



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de
fin de grado

Despido de un
trabajador y
actuación de la
Inspección de
Trabajo

Isabel Yges Martínez

Tutor: David Soto Díaz

**Grado en Derecho y Administración y Dirección de
Empresas**

Año 2015-2016

Índice

I. Consideraciones previas y delimitación del supuesto de hecho	4
1. Cuestiones formuladas	45
2. Planteamiento del caso.....	475
II. Cuestiones planteadas	7
1. ¿Qué acciones laborales puede ejercitar el trabajador despedido? ¿Cómo argumentaría dichas acciones?.....	7
2. ¿Qué responsabilidades para el empresario podrían derivarse de la situación del trabajador Don Alberto Pérez Domingo?	14
3. Reproduzca el iter procedimental respecto de la actuación de la Inspección de Trabajo en ambas situaciones.	19
4. Razone cuáles serían las consecuencias que procederían de la actuación de la Inspección de Trabajo.....	30
5. Una vez planteada la situación, indique qué defensa podría actuar el empresario frente a una eventual sanción administrativo-laboral. Justifíquelo.....	39
III. Conclusiones	45
IV. Fuentes	47
1 Bibliografía.....	47
2. Legislación y normativa citada	49
3. Jurisprudencia	50

Abreviaturas

Art. /s.	Artículo / Artículos
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
ET	Estatuto de los Trabajadores
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LISOS	Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LJS	Ley de la Jurisdicción Social
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
LSS	Ley de la Seguridad Social
OM	Orden Ministerial
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Legislativo
SAP	Sentencia De la Audiencia Provincial
STS	Sentencia Del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia Del Tribunal Superior de Justicia
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social

I. Consideraciones previas y delimitación del 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 reformas de inmuebles localizados fundamentalmente en la Comunidad Autónoma de Galicia.

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

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

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

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

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

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

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

Por su parte y como consecuencia de la denuncia realizada por D. Francisco, un inspector acude a realizar la visita correspondiente al lugar donde se desarrollan los

actos denunciados por el trabajador. Una vez allí y mientras se realizan las acciones correspondientes de revisión por parte de la Inspección, descubren que además de las circunstancias expresadas por D. Paco, hay otro trabajador, D. Alberto Pérez Domingo, de veinte años, que no está dado de alta en el oportuno régimen de la Seguridad Social.

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

1. Cuestiones formuladas:

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

2. Planteamiento del caso:

En el caso nos encontramos ante un supuesto de despido de un trabajador del sector de la construcción, tras haber denunciado, ante la Inspección de Trabajo, el no cumplimiento de las condiciones estipulados en el contrato, referentes al horario y retribución, así como las circunstancias en las que desarrolla su trabajo y que le han llevado al diagnóstico de una baja tras lesiones de carácter psicológico. Una vez acude la Inspección de Trabajo al lugar de desarrollo de los actos denunciados, se descubre la existencia de un trabajador no dado de alta en el régimen de la Seguridad Social y se aprecia el no cumplimiento de las condiciones de seguridad e higiene precisas para las obras.

Las cuestiones planteadas son referentes a las acciones que podrá emprender el trabajador, así como las del empresario frente a las posibles sanciones que se le imputen. Para la resolución de las mismas, acudiremos, principalmente, al Estatuto de los Trabajadores, a la normativa existente en el régimen de la Seguridad Social, así como la referente a la prevención de riesgos laborales y a la Ordenadora de la Inspección de Trabajo.

La normativa de las condiciones de trabajo y entre ellas, de la prevención de riesgos laborales, deriva del artículo 40.2 de la Constitución Española que dispone “los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”.

La extinción del contrato de trabajo es regulado por el ordenamiento jurídico en el artículo 49 del ET, en el que se recogen trece causas tasadas, diferenciándose entre las referentes al cumplimiento del trabajo, a la extinción del contrato, bien por imposibilidad o grave dificultad de cumplimiento, bien por incumplimiento del mismo, siendo éste último en el que se encaja el caso que nos ocupa.

La falta de alta y cotización en el régimen de la Seguridad Social supone un incumplimiento de las obligaciones en esta materia, conllevando la responsabilidad empresarial en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y regulación en el procedimiento para hacerla efectiva.

Por último, la ausencia de las condiciones necesarias de seguridad e higiene puede llevar implícito el riesgo de accidentes laborales. En caso de darse determinados supuestos o requisitos establecidos en el código penal, (el primero de ellos el no facilitar los medios idóneos y necesarios para que los trabajadores desempeñen su trabajo con las medidas de seguridad e higiene adecuadas), pueden dar lugar a la apretura de la vía Penal.

II. Cuestiones planteadas

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

Para poner en antecedente, entre las causas de extinción del contrato de trabajo, recogidas en el art.49.1 del Estatuto de los trabajadores, se encuentra las listadas en sus letras j) y k) referentes a la extinción por incumplimiento de las obligaciones contractuales, tanto principales como accesorias, que se deben recíprocamente el empresario y el trabajador, relativas a la extinción del contrato por motivos dependientes de la voluntad de la parte incumplidora. Así, la letra j) menciona la extinción «*por voluntad del trabajador fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario*», mientras que la letra k, supuesto en el que encaja nuestro caso práctico, alude a la extinción «*por despido del trabajador*».

Aunque cualquier extinción del contrato de trabajo decretada por el empresario merece la calificación de «despido» –siempre y cuando el trabajador considere injusta dicha extinción¹–, lo cierto es que cuando el artículo 49.1.k ET habla de que el contrato de trabajo se extingue «*por despido del trabajador*», a lo que pretende aludir es única y exclusivamente al despido disciplinario. Este último es la más grave de las “sanciones” que el empresario puede imponer al trabajador, consistiendo así en su expulsión de la empresa, mediante la extinción de su contrato de trabajo, alegando el empresario un incumplimiento grave y culpable del trabajador (art 54.1 ET). El artículo 54.2 ET en sus

¹ GARCÍA MURICA, J., *Sobre el concepto jurisprudencial de despido y sus consecuencias procesales*, Revista Española de Derecho del trabajo, núm. 52, 1992, pp. 191 y ss.

siete letras, de la a) a la g), determina las “causas justas”² de despido disciplinario, conteniéndose así, una numeración aparentemente tasada de incumplimientos contractuales del trabajador susceptibles de ser sancionados con el despido. Sin embargo, la jurisprudencia laboral viene demostrando su versatilidad, de manera que cualquier conducta incumplidora del trabajador, siempre que sea grave y culpable, puede encajar en las mismas³.

No obstante, cualquiera que fuese la causa justa invocada, requiere una determinada forma, encontrándose el empresario obligado a comunicárselo por escrito al trabajador mediante carta de despido en la que haga constar necesariamente «*los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrán efectos*»⁴ (art. 55.1 ET). Según reiterada jurisprudencia laboral, no resulta necesaria una pormenorizada descripción de hechos, aunque sí se impone que la «carta de despido» proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan, con el objeto de permitir su defensa. Si bien, esta exigencia no se cumple cuando la carta de despido solo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas.

Ante un supuesto de despido, el trabajador puede impugnarlo judicialmente, ejerciendo así la llamada «acción de despido». En referencia a la misma, el artículo 59.3, párrafo primero, del ET, dispone que «*el ejercicio de la acción contra el despido [...] caducará a los 20 días siguientes de aquel en que se hubiera producido*», teniendo en cuenta que en este caso «*los días serán hábiles y el plazo de caducidad a todos los efectos*»⁵. Esta misma norma aparece reproducida, aunque no exactamente con los mismos términos, por el artículo 103.1 LJS.

Una vez planteada su impugnación, el despido será calificado por el juez en el fallo de la sentencia como procedente, improcedente o nulo (art. 108 LJS).

El trabajador que vea extinguida su relación laboral por voluntad unilateral del empresario y no esté de acuerdo con esta decisión deberá proceder, previamente, a las actuaciones que a continuación se indican:

A tenor de lo dispuesto en el artículo 63 de la LJS es requisito previo para la tramitación de cualquier procedimiento por despido el intento de conciliación o, en su caso, de mediación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones que podrá constituirse mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a los que se refiere el artículo 83 del ET. Por tanto, el trabajador que o bien recibe carta de despido, alegando cualquier causa, o bien ha sido despedido

² AGUILERA IZQUIERDO, R., *Las Causas del Despido Disciplinario y su Valoración por la Jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 21 y ss.

³ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F., *La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido*, en Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, pp. 525 y ss.

⁴ MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A., CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho del Trabajo*, España: Netbiblio, A Coruña, 2006, 2ª ed., pp.343 y ss.

⁵ STSJ de Madrid de 28 de julio de 2005; STST Comunidad Valenciana de 12 de diciembre de 2001.

verbalmente, impidiéndole el acceso al puesto de trabajo y no considere justificada la acción empresarial, debe iniciar las actuaciones de conciliación disponiendo para ello de un plazo de 20 días hábiles, al ser éste el momento en el que caduca el despido.

La presentación de la solicitud de conciliación suspende los plazos de caducidad, por lo que el cómputo de la caducidad se reanuda al día siguiente de intentada la conciliación o transcurridos 15 días hábiles, excluyendo del cómputo los sábados, desde su presentación sin que se haya celebrado (art. 65 LJS). Asimismo y en todo caso, transcurridos 30 días, sin haberse celebrado el acto de conciliación o sin haberse iniciado mediación o alcanzado acuerdo en la misma, se tendrá por terminado el procedimiento y cumplido el trámite. Es preciso mencionar que la asistencia al acto de conciliación o mediación es obligatoria para los litigantes. En este sentido, de no comparecer el solicitante ni alegar justa causa, se tendrá por no presentada la papeleta de conciliación, archivándose todo lo actuado. En caso de que no compareciese la otra parte, se hará constar expresamente en la certificación del acta de conciliación teniéndose por intentada sin efecto.

Una vez citadas las partes por la Autoridad Laboral y acudiendo las mismas podrán producirse las siguientes situaciones:

- Acuerdo: en cuyo caso habrá de atenerse a lo acordado.
- Falta de acuerdo: el trabajador debe presentar demanda ante el Juzgado de lo Social en los días que falten para los 20, una vez descontados los transcurridos desde el despido hasta la presentación de la demanda de conciliación.

Lo acordado en conciliación o mediación tendrá fuerza ejecutiva entre las partes intervinientes, sin necesidad de ratificación ante el Juez o Tribunal, pudiendo llevarse a efecto por el trámite de ejecución de sentencias (art. 68 LJS).

De existir acuerdo en el acto de conciliación o mediación, puede el mismo ser impugnado por las partes y por quienes pudieran sufrir perjuicio por aquél ante el Juzgado o Tribunal competente para conocer del asunto, mediante el ejercicio de la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos. Esta acción de impugnación caducará a los 30 días hábiles, excluidos sábados, domingos y festivos, siguientes a aquel en que se adopte el acuerdo (art. 67 LJS).

Una vez celebrado o intentado el acto de conciliación sin avenencia, el trabajador deberá presentar la correspondiente demanda ante el Juzgado de lo Social, aportando el justificante del resultado del acto de conciliación, de tenerlo; o aportándolo en todo caso en el plazo de 15 días, contados a partir del siguiente a la notificación. La presentación de la demanda puede efectuarla el trabajador solo o asesorado o representado por un abogado, procurador, graduado social o sindicato. En este caso, el plazo es de 20 días hábiles (plazo de caducidad a todos los efectos) desde el momento del despido, sumándosele para dicho cómputo los días que transcurran entre el día siguiente al despido y el de la presentación de la demanda de conciliación, con los que transcurran al día siguiente a la celebración de la conciliación y la presentación de la demanda en el Juzgado de lo Social.

Una vez celebrado el juicio, el Juez de lo Social dictará sentencia, en el plazo de 5 días, en la que calificará el despido como nulo, improcedente o procedente, notificándose a las partes dentro de los dos días siguientes.

El despido se declara procedente cuando se cumplan cumulativamente los tres siguientes requisitos: el empresario despidió en forma, logró probar en pleito los hechos alegados en la «carta» y, por último, estos hechos probados tenían la entidad suficiente (hasta alcanzar el grado de «incumpliendo grave y culpable») como para justificar el despido (art. 55.4 ET). En este caso, se convalidará la extinción del contrato de trabajo sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación (art.55.7 ET).

El despido se declara improcedente cuando el empresario no hubiese despedido en forma, o cuando habiendo despedido en forma no logra acreditar los hechos invocados en la «carta», o cuando habiendo acreditado los hechos invocados en la «carta» estos no tienen la entidad suficiente como para justificar el despido (art. 55.4 ET).

La declaración de improcedencia conviene solo relativamente al trabajador, pues la regla general es que la misma otorga un derecho de opción al empresario –opción que, solo excepcionalmente, puede corresponder al trabajador-, consistente en elegir entre readmitir al trabajador o extinguir definitivamente su contrato de trabajo. Por tanto, en el plazo de 5 días desde la notificación de la sentencia en la que se declare el despido como improcedente, el empresario podrá optar entre readmitir al trabajador o la extinción del contrato (art. 56.1 ET).

Si el empresario opta por la readmisión, ésta tiene que realizarse «*en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido*» (art. 110.1 LJS) y, además, hay que abonar al trabajador los salarios de tramitación, esto es, una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido (art 56.2 ET). En cambio, si se opta por la extinción del contrato el trabajador tiene derecho a percibir una indemnización rígidamente tasada equivalente a 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades. Por tanto, la opción por la indemnización determina la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo (art. 56.1 ET).

El despido se declara nulo, además de en los supuestos frontalmente contradictorios con la conciliación de la vida laboral y familiar, o relativos a la violencia de género, cuando “tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador” (art. 55.5 ET). Esta declaración de nulidad del despido es la que conviene plenamente al trabajador, pues la misma «*tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir*» (art. 55.6 ET). Y tal es así que, frente al empresario obstinado en no readmitir, el trabajador puede instar la aplicación de las medidas compulsivas a que se refiere el art. 284 LJS, consistentes en despachar ejecución equivalente a 6 meses de salario, manteniéndolo en alta y cotizándose entre tanto por él a la Seguridad Social.⁶

⁶ MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A., CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho del Trabajo*, op. Cip. pp. 521-524.

