide despedirlo el veintisiete de mayo de 2014.

- La Inspección realiza la vista al lugar de los hechos denunciados y descubren que, junto con las circunstancias expresadas por el trabajador, existe un trabajador que no está dado de alta en el oportuno régimen de la Seguridad Social y que las condiciones de seguridad e higienes para las obras no se cumplen de ninguna manera.

Debemos tener en cuenta que la Inspección de Trabajo es la policía de la autoridad laboral, encargada de perseguir las infracciones administrativas laborales y de Seguridad Social que cometa el empresario. Sus principales fuentes reguladoras son tres (las cuales habremos de tener en cuenta de aquí en adelante para la correcta reproducción del iter procedimental). En primer lugar, Ley 42/1997<sup>40</sup>, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social desde un punto de vista orgánico (norma orgánica, quién aplica); en segundo lugar, 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, dónde aparecen las infracciones administrativas que han de ser perseguidas por la Inspección de Trabajo (qué derecho

---

<sup>40</sup> En la actualidad la Ley 42/1997 ha sido derogada por Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, estableciéndose tal derogación en la disposición derogatoria única de esta última. Ahora bien, la fecha en la que tienen lugar los hechos aquí tratados exige que se haya de atender a lo dispuesto en la primera de estas normas.

aplica); en tercer lugar, Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, regulador de los procedimientos administrativos especiales con arreglo a los cuáles actúa la Inspección de Trabajo (cómo actúa)<sup>41</sup>.

Teniendo en cuenta lo fijado en el párrafo anterior, trataremos de explicar cómo se desarrolla la vía administrativa para la imposición de una sanción a la empresa, desde cómo comienza la actuación de la Inspección de Trabajo, y los pasos que da, hasta cómo se produce la resolución sancionadora. De esta forma, deberemos centrarnos en lo establecido en el RD 928/1998, con apoyo en la ley 42/1997.

En lo relativo al objeto de la actividad inspectora, a los efectos de lo establecido en el artículo 8 RD 928/1998, podemos definirla como el conjunto de actuaciones que la ITSS realiza en orden a la comprobación del cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convenidas en el orden social.

Hemos de señalar que la función inspectora será desempeñada en su integridad por funcionarios del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y por los funcionarios del Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social, según lo previsto en el artículo 10 de la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo. A efectos prácticos, dichos funcionarios de la Inspección de Trabajo actúan siempre de oficio, como consecuencia de orden superior o por propia iniciativa, en virtud de lo establecido en el artículo 13.1 Ley 42/1997, al cual se remite el artículo 9 del RD 928/98; ello es así, precisamente, porque todos los supuestos de actuación que no correspondan a su propia iniciativa, se formalizarán mediante orden de servicio la cual se podrá iniciar de diferentes formas<sup>42</sup>.

En este supuesto, la Inspección inicia sus actuaciones por denuncia de hechos presuntamente constitutivos de infracción en el orden social, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 9 f) RD 928/1998. Es el trabajador quien, hastiado de la situación que vive en su puesto de trabajo, decide denunciar su situación ante la Inspección de Trabajo y Seguridad. Este artículo exige que en la denuncia que presente D. Francisco deban constar sus datos de identificación personal y su firma, los hechos constitutivos de infracción –realización de jornada semanales superiores a las 40 horas, las cuales no eran ni retribuidas ni cotizaban en la Seguridad Social, no gozando de los descansos asignados, y continuo acoso moral por parte del empresario, dando lugar a lesiones de carácter psicológico y fisiológicas-, también la fecha y su lugar de acaecimiento –en la oficinas situadas en la sede principal de la empresa Construnova S.A., a lo largo del año

---

<sup>41</sup> MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, ARUFE VARELA, Alberto, *Derecho crítico del Trabajo*, Atelier libros jurídicos, Barcelona, 2014, 3ª edición, p. 243.

<sup>42</sup> SANZ MINONDO, Javier, *Fundamentos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 2000, p. 197-198.

2014-, identificación de los presuntamente responsables –el empresario y propietario de Construnova S.A., D. Fernando Pérez Hernández-, y demás circunstancias relevantes.

Una vez allí y mientras se realizan las acciones correspondientes de revisión por parte de la Inspección, ésta actúa por iniciativa propia (artículo 9 e) RD 928/98) ante las diferentes irregularidades que se encuentra en el lugar donde se desarrollan los actos denunciados por el trabajador, y que entran dentro del ámbito de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, recogido en el art. 4 de Ley 42/1997.

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 14.1 de la Ley 42/1997, la ITSS podrá actuar de diferentes formas en virtud de la denuncia del trabajador. Éste artículo nos dice lo siguiente: “la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se desarrollará mediante visita a los centros o lugares de trabajo, sin necesidad de aviso previo; mediante requerimiento de comparecencia ante el funcionario actuante de quien resulte obligado, aportando la documentación que se señale en cada caso, o para efectuar las aclaraciones pertinentes; en virtud de expediente administrativo cuando el contenido de su actuación permita iniciar y finalizar aquella (...)”. En este supuesto, la Inspección opta por la visita<sup>43</sup> al centro de trabajo de un Inspector, que, recordemos, actúa, en un principio, a instancia de parte realizando las acciones de revisión correspondientes<sup>44</sup>. Una vez allí, el Inspector descubre que, junto con las circunstancias expresadas por D. Francisco, existe un trabajador que no está dado de alta en el oportuno régimen de la Seguridad Social, además se constata que las condiciones de seguridad e higiene necesarias para las obras no se cumplen de ninguna manera, infringiendo la normativa en materia de prevención de riesgos laborales.

---

<sup>43</sup> Al efectuar la visita, el Inspector debe comunicar su presencia al empresario o a la persona inspeccionada, al menos que se considere que tal actuación pueda afectar al éxito de la inspección. Como consecuencia la inspección podrá efectuarse al inicio de la visita o con posterioridad a dicho inicio, si así conviniere, tal y como se recoge en BENEYTO CALABUIG, Damián, *Las infracciones laborales y el Procedimiento Sancionador*, CISS, Barcelona, 2000, 1º edición, p. 204-205.

<sup>44</sup> En este sentido debemos remitirnos a lo establecido en el artículo 11 Ley 42/1997 relativo a la colaboración con los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social que establece lo siguiente:

“Los empresarios, los trabajadores y los representantes de ambos, así como los demás sujetos responsables del cumplimiento de las normas del orden social, están obligados cuando sean requeridos: a atender debidamente a los inspectores de Trabajo y Seguridad Social y a los subinspectores de Empleo y Seguridad Social; a acreditar su identidad y la de quienes se encuentren en los centros de trabajo; a colaborar con ellos con ocasión de visitas u otras actuaciones inspectoras; a declarar ante el funcionario actuante sobre cuestiones que afecten a las comprobaciones inspectoras, así como a facilitarles la información y documentación necesarias para el desarrollo de sus funciones. Quienes representen a los sujetos inspeccionados deberán acreditar documentalmente tal condición si la actuación se produjese fuera del domicilio o centro de trabajo visitado.

Toda persona natural o jurídica estará obligada a proporcionar a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social toda clase de datos, antecedentes o información con trascendencia en los cometidos inspectores, siempre que se deduzcan de sus relaciones económicas, profesionales, empresariales o financieras con terceros sujetos a la acción inspectora, cuando a ello sea requerida en forma (...)”

