

## SUBINSPECTORES DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL (CASO PRÁCTICO)

[Orden TIN/2216/2010, de 2 de agosto, por la que se convocan pruebas selectivas para ingreso en el Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social]

**RUTH DÍAZ FERNÁNDEZ**

**JESÚS RANERA BAYO**

*Subinspectores de Empleo y Seguridad Social*

### **Extracto:**

**EL** presente caso práctico reproduce el enunciado del supuesto referido a la actividad de la Subinspección de Empleo y Seguridad Social planteado como tercer ejercicio en la convocatoria de la oposición para el ingreso en el Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social correspondiente a 2010 (Orden TIN/2216/2010). En él se efectúa un análisis de las cuestiones derivadas del planteamiento, incorporando la fundamentación jurídica de la respuesta.

**Palabras clave:** actas de infracción y de liquidación, alta, cotización, extranjeros y derivación de responsabilidad.

# SUBINSPECTORS OF EMPLOYMENT AND SOCIAL SECURITY (CASE STUDY)

[Order TIN/2216/2010, of August 2 by, which tests are called selective for the entrance in the Body of Subinspectors of Employment and Social Security]

**RUTH DÍAZ FERNÁNDEZ**

**JESÚS RANERA BAYO**

*Subinspectores de Empleo y Seguridad Social*

## **Abstract:**

**T**HIS case study reproduces the formulation of the case study related to the activity of the Subinspection of Employment and Social Security set out as third exercise in de official announcement of the competitive examination for the entrance to the Body of Subinspectors of Employment and Social Security of the year 2010 (Order TIN/2216/2010). Here it is carried out an analysis of the questions derived from the exposition, incorporating the legal reasoning of the answer.

**Keywords:** records of infringement and liquidation, registration, contribution, foreigners and derivation of responsibility.

## **ENUNCIADO**

La Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid, en el marco de su Plan Territorial para el año 2011, ha incluido como actividad planificada la comprobación del cumplimiento de la normativa social de empresas del sector de establecimientos sanitarios de hospitalización, asistencia, consulta y laboratorios de análisis clínicos. A los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social adscritos al equipo número 1 les ha sido asignada una orden genérica para que, en las empresas del referido sector con centro de trabajo en el distrito postal 28010 de la ciudad de Madrid, lleven a cabo, dentro de sus competencias, las actuaciones correspondientes a efectos de constatar las posibles anomalías existentes en materia de economía irregular, cumplimiento en la contratación de las normas en materia de empleo, acceso al empleo, fomento del empleo, bonificaciones, subvenciones y Seguridad Social (enquadramiento, afiliación, cotización, derivaciones de responsabilidad, prestaciones y colaboración con las entidades gestoras de la Seguridad Social).

Con fecha 1 de marzo de 2011, a las 10,30 horas, dichos funcionarios en virtud de la citada orden genérica efectuaron visita de inspección en el laboratorio de análisis clínicos «SALUD, SLL», sito en la calle Numancia, s/n (28010 Madrid), en el que tras identificarse, solicitar la presencia del administrador de la sociedad, don Baldomero Rodríguez Fernández, y poner de manifiesto las razones de su visita, este les impidió identificar a las personas que se encontraban en el centro de trabajo, así como su permanencia en el mismo. Solicitada la colaboración de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se programa nueva visita de inspección para el día 4 de marzo de 2011, a las 9,30 horas.

Dicho día y en la hora indicada, en compañía de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, con número de placas 59.520 y 00143, efectúan nueva visita de inspección y realizan el correspondiente control de empleo. Al no encontrarse en el centro de trabajo la documentación que se precisaba examinar para continuar la actuación inspectora, se entregó una citación para que, el día 12 de marzo de 2011 a las 9,30 horas la aportasen, a los Subinspectores que subscriben, en las dependencias de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social ya indicada.

Personado (12/03/2011) el representante de la empresa, examinada la documentación aportada, consultadas las bases de datos de la Gerencia de Informática de la Seguridad Social, del Servicio Público de Empleo, Adextra (aplicación de extranjería), AXESOR (base de datos con información societaria de empresas) e INTEGRA (aplicación informática de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social), así como de la información recabada durante la visita de inspección, los funcionarios actuantes constataron:

**PRIMERO.** La sociedad «SALUD, SLL» comenzó sus operaciones el día 1 de diciembre de 2010. Su capital social es de 3.005,06 euros, dividido en 300 participaciones sociales, habiendo sido suscrito en su totalidad por don Baldomero Rodríguez Fernández (DNI 15123134-S), 80 participaciones, su cónyuge, doña Elisa Ponferrada Villalba (DNI 8945116-A), 76 participaciones, y don Tomás García Rueda (DNI 7654123-X), doña Elvira Martínez Picón (DNI 4323143-T) y doña Juana Poderoso Cordero (DNI 1323143-V), 48 participaciones cada una de ellas. Se nombra administrador único de la sociedad al primero de los citados. El objeto social de la mercantil es el de análisis de sangre y tejidos orgánicos. Y su domicilio social se establece en la calle Numancia, s/n (28010 Madrid).