Dentro del derecho fundamental contemplado en el artículo 24 de la CE, se tutela la garantía de indemnidad. Sobre dicho extremo, es reiterada la doctrina del TC, según la cual

«una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe de ser calificada como discriminatoria y nula contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo (art. 4, 2 g ET), de tal manera que en el ámbito de la relación de trabajo, la citada garantía se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia en el ejercicio por parte del trabajador de su derecho a pedir la tutela de los jueces y tribunales en orden a la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos»⁷.

Tras los antecedentes comentados, y adentrándonos en el caso que nos ocupa, el trabajador D. Francisco, podrá en el plazo de veinte días desde el despido, interponer la acción de despido, en la cual alegaría la consiguiente nulidad por verse vulnerado el derecho fundamental recogido en el artículo 24 de la Constitución Española (CE) relativo a la tutela judicial efectiva. Ello impone recordar, antes de nada, como reitera numerosa jurisprudencia que

«el derecho a la tutela judicial efectiva no solo se satisface mediante la actuación de Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad siendo esta la vulnerada en el supuesto presente [...] La garantía de indemnidad significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza. Si bien, en el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalias derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos. La consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental (tutela judicial), ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo»⁸.

Conforme a la doctrina del TC, la prohibición de que el empresario utilice sus facultades organizativas y disciplinarias para sancionar el legítimo ejercicio por parte del trabajador de sus derechos fundamentales encuentra una aplicación específica en los supuestos en los que la extinción del contrato o despido se configura como una represalia previa al ejercicio por parte del trabajador de acciones judiciales dirigidas a la reclamación de derechos laborales. En definitiva, la garantía de la indemnidad se traduce en el derecho del trabajador a no sufrir consecuencias desfavorables por el ejercicio de acciones judiciales o previas al proceso en defensa de sus derechos laborales.

Es también doctrina del Tribunal Constitucional, la que viene señalando que el indicio de trato discriminatorio o atentatorio contra derechos fundamentales desplaza al empresario la carga de probar causas suficientes, reales y serias para calificar de *razonable* la decisión adoptada, tanto por la primacía de los derechos fundamentales y libertades públicas, cuanto por la dificultad que el trabajador tiene para acreditar la

⁷ SSTC 76/2010, de 19 de octubre; 6/2011, de 14 de febrero y 10/2011, de 28 de febrero.

⁸ STS de 4 de marzo de 2013(RJ 2013/4502); STSJ de Cataluña 2827/2008 de 3 de abril (AS 2008\1256).

existencia de una causa de despido discriminatoria o lesiva de otros derechos fundamentales. Ciertamente que no basta la mera afirmación de la existencia de una causa atentatoria contra derechos fundamentales, sino que ha de probarse indiciariamente la existencia de aquella causa y una vez acreditados tales indicios, el empresario no tiene que demostrar el hecho negativo de que no haya móvil lesivo de derechos fundamentales, sino tan sólo probar que el despido obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito contrario al derecho fundamental en cuestión y con entidad desde el punto de vista de la medida adoptada, en el bien entendido de que no cualquier motivo sirve para justificar el despido, porque, de lo contrario, el empresario podría muy bien encubrir un despido discriminatorio bajo el pretexto de pequeños incumplimientos contractuales. Por tanto, el empresario ha de probar, tanto que su medida es razonable y objetiva, como que no encubre una conducta contraria a un derecho fundamental, debiendo alcanzar necesariamente dicho resultado probatorio, sin que baste el intentarlo.⁹

A la vista de los datos, resulta evidente que el despido del trabajador pudo obedecer a un móvil de represalia, vinculado a la denuncia interpuesta por éste ante la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, pues tan solo tres días después de tenerse conocimiento de la acción por parte de Don Fernando, éste último decide inmediatamente despedirlo. Queda por tanto acreditado el indicio de represalia que justifica la pretendida garantía de indemnidad, porque no solamente consta que el cese del trabajador se hace como respuesta inmediata a una reclamación en cuanto a la naturaleza jurídica del vínculo que unía a ambas partes, sino que además no existe por parte del empresario una causa razonable y objetiva del despido.

Por otro lado, y tal como se pone de manifiesto en los antecedentes de hecho, D. Francisco trabajaba más horas de las establecidas en su contrato laboral, las cuales no cotizaban ni le eran retribuidas. A tenor de lo indicado, además de llevar a cabo la acción de despido, podrá reclamar las cantidades adeudadas.

Procede, en consecuencia, analizar si ambas acciones pueden efectuarse de forma conjunta o bien en procesos separados. Al respecto, encontramos regulado en el título III del libro primero de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) la acumulación de acciones, procesos y recursos, siendo de especial interés la sección primera, respecto a la acumulación de acciones. Concretamente, acumulación de acciones por despido y reclamación de cantidad.

Cuando acumulamos estamos ampliando el objeto del proceso insertando otras peticiones con fundamento fáctico y jurídico diferenciado. De conformidad con lo indicado en el artículo 35 LJS, la acumulación de pretensiones, cuando proceda, producirá el efecto de discutirse y resolverse conjuntamente todas las cuestiones planteadas, en consonancia con los principios que rigen el proceso laboral, esto es, el principio de inmediación, oralidad, concentración y celeridad. Se intenta, de esta

⁹ STSJ de Galicia de 12 de junio de 2009 (AS 2009/1874), SSTC 17/2003 de 30 de enero; 207/2001 de 22 de octubre; 66/2002 de 21 de marzo.

manera, acotar los procesos y evitar resoluciones contradictorias a través de facilitar la acumulación de acciones.¹⁰

El artículo 26.5 LJS, segundo párrafo, nos indica que el trabajador podrá acumular a la acción de despido la reclamación de la liquidación de las cantidades adeudadas hasta esa fecha conforme al apartado 2 del artículo 49 del ET.

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

Genera controversia la determinación de las cantidades que pueden ser reclamadas conjuntamente con la acción de despido, puesto que en ocasiones se ha aludido únicamente al finiquito. Al respecto, el artículo 49.2 ET se refiere a las cantidades finiquitadas, es decir, las cantidades que se devengan a la finalización del contrato, siendo deber del empresario poner a disposición del trabajador el finiquito una vez finalizada la relación laboral, para que pueda estudiarlo y ver si está conforme. Pero si lo que se quiere acumular no son solo las cantidades que se devengan a la finalización del contrato sino otras cantidades salariales anteriores, prescribe el artículo 26.5 LJS que se podrán acumular y, si son cálculos muy complicados, el juez podrá mandar que se reclamen en proceso de cantidad separado del despido. Por consiguiente, parece bastante claro que, no solo se pueden reclamar las cantidades que suelen reflejarse en el finiquito, sino también se podrían reclamar cantidades anteriores, como también cuestionarse la retribución del trabajador.

Atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto, «*el salario del trabajador al tiempo del despido es el salario regulador de las indemnizaciones correspondientes, según tiene declarado reiteradamente jurisprudencia de esta Sala*»¹¹. El debate de cuál sea el salario tiene cabida y es un tema de controversia adecuado al proceso de despido, pues es el elemento principal que compone la acción ejercitada y sobre él deberá pronunciarse la sentencia. Asimismo, la Sentencia de 8 junio 1998 nos señala que:

«el debate sobre cuál debe ser el salario procedente es un tema de controversia adecuado al proceso de despido, pues se trata de un elemento esencial de la acción ejercitada sobre el que debe pronunciarse la sentencia y, en consecuencia, es en el proceso de despido donde debe precisarse el salario que corresponde al trabajador despedido sin que se desnaturalice la acción ni deba entenderse que se acumula a ella en contra de la ley una reclamación inadecuada»¹².

¹⁰ HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, P., “La Acumulación en la Jurisdicción Social”, *El Jurista*, 2013, [Web en línea]. [Consulta: 05/04/2016]. Disponible en: <http://www.eljurista.eu/2013/12/03/la-acumulacion-en-la-jurisdiccion-social/>

¹¹ SSTS de 14 de diciembre de 1984 (RJ 1984\6386), 28 de septiembre de 1985 (RJ 1985\4389), 14 de junio de 1986 (RJ 1986\3544).

¹² STS de 8 de junio de 1998 (RJ 1998\5114).

En definitiva, consideramos que el artículo 26 de la LJS autoriza a acumular tanto la liquidación de partes proporcionales «finiquito», como otras cantidades adeudadas por la empresa, sin que resulten admisibles interpretaciones restrictivas limitándolas a la reclamación de partes proporcionales y vacaciones.

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

La responsabilidad empresarial queda vinculada al cumplimiento de las obligaciones legales y reglamentarias; de ahí que, en lo que ahora resulta de interés, se mueva en dos diferentes niveles: de un lado, la derivada directamente de la omisión de los deberes de afiliación, alta y cotización en su dimensión administrativa, siendo ésta la que nos ocupa en el supuesto en cuestión, determinante de la imposición de sanciones, liquidación de cuotas y recaudación de las mismas aun en contra de la voluntad del sujeto obligado y que ha sido criterio constante en la jurisprudencia¹³; y, de otro, la que deriva a la obligación de pago de prestaciones.

En el primero de los supuestos, el de responsabilidad administrativa, ésta nace desde la omisión en el cumplimiento de las obligaciones legales y reglamentarias frente a la Administración de la Seguridad Social; en el segundo de los supuestos, el de alcance prestacional, se exige la presencia de un hecho causante entendido como situación de necesidad protegida por el sistema de Seguridad Social¹⁴. En otros términos, la exigencia de responsabilidad administrativa o el desarrollo de la actividad recaudatoria va a depender exclusivamente de la conducta del sujeto obligado en tanto que la exigibilidad de la responsabilidad empresarial en orden al abono de las prestaciones va a requerir, además, el hecho causante o situación de necesidad protegida que, acaecida en el momento concreto, genera el derecho del beneficiario a la concreta prestación reconocida por el Sistema, pero siempre que reúna los requisitos jurídicos determinantes. El hecho causante admite una dimensión temporal que despliega su eficacia en orden a concretar si en ese preciso instante el beneficiario reúne o no aquellos requisitos normativos que posibilitan el devengo de la prestación o, en

¹³ SSTS 4 de febrero de 1991 (RJ 1991/797); 7 octubre de 1991 (RJ 1991/8657); 30 de marzo de 1992 (RJ 1992/1884); 28 de septiembre de 1992 (RJ 1992/6820); 23 de enero de 1993 (RJ 1993/265); 30 de enero de 1993 (RJ 1993/388); 12 de febrero de 1993 (RJ 1993/1157); 11 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9087); 3 de abril de 1997 (RJ 1997/3048); 29 de diciembre de 1998 (RJ 1999/450).

¹⁴ MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A, *Derecho de La Seguridad Social*, Netbiblo, A Coruña, 2013. pp. 265 y ss.

otro caso, determinar si concurren incumplimientos que limitan o impiden el acceso a la prestación en orden a fijar la correspondiente cuota de responsabilidad y titularidad de la misma.

La esfera de la siniestralidad laboral tiene como telón de fondo el dibujado por las contingencias profesionales, accidente de trabajo y enfermedad profesional, dada la estrecha y necesaria relación de causalidad predicable entre trabajo por cuenta ajena y hecho causante. La responsabilidad empresarial en orden al abono de las prestaciones, a partir del hecho causante, se enmarca en el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones que permiten el acceso del beneficiario a la prestación.

En caso de accidente el hecho causante se data en el momento en que aquel acaeció, momento pues a tener en consideración a efectos de la determinación de quien sea el sujeto responsable.¹⁵

Por tanto, el tema de las responsabilidades en orden a las prestaciones de Seguridad Social resulta capital, pues permite precisar qué concreto sujeto deberá asumir el pago o cumplimiento de las mismas, una vez materializada la contingencia o situación protegida en que dicho beneficiario se halle. A pesar de su importancia, se trata de un tema muy defectuosamente regulado en la LGSS, siendo previsto en los artículos 167 y 168 rotulados «Responsabilidad en orden a las prestaciones» y «Supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones», respectivamente, que remiten en diversas ocasiones a normas de carácter reglamentario.

Se contemplan en realidad dos supuestos de hecho distintos. En primer lugar, el que cabe denominar *supuesto fisiológico*, esto es, cuando no haya habido incumplimiento ninguno de los deberes instrumentales (afiliar, dar de alta y cotizar) a cargo del empresario, y además, el beneficiario cumpla los concretos requisitos para poder causar derecho a la prestación de que se trate, en cuyo caso la regla general, según la LGSS, es que «la responsabilidad correspondiente se imputará, de acuerdo con sus respectivas competencias, a las entidades gestoras, Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o empresarios que colaboren en la gestión o, en su caso, a los servicios comunes (art. 167.1 LGSS). En segundo lugar, el que cabe denominar, por contraposición, *supuesto patológico*, respecto de la que la LGSS indica genéricamente 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*» (art. 167.2 LGSS)¹⁶. Este supuesto de hecho patológico es al que se le aplican los artículos 94, 95 y 96 de nuestra primera LGSS de 1966.

¹⁵CARRATALÁ TERUEL, J.L., Responsabilidad empresarial en materia de seguridad social, en AA.VV., *XVI Jornadas Catalanas de Derecho Socia*, Barcelona, 2005, pp. 1 y ss. <http://www.uoc.edu/symposia/dretsocia/ponencies/carratala0205.pdf>.

¹⁶MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A, *Derecho de La Seguridad Social*, Netbiblo, A Coruña, 2013. pp. 266 y ss.

En esta materia, son de aplicación, para la determinación del sujeto responsable, tres principios generales reguladores: el principio de responsabilidad empresarial, el principio de automaticidad de las prestaciones y el principio de responsabilidad subsidiaria de la Administración de la Seguridad Social.