Debemos tener en cuenta ciertos aspectos en relación con la actividad inspectora. Uno de ellos viene recogido en el artículo 9.3 RD 928/1998 en el que se posibilita a la ITSS a la apertura de un período de información previa en orden a conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar la actuación inspectora. El otro es relativo a la duración de la actuación inspectora y se encuentra regulado tanto en el RD 928/1998, en su artículo 8.2, como en la Ley 42/1997, en su artículo 14.1. Estos artículos disponen que la actividad comprobatoria no se dilatará por más de nueve meses, a excepción de que tal dilación se deba al sujeto a inspección o a las demás persona dependientes del mismo, añadiendo además que la misma no se podrán interrumpir por un período de más de cinco meses. Al finalizar la actuación, el Inspector deberá dejar constancia del resultado de la misma mediante la extensión de una diligencia en el Libro de Visitas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

De las actividades previas realizadas por parte de la Inspección se derivarán un conjunto de medidas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 RD 928/1998, relativo a las posibles medidas a adoptar una vez finalizada la actividad inspectora. Éste establece que una vez concluida la actuación previa de la actividad inspectora, y valorados los resultados, el inspector correspondiente podrá adoptar las medidas establecidas por el artículo 7 de la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Asimismo, y en orden a los hechos sucedidos en este supuesto el funcionario inspector podrá optar por<sup>45</sup>:

- Advertir y requerir al sujeto responsable, en vez de iniciar un procedimiento sancionador, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen, y siempre que no se deriven perjuicios directos a los trabajadores.
- Promover procedimientos de oficio para la inscripción de empresas, afiliación y altas y bajas de trabajadores en el régimen correspondiente de la Seguridad Social.
- Iniciar el procedimiento sancionador mediante la extensión de actas de infracción, de infracción por obstrucción, o requiriendo a las Administraciones públicas por incumplimiento de disposiciones relativas a la salud o seguridad del personal civil a su servicio.
- Extender directamente Acta de Liquidación de Cuotas o Propuesta de Liquidación a la Seguridad Social en los supuestos que procedan, o bien puede formular Requerimiento de pago de las cuotas adeudadas, con señalamiento del plazo para justificar su ingreso.

---

<sup>45</sup> DURÉNDEZ SÁEZ, Ignacio, “La Inspección de Trabajo y el Procedimiento Sancionador” véase en *ANALES DE DERECHO, Universidad de Murcia*, nº 21, 2003, p. 310-311.

- Extender Acta de Infracción y Acta de Liquidación por unos mismos hechos en cuyo caso ambas actas deberán tramitarse conjuntamente.

La Inspección gozará de la potestad para paralizar los trabajos o tareas cuando concurran riesgos graves e inminentes para los trabajadores, que sean contrarios a la normativa de prevención de riesgos laboral, gozando esta medida de efectividad inmediata y debiendo comunicarse de forma inmediata a empresarios y trabajadores<sup>46</sup>.

Por último, cabe señalar que se atribuyen presunción legal de certeza a los hechos reseñados en los informe emitidos por la Inspección como consecuencias de las comprobaciones efectuadas, en orden a la adopción de medidas relativas a promover procedimientos en materia de Seguridad Social, instar del correspondiente organismo la suspensión o cese de prestaciones sociales, etc. tal y como establece en la Disposición Adicional cuarta en su segundo apartado de la Ley 42/1997 y en el artículo 53.2 LISOS.

---

<sup>46</sup> SANZ MINONDO, Javier, *op.cit.*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 2000, p. 218.

## V. CONSECUENCIAS DE LA ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO

Una vez finalizada la actividad previa por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se procederá a la apertura del procedimiento sancionador y del procedimiento liquidatorio.

### 1. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

En lo relativo al procedimiento sancionador, las especificidades de éste en materia de infracciones del orden social se regulan en el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones del orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, por el contrario los aspectos materiales del procedimiento, es decir, la norma que se encarga de señalar cuales son las infracciones u las sanciones que se deben imponer es la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 5/2000, LISOS<sup>47</sup>.

El procedimiento sancionador, en virtud de lo establecido en el artículo 52 LISOS, se iniciará de oficio, por acta de la ITSS, atendiendo a la actividad previa que ésta ha realizado en la empresa, Construnova S.A., siendo necesario para la imposición de sanciones por infracciones administrativas en el orden social la previa tramitación del oportuno expediente con las debidas garantías de seguridad jurídica.

Respecto del acta de la ITSS, la cual tiene naturaleza de documento público<sup>48</sup>, tenderemos que tener en cuenta que los hechos que se constaten en la misma por el funcionariado de la Inspección de Trabajo, observando los requisitos legales pertinentes, gozarán de presunción de certeza, sin perjuicio de que las partes puedan presentar pruebas en orden a la defensa de sus respectivos derechos o intereses<sup>49</sup>.

El acta se le notificará a los sujetos responsables, quiénes podrán formular alegaciones en el plazo de 15 días. Si se hubieran formulado finalmente alegaciones, transcurrido el

---

<sup>47</sup> Recogido en el tema 10 relativo a “La Inspección de Trabajo. Infracciones y Sanciones en el Orden Social”, perteneciente a la Guía Jurídico Sindical de la CGT.

<sup>48</sup> Artículo 15 RD 928/1998.

<sup>49</sup> Así se recoge tanto en la ya derogada Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en su disposición adicional cuarta, como en la actual Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en su artículo 23. De la misma forma se alude a esta presunción en diversas sentencias como por ejemplo STSJ Cantabria de 12 diciembre de 2001(EDJ 2001/72106) Lefebvre El Derecho, STSJ País Vasco de 28 febrero de 2012 (EDJ 2012/96553) Lefebvre El Derecho.

plazo y previas las diligencias necesarias, dándosele nueva audiencia al interesado. Finalmente, será el órgano competente<sup>50</sup> quien dictará la resolución correspondiente, una vez contempladas las actuaciones.

El contenido de las actas y de los documentos iniciadores de los expedientes se recogerán en el artículo 53 LISOS. En particular nos interesa lo dispuesto respecto de las actas de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, pues es precisamente lo que trataremos en este epígrafe. Las actas de infracción reflejarán los hechos constatados por el Inspector de Trabajo y Seguridad Social que hubieran motivado el acta destacando los relevantes a efectos de la determinación y tipificación de la infracción y de la graduación de la sanción, junto con la infracción que se le impute, con expresión del precepto vulnerado.

Un aspecto que goza de especial importancia y muy a tener en cuenta dentro del procedimiento administrativo sancionador es el principio *non bis in idem*<sup>51</sup>. Este principio aparece recogido en el artículo 3 LISOS, en el artículo 5 RD 928/98 y también en el artículo 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Este principio consiste en la prohibición de que un mismo hecho resulte sancionado más de una vez, esto es, da lugar a que no se imponga duplicidad de sanciones en aquellos casos en que se desprenda identidad de sujeto, hecho y fundamentos sin que haya una supremacía especial, como por ejemplo, y tal y como se señala en los artículos citados, el que se sancione a una persona dos veces por los mismos hechos en la jurisdicción administrativa y la penal<sup>52</sup>.

En este supuesto, el Inspector de Trabajo y Seguridad Social suscrito en el uso de las facultades que le otorga la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, 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

---

<sup>50</sup> El órgano competente que resolverá el procedimiento sancionador y llevará a cabo el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las infracciones del orden social se determinará en el artículo 48 LISOS, de acuerdo con la naturaleza de la infracción y de cuantía de la sanción que se haya de imponer.