**SEGUNDO.** Excepto don Tomás García Rueda (DNI 7654123-X) y don Baldomero Rodríguez Fernández (DNI 15123134-S), ninguno de los trabajadores que prestan servicios en la mercantil «SALUD, SLL», relacionados en el apartado CUATRO, se encuentran dados de alta por cuenta de la citada empresa. Todos ellos comenzaron a prestar servicios para dicha empresa el día 1 de diciembre de 2010.

**TERCERO.** La empresa no ha ingresado (mes de enero/2011), en el plazo y formas reglamentarias, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social, no habiendo presentado los documentos de cotización ni utilizado los sistemas de presentación por medios informáticos, electrónicos o telemáticos, ni descontado la cuota de los trabajadores. La Tesorería aún no ha emitido la correspondiente reclamación administrativa de deuda.

**CUARTO.** La categoría profesional, circunstancias familiares y vida laboral de los trabajadores que prestan servicios en la empresa «SALUD, SLL» es la siguiente:

1. Don Baldomero Rodríguez Fernández (DNI 15123134-S) realiza las funciones de dirección y gerencia de la sociedad siendo retribuido mensualmente (6.000 euros) por ello. Figura dado de alta de forma ininterrumpida, por el ejercicio de diversas actividades económicas, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos desde el mes de enero de 2006.
2. Don Tomás García Rueda (DNI 7654123-X), conductor de ambulancia. Su vida laboral en Seguridad Social comprende el periodo 1 de enero de 2006 a 30 de noviembre de 2010, en el que prestó servicios en «CLÍNICA REPARADORA, SL». Está dado de alta en la empresa «SALUD, SLL» en el Régimen General de la Seguridad Social, desde el día 1 de diciembre de 2010, figurando contratado por tiempo indefinido. Le abonan los viajes –ida, 8 de la mañana y vuelta a las 12 horas– que realiza para llevar y traer a hacer los análisis a los ancianos de la residencia de Getafe, percibiendo por tal motivo mensualmente en concepto de dietas y kilometraje 400 y 200 euros, respectivamente. La totalidad de kilómetros realizados mensualmente son 800 y utiliza para ello la ambulancia propiedad de la empresa (de 2,5 t), siendo por cuenta de esta todos los gastos. La empresa cotizó por él en el mes de diciembre de 2010 por una base 1.280 euros.
3. Doña Elvira Martínez Picón (DNI 4323143-T), telefonista, recepcionista, su vida laboral en Seguridad Social corresponde al periodo 1 de julio de 2010 a 30 de noviembre de 2010, en el que prestó servicios en la «CLÍNICA REPARADORA, SL». Tiene un hijo discapacitado, con una minusvalía del 75 por 100, habiéndole sido reconocido por la Seguridad Social la asignación económica por hijo a cargo. Percibe mensualmente en concepto de gastos por compra de uniforme 50 euros.
4. Doña Juana Poderoso Cordero (DNI 1323143-V), vigilante de seguridad, que ha estado dada de alta en Seguridad Social en periodo 1 de octubre de 2010 a 30 de noviembre de 2010, en el que prestó servicios en la «CLÍNICA REPARADORA, SL». Le abonan mensualmente en concepto de plus de peligrosidad 200 euros y por gastos de compra de uniforme 50 euros.

5. Don Vladimir Guayaquil Córdoba (DNI 9456147-S), médico de nacionalidad española que dada su condición de médico en la residencia sanitaria pública «LA PAZ», se encuentra dado de alta –jornada completa– en el Régimen General de la Seguridad Social desde el 1 de mayo de 2010. Sus retribuciones por los servicios prestados en la mercantil «SALUD, SLL» suponen un 20 por 100 de sus ingresos totales anuales.
6. Don Pedro Bariloche Calafate (NIE X 8545113-V), ayudante técnico sanitario, de nacionalidad argentina, no ha estado nunca dado de alta en el sistema de la Seguridad Social española. Tiene documentación que acredita haber residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante cinco años, habiendo solicitado con fecha 1 de julio de 2010 autorización de residencia permanente en España, no habiéndose pronunciado, con respecto a ella, la Administración. Por cursar el cuarto año de la Licenciatura en Derecho y haber sido debidamente justificado, además de las retribuciones establecidas en el convenio colectivo, le son abonados 100 euros mensuales.
7. Don Abdul Kasim Al Maleh (n.º pasaporte A5478659-B), ayudante de conductor de ambulancia, de nacionalidad marroquí, no ha estado nunca dado de alta en el sistema de la Seguridad Social española. Con permiso de residencia vigente, no dispone de autorización administrativa para trabajar.

**QUINTO.** La mercantil «CLÍNICA REPARADORA, SL» comenzó sus operaciones el día 1 de enero de 2006. Su capital social de 3.005,06 euros fue suscrito en su totalidad por los cónyuges, don Baldomero Rodríguez Fernández (DNI 15123134-S) y doña Elisa Ponferrada Villalba (DNI 8945116-A) que fueron nombrados administradores solidarios. El objeto social de la mercantil era el de análisis de sangre y tejidos orgánicos. Y su domicilio social se estableció en la calle Numancia, s/n de Madrid.