El principio de responsabilidad empresarial aparece genéricamente aludido en los artículos 167 y 168 de la LGSS al referirse al «empresario responsable» (art. 167.3 4º párrafo LGSS), a «*cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación*» (art.168.1 LGSS) o, también, al «*alcance de la responsabilidad de los empresarios respecto a dicho pago*» (art. 167.3 LGSS). Se trata de un principio que asienta la responsabilidad «directa» del empresario, obligándole a hacerse cargo del pago de las prestaciones causadas por el beneficiario. Y que, como establece el citado artículo 167 LGSS opera en caso de «*incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización*» (apartado 2º).

Respecto del incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación o alta de los trabajadores, hay que tener en cuenta lo siguiente:

1) Según la LGSS, que «*el incumplimiento por parte de las empresas de las órdenes de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de las resoluciones de la Autoridad laboral en materia de paralización de trabajos que no cumplan las normas de seguridad y salud se equipará, respecto de los accidentes de trabajo que en tal caso pudieran producirse, a la falta de formalización de la protección por dicha contingencia de los trabajadores afectados, con independencia de cualquier otra responsabilidad o sanción a que hubiere lugar*» (art. 242 LGSS).

2) También según la LGSS, que «*el incumplimiento por parte de las empresas de la obligación de efectuar los reconocimientos médicos previos o periódicos [en puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales] la constituirá el responsable directa de todas las prestaciones que pueda derivarse, en tales casos, de enfermedad profesional, tanto si la empresa estuviera asociada a una mutua colaboradora de la Seguridad Social, como si tuviera cubierta la protección de dicha contingencia en una entidad gestora*» (art. 244.2 LGSS).

3) Que la regla de alta presunta de pleno derecho, actualmente establecida en el artículo 166.4 de la LGSS, a cuyo tenor «*los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen General se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiera incumplido sus obligaciones*», no enerva en modo alguno la responsabilidad directa del empresario por falta de alta del trabajador, puesto que el artículo 94.2 a) de la Ley General de 1966 expresamente impone que «*el empresario...será responsable de las prestaciones...por falta de afiliación o alta, sin que le exonera de esta responsabilidad el alta presunta de pleno derecho del número 3 del artículo anterior*».

Por lo que respecta al incumplimiento de las obligaciones en materia de cotización, este incumplimiento existente no solo si el empresario no cotiza sino también si no cotiza todo lo que se debe, la jurisprudencia laboral ha desarrollado por su cuenta la

indicación del artículo 167.3, párrafo 1º de la LGSS, relativo a una eventual atenuación de la responsabilidad del empresario en estos casos¹⁷, mediante la aplicación de dos principios, basados ambos en la eventual relevancia prestacional o no que pudiese tener el incumplimiento en materia de cotización cometido por el empresario. Así, en relación con los accidentes de trabajo, en los que el incumplimiento carecería de toda relevancia prestacional –visto, según la LGSS, que no se exigen periodos previos de cotización para causar derecho a las prestaciones derivadas de dicha clase de riesgo (art. 165.4 LGSS)- es de aplicación el denominado principio «de ponderación de la voluntariedad empresarial», que obliga a «distinguir según se trate de incumplimientos empresariales transitorios, ocasionales o involuntarios», de un lado, y los «incumplimientos definitivos y voluntarios, rupturistas o expresivos de la voluntad empresarial de no cumplir con su obligación de cotizar», de otro, para concluir que solo en este último caso existe verdadera responsabilidad empresarial en orden al pago de las prestaciones¹⁸.

En cambio, en materia de prestaciones cuya causación exija el cumplimiento de periodos previos de cotización (por ejemplo, incapacidad temporal, incapacidad permanente o muerte) opera el denominado principio de proporcionalidad, lo cual implica que en algunos casos, el empresario sea exonerado de la misma [el incumplimiento, por ejemplo, careciese de toda relevancia prestacional], y en otros supuestos que la responsabilidad sea compartida con la entidad gestora¹⁹, cuando la entidad o duración del incumplimiento son apreciables, pero las circunstancias del mismo no son particularmente graves. Puesto que de serlo la responsabilidad de pago debe ser soportada íntegramente por el empresario.

El principio de automaticidad de las prestaciones presupone el principio de responsabilidad empresarial, apareciendo regulado -con la denominación «anticipo de las prestaciones» o «pago anticipado»- en el artículo 167.3 de la LGSS.

Su mecánica es bien sencilla, puesto que: 1) en caso de responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones, las entidades gestoras o colaboradoras en la gestión de las mismas (Servicio Público de Empleo Estatal o Mutuas) le anticipan el pago de tales prestaciones al beneficiario; 2) tras esto, dichas entidades se subrogan en los derechos y acciones que pudiese tener el beneficiario afectado contra el empresario responsable; 3) como consecuencia de tal subrogación dichas entidades *«podrán utilizar frente al empresario responsable la misma vía administrativa o judicial que se hubiere seguido [por el beneficiario] para a efectividad del derecho y de la acción objeto de subrogación»* (art. 167.3 párrafo 4º).²⁰

Todo esto favorece al beneficiario, no solo porque le evita tener que pleitear contra el empresario incumplidor, sino también porque le garantiza el cobro de las

¹⁷ STS de 1 de febrero de 2000 (RJ 2000\1069).

¹⁸ BLASCO PELLICER, A., *La responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de seguridad social*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 35 y ss.

¹⁹ STS de 1 de febrero de 2000, RJ 2000/1436.

²⁰ STSJ de Baleares 359/2010 de 28 de septiembre (JUR 2010/394206); STSJ de Baleares 335/2010 de 22 de septiennre (JUR 2010/397041).

prestaciones, incluso el caso en el que el empresario fuese insolvente puesto que a tenor de lo dispuesto en el artículo 167.3, párrafo 1º, inciso 2º “*el indicado pago procederá, aun cuando se trate de empresas desaparecidas o de aquellas que por su especial naturaleza no puedan ser objeto de procedimiento de apremio*”.

No obstante este principio no cubre todos los supuestos de responsabilidad empresarial directa por incumplimiento de las obligaciones de afiliar, dar de alta o cotizar. En efecto, se aplica sin restricciones respecto de la totalidad de las prestaciones económicas, como ya preveía el artículo 95 de la LGSS de 1966, solo en los casos de responsabilidad empresarial por incumplimiento de la obligación de cotizar, sea este incumplimiento total o parcial. En cambio, en los casos de incumplimiento de las obligaciones de afiliar o dar de alta, siempre respecto de prestaciones económicas, solo juega:

1) Respeto a las prestaciones por desempleo, pues según la LGSS “*la entidad gestora ompetente pagará las prestaciones por desempleo en los supuestos de incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y de cotización, sin perjuicio de las acciones que pueda adoptar contra la empresa infractora y la responsabilidad que corresponda a ésta por las prestaciones abonadas*” (art. 220);

2) También respecto a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, en relación con las cuales se aplica la regla del alta presunta de pleno derecho del citado artículo 166.4 de la LGSS;

3) Por último, según jurisprudencia laboral unificada, respecto de aquellas prestaciones económicas derivadas de riesgos comunes a las que quepa acceder desde la situación de no alta, como en el caso de la pensión de jubilación, eso si, supuesto que el trabajador tenga derecho a ella por cumplir los requisitos de edad y cotización de 15 años, en cuyo caso y sin perjuicio de la responsabilidad empresarial que proceda, igualmente el INSS deberá proceder al anticipo de la pensión. Un ejemplo gráfico de lo dicho ha sido el contemplado por la STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de noviembre de 2011 en la que se declara la responsabilidad de la empresa por la totalidad de una pensión de incapacidad sin obligación de anticipo por parte de la entidad gestora.²¹

Dicho esto y centrándonos en el caso que nos ocupa, tan sólo se nos hace constar que el trabajador Don Alberto no está dado de alta en el régimen de la Seguridad Social, no existiendo constancia de haber sufrido ningún tipo de accidente que implique el derecho a la correspondiente prestación por parte de dicho trabajador. Así, a tenor de lo dispuesto en el art. 220 LGSS, se podrá adoptar acción contra la empresa, quien habrá de responder por la infracción que supone la falta de alta.

En cuanto al procedimiento para la imputación de responsabilidades en orden a las prestaciones, la LGSS se limita a indicar que «*corresponderá a la Entidad Gestora competente la declaración, en vía administrativa, de la responsabilidad en orden a las prestaciones cualquiera que sea la prestación de que se trate, así como de la Entidad*

²¹ GALA DURÁN, C., *La responsabilidad empresarial por incumplimientos de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997. pp. 94-123.

que, en su caso, deba anticipar aquélla o constituir el correspondiente capital coste» (art. 167.4 LGSS). Lo más frecuente es que estas declaraciones se hagan con ocasión de la tramitación a instancia del beneficiario, de procedimientos administrativos para la declaración del derecho a las prestaciones que cree haber causado aunque también cabe que sujetos distintos (por ejemplo, las Mutuas que hubiesen anticipado prestaciones) sean quienes insten de la Entidad Gestora la declaración de responsabilidad del empresario.

Las resoluciones administrativas sobre este tema resultan solo recurribles ante los Tribunales Laborales.

A modo de conclusión, podemos afirmar que los incumplimientos empresariales en materia de afiliación y alta generan la responsabilidad del empresario respecto del conjunto de la acción protectora²², con la singularidad de que, si el riesgo originado de la misma es de origen profesional, actúa el principio de alta de pleno derecho, del que deriva la automaticidad absoluta de las prestaciones y, por tanto, el anticipo de las mismas por parte de la entidad gestora o colaboradora²³.

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

El Sistema Público de Seguridad Social se basa en los principios de solidaridad interterritorial, financiera y de unidad de caja, que se aplican por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a través de sus múltiples organismos y órganos entre los que se encuentra, de modo destacado, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que es instrumento fundamental del control del cumplimiento de la normativa social (arts. 1 y 3.1 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social).

²² SSTS de 18 de enero de 2007 (RJ 2007/1744); 18 de octubre de 2011 (RJ 2012/524), SSTSJ de Galicia 1681/2011 de 25 de marzo (AS 2011/2144) y de Cataluña 648/2011 de 28 de enero (JUR 2011/162386).

²³ SSTSJ de la Comunidad Valenciana 801/2010 de 11 de marzo (AS 2010/1526), de Madrid 329/2010 de 22 de abril (AS 2010/1748), de Aragón 350/2010 de 12 de Mayo (AS 2010/2091) y del País Vasco 1818/2010 de 22 de Junio (JUR 2010/415394).

A diferencia de otras materias del orden social, donde la actuación inspectora tiene por misión fundamental la iniciación de procedimientos administrativos sancionadores, en materia de Seguridad Social el Inspector de Trabajo tiene, además, encomendada una función instrumental para la comprobación de todas aquellas cuestiones de hecho de ámbito externo que se producen con motivo de la intervención de las Entidades de Seguridad Social en cuanto a los derechos de los administrados o en relación a la recaudación de los recursos²⁴. Así, puede afirmarse que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social completa con su actuación las labores de gestión de la Seguridad Social encomendadas a otros organismos, comprobando aquellos hechos que sólo pueden conocerse mediante una investigación llevada a cabo en el espacio físico donde se producen o pueden constatarse, como el caso de la existencia de una insuficiente cotización o, en fin, en la falta de aseguramiento.

A la función inspectora de carácter instrumental, puede añadirse la iniciativa atribuida a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de impulsar determinados actos de gestión de la Seguridad Social que ponen en marcha un procedimiento administrativo, como sucede con las variaciones de datos en las inscripciones, altas y bajas, o en el recargo de prestaciones de Seguridad Social cuando –normalmente como consecuencia de un procedimiento sancionador a resultas de un accidente– se apreció la concurrencia de falta de medidas de seguridad o de salud en el trabajo.

A) Actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ante la situación del trabajador Don Francisco: procedimiento sancionador mediante acta de infracción.

Este procedimiento está regulado por el RD 928/1998, de 14 de mayo, y se instruye por el órgano competente para su resolución en primera instancia.

La imposición de las sanciones por infracciones a la normativa de orden social le corresponde a la autoridad laboral competente. La autoridad laboral puede ser un órgano con potestad sancionadora en esta materia de la Administración General del Estado o bien de la Administración de la Comunidad Autónoma. Tales sanciones son impuestas a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, previa instrucción del oportuno expediente y conforme a un procedimiento administrativo especial.²⁵

El procedimiento sancionador se inicia con la extensión de acta de infracción por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que es notificada a su titular o titulares.

²⁴ ALFREDO MATEOS BEATO, A., JIMÉNEZ, R.M., “Los problemas de coordinación procedimental de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con otros organismos en el Sistema público de Seguridad Social”. *Revista del Ministerio del Trabajo e Inmigración*, núm. 78, 2009, pp. 161 y ss.

²⁵ SÁNCHEZ GARCÍA, A., Procedimiento de oposición. Actas de Infracción. *Prevenir.com*, <http://prevenir.com/2013/01/21/sabes-como-recurrir-las-actas-de-infraccion-de-la-inspeccion-de-trabajo-y-seguridad-social-en-materia-de-prevencion-de-riesgos-laborales/>

Tras la visita del Inspector al centro de trabajo, se elabora dicho Acta, en el que se hace constar los hechos que ostentan presunción de certeza, es decir, se presumen ciertos, salvo que el destinatario del Acta aporte prueba en contrario.

Dicha presunción se circunscribirá a los hechos objetivos apreciados de manera directa por el Inspector, y no alcanzará a valoraciones, suposiciones o consideraciones subjetivas.

El Inspector deberá dejar constancia de las fechas de sus actuaciones comprobatorias, por cuanto las mismas pueden ser relevantes a la hora de apreciar posible caducidad del procedimiento.

Tras el relato fáctico, el Inspector indicará los preceptos a su juicio infringidos.

Finalmente, tipificará la sanción, determinando qué artículo del RDL 5/2000 entiende aplicable, establecerá su graduación y fijará la cuantía.

Por último, el Acta contendrá la información sobre el derecho que asiste al interesado de presentar alegaciones frente a la misma, indicando el plazo disponible y el organismo administrativo frente al cual presentar el escrito.