<sup>51</sup> La elaboración del principio *non bis in idem* es anterior a la elaboración de la Constitución Española, con todo la doctrina del Tribunal Constitucional lo ha considerado parte de las garantías del artículo 25 de la Constitución y aplicable al procedimiento administrativo sancionador en sentencias como por ejemplo STC de 30 enero 1981 (EDJ 1981/2) Lefebvre El Derecho cundo establece que este principio “va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 CE”.

<sup>52</sup> Artículo doctrinal sobre “El principio *non bis in idem* y la subordinación de la potestad sancionadora administrativa al orden jurisdiccional penal” de MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, José Antonio, consultado a través de la página web [www.noticiasjuridicas.com](http://www.noticiasjuridicas.com) (consultado con fecha 3 de junio de 2016, último acceso 18:38)



Sanciones en el Orden Social, y el Real Decreto 928/1998 de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de las Sanciones por Infracciones de Orden Social y para los Expedientes Liquidatorios de Cuotas de la Seguridad Social, hará constar en las respectivas actas de infracción lo siguiente:

- **Falta de alta del trabajador:**

La falta de alta del trabajador D. Alberto Pérez Domingo, constatada de oficio por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, infringe lo dispuesto en los artículos 100, 102 del Real Decreto 84/1996, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, así como lo establecido en los artículos 7, 29, y 32.3º del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

De esta forma, los hechos recogidos en el supuesto en relación con la situación del trabajador constituyen una infracción en materia de Seguridad Social consistente en que el empresario no ha comunicado en tiempo y forma, el alta del trabajador que ingresó a su servicio.

En el Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, esta infracción está tipificada y calificada, preceptivamente, como grave en el artículo 22.2<sup>53</sup> que dispone: “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”.

Debemos tener en cuenta lo establecido en el artículo 39 LISOS relativo al criterio de graduación de las sanciones, tanto para ésta como para el resto de infracciones. En este artículo se nos dice que las sanciones por las infracciones que se hubieran cometido se habrán de imponer en los grados de mínimo medio y máximo, y las mismas se graduarán atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada, como circunstancias que puedan agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida. En virtud de lo establecido en este artículo hemos de atender a las diferentes circunstancias que concurren en este supuesto. Es obvio que existe negligencia e intencionalidad por parte del empresario, puesto que es precisamente su falta de cuidado lo que ha dado lugar al

---

<sup>53</sup> De la misma forma se fija en el acta de infracción a la que se remite la SAN de 18 abril 2016 (EDJ 2016/49301) Lefebvre el Derecho.

incumplimiento de la obligación, pudiendo ser su pretensión el beneficiarse de esta situación al no tener que cotizar en la Seguridad Social por el trabajador dado de alta. Únicamente existe un trabajador que no está dado de alta –nada se dice respecto de si existen otros trabajadores en la misma situación-. La empresa ha incumplido la obligación de dar de alta en el Régimen General de la Seguridad Social al trabajador, y cotizar por el en la Seguridad Social, por lo que existirá fraude por falta de cotización a la Seguridad social, lo que tendrá como consecuencia un perjuicio económico tanto para el trabajador como para la Seguridad Social. Cabe resaltar que en caso de que el trabajador hubiese compatibilizado el trabajo con, por ejemplo, la percepción de alguna prestación económica por desempleo se incurriría en infracción muy grave del art. 23.1 a) LISOS. El hecho de que no dispongamos de información acerca de la cantidad de días que el trabajador lleva en esa situación no nos permite saber con certeza la cantidad defrauda. En cualquier caso, partiendo de lo aquí establecido, se impondrá la sanción en su grado mínimo.

En cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 46.1 a) LISOS – cuya redacción viene dada por lo establecido en el artículo 4 de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, el empresario “perderá, automáticamente, y de forma proporcional al número de trabajadores afectados por la infracción, las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo o formación profesional para el empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción”.

Por lo tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1 e) LISOS se impondrá la imposición de sanción por un importe total de 3.126 euros.

**- Incumplimiento en materia de jornada de trabajo, horas extraordinarias y descansos:**

Tras la visita de la Inspección de Trabajo se constata se constata el incumplimiento del empresario en materia de jornada de trabajo, horas extraordinarias y descansos, dando lugar a que tales hechos infrinjan lo dispuesto en los artículos 34, 35<sup>54</sup> y 37 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como los artículos 38 y 39 del Convenio Colectivo de Trabajo do sector de Construcción e Obras da provincia da Coruña,

---

<sup>54</sup> Respecto a lo establecido en el artículo 35, y más concretamente en su apartado quinto, debemos indicar que existe disparidad a la hora de tipificarlo. En STSJ de Aragón de 17 de septiembre de 2007(EDJ 2007/345303) Lefebvre El Derecho, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social considera que la inobservancia de este precepto constituye infracción grave del artículo 7.5 LISOS, mientras que el Tribunal entiende que esta inobservancia se ha de tipificar en el artículo 6 LISOS, que considera infracciones leves "cualesquiera otros incumplimientos que afecten a obligaciones meramente formales o documentales". Con todo, esto último choca con la redacción del artículo 7.5 LISOS cuando se refiere al "tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores".

publicado el 15 de noviembre de 2013 y recogido en el BOP de A Coruña nº 229 de 2 de diciembre de 2013.

Estos hechos constituyen infracción que viene tipificada y calificada en la LISOS como grave, concretamente en su artículo 7.5 que dispone lo siguiente: “La transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores”.

La sanción resultante se apreciará en su grado medio, atendiendo a las circunstancias concretas del caso (artículo 39.2 LISOS). Existe negligencia e intencionalidad por parte del empresario, puesto que es obvio que la situación respecto de la jornada de trabajo es totalmente imputable al mismo. Teniendo en cuenta que el trabajador estuvo durante varios meses realizando jornadas semanales de más de cuarenta horas, las cuales ni le eran retribuidas ni cotizaban en la Seguridad Social, sin gozar de los descansos que le deberían ser asignados, la cantidad defraudada habremos de entender que es elevada; así como el perjuicio causado, sobre todo para D. Francisco, que en ningún momento fue retribuido ni cotizo por las horas extras realizadas, ni tampoco por el trabajo realizado durante su tiempo de descanso. Nada se nos dice respecto si existen otros trabajadores que se encuentren en la misma situación.

De este modo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.1 b) la infracción grave tipificada en el artículo 7.5 LISOS se sancionará en su grado mínimo con una multa de 1.251 euros.

- **Acoso moral en el ámbito laboral o *mobbing*:**

En lo relativo al acoso moral en el ámbito laboral o *mobbing* ha existido una continua controversia relativa a que normas infringía la comisión de esta acción por parte de la persona hostigadora, en este caso el empresario, e incluso en que artículo de la LISOS debería tipificarse.