**SEXTO.** El patrimonio neto contable de la sociedad en los ejercicios 2007, 2008 y 2009 fue de –5.000 euros, 1.500 euros y 300 euros, respectivamente.

**SÉPTIMO.** Sus deudas por cuotas de Seguridad Social y las demás que se recaudan conjuntamente –no prescritas– en los citados ejercicios (2007, 2008 y 2009) ascendían a 7.000, 8.000 y 9.000 euros, respectivamente. Según consta en los estatutos de la sociedad, el ejercicio económico se cierra a 31 de diciembre.

**OCTAVO.** A la vista de la documentación fiscal y contable de las mercantiles «CLÍNICA REPARADORA, SL» y «SALUD, SLL» y de las facturas, correspondientes al ejercicio de 2010, se ha comprobado:

1. La sociedad «CLÍNICA REPARADORA, SL» vendió a la mercantil «SALUD, SLL» instrumental clínico y de laboratorio por importe de 30.000 euros.
2. La cartera de clientes (sociedades, residencias de ancianos, etc.) son las mismas.

## OBSERVACIONES

- I) Todos los trabajadores realizan jornada completa de lunes a viernes y han percibido las retribuciones a las que tienen derecho según la tabla salarial del convenio colectivo de aplicación, con las posibles mejoras que hayan pactado individualmente, y que están detalladas en los apartados anteriores. Aquellos que prestaron servicios en la empresa «CLÍNICA REPARADORA, SL» les ha sido reconocida la antigüedad desde la fecha en que causaron alta en esta.
- II) El IPREM mensual (Índice Público de Rentas de Efectos Múltiples) para los años 2010 y 2011, a efectos de facilitar la resolución del presente caso práctico, debe entenderse que es de 500 euros mensuales.
- III) Los importes exceptuados de gravamen por las asignaciones por gastos de locomoción y de manutención son 0,19 euros por kilómetro recorrido y 26,67 euros diarios.
- IV) Respecto de aquellos trabajadores que no se cita expresamente su nacionalidad, señalar que son españoles.

## PREGUNTAS

**Nota.** Las contestaciones deben seguir el mismo orden que la exposición del supuesto práctico. Con objeto de disponer de tiempo para concluir todo el ejercicio, deberá contestar únicamente lo que se pregunta, pues exclusivamente se calificará la respuesta dada a lo preguntado. Todas las respuestas deberán estar fundamentadas.

**PRIMERA.** A la vista de los hechos expuestos, ¿ha detectado la comisión de alguna infracción? En caso afirmativo, deberá indicar en qué materias, mencionando en su caso por qué trabajador, los preceptos infringidos, tipificadores, sancionadores y cuantía mínima de la multa en su grado mínimo e indicando, en su caso, a qué autoridad corresponde la competencia sancionadora.

**SEGUNDA.** Indique los expedientes liquidatorios que procedería practicar, periodo al que corresponden y las bases y tipos de cotización de cada uno de los trabajadores por cuenta propia o ajena incluidos en los mismos.

**TERCERA.** ¿Aprecia la existencia de algún supuesto de derivación de responsabilidad por las deudas que mantiene, en concepto de cuotas del Régimen General de la Seguridad Social y recaudación conjunta, la empresa «CLÍNICA REPARADORA, SL»? Fundamente jurídicamente y razone la respuesta.

## ANEXO I

**Tabla salarial del convenio colectivo de trabajo para el sector de establecimientos sanitarios de hospitalización, asistencia, consulta y laboratorios de análisis clínicos 2010-2011**

**SALARIO BASE:** Las retribuciones serán las que se fijan con arreglo a su categoría profesional.

**Categoría:**

Médico .....	1.237 euros mensuales
Ayudante técnico sanitario .....	1.098 euros mensuales
Conductor de ambulancias .....	996 euros mensuales
Ayudante conductor de ambulancias .....	984 euros mensuales
Telefonista, recepcionista .....	942 euros mensuales
Vigilante de seguridad .....	960 euros mensuales

**Complemento de puesto de trabajo de responsabilidad:**

Los trabajadores/as con categoría profesional de médico y ayudante técnico sanitario percibirán mensualmente 200 euros por este concepto.

**Complemento de antigüedad:**

Todos/as los trabajadores/as percibirán mensualmente en concepto de antigüedad 6 euros por año trabajado.

**Gratificaciones extraordinarias:**

Todos/as los trabajadores/as percibirán dos pagas extraordinarias, consistentes en el salario base más la antigüedad.

**Plus de transporte:**

Todos/as los trabajadores/as percibirán en concepto de plus de transporte mensual la cantidad de 150 euros.

**Uniformes:**

Las empresas tienen que facilitar, con periodicidad anual, los uniformes que hagan falta. Los cometidos de lavar y planchar estos uniformes son a cargo de la empresa.