Si bien, el **contenido** mínimo viene recogido en el artículo 14 Real Decreto 928/1998 (según RD 772/2011):

a. Nombre y apellidos o razón social, domicilio, actividad, documento nacional de identidad, número de identificación fiscal, código de cuenta de cotización a la Seguridad Social y, en su caso, número de Seguridad Social de autónomos, del presunto sujeto infractor. Si se comprobase la concurrencia de responsable subsidiario o solidario, se hará constar tal circunstancia, fundamentación fáctica y jurídica de su presunta responsabilidad y los mismos datos exigidos para el sujeto responsable directo.

b. Los hechos comprobados por el funcionario actuante, con expresión de los relevantes a efectos de la tipificación de la infracción, los medios utilizados para la comprobación de los hechos que fundamentan el acta, y los criterios en que se fundamenta la graduación de la propuesta de sanción; asimismo, consignará si la actuación ha sido mediante visita, comparecencia o por expediente administrativo.

c. La infracción o infracciones presuntamente cometidas, con expresión del precepto o preceptos vulnerados, y su calificación.

d. Número de trabajadores de la empresa y número de trabajadores afectados por la infracción, cuando tal requisito sirva para graduar la sanción o, en su caso, calificar la infracción.

e. La propuesta de sanción, su graduación y cuantificación, que será el total de las sanciones propuestas si se denunciará más de una infracción. Se incluirán expresamente la propuesta de las sanciones accesorias que procedan como vinculadas a la sanción principal.

f. Órgano competente para resolver y órgano competente para realizar los actos de instrucción y ordenación del expediente sancionador y plazo para la interposición de las alegaciones ante éste.

g. Indicación del funcionario que levanta el acta de infracción y firma del mismo y, en su caso, visado del Inspector de Trabajo y Seguridad Social con su firma e indicación del que la efectúe.

h. Fecha del acta de infracción.

Es preciso señalar que una misma Acta de Infracción puede contener varias propuestas de sanción, cuyo importe se sumará en la propuesta final.

Frente al Acta de Infracción podrá formularse escrito de alegaciones en un plazo de quince días hábiles desde la notificación de la misma (art. 17.1 RD 928/1998).

En el Escrito de Alegaciones y en los sucesivos trámites, se podrán formular varias pretensiones, tales como: que se deje sin efecto y anule el Acta; que se califique en grado inferior ya sea la infracción o la sanción, esta última a tenor de la inaplicabilidad de las circunstancias agravantes del artículo 39 del RDL 5/2000; que se imponga la sanción en la cuantía mínima correspondiente al grado apreciado.

No obstante, dada la presunción de certeza anteriormente comentada, cuando los hechos reflejados en el Acta sean indiscutibles, las posibilidades de conseguir su anulación serán escasas, y se limitarán a cuestiones formales, procedimentales o jurídicas. Si bien, la mayoría de las deficiencias no comportarán la nulidad del Acta, al ser subsanables; o en caso de anulación, podrán dar lugar a una nueva Acta basada en los mismos hechos. En cuanto a cuestiones procedimentales, pasarían por comprobar el cumplimiento de los plazos administrativos, con especial atención a la posible caducidad del expediente.

Una vez se tiene el Acta de Infracción, el organismo administrativo puede solicitar informe al Inspector de Trabajo que la emitió, en cuyo caso se suspenderá el procedimiento administrativo por el tiempo de elaboración del informe, no pudiendo exceder de tres meses, y previa comunicación al interesado.

A la vista del informe, se podrá conceder plazo (tres días) para formular nuevas alegaciones.

La propuesta de sanción del Inspector, deberá ser confirmada por Resolución Administrativa en el plazo de seis meses a contar desde la fecha del Acta (art. 20.3 RD 928/1998).

Como ya se ha indicado, dicho plazo podrá ampliarse por el tiempo que utilizara el Inspector en elaborar su informe, con el máximo de tres meses.

Transcurrido este plazo sin mediar Resolución, ni causa de suspensión legal o imputable a los interesados, se considerará la caducidad del expediente (art. 20.3 RD 928/1998).

De mediar resolución, ésta estimará total o parcialmente las alegaciones (anulando o reduciendo el importe de sanción), o las desestimará, confirmando la sanción.

En caso de ratificar la sanción, se requerirá al sujeto sancionado, el abono en el periodo voluntario de 30 días hábiles desde el siguiente a la notificación de la resolución (art. 25.1 RD 928/1998).

El pago de la sanción quedará suspendido en caso de formularse recurso de Alzada en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de la notificación de la Resolución, ante el organismo competente en ella indicado.

Se trata de un plazo de los llamados preclusivos, es decir, de no interponerse recurso de alzada en tiempo, decaerá el derecho del interesado.

Si el recurso se presenta fuera de plazo será desestimado por presentación extemporánea, y quedará cerrado el posterior acceso a la vía judicial.

Por ello, resulta de vital importancia conocer la fecha de notificación de la Resolución, el sello de entrada, por cuanto determinará el plazo máximo de presentación del recurso.

El plazo para resolver el Recurso de Alzada será de tres meses.

La falta de resolución o silencio administrativo, deberá entenderse en sentido negativo, es decir, desestimatorio del recurso.

La desestimación del recurso, sea expresa o por silencio, pondrá fin a la vía administrativa previa, y permitirá el acceso a la vía judicial mediante interposición de Recurso Contencioso-Administrativo.

En cuanto al pago de la sanción:

– Si se obtuvo Resolución expresa denegatoria, la misma adjuntará la orden de pago, que tendrá carácter ejecutivo.

En este momento, si no se pretende ir a juicio, se deberá abonar el importe de la sanción.

Si se pretende ir a juicio, las posibilidades serían, abonar la cantidad (la más recomendable), constituir aval (genera intereses) o solicitar del Juzgado la suspensión de la ejecución de la sanción (de difícil éxito).

– Si la desestimación fue por silencio administrativo, al no mediar Resolución ni orden de pago, se podrá acudir a la vía judicial.

La sanción debería pagarse tan pronto llegue la Resolución, o a la vista de la sentencia.

Tras la anterior aclaración, por lo que respecta al órgano competente para la resolución del acta de inspección, pueden distinguirse dos situaciones diferentes:

a) Acta de infracción no acompañada de acta de liquidación

Si el acta de infracción por la falta de alta de un trabajador no va acompañada de acta de liquidación, resuelve el Jefe de Inspección Provincial, como autoridad competente (Disposición Adicional Única del RD 928/1998) en primera instancia, y se sigue la tramitación general de las actas de infracción, siendo competente en alzada el Director Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, o en su caso, por razón de la cuantía, la autoridad superior (art. 23 del RD. 928/1998, en relación con el art. 48 del Texto Refundido de la LISOS).

b) Acta de infracción acompañada de acta de liquidación

Si el acta de infracción es concurrente por los mismos hechos con el acta de liquidación, ambas actas se tramitan conjuntamente a través del procedimiento previsto para las actas de liquidación en el art. 33 del RD 928/1998 y se resuelven por el Jefe de la Unidad Especializada de Seguridad Social de la Inspección Provincial [arts. 31.4 de la Ley General de la Seguridad Social y 34.1.d) del RD 928/1998]. En vía de recurso, es competente el Director Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

En ambos casos es posible que, al amparo de lo establecido en el art. 148 d) LJS, el acta de infracción se impugne por el sujeto presuntamente responsable alegando e intentando probar que la naturaleza jurídica de la relación contractual no es de carácter laboral. Si esto se produce, la autoridad laboral como órgano competente para resolver el acta de infracción, puede iniciar el procedimiento de oficio que concluirá con una resolución judicial sobre el carácter de la relación jurídica entre empresa y trabajador.

El art. 148 d) LJS debe ponerse en relación con el art. 7.12 de la Ley 42/1997 que permite al Inspector de Trabajo, como medida derivada de la actividad inspectora, «proponer a su respectivo Jefe la formulación de demandas de oficio ante la Jurisdicción de lo Social en la forma prevista en la Ley reguladora de dicho Orden Jurisdiccional». Por su parte, el art. 6 del RD 928/1998, de 14 de mayo, sobre procedimiento sancionador por infracciones del orden social y sobre expedientes liquidatorios de cuotas de Seguridad Social desarrolla esta disposición, remitiéndose a la LJS y advirtiendo que la tramitación de los expedientes sancionadores quedará en suspenso hasta que la sentencia sea firme.

Junto a lo anterior, el artículo 3 f) LJS excluye del ámbito sustantivo del orden social el conocimiento y resolución de las cuestiones «relativas a las actas de liquidación y de infracción». Esta modificación significa que el acta de infracción y liquidación sobre la afiliación o alta de un trabajador, se resuelve directamente por los órganos administrativos competentes sin intervención del Orden Jurisdiccional Social (salvo que se inicie el proceso de oficio), siendo competente, en su caso, para conocer sobre la cuestión previa relativa a la existencia o no de relación laboral, el Orden Contencioso-Administrativo en el supuesto de que se formule el correspondiente recurso.

En todo caso, nada impide que durante la tramitación del procedimiento contencioso- administrativo el trabajador afectado haya formulado demanda ante el Orden Social en reclamación de sus derechos laborales, por ejemplo, en materia de retribución o resolución del contrato, y el Juzgado de lo Social haya dictado sentencia, resolviendo, si se plantea, con criterio diferente al del acta de infracción la cuestión relativa a naturaleza (laboral o no) de la relación jurídica mantenida con la empresa, sin que existan mecanismos de coordinación jurisdiccional que eviten contradicciones como las señaladas.

Por lo que respecta a la situación de trato vejatorio por parte del empresario, D. Fernando, al trabajador, D. Francisco, puede implicar la comisión de un ilícito penal. Ante esta situación, la autoridad laboral y la Inspección de Trabajo deben velar por el cumplimiento de los deberes de colaboración e información con el ministerio fiscal en los casos de concurrencia con el orden jurisdiccional penal (art. 3 RD 5/2000).

El artículo 5.1 del RD 928/1998 establece que: *“cuando el funcionario actuante considere que los hechos que han dado lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador pudieran ser constitutivos de ilícito penal, remitirá al Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, informe con expresión de los hechos y circunstancias y de los sujetos que pudieran resultar afectados”*. *“Si el Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social estimase la concurrencia de ilícito penal, lo comunicará al órgano competente para resolver, quien acordará, en su caso, la remisión del expediente al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo sancionador [...] hasta que el Ministerio Fiscal, en su caso, resuelva no interponer acción o le sea notificada la firmeza de la sentencia o auto de sobreseimiento que dicte la autoridad judicial”*.

El artículo 7 del RD 928/1998 dispone que *“la comunicación trasladando el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal, cuando las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, interrumpe la prescripción hasta que se notifique a la Administración competente la firmeza de la resolución judicial que recaiga, o hasta que el Ministerio Fiscal comunique su decisión de no ejercitar la acción penal”*.

B) Actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ante la falta de afiliación del trabajador Don Alberto.

Cuando un Inspector de Trabajo y Seguridad Social o un Subinspector de Empleo y Seguridad Social comprueban que un trabajador por cuenta ajena no está afiliado o dado de alta, de acuerdo con el art. 7 de la Ley 42/1997, puede promover los siguientes procedimientos:

A) Procedimiento sancionador (art. 7.4): desarrollado en el supuesto del trabajador D. Fernando.

B) Procedimiento de liquidación. (art. 7.4)

C) Procedimiento de oficio ante la TGSS, para la afiliación o alta (art. 7.5).

Este procedimiento está regulado en los arts. 29 a 33 del RD 928/1998, y tiene su fundamento en el art. 31.1.a) de la Ley General de la Seguridad Social.

El órgano inspector es competente, con carácter general, para «*iniciar expedientes liquidatorios por débitos a la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta, mediante la práctica de actas de liquidación*». El art. 31.1.a) de la Ley General de la Seguridad Social establece que procederá levantar acta de liquidación cuando se constaten deudas por cuotas originadas por la falta de afiliación o alta de los trabajadores en cualquiera de los Regímenes de la Seguridad Social.

Hay que tener presente que el procedimiento liquidatorio es concurrente con el acta de infracción, cuando, por los mismos hechos, se estime que la conducta del sujeto presuntamente responsable se inscribe en el supuesto de hecho sancionable (arts. 31.4 de la Ley General de la Seguridad Social y 34 RD 928/1998, de 14 de mayo). Ahora bien, es posible que se levante únicamente el acta de liquidación, cuando se estime por el órgano inspector que la conducta empresarial no es merecedora de sanción, aunque lleve aparejada la liquidación de cuotas debidas por el sujeto responsable durante el período que se estime de prestación de servicios del trabajador. En este procedimiento, el órgano instructor y resolutorio es el Jefe de la Unidad Especializada de Seguridad Social, y en vía de recurso, el Director Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

En resumen, en materia de recaudación de cuotas derivada de la falta de alta y reclamadas por el acta de liquidación, convergen las competencias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de la TGSS (arts. 30 a 32 de la LGSS), sin que la regulación normativa que la desarrolla afronte una coordinación adecuada en el ámbito de los respectivos procedimientos.

Procedimiento de oficio ante la TGSS, para la afiliación o alta de los trabajadores.

El art. 7 de la Ley 42/1997, relativo a las «*medidas derivadas de la actividad inspectora*», reconoce, entre otras, la de iniciar el procedimiento sancionador y los expedientes liquidatorios por débitos a la Seguridad Social, y, expresamente, la de «*promover procedimientos de oficio para la inscripción de empresas, afiliación y altas y bajas en el Régimen correspondiente de la Seguridad Social*».

No obstante este reconocimiento, en la práctica no existe una regulación adecuada para la coordinación funcional de la actuación de ambos Organismos, acentuándose la problemática en el examen de los procedimientos administrativos derivados de dichas actuaciones.

La TGSS responde a la notificación de las actas de liquidación con la actuación de oficio establecida en los arts. 23, 26.2 y 29.1 del RD 84/1996, de 26 de enero, debiendo, si procede en su caso, reconocer la condición del trabajador como sujeto incluido en el Sistema (art. 6.1, afiliación), o en el Régimen procedente (art. 7.1, alta), con los derechos y obligaciones correspondientes.