Respecto de esto último encontramos una sentencia<sup>55</sup> donde se discute en que artículo de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social debe estar incardinado el acoso moral, si en el artículo 8.11 o en el artículo 8.13 bis). El artículo 8.13 bis) califica de infracciones muy graves el acoso, referido única y exclusivamente al que se pueda dar dentro de la empresa pero que se origine por razón de raza o pertenencia a una etnia, por profesar una concreta religión, por tener y defender determinadas convicciones, por razón de discapacidad, por razón de edad y orientación sexual, pero no por afectar a la dignidad y en definitiva menoscabar la integridad moral y física de un trabajador. Con

---

<sup>55</sup> STSJ Cataluña de 4 febrero de 2013 (EDJ 2013/47487) Lefebvre El Derecho.

todo, lo que trató de hacer aquí el legislador fue adaptar nuestro derecho al comunitario incorporando a nuestro ordenamiento la directiva de igualdad de trato. Una cosa es sancionar los actos del empresario que fueran contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores, tal y como recoge el artículo 8.11, reforzando los derechos reconocidos en el artículo 4.2 e) del Estatuto de los Trabajadores, y otra distinta es sancionar los actos del empresario del resto de los supuestos de acoso, a los que se refiere el artículo 8 en su apartado 13 y 13 bis). Finaliza la sentencia estableciendo que el acoso moral o *mobbing* únicamente tiene encaje en el apartado undécimo del artículo 8 LISOS, en cuanto que se busca proteger a los trabajadores frente a cualquier conducta por parte del empresario contraria a su intimidad, y dignidad personal y profesional, ya que el acoso moral siempre produce un daño moral a la víctima, y atenta contra el derecho fundamental a la integridad moral (artículo 15 CE).

Interesante es el tratamiento que ha recibido el *mobbing* en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, sobre todo a partir de la circular 69/2009 que establece que el acoso en el trabajo se ha de considerar como incumplimiento e infracción de las normas de prevención de riesgos laborales. El problema se encuentra en que no se ha tenido en cuenta la doctrina mantenida por el TS donde se defendía la postura contraria a la sostenida por la ITSS en la circular. El ponente de la sentencia estableció que la responsabilidad de la sociedad no puede basarse en los deberes de prevención de riesgos laborales, ya que las obligaciones empresariales recogidas en los artículos 14 y 15 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, se refieren al entorno laboral en el que se desarrolla el trabajo. Sin embargo, la Inspección con este nuevo criterio defiende que la prevención puede ser tanto laboral como de prevención de riesgos laborales, así como el carácter de extensión del concepto de normativas de prevención de riesgos laborales del artículo 1 de la Ley, señalando además que el incumplimiento de estas obligaciones preventivas, aunque no haya existido una conducta de acoso y violencia laborales, puede constituir una infracción laboral en el orden social y una infracción de prevención de riesgos laborales, recayendo la responsabilidad sobre el empresario tanto por acción como por omisión.<sup>56</sup>

Teniendo todo ello en cuenta, los hechos que se dan en este supuesto infringen lo dispuesto en el artículo 4.2 e) del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como lo establecido en los artículos 14.1, 14.2 y 15.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

En este sentido se podría dar la posibilidad de que concurrieran dos tipos de infracción, una de carácter laboral tipificada en el artículo 8.11 LISOS como infracción muy grave

---

<sup>56</sup> Noticia consulta a través de la página web del periódico [www.economista.es](http://www.economista.es) con fecha 1 de junio del año 2016 (último acceso a las 20: 21 horas)

por atentar contra la intimidad y dignidad del trabajador, mientras que la otra se trataría de una infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales que debería encuadrarse en el artículo 12.16 LISOS, el cual tipifica como infracción grave aquellas conductas de la empresa "que supongan incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que dicho incumplimiento cree un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores afectados"<sup>57</sup>. Ahora bien, aquí entran en juego las reglas del concurso de sanciones administrativas del artículo 4.4 del Real Decreto 1398/1993, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, de modo que cuando de la comisión de una infracción grave se derive la comisión de otras, se habrá de imponer la más grave. Por lo que será de aplicación la infracción laboral del art. 8.11 LISOS<sup>58</sup>.

En cuanto a la graduación de esta sanción, atendiendo a lo establecido en el art. 39.2<sup>59</sup>, observamos como media negligencia e intencionalidad por parte del empresario, puesto que es el mismo quien propicia que el trabajador se encuentre en ese estado de tensión y depresión, tratándolo de manera vejatoria, amenazándolo y haciendo que trabaje bajo coacción. Todo ello conlleva un claro perjuicio para el trabajador, que sufre lesiones de carácter psicológico, y además ciertos problemas fisiológicos (indigestión, trastornos de sueño) derivados del estado de tensión y depresión. Por lo tanto, la sanción resultante habrá de apreciarse en su grado medio.

De conformidad con lo establecido en el artículo 40.1 c) LISOS se propone la imposición de la sanción por un importe total de: 54.134 euros.

**- Incumplimiento de las condiciones de higiene y seguridad precisas para las obras:**

Dentro del incumplimiento de las condiciones de higiene y seguridad precisas para las obras entra en juego el principio *non bis in idem* al que hacíamos referencia al principio del epígrafe. En este caso existiría la posibilidad de que concurrieran sanciones administrativas y penales, esto es, situaciones constitutivas de delito y a su vez que se pueden tipificar como infracciones administrativas. Por el acto aquí cometido se podría sancionar al empresario con sanción penal del artículo 316<sup>60</sup> de la Ley Orgánica

---

<sup>57</sup> Artículo de fondo sobre "La respuesta jurídico legal ante el acoso moral en el trabajo o mobbing" de VELÁZQUEZ, Manuel, consultado a través de la página web del Instituto Nacional de Higiene y Seguridad en el trabajo (consultado con fecha 4 de junio de 2016, último acceso 13:41).

<sup>58</sup> STSJ País Vasco de 13 julio de 2010 (EDJ 2010/256489) Lefebvre El Derecho.

<sup>59</sup> Recordemos que no se aplicará lo establecido en el artículo 39.3 relativo a la graduación de sanciones en materia de prevención de riesgos laborales, porque finalmente se acuerda que la infracción revestirá carácter laboral.

<sup>60</sup> El artículo 316 CP establece lo siguiente: "Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que

10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y con sanción administrativa del artículo 12.23 LISOS. Con todo, para este supuesto, nos remitiremos a la vía administrativa para sancionar al empresario.

Debemos tener en cuenta la siguientes normas: el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Los hechos acaecidos en el supuesto suponen infracción de lo dispuesto en los artículos 7, 10 y 11 del RD 1627/1997; artículos 14.1, 14.2, 15.1 a) y 15.1 b) de la Ley 31/1995, y también en los artículos 4.2 d) y 19.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Estos hechos constituyen infracción en materia de prevención de riesgos laborales consistente en que el empresario no cumple con lo dispuesto en materia de seguridad e higiene, no garantizando la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio, los cuales tendrán derecho, precisamente, a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en orden a que se garantice su integridad física. Todo ello en correlación con la obligación del empresario de Construnova S.A de elaborar un plan de seguridad y salud y darle cumplimiento.

En virtud de lo establecido con anterioridad, la mencionada infracción estará tipificada y calificada, preceptivamente, como grave en el artículo 12.23 LISOS. En el caso de “incumplir la obligación de elaborar el plan de seguridad y salud en el trabajo con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales, en particular por carecer de un contenido real y adecuado a los riesgos específicos para la seguridad y la salud de los trabajadores de la obra o por no adaptarse a las características particulares de las actividades o los procedimientos desarrollados o del entorno de los puestos de trabajo” se aplicará la letra a) de este artículo. Por el contrario si llegase a “incumplir la obligación de realizar el seguimiento del plan de seguridad y salud en el trabajo, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales” se aplicará la letra b).

La sanción resultante, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 39.3 LISOS se habrá de apreciar en su grado máximo, ya que la peligrosidad, en el ámbito de las obras de construcción, es extremadamente elevada, y más si tenemos en cuenta que el riesgo revestía carácter permanente al no contar con un plan de seguridad, o no darle cumplimiento al mismo en el caso de disponer de uno. Como consecuencia de ello se podrían haber ocasionado daños graves, que habrían afectado a la totalidad de la plantilla de la empresa Construnova S.A, por la ausencia de las medidas preventivas necesarias.