### Premio de fidelidad:

Los trabajadores/as que acrediten 5 años de antigüedad en la empresa tendrá derecho a un premio en metálico equivalente a una mensualidad de sueldo base, que se abonará en el mes siguiente al del cumplimiento de dicha antigüedad.

### Plus de compensación de ayuda familiar:

Los trabajadores/as que tengan a su cargo cónyuge o hijos discapacitados, con una minusvalía igual o superior al 65 por 100, que les haya sido reconocido por la Seguridad Social la asignación económica por hijo a cargo percibirán un plus de 50 euros mensuales.

### Ayuda de estudios superiores:

Los trabajadores que cursen estudios superiores debidamente justificados tendrán derecho a una ayuda en metálico equivalente a 100 euros mensuales.

## SOLUCIÓN

En virtud de las facultades otorgadas por la Ley 42/1997, de 14 de noviembre (BOE de 15 de noviembre), Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (BOE del 8), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, y el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo (BOE de 3 de junio), por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, se procede de la siguiente forma respecto de los supuestos planteados de acuerdo con lo establecido en la orden de servicio destinada a la comprobación del cumplimiento de la normativa social de empresas del sector de establecimientos sanitarios de hospitalización, asistencia, consulta y laboratorios de análisis clínicos.

En primer lugar y partiendo del hecho de que estamos ante una **sociedad limitada laboral** procederemos a determinar el correcto  **encuadramiento**  de los distintos socios que la conforman. Así resultará de aplicación la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales (en adelante, LSL) y concretamente su artículo 21 relativo al «Encuadramiento en el Sistema de la Seguridad Social».

Respecto de  **don Baldomero Rodríguez Fernández** , es el administrador único de la sociedad y ejerce funciones de dirección y gerencia retribuidas. En su condición de socio trabajador estará incluido en el Régimen Especial de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia o autónomos ya que su participación en el capital social (posee 80 participaciones del total de 300) junto con la de su cónyuge, doña Elisa Ponferrada Villalba, que posee 76 participaciones sociales, alcanza el 50 por 100, concretamente 156 participaciones de las 300 que conforman la totalidad del capital social de la mercantil «SALUD, SLL», conforme se establece en el artículo 21 punto 3.º de la LSL.

Respecto de **doña Elisa Poferrada Villalba**, de acuerdo con la redacción del supuesto práctico parece entenderse que no presta servicios retribuidos de forma personal y directa para «SALUD, SLL» por lo que no se considera su condición de socio trabajador según se fija en el artículo 1 de la LSL sino de titular de acciones de la clase general a tenor de lo establecido en el artículo 6 de la LSL; no resultando de aplicación, por tanto, el artículo 21 de la LSL y quedando excluida del Sistema de la Seguridad Social.

Respecto de **don Tomás García Rueda** es titular de 48 participaciones sociales, por lo que su participación en el capital social se encuentra dentro del límite de un tercio del total conforme el artículo 5 de la LSL y presta sus servicios como conductor de ambulancia para la sociedad limitada laboral mediante un contrato indefinido, por lo que en su condición de socio trabajador conforme se establece en el artículo 1 de la LSL resulta de aplicación el artículo 21.1 de la LSL que determina su encuadramiento en el Régimen General como trabajador por cuenta ajena con plena protección.

Respecto de **doña Elvira Martínez Picón y doña Juana Poderoso Cordero**, ambas son titulares de 48 participaciones cada una y prestan servicios retribuidos como telefonista y vigilante de seguridad respectivamente. Si bien no se encuentran dadas de alta en la Seguridad Social por cuenta de «SALUD, SLL», en aplicación del artículo 15.2 de Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, (BOE del 29) por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, se determina la adquisición de trabajadores fijas cualquiera que hubiera sido la modalidad de su contratación. Por tanto, y en los mismos términos que para don Tomás García Rueda quedan encuadradas dentro del Régimen General como trabajadoras por cuenta ajena con plena protección.

**PRIMERA PREGUNTA: A la vista de los hechos expuestos, ¿ha detectado la comisión de alguna infracción? En caso afirmativo, deberá indicar en qué materias, mencionando en su caso por qué trabajador, los preceptos infringidos, tipificadores, sancionadores y cuantía mínima de la multa en su grado mínimo e indicando, en su caso, a qué autoridad corresponde la competencia sancionadora.**

Para dar contestación a esta pregunta se distinguirá en primer lugar la materia a la que afecta la infracción indicando el trabajador concreto y se procederá a la extensión de las actas de infracción que correspondan.

## **1. Infracción por obstrucción a la labor inspectora**

De acuerdo con las actuaciones inspectoras previas se constata que habiéndose personado los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social actuantes, mediante visita de inspección en el centro de trabajo de la sociedad «SALUD, SLL» sito en la calle Numancia, s/n de Madrid con fecha de 1 de marzo de 2011 y habiendo procedido a su identificación previa, conforme se establece en el artículo 5.1 segundo párrafo de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE del 15) (en adelante, LOITSS) en relación con los artículos 7.2 y 8.1 del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y

Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE del 16), se solicita por parte de los funcionarios actuantes la presencia del administrador de la sociedad, don Baldomero Rodríguez Fernández, que les impide identificar a las personas que se encontraban en el centro de trabajo así como su permanencia en el mismo, incumpliendo con la obligación de colaboración con los funcionarios del sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social establecida en el artículo 11.1 de la LOITSS por el que se establece que «los empresarios, los trabajadores y los representantes de ambos, así como los demás sujetos responsables del cumplimiento de las normas del orden social, están obligados cuando sean requeridos: a atender debidamente a los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social; a acreditar su identidad y la de quienes se encuentren en los centros de trabajo; a colaborar con ellos con ocasión de visitas».