Llegados a este punto debe recordarse que el procedimiento del acta de liquidación se regula en el RD 928/1998, mientras que el RD 84/1996, de 26 de enero, regula el procedimiento administrativo en el que interviene la TGSS sobre la falta de afiliación o alta, y en él se reconoce a ésta la competencia para la ejecución y gestión de la inscripción de empresas, y para el reconocimiento del derecho a la afiliación, alta o baja en la Seguridad Social, así como la instrumentación de los actos de encuadramiento(arts. 20 y 33.1).

En los arts. 23 y 26.1 del RD 84/1996, se reconoce la competencia de la TGSS para la afiliación de oficio de los trabajadores cuando, como consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se compruebe el incumplimiento de la empresa. En el art. 29.1.3º del RD 84/1996, relativo a las altas y bajas de los trabajadores, se establece la actuación de oficio por la TGSS para el caso de incumplimiento por la empresa de sus obligaciones, en los mismos términos que el art. 26 dispone para la afiliación. En los art. 33.2 y 63 del RD 84/1996, se determina expresamente que cuando proceda la desestimación de la afiliación, alta o baja, la TGSS adoptará la resolución motivada en el plazo máximo de 45 días, de acuerdo con las Leyes 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En la actualidad, puede darse la circunstancia de que el criterio mantenido en el procedimiento del RD 928/1998 sobre el acta de liquidación en cuanto a la procedencia de afiliación o alta de un presunto trabajador no sea compartido por la TGSS, quien puede denegar en su Resolución fundadamente la inclusión en el Régimen General del afectado, en el marco del procedimiento regulado en el RD 84/1996.

En ninguno de los dos procedimientos administrativos se prevé algún tipo de comunicación entre distintos órganos (Inspección de Trabajo y Seguridad Social y TGSS) que tienen plena y exclusiva competencia en sus ámbitos respectivos, a pesar de que intervienen en una misma materia: la determinación de la procedencia o no de la afiliación o alta del trabajador.

La unificación competencial a favor del Orden Contencioso Administrativo determina que, a la postre, la solución definitiva compete a este orden jurisdiccional y no al social. Por ello, debería buscarse una solución procedimental a través de la reforma de ambos Reglamentos (RRD 928/1998 y 84/1996). En cualquier caso, la intervención de la TGSS, al menos como parte en el expediente liquidatorio, debería ser imprescindible, no sólo por la competencia general que tiene reconocida en la recaudación de los recursos, sino porque a dicho organismo le corresponde la competencia en la afiliación, alta o baja de los trabajadores afectados; y no debe olvidarse que el acto administrativo en el que se reconoce la constitución de la relación jurídica de la Seguridad Social es la resolución administrativa de la TGSS, y que el acta de liquidación de cuotas, aunque motive otros efectos, tiene el carácter de factura o exigencia de cuotas debidas en una situación en la que se estima por el órgano inspector que se ha incumplido por la empresa como sujeto obligado, el acto formal de establecer la relación jurídica de Seguridad Social, sobre la que debe pronunciarse la TGSS como órgano competente.

Por consiguiente, cuando la Inspección constata la existencia de deudas podrá, según los casos, proceder de la siguiente manera:

- Requerir al sujeto responsable el ingreso de su pago, absteniéndose en tal caso de iniciar expediente sancionador y liquidatorio²⁶. Este requerimiento puede formularse mediante diligencia en el Libro de Visitas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o mediante notificación de escrito ordinario, indicándose en todo caso los elementos esenciales de determinación de la deuda, plazo para su ingreso y la obligación de justificar documentalmente ante la Inspección la efectividad de tal ingreso²⁷.

El ingreso de la deuda por cuotas contenidas en el requerimiento será hecho efectivo en el plazo que se determine, el cual no será inferior a un mes ni superior a cuatro meses. En caso de incumplimiento del requerimiento se procederá a extender acta de liquidación y de infracción por impago de cuotas.

-Iniciar el procedimiento liquidatorio, mediante la extensión de Acta de Liquidación de Cuotas. Las Actas de Liquidación son extendidas cuando las deudas son originadas por:

- Falta de afiliación o alta de los trabajadores en cualquiera de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social.
- Diferencias entre lo que debió ingresarse y lo efectivamente ingresado.
- Por derivación de responsabilidad del sujeto obligado al pago en los supuestos previstos en la Ley.
- Aplicación indebida de las bonificaciones en las cotizaciones de la Seguridad Social, previstas reglamentariamente para la financiación de las acciones formativas del subsistema de formación profesional para el empleo.

-Comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social la deuda constatada mediante la extensión de propuesta de liquidación, a efecto de que por dicho organismo se efectúen las correspondientes reclamaciones de cuotas al sujeto deudor²⁸.

²⁶ Art. 35.1 RD 928/1998

²⁷ Art. 35.2 RD 928/1998

²⁸ Art. 30.3 RD 928/1998.

Las deudas por cuotas a la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta prescriben a los cuatro años, contándose a partir del día siguiente al del mes en el que debieron ingresarse tales cuotas.

C) Actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el procedimiento para el recargo de prestaciones, ante el incumplimiento de las condiciones de seguridad e higiene.

Por otro lado, pese a no haber constancia en el supuesto de la concurrencia de ningún accidente, en caso de existir el mismo, de manera que procediese el recargo de las consiguientes prestaciones, la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sería la siguiente:

El art. 123 de la LGSS establece la posibilidad de imposición del recargo de prestaciones cuando el accidente de trabajo tenga su causa en el incumplimiento de las medidas de seguridad y salud en el trabajo exigibles a la empresa 54.

El RD 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla en materia de incapacidades el Sistema de la Seguridad Social, atribuye en su art. 1 e) la competencia al Instituto Nacional de Seguridad Social para declarar la responsabilidad empresarial que proceda por falta de alta, cotización, o medidas de seguridad e higiene en el trabajo, y determinar el porcentaje, en que, en su caso, hayan de incrementarse las prestaciones económicas. El procedimiento para el reconocimiento del recargo se regula en los arts. 4, 5 y 6, del citado RD 1300/1995, y se completa con la OM de 18 de enero de 1996. Por su parte, la ley 42/1997, 11 de noviembre, reconoce (art. 7.8) entre las funciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, «*instar al órgano administrativo competente la declaración del recargo de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional causados por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*».

La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en orden a la declaración del recargo permite establecer el siguiente iter:

- En cuanto al inicio del procedimiento, se contempla la posibilidad de que se realice de oficio por la entidad gestora o a instancia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por solicitud del interesado o de las Mutuas de Accidentes de Trabajo o de las empresas colaboradoras. La competencia para iniciar el procedimiento también se establece a favor de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el art. 27 del RD 928/1998, de 14 de mayo.

- Respecto del alcance y contenido de la propuesta de iniciación instada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el RD 1300/1995 es muy parco en su formulación, ya que se limita a exigir en su art. 4.1 a) la «petición razonada de la Inspección», sin más detalle. En los mismos términos se pronuncia la OM de 18 de enero de 1996, cuyo art. 5.1 b) contempla la «iniciación de oficio» como una de las especialidades del procedimiento, siendo el art. 7.1 d) de la OM, en relación con las actividades de instrucción del expediente, el que establece que en las solicitudes de

declaración de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene «se requerirá de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el informe correspondiente sobre los hechos y circunstancias concurrentes, disposiciones infringidas y la causa concreta de las enumeradas en el art. 123.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, así como el porcentaje de recargo que estime procedente.» Se añade además, que «dicho informe deberá expresar si también consta la iniciación de un procedimiento judicial en vía penal referido a los mismos hechos». Nótese la ausencia de cualquier referencia al «empresario infractor» a que se refiere el art. 123 de la LGSS como un dato básico y problemático del expediente. La lectura del precepto da la impresión que el procedimiento del recargo tiene naturaleza sancionadora, al solicitarse en el informe el dato de la existencia de un procedimiento judicial penal para evitar con ello, sin duda, la posible doble sanción administrativa y penal, lo que llevará aparejado, en caso afirmativo, la suspensión del procedimiento del recargo. Sin embargo, si es este el sentido que cabe atribuir al informe, se olvida en este punto de la referencia al acta de infracción que, también sin duda, se habrá levantado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y que quizá debería dar lugar también a la suspensión del procedimiento del recargo, para no incurrir en la prohibición del principio non bis in idem, en el sentido reseñado por la jurisprudencia constitucional²⁹.

- El RD 928/1998, de 14 de mayo, dedica el art. 27.1 a la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con el recargo de prestaciones. En el primer párrafo contempla la legitimación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el inicio del procedimiento, pero omite cualquier referencia a su naturaleza sancionadora o indemnizatoria, aunque declara expresamente «la compatibilidad del recargo con la responsabilidad administrativa, penal o civil que derive de los hechos constitutivos de la infracción», de donde se deduce que, a diferencia del RD 1300/1995, se niega su posible naturaleza sancionadora. A tal efecto, y a sensu contrario, el art. 5 ordena la suspensión del procedimiento sancionador administrativo cuando concurra la sanción propuesta por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con la actuación del Ministerio Fiscal en el ámbito penal.

- El art. 27.2 del RD 928/1998 se refiere al contenido del informe-propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, reproduciendo el art. 7.1 d) de la OM de 18 de enero 1996, pero omitiendo la referencia al dato final sobre la posibilidad de tramitación del procedimiento penal. Se añade que si habiendo practicado acta de infracción hubiese recaído resolución de la autoridad laboral, dicha resolución se aportará al expediente, «y si no se hubiese practicado previamente el acta de infracción, en el informe propuesta se justificará razonadamente tal circunstancia». Este último punto, puede resultar confuso porque si de la investigación de un accidente de trabajo no resulta a juicio del órgano inspector ninguna infracción administrativa que implique el extender acta de infracción, difícilmente se formalizará desde la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el denominado informe-propuesta, que es el documento que permite iniciar el expediente del recargo de acuerdo con las previsiones contenidas en el RD 1300/1995. Por ello, a nuestro juicio sería mucho más adecuado que el informe-propuesta se limitara a ser un mero informe (suprimiendo el término propuesta), de tal modo que –a fin de evitar contradicciones entre la actuación de la Inspección de Trabajo

²⁹ STC 69/2003 (RTC 2003\69).

y Seguridad Social y la del INSS– el expediente del recargo se iniciase por cualquier otro sujeto legitimado para ello distinto de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

- Puede suceder, que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no inicie el expediente para el reconocimiento del recargo, sino que deba remitir el informe con el contenido de las actuaciones practicadas, entre cuya documentación podrá estar el acta de infracción si se ha estimado que la empresa incumplió la normativa de prevención de riesgos laborales. En todo caso, ha de tenerse en cuenta a la hora de resolver el expediente sobre el recargo de prestaciones por el INSS que la imputación de esta responsabilidad está sometida a unos criterios que no tienen por qué coincidir con los mantenidos por el órgano inspector al extender el acta de infracción, ya que ésta puede (y debe) referirse a circunstancias de hecho en los que se aprecie incumplimiento a normativa de prevención, pero en las que no se aprecie relación de causalidad de ninguna clase entre las infracciones apreciadas y las lesiones producidas en el siniestro. A este respecto, no puede olvidarse que entre los requisitos establecidos para que se produzca la responsabilidad empresarial por el recargo, fundamentalmente se establecen dos: el daño o lesión con resultado de muerte o incapacidad del trabajador, reconocido por el Sistema de Seguridad Social, causado por un accidente de trabajo o de enfermedad profesional, y el nexo de causalidad adecuada entre el hecho lesivo para la vida o integridad física del trabajador y la omisión por parte del empresario de aquellas medidas de seguridad obligatorias, de tal modo que éste pueda ser considerado como empresario infractor.

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

El 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 (LISOS), contiene las sanciones e infracciones referentes al orden social.

Su denominación pone de relieve que la potestad sancionadora que regula, la ejercita la Administración Laboral, en cuanto que poder público, y por tanto, se pretende diferenciarla con claridad de la potestad sancionadora privada que el empresario tiene sobre sus trabajadores, regulada así en el artículo 58 del ET con la rúbrica «faltas y sanciones de los trabajadores». El calificativo orden social determina que no solo se refieren a las infracciones de las normas laborales en sentido estricto, sino a las

infracciones de todas las normas susceptibles de ser aplicadas por los tribunales laborales.

Ahora bien, aunque las infracciones y sanciones en el orden social son de naturaleza administrativa, también es cierto que revisten un carácter especial, razón por la cual aparecen reguladas en esta Ley.

En cualquier caso, sujeta la potestad sancionadora especial a los mismos principios por los que se rige la común: principio de legalidad, principio de tipicidad, principio de irretroactividad, principio de responsabilidad, principio de proporcionalidad, principio de prescriptibilidad y, por último, principio «*non bis in ídem rem*».

Según el principio de legalidad, deben las infracciones y sanciones administrativas estipularse en normas de rango legal, por el principio de tipicidad entendemos que deben estas normas mostrar de forma concreta su naturaleza, supuesto, sanción y graduación de la sanción; mediante el principio de «*non bis in ídem rem*» se impide sancionar dos o más veces a un sujeto por un mismo hecho con la misma fundamentación, se debe probar la culpa y la existencia de la infracción, pues en base a la presunción de inocencia toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario, además el principio de irretroactividad impide la retroactividad de las normas sancionadoras y el de proporcionalidad insta a la existencia de una proporcionalidad entre graduación de la sanción y gravedad del hecho.³⁰

La sanción por antonomasia es la multa administrativa, donde se refleja el principio de proporcionalidad al clasificar las sanciones en leves, graves y muy graves en consonancia con el carácter igualmente leve, grave o muy grave de la infracción cometida.

Si bien, se establecen dos tipos de sanciones, unas básicas y otras accesorias. En cuanto a las primeras, el artículo 39 LISOS establece que las sanciones se pueden imponer en su grado mínimo, medio y máximo, atendiendo a una serie de circunstancias o «criterios de objetivación» (atenuantes o agravantes) que el mismo artículo enumera, y entre los que destacan la «negligencia e intencionalidad del sujeto infractor», «la cifra de negocios de la empresa» o el «número de trabajadores afectados». A continuación, el artículo 40 establece una tabla de la cuantía de las sanciones.