---

pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”.

---

De conformidad con lo establecido en el artículo 40.2 LISOS, se propone la imposición de la sanción por un importe total de: 409.891 euros

## 2. PROCEDIMIENTO LIQUIDATORIO

El procedimiento administrativo para la liquidación de cuotas de la Seguridad Social se rige por lo dispuesto en el capítulo VI del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, y de forma subsidiaria por lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (artículo 29.2 RD 928/1998). Con todo, también se habrá de estar a lo dispuesto en los artículos 30 y 31 de la Ley General de la Seguridad Social.

El procedimiento liquidatorio se iniciará de oficio, en virtud de la emisión y notificación de una un acta de liquidación de cuotas por parte de la ITSS.

Dentro del campo objeto de la ITSS en la materia, no todos los expedientes liquidatorios de cuotas habrá de revestir la forma de acta de liquidación<sup>61</sup>, encontrándonos también otros dos tipos de actuaciones de apoyo a la gestión recaudadora de la TGSS: la propuesta de liquidación y los requerimientos de cuotas de pago.

En lo relativo a la actividad inspectora previa al acta de liquidación es la misma que depara el inicio del procedimiento administrativo sancionador, rigiéndose por las mismas normas que para este último. Las actuaciones inspectoras en materia de liquidación suelen presentar ciertas peculiaridades, como puede ser la colaboración de la Administración Tributaria con la ITSS<sup>62</sup>.

Serán sujetos responsables de las deudas por cuotas a la Seguridad Social y demás conceptos asimilados los que resulten obligados a la cotización e ingreso de cuotas, siéndolo, en este supuesto, el empresario.

De esta forma, el Inspector de Trabajo y Seguridad Social suscrito en el uso de las facultades que le otorga la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y el Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de

---

<sup>61</sup> Al igual que ocurría con las actas de infracción, las actas de liquidación también tendrá la consideración de documentos públicos, tal y como se establece en el artículo 15 RD 928/1998. Este artículo se remite a la disposición adicional 4ª de la Ley 42/1998 donde se establece que tanto las actas de infracción como las de liquidación gozarán de presunción de certeza.

<sup>62</sup> SANZ MINONDO, Javier, *op.cit*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 2000, p. 411-412.

agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, y el Real Decreto 928/1998 de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de las Sanciones por Infracciones de Orden Social y para los Expedientes Liquidatorios de Cuotas de la Seguridad Social, procederá al levantamiento de las actas de liquidación<sup>63</sup> en los siguientes casos:

**- Falta de alta del trabajador:**

Recordemos que con ocasión de la visita de la Inspección de Trabajo a las oficinas de la empresa Construnova S.A se constata que el trabajador Alberto Pérez Domingo no está dado de alta en el oportuno Régimen de la Seguridad Social, lo que supone el incumplimiento de su obligación de cotizar.

Es precisamente este hecho lo que motiva la extensión de acta de liquidación tal y como se recoge en artículo 31.1 a) RD 928/1998 y en artículo 31.1 a) de la Ley General de la Seguridad Social. Ambos establecen que procederá la extensión de las actas de liquidación en las deudas por cuotas originadas por la falta de afiliación o de alta de trabajadores en cualquiera de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social.

**- Horas extraordinarias no cotizadas en la Seguridad Social:**

Con ocasión de la visita de la Inspección de trabajo se constata una de las circunstancias expresadas en la denuncia por el trabajador D. Francisco González Martínez, relativa a la realización de horas extraordinarias, las cuales no le eran retribuidas ni cotizaban en la Seguridad Social.

Es este suceso lo que da lugar a la imposición por la ITSS de acta de liquidación tal y como se recoge en el artículo 31.1 b) RD 928/1998 y en el artículo 31.1 b) de la Ley General de la Seguridad Social. Ambos artículos disponen que se procederá a la extensión de acta de liquidación en las deudas por cuotas que se originen como consecuencia de las diferencias de cotización por trabajadores dados de alta, resulten o no directamente de las liquidaciones o datos de cotización transmitidos o de los documentos de cotización presentados, dentro o fuera de plazo.

---

<sup>63</sup> Las actas de liquidación habrán de cumplir los requisitos exigidos para las mismas establecidos en el artículo 32 RD 928/1998. Asimismo gozarán de carácter de liquidación provisional, tal y como se establece en el artículo 31.2 LGSS. Las actas de liquidación se notifican por los órganos del ITSS al sujeto responsable y, en su caso, a los responsables solidarios y subsidiarios, que podrán formular alegaciones en el plazo de 15 días hábiles a contar desde la notificación del acta. También se notifica el acta de liquidación a los trabajadores interesados (artículo 33 RD 928/1998).



### 3. CONCURRENCIA DE ACTAS DE LIQUIDACIÓN CON ACTAS DE INFRACCIÓN POR LOS MISMOS HECHOS

Las actas de liquidación concurrentes con actas de infracción por los mismos hechos se regulan en el artículo 34 RD 928/1998. En este sentido, procederá la formalización de las actas concurrente en los supuestos de infracción grave por falta de afiliación o alta en la Seguridad Social y por diferencias de cotización.

Se han de cumplir los requisitos exigidos en el artículo mencionado en el párrafo anterior, el cual dispone lo siguiente:

- a) En las actas concurrentes se habrá de indicar si el acta de infracción o de liquidación se practica por los mismos hechos. El acta de infracción se podrá remitir al contenido del acta de liquidación en cuanto a relato de hechos y demás circunstancias *de facto*.
- b) Ambas actas se practicarán con la misma fecha y se notificarán simultáneamente.
- c) En las actas de infracción, sólo cabrá la acumulación de infracciones que se refieran a hechos con efecto liquidatorio en la correspondiente acta de liquidación.
- d) El procedimiento aplicable a ambos será conjunto, y responderá a lo establecido para las actas de liquidación, fijándose en la propuesta de resolución de forma motivada los hechos probados, su calificación jurídica y la cuantía de la sanción que se propone imponer.

En este supuesto cabría esta concurrencia de actas de liquidación con actas de infracción por los mismos hechos, en el caso de falta de alta del trabajador D. Alberto, y también en lo relativo a las diferencias de cotización motivadas por las horas extras no cotizadas<sup>64</sup> que realiza el trabajador D. Francisco.

En el caso de que el sujeto infractor diese su conformidad a la liquidación practicada, la sanción por infracción propuesta se reduciría automáticamente al 50% de su cuantía, siempre y cuando se procediese al ingreso de su importe, bien en plazo establecido en el artículo 31.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, o bien en el señalado en el artículo 33 RD 928/1998, párrafo tercero.

---

<sup>64</sup> Atendiendo a lo dispuesto en la letra c) del artículo 34.1 RD 928/1998 no se podrá proceder a la acumulación de las infracciones laborales por las horas extras no cotizadas y por el *mobbing*, puesto que este último no se refiere a hechos con efecto liquidatorio en la correspondiente acta de liquidación. Además, en sentido, se habrá de atender a lo establecido en el artículo 16 del mismo Reglamento en el que se recoge que no procede la acumulación de infracciones en los casos de tramitación simultánea de actas de infracción y liquidación por los mismos hechos.