Por estos hechos se procede a la extensión de **acta de infracción por obstrucción a la labor inspectora** de conformidad con el artículo 50.1 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (BOE del 8), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, TRLISOS), por impedir el empresario la permanencia en el centro de trabajo de los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social, así como la negativa a identificar o dar razón de su presencia sobre las personas que se encontraban en dicho centro realizando cualquier actividad.

Respecto a los *preceptos infringidos* referir el artículo 11.1 en relación con el apartado 3.1 del número 3 del artículo 5 y con el artículo 8.3 de la LOITSS.

La conducta infractora viene tipificada en el artículo 50.4 a) del TRLISOS, siendo calificada como MUY GRAVE y proponiéndose sanción en grado mínimo tramo inferior, al no apreciarse circunstancias modificativas de la responsabilidad de acuerdo con el artículo 39.2 y 6 del TRLISOS, por cuantía de 6.251 euros conforme se fija en el artículo 40.1 c) del TRLISOS. Si bien, y de conformidad con la letra f) del artículo 40.1 del TRLISOS, añadida por el Real Decreto Ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de rehabilitación de viviendas (en adelante, RDL 5/2011), cuya entrada en vigor es de 1 de agosto de 2011, «cuando la actuación inspectora de la que se derive la obstrucción fuera dirigida a la comprobación de alta de los trabajadores que presten servicios en una empresa y el incumplimiento del empresario pudiera dar lugar a la comisión de la infracción tipificada en el artículo 22.2», como es el caso, las infracciones por obstrucción calificadas como MUY GRAVES se sancionarán con la cuantía en grado mínimo tramo inferior de 10.001 euros.

En cuanto a la *autoridad competente para sancionar* corresponderá al jefe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid de acuerdo con lo establecido en los artículos 48.1 y 50.5 TRLISOS en relación con el artículo 4.3 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, (BOE de 3 de junio) por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social (en adelante, RD 928/1998). Referir, asimismo, que el citado artículo 4.3 del Real Decreto 928/1998 ha sido modificado por el Real Decreto 772/2011, de 3 de junio, (BOE del 21) cuya entrada en vigor se produjo el día 21 de septiembre de 2011, manteniéndose la misma competencia sancionadora.

## 2. Infracciones en materia de Seguridad Social

### A) Don Tomás García Rueda

#### Diciembre 2010

Respecto del trabajador don Tomás García Rueda se comprueba que la empresa «SALUD, SLL» ha cotizado por el mes de diciembre de 2010 con una base de cotización inferior a la que debería haber cotizado de acuerdo con el artículo 109 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, (BOE del 29) por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, TRLGSS), que con carácter general establece que «la base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador, o la que efectivamente perciba de ser esta superior...». Así, en el caso que nos ocupa, la empresa ha excluido de la base de cotización el importe íntegro abonado en concepto de dietas incumpliendo con lo establecido en el artículo 23.2.A a) del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, (BOE de 25 de enero de 1996 y corrección de errores de 22 de febrero), por el que se aprueba el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (en adelante, RD 2064/1995) en relación con el artículo 9.A.3 a) 1.º del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, (BOE del 31) por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, RD 439/2007) y respecto de la cantidad abonada al trabajador en concepto de kilometraje ha cotizado por una cuantía de 40 euros, por lo que con los 160 euros que la empresa ha excluido indebidamente de cotización incumple lo establecido en el artículo 23.2.A b) del Real Decreto 2064/1995 en relación con el artículo 9.B.1 a) del Real Decreto 439/2007.

Los hechos expuestos, el no efectuar el ingreso que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS) en la cuantía debida, motivado por la incorrecta configuración de sus bases de cotización, al no incluirse en aquellas los importes en concepto de dietas y kilometraje debidos que fueron abonados al trabajador indicado, constituyen una infracción en materia de Seguridad Social conforme se establece en el artículo 20 del TRLISOS, procediéndose a la extensión de un **acta de infracción en materia de Seguridad Social** a la empresa «SALUD, SLL».

En cuanto a los *preceptos infringidos* referir los artículos 15.1, 2 y 3, 104.1, 106.1, 2, 3 y 4, y 109.1 y 2 del TRLGSS en relación con los artículos 6.1, 7.2, 13, 22.1, 23.1 y 2 y siguientes del Real Decreto 2064/1995; los artículos 6.1, 12.1, 55 y 56.1 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, (BOE del 25 y corrección de errores de 22 de septiembre) por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (en adelante, RD 1415/2004); el artículo 129 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado (en adelante, LPGE) para 2010 y los artículos 1 y siguientes de la Orden TIN/25/2010 de 12 de enero.