Por lo que respecta a las accesorias, de acuerdo con los artículos 23.3 y 46 LISOS, a los empresarios que hubieren cometido infracciones muy graves en relación con las prestaciones por desempleo se les podrán aplicar las siguientes sanciones: pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, y exclusión del acceso a tales beneficios por un período máximo de un año.³¹

³⁰ SALA FRANCO, T., *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

³¹ MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A., CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho del Trabajo*, pp. 497 y ss.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 2.2.1 de la LISOS, el empresario es responsable por una serie de actuaciones tipificadas en la presente Ley.

No obstante, en función de la normativa de orden social infringida, se distinguen diferentes tipos de infracciones administrativas:³²

- **Infracciones laborales:** se incluyen aquí las acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de relaciones laborales, tanto individuales como colectivas, de colocación, empleo, formación profesional ocupacional, de trabajo temporal y de inserción laboral. También se incluyen en este apartado las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, las acciones u omisiones de los empresarios, de las entidades que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas, las auditoras y las formativas en dicha materia y ajenas a las empresas, así como las de los promotores y propietarios de obra y los trabajadores por cuenta propia, que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad laboral sujetas a responsabilidad, las infracciones en materia de derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria y las derivadas de incumplimiento de las obligaciones relativas a las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados temporalmente a España en el marco de una prestación transnacional.

- **Infracciones en materia de Seguridad Social:** son las referentes a las acciones y omisiones de los sujetos responsables contrarias a la normativa legal y reglamentaria que regula el sistema de la Seguridad Social.

- **Infracciones en materia de emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros.**

- **Infracciones en materia de sociedades cooperativas.**

- **Infracciones por obstrucción a la labor inspectora:** comprende las conductas que perturban, retrasan o impiden el ejercicio de las funciones de vigilancia y control del cumplimiento de la normativa del orden social que tienen encomendadas los Inspectores y Subinspectores.

No obstante, debemos referirnos, por lo pertinente al caso presente, a los dos primeros tipos de infracciones.

En este sentido, respecto a las infracciones laborales, las actuaciones emprendidas por el empresario D. Fernando se pueden encajar en dos de las subsecciones que abarca la Ley. Por un lado, «las infracciones en materia de relaciones laborales individuales y colectivas» (artículos 6, 7 y 8), y por otro lado «las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales» (Artículos 11, 12 y 13), que en base al principio de proporcionalidad, se hace una distinción nuevamente entre leves, graves y muy graves.

³² Gobierno de España. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. [Web en línea]. [Consulta: 16/05/2016]. Disponible en:

http://www.empleo.gob.es/es/Guia/texto/guia_10/contenidos/guia_10_21_2.htm

A tenor de lo dispuesto en el artículo 7.5 LISOS, supone una infracción grave «*la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores*». Por consiguiente, al no cumplirse con el horario establecido en el contrato de trabajo, llegando incluso a excederse de cuarenta horas semanales, no siendo las mismas retribuidas ni cotizadas en la Seguridad Social, así como no disponer el trabajador de los oportunos descansos, encaja en la infracción grave regulada en el mencionado artículo.

La sanción correspondiente a esta infracción, tal y como aparece regulado en el artículo 40.1.b LISOS será la multa, pudiendo ser: de 626 a 1.250 euros en su grado mínimo, de 1.251 a 3.125 euros en su grado medio; y de 3.126 a 6.250 euros en su grado máximo.

El artículo 8.11 LISOS establece que supone una infracción muy grave «*los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores*». Es preciso traerlo a colación puesto que el jefe y dueño de la sociedad, D. Fernando, trata de manera vejatoria, incluso procediendo a amenazar a D. Francisco, ocasionando que trabaje bajo coacción. Fruto de ello, sufre diversas lesiones de carácter psicológico, hasta el punto de diagnosticársele la baja, con el correspondiente informe médico, en el que se alude fundamentalmente al estado de estrés y la depresión en la que se encuentra inmerso. Por tanto, el trato vejatorio que ha sufrido D. Francisco, atenta contra su dignidad, por lo que el empresario es autor de la comisión de una infracción de carácter muy grave.

Por otra parte, el artículo 173.1 CP dispone que: «*el que infringiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años*».

«*Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima*». No obstante, y en diversas ocasiones los Tribunales han aplicado el tipo de trato degradante del artículo 173.1 CP a supuestos expresamente identificados como mobbing o acoso laboral³³. En todos los casos uno o varios sujetos realizan de manera reiterada y persistente en el tiempo una multitud de conductas orientadas a doblegar la voluntad del trabajador para que abandone su puesto de trabajo. Se insiste en que si bien cada incidente en aislado puede hasta no tener relevancia penal, su consideración conjunta revela un claro y prolongado menoscabo de la libertad de la víctima que desemboca en un grave atentado contra su integridad moral y dignidad. En todos los casos analizados, el trabajador acosado sufre algún tipo de lesión psíquica por la que recibe tratamiento médico. Al igual que en los casos de acoso no laboral, la lesión psíquica no se considera exigencia del tipo y cuando se castiga, lo que no siempre sucede, se hace por la vía del concurso del art.177. Con

³³ SAP de Madrid 4/2010 de 29 de enero (Rec. 23/2009); SAP de Granada 663/2006 de 24 de octubre (Rec. 269/2006).

todo, el menoscabo en la salud mental de la víctima se entiende como revelador del daño que la misma ha sufrido en su integridad moral a consecuencia del trato recibido.

Asimismo, también es infracción muy grave, «*la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente*» (art. 8.2 LISOS). En el supuesto presente, y tal como ha quedado puesto de manifiesto con anterioridad, el trabajador es despedido fruto de una represalia por acudir a la inspección de trabajo, viéndose por consiguiente vulnerado su derecho de garantía de indemnidad. Por tanto, el despido al ser considerado nulo por vulneración de un derecho fundamental contemplado en el artículo 24.2 de la Constitución Española.

Las infracciones precedentes, al suponer infracciones de carácter muy grave, les corresponde una sanción de 6.251 a 25.000 euros (en su grado mínimo); de 25.001 a 100.005 euros (en su grado medio); y de 100.006 a 187.515 euros (en su grado máximo) (art. 40.1 c LISOS).

En atención a la situación que pone de manifiesto el supuesto de hecho en el que se afirma que «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», no disponemos de información suficiente, siendo la misma de carácter muy abierto y genérico, para poder encajarla adecuadamente en alguno de los supuestos concretos contemplados en los artículos 11 a 13 de la LISOS. No obstante, el artículo 1.3 de la misma, determina que el calificativo de leve, grave o muy grave, es en atención a la naturaleza del deber infringido y la entidad del derecho afectado. Concretamente, en este caso resultaría determinante el hecho de que por tal omisión se derive riesgo para la integridad física o salud de los trabajadores. No obstante, reitero la falta de información para precisar el ilícito concreto.

Respecto a la sanción que correspondería imponer, una vez determinada la infracción, a efectos de su graduación, se tendrán en cuenta una serie de criterios contemplados en el artículo 39.3 LISOS, como la peligrosidad de la actividad desarrollada, la gravedad de los daños producidos, o el número de trabajadores afectados.

Así, el artículo 40.2 LISOS dispone las siguientes sanciones, en base al carácter leve, grave o muy grave de la infracción:

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

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

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

No obstante, es preciso señalar que el hecho de que no se den las condiciones de higiene y seguridad necesarias puede dar lugar a la apertura de la vía Penal en caso de que tuviese lugar un accidente laboral y se diesen determinados supuestos o requisitos establecidos en el código penal, el primer de ellos no facilitar los medios

idóneos y necesarios para que los trabajadores desempeñen su trabajo con las medidas de seguridad e higiene adecuadas.

Por ello, en caso de existencia de accidente de trabajo causada por falta de medidas de seguridad e higiene, puede ser sancionado por la vía administrativa, penal, social y civil. Aunque la jurisdicción penal absuelva a la empresa de responsabilidad criminal, los mismos hechos pueden ser considerados en el ámbito sancionador administrativo o social puesto que tienen en cuenta elementos de valoración diferente y autónomos, entre los que cabe destacar la validez formal y material del acta de inspección de trabajo y los efectos de presunción de certeza de la que goza ésta. Es aquí donde entra en aplicación el principio *non bis in idem* puesto que un sujeto no puede ser sancionado dos veces por un mismo hecho.

Así corresponderá a la vía administrativa la parte concerniente a un accidente laboral que va a ser discutida por los órganos de lo contencioso administrativo. Como concepto general, según el artículo 9.4 de la LOPJ, la jurisdicción contencioso administrativa conoce de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las administraciones públicas sujeta a derecho administrativo. También pertenece a esta vía las responsabilidades administrativas imputables al empresario derivadas de las infracciones administrativas imputables al empresario derivadas de las infracciones administrativas, siendo estas según el artículo 5 de la LISOS «*las acciones u omisiones de los diferentes sujetos responsables que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo sujetas a responsabilidad conforme a esta ley*».

Respecto a la vía penal, el artículo 42 LPRL establece que «*el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades penales*». Para que pueda darse la existencia de responsabilidad penal, debe producirse un ilícito penal y ser condenado por ello a los sujetos titulares de dicha responsabilidad, además remarcar como sostiene la STS de 10 de abril de 2001 «*no puede haber responsabilidad criminal sin dolo o culpa: no hay responsabilidad sin culpabilidad*»³⁴.

El ilícito penal se da por la existencia de un riesgo o peligro que ataque a la vida, salud o integridad física de los trabajadores, aunque no se produzca el resultado lesivo.

La conducta típica consiste en la omisión de los medios necesarios para hacer que la actividad laboral se desempeñe de modo seguro e higiénico. Estamos ante una norma penal en blanco a complementar con las disposiciones laborales en la materia. El Tipo exige, además de los incumplimientos de las normas de seguridad e higiene, que a raíz de esos incumplimientos se haya puesto en peligro la vida o la integridad de cualquier trabajador. El riesgo tiene que ser causalmente explicable por la no adopción de las medidas de protección.³⁵

³⁴ STS de 10 de abril de 2001 (RJ 2001/2391).

³⁵ VVAA.; *Memento práctico penal*; Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2010, p.484.

En lo concerniente al caso, estamos ante un delito contra los derechos del trabajador por cuanto la falta de medidas de seguridad pone en peligro la vida o la integridad de éste, como así quedaría acreditado por el Acta de la inspección de Trabajo con propuesta de sanción por infracción grave³⁶.

Se entiende que el hecho está enmarcado en el artículo 316 del CP, que dice *«los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, deben ser castigados con las penas de prisión de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses»*.

En caso de que hubiese un accidente podría apreciarse dolo eventual en lugar de imprudencia, debido a que, el empresario responsable sería plenamente consciente de que no ha cumplido con el plan de seguridad elaborado y cuentan con los conocimientos necesarios y una amplia experiencia en la materia, conociendo la gravedad, el peligro grave que implica el desarrollo de trabajos en el sector de la construcción, y debido a ello es de esperar un posible resultado lesivo contra la integridad física de los trabajadores e inclusive un resultado de fallecimiento del alguno de ellos; estando, en definitiva, ante una prestación de trabajo realizada en condiciones inseguras, que dejaría en severo entredicho la seguridad en el trabajo.

Pues bien, la LPL en sus artículos 42.1 y 2 dispone la existencia de responsabilidad civil ligada a la existencia del incumplimiento de la infracción de la siguiente forma:

1.«El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento.»

2.«Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema.»

Asimismo, el art. 42.3 respalda la compatibilidad entre el orden administrativo y el civil de indemnización de daños y perjuicios, y, por otra parte, el orden administrativo y el recargo de prestaciones al establecer que *«las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema.»*

En cuanto a la vía Penal y la vía Administrativa son compatibles hasta el momento del acta de infracción, donde este se desvía al expediente de multa por

³⁶ VVAA.; *Memento práctico penal*; Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2010, p. 1187 y ss.

infracción de la norma y al recargo de prestaciones, hasta ese momento las dos vías pueden darse de forma conjunta sin presentar ningún problema procesal, pero, a partir de ese punto, las dos vías ya no se consideran compatibles, pues el procedimiento de sanción administrativa debe esperar a que finalice el procedimiento Penal. La razón de esta suspensión la encontramos en la LISOS la cual prohíbe la acumulación de la sanción penal y administrativa y en garantizar la aplicación del principio de «*non bis in ídem*».

También cabe señalar como ejemplos de la compatibilidad entre estas dos vías que:

La autoridad laboral y la Inspección de Trabajo deben velar por el cumplimiento de los deberes de colaboración e información con el ministerio fiscal en los casos de concurrencia con el orden jurisdiccional penal.³⁷

Se declara la incompatibilidad de la sanción administrativa y penal cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento.³⁸

Respecto a las **infracciones en materia de Seguridad Social**, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.2.1 de la LISOS, el empresario es responsable por una serie de actuaciones tipificadas en los artículos 21, 22 y 23 de la mencionada Ley.

Asimismo, en su Capítulo III, artículos 43 a 47, se contiene las sanciones referentes a la Seguridad Social.

En primer lugar, el artículo 21 se refiere a las infracciones leves, basadas en obligaciones documentales y relacionadas con los actos de encuadramiento en el sistema público de Seguridad Social.

En segundo lugar, el artículo 22 contiene las infracciones graves, relacionadas con los actos de encuadramiento en el sistema público de Seguridad Social, con la cotización y recaudación de cuotas de la Seguridad Social y con la posible colaboración en la gestión de la Seguridad Social.

Por último, el artículo 23 recoge las infracciones muy graves, que se refieren fundamentalmente a acciones u omisiones referentes a la cotización y recaudación de las cuotas de la Seguridad Social y a la acción protectora de la misma.

Tras la anterior aclaración, y procediendo a analizar las actuaciones llevadas a cabo en este sentido por el empresario, hemos de precisar que el mismo es el sujeto responsable del cumplimiento de las obligaciones de afiliación, altas, bajas y cotización de acuerdo con la LGSS. La exigencia de responsabilidad determinada en el artículo 167.2 LGSS exigía desarrollo reglamentario, que no habiendo tenido efecto, la doctrina entiende de aplicación para dichos supuestos los artículos 94 a 96 de la antigua Ley de Seguridad Social de 1966.