## VI. DEFENSA DEL EMPRESARIO ANTE UNA EVENTUAL SANCIÓN ADMINISTRATIVO LABORAL

En este epígrafe trataremos de explicar la posible defensa que podría realizar el empresario frente a la eventual sanción administrativo-laboral. La defensa deberá estar orientada a desvirtuar las infracciones por las que el empresario ha de ser sancionando, justificando en todo momento el porqué de tales alegatos.

En sentido debemos tener en cuenta que la jurisprudencia<sup>65</sup> establece que la intervención del funcionario público no significa que las actas gocen, en cuanto a tales hechos, de una absoluta preferencia probatoria que haga innecesaria la forma de la convicción judicial acerca de la verdad de los hechos. Es por ello que en vía judicial estas actas no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en Derecho, y es por ello que ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a otras conclusiones distintas, ni pueden impedir que el juez forme su propia convicción.

En lo relativo a las horas extraordinarias no retribuidas y no cotizadas, el empresario habrá de oponerse a los hechos tal y como se exponen en el acta de infracción, ya que los hechos constatados en la misma no habrán de ser constitutivos en ningún supuesto de la obligación del empresario de pagar y cotizar por horas extras del trabajador.

De este modo, podrá alegar que no existe suficiente actividad probatoria para acreditar los hechos en los que se apoya la Administración para sancionarle<sup>66</sup>. El empresario podría establecer que la Inspección, en el caso de haber realizado pruebas testificales, debería haber aportado las declaraciones individuales, para conocer más detalladamente la situación, debiendo aportarlas de forma separada y debidamente identificada, además de la obligación de que éstas estuvieran firmadas por los empleados que hubieran testificado. Otro punto decisivo lo constituye el número de trabajadores en plantilla, de forma que la Inspección de Trabajo perderá credibilidad si únicamente toma declaración a cinco empleados, cuando la empresa cuenta con una plantilla de hasta 100 trabajadores. Un hecho significativo es que la ITSS realiza visita al lugar de trabajo una vez que el empleado ha sido despedido, de modo que le resultará todavía más complicado comprobar si realmente se estaba cumpliendo o no con el horario del trabajo, y en consecuencia si se estaban realizando dichas horas extraordinarias.

---

<sup>65</sup> STC de 26 de abril de 1990 (EDJ 1990/4435) Lefebvre El Derecho. De forma similar, plasmando la misma idea, también se habrá de tener en consideración STSJ Illes Balears de 19 noviembre de 2012 (EDJ 2012/288005) Lefebvre El Derecho y STSJ Andalucía (Granada) de 30 septiembre de 2010 (EDJ 2010/345072) Lefebvre El Derecho.

<sup>66</sup> STSJ de Extremadura de 14 de febrero de 2014 (EDJ 2012/15052) Lefebvre El Derecho.

Otra de las opciones, con las que cuenta el empresario en este sentido, es alegar que las horas extraordinarias realizadas por el empresario han sido compensadas por tiempos equivalentes de descanso, tal y como se señala en el artículo 35. 1 del Estatuto de los Trabajadores, y también en el artículo 25 del Convenio Colectivo de Trabajo do Sector de Construcción e Obras Públicas da provincia da Coruña<sup>67</sup>.

En lo relativo al acoso laboral o *mobbing* el empresario también cuenta con posibilidades de defensa frente al mismo. Cabe recordar que existen diferentes definiciones de *mobbing*, como por ejemplo la ofrecida por el Profesor Correa Carrasco que lo definía como “toda conducta (activa u omisiva), llevada a cabo en el contexto de una relación laboral o de servicio, consistente en ataques reiterados y sistemáticos de carácter degradante, que tienen como finalidad atentar contra la integridad moral de una persona, siendo susceptible, además de provocar daños de naturaleza psíquicos, físicos, patrimoniales o de perjudicar gravemente la empleabilidad de la misma” y también las que ofrece la jurisprudencia<sup>68</sup> que la define como “conducta abusiva o violencia psicológica al que se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo”. El *mobbing* exige además una trilogía de requisitos, que lo permiten diferenciarse de otros tipos de conflicto laborales, que son: la duración, la repetición y la relación asimétrica o desigual entre las dos partes en conflicto.

Partiendo de lo establecido con anterioridad, el empresario podría alegar que, en ningún momento, se establece que tales conductas se repitan a lo largo del tiempo, si no que se trata de una manifestación ocasional de actitudes despectivas, que si bien son constitutivas de falta de respeto al trabajador, no tratan de denigrarlo, si no que en las ocasiones en que se daban tales actitudes por parte del empresario estas tenían lugar en un contexto de discusión entre ambos. Todo ello habría dado lugar a un conflicto laboral larvado, que no se podría subsumir en el ámbito del acoso moral<sup>69</sup>. Asimismo, también podría establecer que si bien sus ataques implican un ataque a la dignidad de la persona del trabajador, vuelve a ser el hecho de que no se reproduzcan de forma sistemática lo que determina que tales actos no tengan la consideración de acoso<sup>70</sup>. Otra opción con la

---

<sup>67</sup> Encontramos diferentes sentencias donde el juez inadmite la reclamación de cantidad por horas extraordinarias tanto por falta de prueba, como por la circunstancia de que tales horas han sido compensadas por la empresa con períodos de descanso. Un claro lo encontramos en STSJ Andalucía (Granada) de 18 diciembre de 2001(EDJ 2001/77034) Lefebvre El Derecho.

<sup>68</sup> STSJ de Galicia de 12 septiembre de 2002 (EDJ 2002/56387) Lefebvre El Derecho.

<sup>69</sup> STSJ de Galicia de 25 enero (2010 EDJ 2010/32534) Lefebvre El Derecho.

<sup>70</sup> STSJ de Cataluña de 24 noviembre de 2011 (EDJ 2011/321931) Lefebvre El Derecho.

que contaría el empresario sería defender que las lesiones de carácter psicológico y fisiológico, que se constatan en el informe médico, pueden venir originados por cualquier otra razón diferente de su situación en el trabajo. Además, en el caso de que en el informe el médico<sup>71</sup> aludiera a que es precisamente esta situación de la que se deriva el estado de tensión y depresión del trabajador, el empresario podría alegar que es meramente una opinión, no un hecho probado.

Por lo que se refiere a la posible defensa frente al trabajador que no está dado de alta, el empresario podría alegar que realmente D. Alberto no era un trabajador de la empresa. El artículo primero del Estatuto de los Trabajadores establece las notas características de la relación laboral, disponiendo lo siguiente: “la presente Ley será de aplicación a los trabajadores que presten voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de una persona física o jurídica denominada empleador o empresario”. De este modo, el empresario deberá acreditar que D. Alberto venía realizando trabajos en la empresa a título de amistad, benevolencia o buena vecindad, los cuales quedan excluidos del ámbito de regulación del ET, tal y como se recoge en el artículo primero apartado 3 letra d). Éste artículo constituirá un supuesto de exclusión por falta de onerosidad, ya que carecen de retribución y tienen naturaleza gratuita. Asimismo, lo más común es que tampoco existan los otros dos requisitos de una relación laboral, como son la ajenidad y la dependencia<sup>72</sup>.

Por último, para la defensa del empresario, en materia de prevención de riesgos laborales, por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo<sup>73</sup>, éste cuenta con la posibilidad de alegar que éstas no se cumplían por una razón, y es que las mismas no estaban destinadas al uso en dicha obra, sino para una obra diferente y posterior. El empresario también puede alegar que gran parte de los elementos de construcción que se encontraban allí no podían ser utilizados para la obra en cuestión, puesto que su utilidad estaba destinada a otro tipo de trabajos. Éste también puede defenderse aclarando que existían advertencias y prohibiciones de uso, mientras no se empezase la obra para la que iban a ser utilizadas. Se puede afirmar, además, que los inspectores realizaron un mero examen visual de las medidas de seguridad e higiene, no suficiente para la comprobación de las mismas, puesto que en materia de construcción existen diferentes aspectos técnicos que hacen necesaria la cualificación y formación del Inspector para la constatación de tales hechos.