La infracción está tipificada y calificada como GRAVE en el artículo 22.3 del TRLISOS, proponiéndose sanción en grado mínimo tramo inferior de acuerdo con lo establecido en el artículo

39.2 y 6 del TRLISOS y conforme el artículo 40.1. Primero del TRLISOS en la cuantía correspondiente al 50 por 100 del importe de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta no ingresados incluyendo recargo, es decir, 132,89 euros (el importe de 132,89 euros, como veremos más adelante en el expediente liquidatorio, resulta de aplicar el 50% al importe de la cuota más el recargo). De acuerdo con el artículo 14.4 del Real Decreto 928/1998, el acta de infracción irá coordinada con un acta de liquidación por los mismos hechos, que luego veremos, y en aplicación del artículo 34.2 del Real Decreto 928/1998 si el sujeto infractor diese su conformidad expresa a la liquidación practicada, ingresando su importe en el plazo establecido en el artículo 31.4 de la LGSS, la sanción por la infracción por los mismos hechos se reducirá automáticamente al 50 por 100 de su cuantía.

Será *competente para sancionar*, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31.2 de la LGSS en relación con el artículo 31.4 del Real Decreto 928/1998, la Dirección Provincial de la TGSS de Madrid, en cuanto que se trata de acta de infracción concurrente con acta de liquidación, si bien a partir del 21 de septiembre de 2011, con la nueva redacción que el Real Decreto 772/2011 da al artículo 4.1 del Real Decreto 928/1998, es competente para sancionar dicha dirección provincial aun cuando no se trate de actas de infracción concurrentes con actas de liquidación.

## Enero 2011

De las comprobaciones inspectoras previas se constata que la empresa «SALUD, SLL» no ha ingresado en forma y plazo reglamentario las cuotas correspondientes al mes de enero de 2011 que por todos los conceptos recauda la TGSS, no habiendo presentado los documentos de cotización ni utilizado los sistemas de presentación por medios informáticos, electrónicos o telemáticos, no siendo la conducta constitutiva de delito conforme fija el artículo 307 del Código Penal; incumpléndose con lo establecido con carácter general en los artículos 15 y 103.1 del TRLGSS relativos a la obligación y responsabilidad de cotizar.

Los hechos descritos constituyen un supuesto de infracción en materia de Seguridad Social conforme fija el artículo 20 del TRLISOS.

En consecuencia se procede a la extensión de un **acta de infracción en materia de Seguridad Social** a la mercantil «SALUD, SLL» por no ingresar, en forma y plazo reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la TGSS, no habiendo presentado los documentos de cotización ante la Administración de la Seguridad Social en los plazos reglamentarios respecto del trabajador don Tomás García Rueda, único trabajador por cuenta ajena en alta durante el mes de enero de 2011.

En cuanto a los *preceptos infringidos* referir los artículos 15.1, 2 y 3, 26.1, 103.1, 104.1 y 106.1, 2, 3 y 4 del TRLGSS en relación con los artículos 6.1, 7.2, 12, 13, 22, 23 y siguientes del Real Decreto 2064/1995 y los artículos 6, 12, 56 y 59 del Real Decreto 1415/2004 y el artículo 36.1 de la Orden TAS/1562/2005 de 25 de mayo (BOE de 1 de junio) por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004 en redacción dada por el Real Decreto 2777/2010, de 29 de octubre, así como el

artículo 132 de la LPGE para 2011 y los artículos 1 y siguientes de la Orden TIN/41/2011, de 18 de enero, (BOE del 20) por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 39/2010 de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 (en adelante, Orden TIN/41/2011).

La conducta infractora viene tipificada y calificada como MUY GRAVE en el artículo 23.1 b) del TRLISOS, proponiéndose sanción en grado mínimo tramo inferior al no apreciarse circunstancias modificativas de la responsabilidad de acuerdo con el artículo 39.2 y 6 del TRLISOS en la cuantía correspondiente al 100,01 por 100 del importe de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta no ingresados incluyendo recargos, de acuerdo al artículo 40.1 d) Segunda del TRLISOS por un importe de 916,06 (como veremos más adelante en el expediente liquidatorio la cuantía de 916,06 euros resulta de aplicar el porcentaje de 100,01% al importe de la cuota más el recargo).

La *autoridad competente para sancionar* será, de acuerdo con el artículo 48.1 del TRLISOS y artículo 4.1 del Real Decreto 928/1998, el jefe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid. Referir que con fecha de 21 de septiembre de 2011 ha entrado en vigor el Real Decreto 772/2011, de 3 de junio, (BOE del 21) por el que se modifica el Real Decreto 928/1998; concretamente da nueva redacción al artículo 4.1 y en su letra a) establece que en el caso de las infracciones muy graves en materia de Seguridad Social tipificadas en el artículo 23.1 b) del TRLISOS, la competencia para sancionar corresponderá a la dirección Provincial de la TGSS, aun cuando las actas de infracción no concurren con actas de liquidación, como es el caso, ya que por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se extenderá una propuesta de liquidación que luego veremos.