En esta línea, las obligaciones impuestas en materia de seguridad social al empresario por la LGSS que sean incumplidas, le generan responsabilidad.

³⁷ VVAA.; *Memento práctico penal*; Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2010, p. 747; Art.3 RDL 5/2000

³⁸ VVAA.; *Memento práctico penal*; Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2010, p. 1143; Art. 3 RDL5/2000

En primer lugar, y por lo que al supuesto presente resulta de aplicación, contempla el artículo 139.1 LGSS la obligación del empresario de afiliar a los trabajadores que ingresen a su servicio. Así dice, y cito textualmente: *«los empresarios estarán obligados a solicitar la afiliación al sistema de la Seguridad Social de los trabajadores que ingresen a su servicio, así como a comunicar dicho ingreso y, en su caso, el cese en la empresa de tales trabajadores para que sean dados, respectivamente, de alta y de baja en el Régimen General.»*

Existe por tanto una triple obligación en este apartado, afiliar a los trabajadores, comunicar dicho ingreso y cuando suceda, el cese, para que así sean dados de alta y de baja, respectivamente.

Es de aplicación en este momento el artículo 94.2.a) de la LSS 1966 para el caso de que el empresario incumpla estas obligaciones. En este sentido, estos incumplimientos tienen el carácter de absolutos, lo que hace recaer sobre el empresario la responsabilidad sobre el conjunto de prestaciones que hubieren podido causar los trabajadores a su servicio, sin que le exonere de responsabilidad el alta de pleno derecho.

- Por lo referente al trabajador D. Alberto Pérez Domingo, el cual no está dado de alta en el régimen de la Seguridad Social, supone una infracción grave en virtud del artículo 22.2 LISOS, que dice, y cito textualmente: *«no solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido. A estos efectos se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados».*

- El artículo 40.1 e), dispone que la infracción señalada en el artículo 22.2 se sancionará con la multa siguiente: *«en su grado mínimo, de 3.126 a 6.250 euros; en su grado medio, de 6.251 a 8.000 euros y, en su grado máximo, de 8.001 a 10.000 euros».* Si bien, en ningún caso, la cuantía correspondiente podrá exceder de 10.000 euros.

No obstante, el artículo 40.3 LISOS determina que respecto a las sanciones en materia de Seguridad Social, cuando las mismas deriven de *«actas de infracción y liquidación que se refieran a los mismos hechos y se practiquen simultáneamente, se reducirán automáticamente al 50 por 100 de su cuantía si el sujeto infractor manifiesta su conformidad con la liquidación practicada, ingresando su importe en el plazo procedente. Esta reducción automática sólo podrá aplicarse en el supuesto de que la cuantía de la liquidación supere la de la sanción propuesta inicialmente».*

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

Frente a la posible acta de infracción impuesta por la Inspección de Trabajo a Don Fernando, éste podrá formular escrito de alegaciones en un plazo de 15 días hábiles desde la notificación de la misma (art. 17.1 RD 928/1998) en el que podrá hacer constar, tanto en dicho escrito como en los sucesivos trámites, las siguientes pretensiones³⁹:

- Como pretensión principal: que se deje sin efecto y se anule el acta.
- Como pretensiones subsidiarias: que se califique como infracción leve en virtud de los artículos 11.4 y 11.5 del RDL5/2000; que se imponga la infracción en su grado inferior a tenor de la inaplicabilidad de las circunstancias agravantes del artículo 39 del RDL 5/2000; o bien, que se imponga la sanción en la cuantía mínima correspondiente al grado apreciado.

No obstante, dada la presunción de certeza del acta de infracción, cuando los hechos reflejados en la misma sean indiscutibles, las posibilidades de conseguir la anulación serán escasas, y se limitarán a cuestiones formales, procedimentales o jurídicas.

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

No obstante, la mayoría de las deficiencias no comportarán la nulidad del Acta, al ser subsanables; o en caso de anulación, podrán dar lugar a una nueva Acta basada en los mismos hechos.

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

Los aspectos jurídicos pasarían por alegar, en su caso, falta de culpabilidad, tipicidad (si el tipo infractor aplicado puede ser discutible) o proporcionalidad (en función de la graduación y cuantía de la sanción, o de si se han propuesto varias sanciones en una misma acta).

³⁹ PANIZO ROBLES, J.A., *¿Quién conoce de las demandas sobre sanciones impuestas por la autoridad laboral por incumplimiento de las obligaciones de afiliación/alta en la Seguridad Social?*, CEF, Madrid.

En relación a la nulidad del despido solicitado por el trabajador, el empresario D. Fernando podrá alegar que el mismo es procedente, y en consecuencia, no nulo, fundamentando su pretensión en que despidió en forma, basándose en hechos de entidad suficiente hasta alcanzar el grado de “incumpliendo grave y culpable” por parte del trabajador D. Francisco (art. 54 ET). Así, se logrará convalidar la extinción del contrato de trabajo sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

Por lo que respecta a las jornadas semanales de D. Francisco, las cuales exceden de las cuarenta horas fijadas en el contrato, el empresario D. Fernando, alegará que se debe a un exceso de horas trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, por lo que no pueden computarse dentro del máximo de

horas extraordinarias autorizadas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 35.3 ET, sin perjuicio de su compensación como horas extraordinarias.

Ante la situación del trabajador D. Alberto, el cual no está dado de alta en el oportuno régimen de la Seguridad Social, D. Fernando podrá solicitar la reducción automática al 50% de la cuantía de la sanción impuesta ante esta infracción, siempre y cuando diese su conformidad a la liquidación practicada ingresando su importe en el plazo señalado⁴⁰.

Por último, en cuanto a la sanción impuesta por falta de medidas de seguridad e higiene, si la sentencia determinase que la misma corresponde a una infracción grave, D. Fernando solicitará que la misma se califique como infracción leve en virtud de los artículos 11.1 y 11.4 del RDL5/2000.

Tras las mencionadas alegaciones, el organismo administrativo podrá solicitar informe al Inspector de Trabajo que emitió el Acta de infracción (art.18.3 RD 928/1998). En tal caso, si el organismo administrativo comunica esta causa de suspensión al interesado, el procedimiento administrativo quedará suspendido hasta la elaboración de dicho informe, no pudiendo exceder la suspensión de tres meses.

A la vista del informe, se podrá conceder plazo (tres días) para formular nuevas alegaciones (art. 18.4 RD 928/1998).

La propuesta de sanción del inspector, deberá ser confirmada por resolución Administrativa en el plazo de seis meses a contar desde la fecha del acta.

Transcurrido ese plazo sin mediar resolución, ni causa de suspensión legal o imputable a los interesados, se considerará la caducidad del expediente (art.20.3 RD 928/1998).

De mediar resolución, ésta estimará total o parcialmente las alegaciones (anulando o reduciendo el importe de la sanción), o las desestimarán, confirmando la sanción.

En caso de ratificar la sanción, se requerirá a sujeto sancionado, el abono en el periodo voluntario de 30 días hábiles desde el siguiente a la notificación de la resolución (art. 25.1 RD 928/1998).

Ante esto, el perjudicado (Don Fernando), podrá formular Recurso de Alzada en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de la resolución, ante el organismo competente en ella indicado (art. 33.3 RD 928/1998). El pago de la sanción

⁴⁰ Art. 31.4 Ley 52/2003.

quedará suspendido al formularse dicho recurso de alzada. De no interponerse recurso de alzada en tiempo, decaerá el derecho del interesado. Si el recurso se presenta fuera de plazo será desestimado por presentación extemporánea, y quedará cerrado el posterior acceso a la vía judicial.

Por ello resulta de vital importancia conocer la fecha de notificación de la resolución, el sello de entrada, por cuanto, determinará el plazo máximo de presentación del recurso.

El plazo para resolver el recurso de alzada será de tres meses.

La falta de resolución o silencio administrativo deberá entenderse en sentido negativo, es decir, desestimatorio del recurso.

La desestimación del recurso, sea expresa o por silencio, pondrá fin a la vía administrativa previa y permitirá el acceso a la vía judicial (art.115.2 Ley 30/1992).

En cuanto al pago de la sanción:

Si se obtuvo resolución expresa denegatoria, la misma adjuntará la orden de pago, que tendrá carácter ejecutivo. En este momento si no se pretende ir a juicio se deberá abonar el importe de la sanción.

En el caso de que el perjudicado por dicha sanción, en este caso Don Fernando, pretenda ir a juicio podrá: abonar la cantidad, constituir aval o solicitar del juzgado la suspensión de la ejecución de la sanción.

La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, atribuye a dicha jurisdicción (artículo 2.n con relación al 6.2.b) la impugnación de resoluciones administrativas recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral.

Por lo tanto, los actos administrativos dictados a partir del 11 de diciembre de 2011, momento de entrada en vigor de la citada Ley 36/2011, deberán ser impugnados ante la Jurisdicción Social, en detrimento de la Contencioso-Administrativa, que era competente con anterioridad.

Los plazos para la interposición de dicha demanda son:

- a) Resolución desestimatoria: dos meses desde su notificación.
- b) Silencio administrativo: seis meses desde el transcurso del plazo para resolver (tres meses).

No obstante, dada la obligación de resolver de la Administración Pública, puede optarse por esperar a la resolución administrativa (aunque sea fuera del plazo previsto), a cuya recepción se dispondrá de dos meses para interponer la demanda ante el Juzgado de lo Social.

Debe considerarse que de conformidad con los artículos 72 y 80.1.c de la Ley 36/2011, en la demanda no podrán alegarse, hechos o argumentos distintos a los esgrimidos en el recurso de alzada (extremo que supone una novedad, por cuanto dicha vinculación no se exigía anteriormente en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Asimismo, podrán solicitarse cuantos medios de prueba (testificales, informes periciales...) convengan para mejor defensa.

Una vez celebrado el juicio, la sentencia estimará total o parcialmente la demanda (anulando o rebajando el importe de sanción), o lo desestimará (confirmándola).

De obtener un fallo favorable, el sujeto sancionado tendrá derecho a la devolución de lo abonado con devengo de intereses desde la fecha del pago.

En caso de fallo desfavorable, tan solo cabrá Recurso de Suplicación si la cuantía de la sanción excediera de 18.000 euros.

Por consiguiente, el empresario ante la posible sanción administrativa laboral podrá interponer demanda ante el órgano competente, siendo este último aspecto fruto de cambios por parte de la jurisprudencia.

Así, tras la existencia del conflicto de competencia existente en materia laboral para la resolución de las pretensiones interpuestas ante la autoridad laboral, el Tribunal Supremo (TS), en su Auto de 24 de septiembre de 2014, y ante el conflicto negativo planteado por dos Juzgados (uno del orden social y otro del orden contencioso-administrativo) ha establecido que la competencia para conocer, en sede jurisdiccional, cuando se trate de incumplimiento de las obligaciones en Seguridad Social en materia de afiliación y/o alta en la Seguridad Social, corresponde al orden social, siempre que la infracción de que se trate no lleve aparejada una liquidación de cuotas, en cuyo caso, entraría a conocer el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En esta línea se ha puesto de manifiesto por la STS de 24 de septiembre de 2014. El asunto versa sobre la falta de alta de unos trabajadores, haciéndose constar en el acta de infracción, expedida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Ante la misma, la empresa interpuso demanda, con fecha 13 de febrero de 2013. Si bien, se declaró la falta de jurisdicción del orden social para conocer de la misma, al considerarse que correspondía al orden contencioso-administrativo, de acuerdo con las previsiones del apartado f), del artículo 3, de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social.

Como consecuencia, la empresa nuevamente demanda ante el Juzgado de lo contencioso-administración, el cual estimó que carecía de jurisdicción, atribuyéndosela a la social, por tratarse de una sanción que tiene su origen en actas de infracción, levantadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, no vinculadas a la cotización, y en base a la aplicación de las previsiones del apartado n), artículo 2, de la Ley de la jurisdicción de social, que atribuye tales cuestiones al orden social.

Ante tal situación, la empresa formula recurso por defecto de jurisdicción (art. 50 Ley 6/1985, del Poder Judicial), solicitando que se elevasen las actuaciones a la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo, a fin de que se resolviese cuál de los dos órganos jurisdiccionales en conflicto era competente.

Al respecto, si hasta la reforma de 1990 (texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril) el conocimiento judicial de todas las cuestiones relacionadas con la Seguridad Social se reservaban al orden social, a partir de dicho momento se «abre una nueva vía» consistente en situar en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las resoluciones dictadas por la TGSS en materia de gestión recaudatoria, que, posteriormente, se fue ampliando a actos dictados en materia de inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales,

tarificación, cobertura de la prestación de incapacidad temporal, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, así como a los demás actos.

La nueva Ley reguladora de la jurisdicción social (Ley 36/2011, de 10 de octubre) y dentro de la finalidad de concentrar en el ámbito de las jurisdicción social todas las cuestiones relacionadas con la Seguridad Social (salvo las excepciones establecidas) reguló, en su artículo 2, la competencia del orden jurisdiccional social sobre las cuestiones litigiosas que se promoviesen, entre otras:

a) En materia de prestaciones de Seguridad Social, incluidas la protección por desempleo y la protección por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia, así como sobre la imputación de responsabilidades a empresarios o terceros respecto de las prestaciones de Seguridad Social, las cuestiones litigiosas relativas a la valoración, reconocimiento y calificación del grado de discapacidad, así como sobre las prestaciones de dependencia.

b) De igual modo, el conocimiento de las impugnaciones de actos de las Administraciones públicas, sujetos a derecho administrativo y que pongan fin a la vía administrativa, dictadas en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia de Seguridad Social, distintas de las comprendidas en el apartado anterior.

A pesar de esa atribución general al orden jurisdiccional social para conocer de las cuestiones relacionadas con la Seguridad Social, el artículo 3 de la Ley 36/2011, excluye del mismo el conocimiento de las impugnaciones de los actos administrativos en materia de Seguridad Social relativos a inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, así como en materia de liquidación de cuotas, actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas y con respecto a los actos de gestión recaudatoria, incluidas las resoluciones dictadas en esta materia por su respectiva entidad gestora, en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta con las cuotas de Seguridad Social y, en general, los demás actos administrativos conexos a los anteriores dictados por la TGSS.