---

<sup>71</sup> STSJ de Galicia de 10 de diciembre de 2013 (EDJ 2013/273512) Lefebvre El Derecho.

<sup>72</sup> Artículo doctrinal sobre “Los trabajos familiares, benévolo amistoso y de buena vecindad” de ROMERO MARTÍN, Eloy consultado a través de la página web [www.noticiasjuridicas.com](http://www.noticiasjuridicas.com) (consultado con fecha 10 de junio de 2016, último acceso 20:01).

<sup>73</sup> STSJ Madrid de 24 marzo de 2006 (EDJ 2006/67668) Lefebvre El Derecho.

## VII. CONCLUSIONES GENERALES

Las acciones laborales a ejercer por el trabajador despedido son fundamentalmente dos: la reclamación de cantidad y la reclamación frente al despido. En lo relativo a la primera acción, en el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 34.1, se establece que la jornada de trabajo será la fijada en el contrato de trabajo y en los Convenios. Tanto en el contrato como en el Convenio Colectivo de Trabajo do sector de Construcción e Obras da provincia da Coruña (artículo 38) se dispone que la jornada semanal será de cuarenta horas semanales. El hecho de que el empresario incumpla con el horario del trabajador y le haga trabajar más horas de las establecidas, otorga la posibilidad al empleado de realizar una reclamación de cantidad por horas extraordinarias. En lo referente a la carga de la prueba, el trabajador habrá de aportar una serie de elementos probatorios para constatar su situación, entre los que se encontraría el registro de jornada efectiva –cuya elaboración es obligación del empresario tal y como se señala en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores- y también otros tipos de prueba como la testifical.

Por lo que se refiere a la segunda acción, la reclamación frente al despido, el trabajador habrá de solicitar su nulidad y de forma subsidiaria su improcedencia. En cuanto a la reclamación de nulidad del despido, deberemos atender al artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores y al artículo 108 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social donde se fijan los casos en los que un despido es declarado nulo. Estaríamos ante un supuesto de nulidad inconstitucional, y podríamos reclamar: por un lado, por vulneración de la garantía de indemnidad (artículo 24.1), ya que el despido viene motivado por el ejercicio de una acción judicial orientada al reconocimiento de una serie de derechos propios del trabajador; y por otro lado, por *mobbing* o acoso moral en el trabajo. La situación de conducta abusiva o violencia psicológica al que se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo, dan lugar a que el trabajador pueda reclamar la nulidad del despido, siempre y cuando se cumplan la trilogía de requisitos exigidos para la existencia de *mobbing* (relación asimétrica, duración y repetición). En el caso de finalmente declararse la nulidad se optará generalmente por la readmisión del trabajador.

La improcedencia del despido se dará cuando se hayan incumplido los requisitos de forma establecidos en el primer apartado del artículo 55 del Estatuto de los trabajadores, o en el supuesto de que no quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario, o no se acredite la gravedad del mismo. Como consecuencia del despido improcedente, y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 110 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se habrá de readmitir al trabajador en las condiciones previas al despido, o se optará por la extinción del contrato de trabajo con la indemnización legalmente establecida.

En lo referente a la posibilidad de acumular ambas acciones, se habrá de estar a lo dispuesto en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y a la jurisprudencia que trata dicha problemática. La regla general respecto de la acumulación se recoge en el artículo veinticinco de la citada Ley, si bien para la acumulación de la acción de despido y reclamación de cantidad deberemos remitirnos al apartado tercero del artículo veintiséis. El punto clave para saber si es o no posible la acumulación de acciones reside, tal y como se señala en la propia Ley y en diversidad de sentencias, en la complejidad de los conceptos reclamados, ya que si éstos suponen demoras excesivas al proceso de despido no se acumula. Por lo tanto, tras el estudio de las cantidades a reclamar, se llega a la conclusión de que lo más beneficioso será la presentación por separado.

El hecho de que exista en la empresa un trabajador, D. Alberto Pérez Domingo, que no esté dado de alta en el oportuno régimen de la Seguridad Social, da lugar a que se deriven una serie de responsabilidades para el empresario. Por un lado, las responsabilidades en orden a las prestaciones en materia de Seguridad Social -debemos atender a lo dispuesto en la Ley General de la Seguridad Social, especialmente a su artículo 126 que establece que 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, y en el Reglamento sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y varios de datos de trabajadores-; y por otro lado, las responsabilidades administrativas que se deriven de esa falta de alta del trabajador – especial atención a lo dispuesto en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social-.

Debido a los continuos abusos sufridos por el trabajador, D. Francisco, en su puesto de trabajo, éste decide denunciar su situación ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, quién inicia actuaciones mediante visita al lugar de los hechos denunciados por el empleado. La normativa fundamental a tener en cuenta para comprender el funcionamiento de la Inspección de Trabajo es: Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de las Sanciones por Infracciones de Orden Social y para los Expedientes Liquidatorios de Cuotas de la Seguridad Social y 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. Una vez que concluye la actuación previa de la actividad inspectora, y valorados los resultados, la Inspección adoptará las medidas pertinentes en orden a los hechos constatados.

Como consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo se procede a la apertura del procedimiento sancionador y del procedimiento liquidatorio.

Dentro del procedimiento sancionador se impondrá sanción al empresario por falta del alta del trabajador (artículo 22.2 LISOS), incumplimiento en materia de jornada de

trabajo, horas extraordinarias y descansos (artículo 7.5 LISOS), acoso moral en el ámbito laboral o *mobbing* (artículo 8.11 LISOS) e incumplimiento de las condiciones de higiene y seguridad precisas para las obras (artículo 12.23 LISOS).

En lo relativo al procedimiento liquidatorio, se extenderán actas de liquidación por falta de alta de trabajador (artículos 31.1 a) RD 928/1998 y 31.1 a) de la Ley General de la Seguridad Social) y por las horas extraordinarias no cotizadas en la Seguridad Social (artículos 31.1 b) RD 928/1998 y en el artículo 31.1 b) de la Ley General de la Seguridad Social).

Cabe señalar que tanto en el caso de falta de alta del trabajador como en el de las horas extraordinarias no retribuidas ni cotizadas existirá concurrencia de actas de liquidación con actas de infracción por los mismos hechos.