### B) *Elvira Martínez Picón*

De las actuaciones inspectoras previas se comprueba que la trabajadora doña Elvira Martínez Picón se encuentra prestando servicios como telefonista/recepcionista por cuenta de la empresa «SALUD, SLL» desde el día 1 de diciembre de 2010, sin que por esta última se hubiera procedido a comunicar su alta en la TGSS con carácter previo al inicio de la prestación, contraviniendo así lo dispuesto con carácter general en el artículo 100.1 de la LGSS en cuanto a la obligación de la empresa de comunicar el ingreso a su servicio de los trabajadores para que sean dados de alta en el Régimen General.

Los hechos descritos, consistentes en no haber solicitado, en tiempo y forma, el alta del trabajador con carácter previo al inicio de la prestación de servicios, constituyen una infracción en materia de Seguridad Social conforme se establece en el artículo 20 del TRLISOS procediéndose a la extensión de **acta de infracción en materia de Seguridad Social** a la empresa «SALUD, SLL».

Resultan como *preceptos infringidos* el artículo 21 de la LSL, los artículos 7.1 a), 13, 97, 100 y 102.1 del TRLGSS, los artículos 7, 29, 30 y 32.3 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, (BOE del 27 y corrección de errores de 27 de abril) por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (en adelante, RD 84/1996) y el artículo 1 de la Orden de 17 de enero de 1994.

La conducta infractora «no solicitar en tiempo y forma el alta del trabajador» se encuentra tipificada y calificada como GRAVE en el artículo 22.2 del TRLISOS, considerándose una infracción por cada uno de los trabajadores afectados. Referir que conforme al Real Decreto-Ley 5/2011, desde el 1 de agosto de 2011 el artículo 22.2 del TRLISOS queda redactado del siguiente modo: «No solicitar la afiliación o alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido».

De conformidad con los criterios recogidos en el artículo 39.2 y 6 del TRLISOS y al no apreciarse circunstancias modificativas de la responsabilidad, la sanción se propone en grado mínimo tramo inferior en la cuantía prevista en el artículo 40.1 b) del TRLISOS de 626 euros.

Indicar, que de acuerdo al Real Decreto-Ley 5/2011, desde el 1 de agosto de 2011 la infracción señalada en el artículo 22.2 del TRLISOS se sanciona con la multa fijada por el artículo 40.1 e) 1.º en grado mínimo de 3.126 euros. Asimismo, en estos supuestos es de aplicación las sanciones accesorias, conforme se fija en el artículo 46.1 y 2 del TRLISOS, consistentes: en la pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción, es decir, desde el 1 de diciembre de 2010, así como la posibilidad de ser excluido del acceso a tales beneficios por un periodo máximo de un año.

Respecto de la *autoridad competente para imponer la sanción*, en virtud de los artículos 14.4 y 34 del Real Decreto 928/1998, al comprobarse la existencia de deuda por cuotas por falta de alta de la socia trabajadora en el Régimen General de la Seguridad Social (en adelante, RGSS), coordinadamente con el acta de infracción, procederá extender acta de liquidación de cuotas; por lo que, de conformidad con el artículo 31.2 y 4 del TRLGSS y el artículo 4. 1 b) del Real Decreto 928/1998 (en redacción dada por el RD 772/2011), la autoridad competente, tanto para imponer la sanción como para resolver el expediente liquidatorio, es el director provincial de la TGSS de Madrid.

### C) Doña Juana Poderoso Cordero

Los funcionarios actuantes en la visita realizada al centro de trabajo en fecha 12 de marzo de 2011 comprueban, de forma personal y directa, la presencia de la mencionada socia trabajadora ejerciendo las funciones de vigilante de seguridad, funciones que realiza desde la fecha de constitución de la sociedad, es decir, desde el 1 de diciembre de 2010.

Consultadas las bases de datos de la Gerencia Informática de la Seguridad Social, se comprueba que la mencionada trabajadora no aparece de alta por cuenta de la empresa en Régimen alguno de la Seguridad Social, cuando por la actividad que desarrolla procede su inclusión obligatoria en el RGSS conforme al artículo 21 de la LSL.

Consecuentemente podemos concluir que respecto de esta socia trabajadora, la empresa «SALUD, SSL» ha cometido una **infracción en materia de Seguridad Social** de conformidad con el artículo 20 del TRLISOS, al no haber solicitado el alta de la socia trabajadora con carácter previo

al inicio de la actividad, contraviniendo de este modo con lo dispuesto en el artículo 100 del TRLGSS y el artículo 32.3 del Real Decreto 84/1996.

Procede extender **acta de infracción**, siendo los *preceptos infringidos* el artículo 21 de la LSL; los artículos 7.1 a), 13, 100 y 102.1 del TRLGSS; los artículos 7, 29, 30 y 32.3 del Real Decreto 84/1996 y el artículo 1 de la Orden de 17 de enero de 1994.