La problemática se había venido planteando respecto de la impugnación de las actas de infracción, en el sentido de si la excepción de la competencia del orden jurisdiccional social –contenida en el art. 3 f) Ley 36/2011– se limitaba a aquellas relacionadas con los ámbitos de la cotización a la Seguridad Social (así como las que afectaban a la cotización por los denominados «conceptos de recaudación conjunta»), de modo que las cuestiones relacionadas con actas de infracción concernientes únicamente a las cuestiones de afiliación/alta se situarían en la competencia del orden jurisdiccional social o, por el contrario y teniendo en cuenta la cuestión material –la afiliación y el alta de los trabajadores–, era competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo debiendo extenderse la misma regla de competencia a las actas de infracción relacionadas con esos ámbitos (tesis mantenida por el Juzgado de lo Social nº 5, de Valencia).

El TS, ante las dos posibles soluciones, se decanta por la primera (la atribución de la competencia al orden jurisdiccional social), partiendo de la base de que la Ley 36/2011 efectúa, con carácter general, una atribución a dicho orden de las cuestiones

relacionadas con la Seguridad Social, de modo que las restricciones a esa «atribución general de competencia» han de ser interpretadas de forma restrictiva y aplicadas en el literal que establezca la propia disposición legal.

Por ello, y aunque el apartado f) del artículo 3 de la Ley 36/2011 excluye del orden jurisdiccional social los actos administrativos que se dicten en materia de Seguridad Social cuando los mismos afecten a la afiliación, altas, bajas y en materia de liquidación y recaudación de cuotas, sin embargo, y cuando el texto legal aborda los ámbitos de la potestad sancionadora, tan solo excluye del conocimiento del orden social a las *actas de infracción vinculadas con la liquidación de cuotas y con respecto a los actos de gestión recaudatoria*, por lo que no cabe ampliar esa exclusión a actas de infracción que, como sucede en el asunto que se sustancia en el ATS de 24 de septiembre de 2014, no afectan ni a la liquidación de cuotas, ni a su recaudación.

Fue la sentencia del TS de 22 de julio de 2015 (Rec. 4/2012, ponente: Agusti Julia) la que supuso ese cambio en el criterio seguido hasta ahora, conforme al cual la jurisdicción social era incompetente al estimarse que la imposición de una sanción por falta de ingreso de cotizaciones debidas a la Seguridad Social constituía una manifestación de gestión recaudatoria.

En este sentido, el acto impugnado en cuestión en dicha sentencia, no es una actuación administrativa recaída en procedimiento de liquidación de cuotas, sino un acto dictado en el seno de un procedimiento sancionador, como consecuencia de un acta de infracción, que ha finalizado en una sanción, y que tiene encaje en la regla general de atribución competencial al orden social.

La exclusión del orden social de los actos dictados en materia de seguridad social relativos a afiliación, altas, bajas y de liquidación de cuotas, debe ser interpretada en el sentido de entender que de la potestad sancionadora solo se excluyen las actas de infracción vinculadas a la liquidación de cuotas y con respecto a los actos de gestión recaudatoria.

Todo lo expuesto, supuso rectificar expresamente el criterio seguido en las sentencias de la Sala de 21-1-2014 (rec. 2-2012) y 28-10-2013, (rec. 3-2012), en casos análogos al mencionado, en las que resolvió que la jurisdicción social era incompetente para conocer de las sanciones impuestas, por estimar que constituía una manifestación de gestión recaudatoria la sanción por falta de ingreso de cotizaciones debidas a la Seguridad Social.»

En conclusión, y siguiendo la doctrina fijada por el TS, aunque las demandas que se sustancien contra las resoluciones administrativas relacionadas con la afiliación, altas y bajas de trabajadores en la Seguridad Social entren en el ámbito de la competencia del orden contencioso-administrativo, sin embargo las cuestiones que se deriven de actas de infracción dictadas como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social en los ámbitos señalados han de ser impugnadas en el ámbito jurisdiccional social, cuando la infracción no lleve aparejada una liquidación de cuotas, ni previamente se haya suscitado controversia en torno al importe de las cuotas que se liquidan. De darse cualquiera de estas circunstancias, la competencia sobre la impugnación de las actas pasaría al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

III. Conclusiones

1. Ante el despido, el trabajador D. Fernando podrá impugnarlo judicialmente ejerciendo la «acción de despido» en el plazo de 20 días a tenor de lo dispuesto en el artículo 59.3 ET, alegando la nulidad del mismo por verse vulnerado el derecho fundamental recogido en el artículo 24 CE, relativo a la tutela judicial efectiva. El despido se declara nulo, además de en los supuestos frontalmente contradictorios con la conciliación de la vida laboral y familiar, o relativos a la violencia de género, cuando “tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador” (art. 55.5 ET), teniendo la nulidad « *el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir*» (art. 55.6 ET). Concretamente, alegará la garantía de indemnidad la cual implica, en el ámbito de las relaciones laborales, la imposibilidad de adoptar medidas de represalias derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos. A través de los datos proporcionados, en el supuesto de hecho, resulta evidente que el despido obedeció a un móvil de represalia vinculado a la denuncia interpuesta por éste ante la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, pues tan solo tres días después de tenerse conocimiento de la acción por parte de Don Fernando, éste último decide inmediatamente despedirlo.

Por otro lado, podrá reclamar las cantidades adeudadas a través de la acumulación de acciones por despido y reclamación de cantidad (art. 26.5 LJS).

2. De la situación del trabajador D. Alberto, el cual no está dado de alta en el régimen de la Seguridad Social, se deriva la responsabilidad empresarial directa del empresario D. Fernando, aludida en los artículos 167 y 168 LGSS. De ella se determina la imposición de la pertinente sanción, así como la liquidación de cuotas y la recaudación de las mismas y la obligación del pago de las prestaciones causadas por el beneficiario, actuando, en consecuencia, el principio de alta de pleno derecho.

3. De la actuación de la Inspección de Trabajo, y en base al principio de responsabilidad empresarial, el empresario D. Fernando es responsable por sus actuaciones (art. 2.2.1 LISOS), imputándosele infracciones tanto de carácter laboral, dentro de las cuales encajaría en la materia de relaciones laborales individuales y colectivas, así como en materia de prevención de riesgos laborales. Asimismo, se le imputará infracción en materia de Seguridad Social.

Para la concreción de la sanción que corresponde, se atiende al principio de proporcionalidad, en base al cual se diferencia entre infracciones muy graves, graves y leves. Si bien, el no cumplimiento de las condiciones de higiene y seguridad de las

obras y por tanto, de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales podrá dar lugar a la responsabilidad penal (art. 42 LPRL).

4. Frente al acta de infracción impuesta por la Inspección de Trabajo a Don Fernando, éste podrá formular escrito de alegaciones en un plazo de 15 días hábiles desde la notificación de la misma (art. 17.1 RD 928/1998) en el que podrá hacer constar, tanto en dicho escrito como en los sucesivos trámites, las siguientes pretensiones:

- Como pretensión principal: que se deje sin efecto y se anule el acta.
- Como pretensiones subsidiarias: que las infracciones se califiquen como leves o se impongan en su grado inferior.

Concretamente, en relación a la nulidad del despido, podrá alegar su procedencia fundamentando dicha pretensión en que se despidió en forma, basándose en hechos de entidad suficiente hasta alcanzar el grado de “incumpliendo grave y culpable” por parte del trabajador D. Francisco (art. 54 ET).

Por lo que respecta a las jornadas semanales de D. Francisco, las cuales exceden de las cuarenta horas fijadas en el contrato, el empresario, alegará que se debe a un exceso de horas trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, por lo que no pueden computarse dentro del máximo de horas extraordinarias autorizadas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 35.3 ET, sin perjuicio de su compensación como horas extraordinarias.

Ante la situación del trabajador D. Alberto, el cual no está dado de alta en el oportuno régimen de la Seguridad Social, D. Fernando podrá solicitar la reducción automática al 50% de la cuantía de la sanción impuesta ante esta infracción, siempre y cuando diese su conformidad a la liquidación practicada ingresando su importe en el plazo señalado.

En caso de resolución en que no se estimen las alegaciones, podrá formular Recurso de Alzada en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de la resolución, ante el organismo competente en ella indicado (art. 33.3 RD 928/1998).

IV. Fuentes

1. Bibliografía

AGUILERA IZQUIERDO, R., *Las Causas del Despido Disciplinario y su Valoración por la Jurisprudencia*, Aranzadi, Madrid, 1997.

BLASCO PELLICER, A., *La responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de seguridad social*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.

CARRATALÁ TERUEL, J.L., Responsabilidad empresarial en materia de seguridad social. En: CARRATALÁ TERUEL. *XVI Jornadas Catalanas de Derecho Social*. Barcelona, 2005. <http://www.uoc.edu/symposia/dretsosocial/ponencies/carratala0205.pdf>.

GALA DURÁN, C., *La responsabilidad empresarial por incumplimientos de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

GARCÍA MURICA, J., Sobre el concepto jurisprudencial de despido y sus consecuencias procesales, *Revista Española de Derecho del trabajo*, núm. 52, 1992..

GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Guía laboral, Madrid, 2015, NIPO 270-15-063-7, http://www.empleo.gob.es/es/Guia/texto/guia_10/contenidos/guia_10_21_2.htm

HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, P., “La Acumulación en la Jurisdicción Social”, *El jurista.eu*, 2013, <http://www.eljurista.eu/2013/12/03/la-acumulacion-en-la-jurisdiccion-social/>

MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A., CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho del Trabajo*, Netbiblio, A Coruña, 2ª ed, 2006.

MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A., *Derecho de La Seguridad Social*, Netbiblio, A Coruña, 2013.

MATEOS BEATO, A., JIMÉNEZ, R.M., “Los problemas de coordinación procedimental de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con otros organismos en el Sistema público de Seguridad Social”. *Revista del Ministerio del Trabajo e Inmigración*, núm. 78, 2009.

PANIZO ROBLES, J.A., *¿Quién conoce de las demandas sobre sanciones impuestas por la autoridad laboral por incumplimiento de las obligaciones de afiliación/alta en la Seguridad Social?*, Madrid, CEF, 2014.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F., La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido, en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.

SALA FRANCO, T., *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

SÁNCHEZ GARCÍA, A., “Procedimiento de oposición. Actas de Infracción”. *Prevencionar.com*, <http://prevencionar.com/2013/01/21/sabes-como-recurrir-las-actas-de-infraccion-de-la-inspeccion-de-trabajo-y-seguridad-social-en-materia-de-prevencion-de-riesgos-laborales/>.

VVAA, *Memento práctico Social*. Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

2. Legislación y normativa citada

- Constitución Española (BOE-A-1978-31229).
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE-A-1985-12666).
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE-A-1992-26318).
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE-A-1995-24292).
- Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE-A-1997-24432).
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE-A-1995-25444).
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (BOE-A-1998-16718).
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE-A-2011-15936).
- Orden de 18 de enero de 1996, por la que se desarrolla el Real Decreto 1300/1995 de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social (BOE-A-1996-1644).
- Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE-A-1995-19848).
- 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 (BOE-A-1996-1447).
- 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 (BOE-A-1998-12816).

- 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 (BOE-A-1994-14960).
- 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 (BOE-A-2000-15060).
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE-A-2015-11430).
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE-A-2015-11724).

3. Jurisprudencia

Sentencias de la Audiencia Provincial:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 4/2010 de 29 de enero, (Rec. 23/2009).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 663/2006 de 24 de octubre, (Rec. 269/2006).

Sentencias y Autos del Tribunal Constitucional:

Auto del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014, (JUR 2015/29617).

Sentencia del Tribunal Constitucional 199/2000 de 10 de abril.

Sentencia del Tribunal Constitucional 207/2001 de 22 de octubre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2002 de 21 de marzo.

Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2003 de 30 de enero.

Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2003 (RTC 2003\69)

Sentencias del Tribunal Superior de Justicia:

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 12 de diciembre de 2001 (AS 2002\3280).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 2827/2008 de 3 de abril de 2008 (AS 2008\1256).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 662/2005 de 28 de julio de 2005 (AS 2005/2598).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 2827/2008 de 3 abril, (AS 2008\1256).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 2959/2009 de 12 de junio, (AS 2009/1874).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia 801/2010 de 11 de marzo, (AS 2010/1526).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 329/2010 de 22 de abril, (AS 2010/1748).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 350/2010 de 12 de mayo, (AS 2010/2091).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 1818/2010 de 22 de junio, (JUR 2010/415394).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares 335/2010 de 22 de septiembre, (JUR 2010/397041).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares 359/2010 de 28 de septiembre, (JUR 2010/394206).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha 1286/2011 de 24 de noviembre, (JUR 2011/423831).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 1681/2011 de 25 de marzo, (AS 2011/2144).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 648/2011 de 28 de enero, (JUR 2011/162386).

Sentencias del Tribunal Supremo:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1984 (RJ 1984\6386).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1985 (RJ 1985\4389).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1986 (RJ 1986\3544).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1988 (RJ 1988/7507).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1998 (RJ 1998\5114).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2000 (RJ 2000\1069).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2001, (RJ 2001/2391).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2007, (RJ 2007/1744).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2011, (RJ 2012/524).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2013, (RJ 2013\4502).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2013, (Rec. 3/2012).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2014, (Rec. 2/2012).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 septiembre 2014, (RJ 2014\5190).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2015, (Rec. 4/2012).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2015, (RJ 2015/47230).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1991, (RJ 1991/797).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1991, (RJ 1991/8657).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1992, (RJ 1992/1884).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1992, (RJ 1992/6820).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1993, (RJ 1993/265).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1993, (RJ 1993/388).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1993, (RJ 1993/1157).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1995, (RJ 1995/9087).

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1997, (RJ 1997/3048).

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1998, (RJ1999/450).

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2013, (RJ 2013\4502).

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1998, (RJ 1998/5114).

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1993, (Rec. 2657/90), (RJ 1993/2052).