Por último, por lo que se refiere a la posible defensa del empresario frente a una eventual sanción administrativa, éste podrá, remitiéndose a la diferente jurisprudencia existente al respecto, esgrimir diferentes argumentos para cada una de las infracciones por las que se le sanciona. En el caso de las horas extraordinarias podría alegar desde falta de suficiente actividad probatoria, hasta que tales horas extraordinarias fueron compensadas con tiempo de descanso. En relación con el *mobbing* el empresario podría establecer que tales conductas no se repiten a lo largo de tiempo, si no que se producen de forma ocasional –no cumpliéndose la trilogía de requisitos necesarios en el acoso moral en el ámbito laboral- como consecuencia de fuertes discusiones entre empleado y empleador. Para la falta de alta del trabajador, el empresario contara con la posibilidad de esclarecer que no se trataba de un trabajador de la empresa, sino que trabajaba a título de amistad, benevolencia o buena vecindad. En cuanto a las faltas de higiene y seguridad en el trabajo, el empresario deberá alegar que las mismas no estaban destinadas a la utilización en dicha obra, sino para otras posteriores.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, GARCIA MURCIA, Joaquín, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2013.
- RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz, “*El favor tiempo en el contrato de trabajo*”, Véase Curso elemental de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social – VELASCO PORTERO, M<sup>a</sup> Teresa, MIRANDA BOTO, José María (Dir.)-, Tecnos, Madrid, 2014
- CASAS PLANES, M<sup>a</sup> Dolores, *La Responsabilidad Civil del Empresario Derivada de Accidentes Laborales: en Especial por Acoso Moral o Mobbing*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- LUCEÑO MORENO, Lourdes, MARTÍN GARCÍA, Jesús, RUBIO VALDEHITA, Susana, DÍAZ RAMIRO, Eva, “*Factores psicosociales en el entorno laboral, estrés y enfermedad*” véase en Edu Psykhé. Revista de psicología y psicopedagogía, Vol. 3, nº 1, Universidad Camilo José Cela, 2004
- BENEYTO CALABUIG, Damián, *Las infracciones laborales y el Procedimiento Sancionador*, CISS, Barcelona, 2000.
- BLASCO PELLICER, Ángel, *La responsabilidad empresarial en el Pago de Prestaciones de Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, ARUFE VARELA, Alberto, *Derecho crítico del Trabajo*, Atelier libros jurídicos, Barcelona, 2014.
- SANZ MINONDO, Javier, *Fundamentos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 2000.



## IX. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

### **WESTLAW ARANZADI**

- STSJ de País Vasco de 19 diciembre de 2003 (AS 2003\4034)
- SAN de 19 febrero de 2016 (JUR 2016\43642)
- SAN de 4 diciembre de 2015 (AS 2016\97)
- STSJ de Cataluña de 29 septiembre de 2003 (AS 2003\3342)
- STC de 14 febrero de 2011 (RTC 2011\6)
- STS de 9 marzo de 2007 (RJ 2007\1797)
- STS de 4 marzo de 2013 (RJ 2013\4502)
- STSJ de Galicia de 5 diciembre de 2011 (AS 2012\51)
- SAP de Valencia de 29 octubre de 2010 (JUR 2011\65179)
- STSJ de Cantabria de 4 septiembre de 2015 (JUR 2015\261253)
- STSJ de Castilla y León, Burgos de 5 julio de 2012 (JUR 2012\246182)

### **LEFEBVRE EL DERECHO**

- STSJ Madrid de 22 febrero de 2012 (EDJ 2012/32431)
- SJdo. Social de Barcelona de 26 marzo de 2007 (EDJ 2007/29878)
- STSJ de Navarra de 9 noviembre 1995 (EDJ 1995/8005)
- STSJ Cataluña de 1 septiembre de 2005 (EDJ 2005/238439)
- STSJ Cantabria de 2 noviembre de 2004 (EDJ 2004/182434)
- TSJ Cast-La Mancha de 7 octubre de 2015 (EDJ 2015/186079)
- STS de 16 abril de 2012 (EDJ 2012/103630)
- STSJ Madrid de 27 noviembre de 2015 (EDJ 2015/254317)
- STSJ Andalucía de 8 junio 2000 (EDJ 2000/35685)

- STC de 30 enero 1981 (EDJ 1981/2)
- SAN de 18 abril 2016 (EDJ 2016/49301)
- STSJ de Aragón de 17 de septiembre de 2007(EDJ 2007/345303)
- STSJ Cataluña de 4 febrero de 2013 (EDJ 2013/47487)
- STSJ País Vasco de 13 julio de 2010 (EDJ 2010/256489)
- STC de 26 de abril de 1990 (EDJ 1990/4435)
- STSJ Illes Balears de 19 noviembre de 2012 (EDJ 2012/288005)
- STSJ Andalucía (Granada) de 30 septiembre de 2010 (EDJ 2010/345072)
- STSJ de Extremadura de 14 de febrero de 2014 (EDJ 2012/15052)
- STSJ Andalucía (Granada) de 18 diciembre de 2001(EDJ 2001/77034)
- STSJ de Galicia de 12 septiembre de 2002 (EDJ 2002/56387)
- STSJ de Galicia de 25 enero de 2010 (EDJ 2010/32534)
- STSJ de Cataluña de 24 noviembre de 2011 (EDJ 2011/321931)
- STSJ de Galicia de 10 de diciembre de 2013 (EDJ 2013/273512)
- STSJ Madrid de 24 marzo de 2006 (EDJ 2006/67668)

## X. NORMATIVA APLICABLE

- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Convenio Colectivo de Trabajo do sector de Construcción e Obras da provincia da Coruña, publicado el 15 de noviembre de 2013 y recogido en el BOP de A Coruña nº 229 de 2 de diciembre de 2013.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Constitución Española de 1978.
- Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
- Real Decreto Legislativo 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.
- Real Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobado el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social.
- Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
- Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, regulador de los procedimientos administrativos especiales con arreglo a los cuáles actúa la Inspección de Trabajo.
- Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

### Ejemplo d papeleta de Conciliación ante un despido a presentar ante el SMAC.

A [.....]

D./Dña. [.....], mayor de edad, con DNI n.º [.....], y con domicilio en la calle [.....] n.º [.....]de [.....], ante ese organismo expongo:

Que mediante esta papeleta intereso la celebración de acto de conciliación frente a [.....], domiciliado en [.....] calle [.....] n.º [.....] en reclamación de [.....] haciendo constar al efecto los siguientes extremos:

**Primero.**— Que ingresé a prestar mis servicios por cuenta de la empresa [.....] en fecha [.....], (*se deben concretar los periodos en que hayan sido prestados los servicios y las modalidades de contratación y su duración*), ostentando la categoría profesional de [.....], percibiendo un salario mensual de [.....] euros que incluida la prorrata de pagas extras asciende a [.....] euros mensuales. (*Se debe concretar el tiempo y forma de pago del salario*).

**Segundo.**— Los servicios los presté en el centro de trabajo de la demandada sito en [.....] en la sección [.....] teniendo el trabajo las siguientes características: [.....] .

La jornada de trabajo era de [.....], con un horario de [.....].

**Tercero.**— El día [.....] recibí una carta de la demandada en la que textualmente hacía constar lo siguiente: [.....], habiendo producido efectos el citado despido desde el día [.....] .

**Cuarto.**—Que no ostento, ni he ostentado en el año anterior al despido, la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores. (*Se debe concretar cualquier otra circunstancia para la titularidad del derecho de opción*).

**Quinto.**— Que rechazo por improcedente el despido por las siguientes razones:

a) Inconcreción de los hechos imputados en la carta de despido, lo que me origina indefensión, por lo que el despido es improcedente.

b) No son ciertos los hechos que se me imputan en la citada carta, por lo que el despido es improcedente.

c) (*Cualquier otra circunstancia relevante para la declaración de nulidad o improcedencia*).

Por lo expuesto, y de acuerdo con lo prevenido en los artículos 63 y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social,

SOLICITO que, teniendo por presentada esta papeleta con sus copias, proceda citar a las partes para la celebración del acto de conciliación que intento, con indicación del lugar, día y hora, acordando se me expida y entregue copia certificada del acta que del mismo se levante.

Es justicia que pido en [.....], a [.....] de [.....] de [.....]

Firma