La conducta infractora se encuentra calificada y tipificada, preceptivamente, como GRAVE en el artículo 22.2 del TRLISOS.

Los preceptos sancionadores son los artículos 39.2 y 40.1 c) del TRLISOS. La cuantía de la sanción, en grado mínimo y tramo inferior, de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1 c) del TRLISOS, es de 626 euros. No obstante, desde el 1 de agosto de 2011 la sanción a imponer ha sido modificada por el Real Decreto-Ley 5/2001, pasando a ser, en virtud del artículo 40.1 e) 1.º del TRLISOS, de 3.126 euros. Asimismo, es de aplicación las sanciones accesorias, conforme se fija en el artículo 46.1 y 2 del TRLISOS, consistentes en: la pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción, es decir, desde el 1 de diciembre de 2010; así como la posibilidad de ser excluido del acceso a tales beneficios por un periodo máximo de un año.

Respecto de la *autoridad competente para imponer la sanción*, en virtud de los artículos 14.4 y 34 del Real Decreto 928/1998, al comprobarse la existencia de deuda por cuotas por falta de alta de la socia trabajadora en el RGSS, coordinadamente con el acta de infracción, procederá extender acta de liquidación de cuotas; por lo que, de conformidad con el artículo 31.2 y 4 del TRLGSS y el artículo 4.1 b) del Real Decreto 928/1998, la autoridad competente, tanto para imponer la sanción como para resolver el expediente liquidatorio, es el director provincial de la TGSS de Madrid.

#### D) *Vladimir Guayaquil Córdoba*

Respecto del citado trabajador se comprueba, que si bien está dado de alta a jornada completa dentro del Régimen General por su actividad como médico en la residencia sanitaria pública «LA PAZ», sin embargo presta sus servicios retribuidos como tal en la empresa «SALUD, SLL» no estando dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (en adelante, RETA) como le correspondería de acuerdo con lo establecido en la **disposición adicional décimoquinta de la Ley 27/2009**, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, relativa al «Encuadramiento en la Seguridad Social del personal estatutario de los Servicios de Salud que realice actividades complementarias privadas». Así, en su redacción literal establece: «Las personas incluidas en el ámbito de aplicación del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, aprobado por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, que presten servicios, a tiempo completo, en los servicios de salud de las diferentes comunidades autónomas o en los centros dependientes del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, y que, además, realicen actividades complementarias privadas, por las que deban quedar incluidas en el sistema de la Seguridad Social, quedarán encuadradas, por estas últimas actividades, en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

A fin de cumplimentar la obligación anterior, en el caso de profesionales colegiados a los que se refiere la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de supervisión y ordenación de los seguros privados, los mismos podrán optar entre solicitar el alta en el mencionado Régimen Especial o incorporarse a la correspondiente Mutualidad alternativa de las previstas en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de supervisión y ordenación de los seguros privados».

Al no haberse efectuado la opción, procederá su alta en el RETA, que de acuerdo con el párrafo primero de la disposición adicional decimoquinta, es el Régimen que se establece por defecto dentro del Sistema de la Seguridad Social por la realización de estas actividades complementarias, desde el 1 de diciembre de 2010, fecha en que inicia la prestación de sus servicios, por lo que no cabe la aplicación de la disposición transitoria segunda del Real Decreto 84/1996 en cuanto al plazo de 30 días para solicitar el alta en el RETA.

Por tanto, el trabajador don Vladimir Guayaquil Córdoba ha incumplido con la obligación de solicitar el alta en el RETA que con carácter general establece el artículo 46.2 del Real Decreto 84/1996 y el artículo 5 c) de la Ley 20/2007 de 11 de julio (BOE del 12 y corrección de errores de 25 de septiembre) del Estatuto del Trabajo Autónomo (en adelante, Ley 20/2007) con el consiguiente impago de las cotizaciones.

Estos hechos constituyen una infracción en materia de Seguridad Social, conforme fija el artículo 20 del TRLISOS, procediéndose a la extensión de **acta de infracción en materia de Seguridad Social** por no solicitar los trabajadores por cuenta propia, en tiempo y forma, el alta en el RETA cuando la omisión genere impago en la cotización que corresponda.

Respecto de los *preceptos infringidos* referir los artículos 7.1 b), 13, 15 y 19.1 del TRLGSS en relación con los artículos 5 c), 25.1 de la Ley 20/2007, los artículos 2 y 3 del Real Decreto 2530/1970, los artículos 7, 32, 46, 47, disposición transitoria segunda del Real Decreto 84/1996, disposición adicional decimoquinta de la Ley 27/2009, los artículos 12, 13 y 42 a 45 del Real Decreto 2064/1995, el artículo 12 del Real Decreto 1415/2004, el artículo 129 de la LPGE para 2010 y el artículo 132 de la LPGE para 2011 así como el artículo 14 de la Orden TIN/25/2010 y de la Orden TIN/41/2011.

La conducta infractora viene tipificada y calificada como GRAVE en el artículo 22.7 del TRLISOS, proponiéndose sanción en grado mínimo tramo inferior conforme el artículo 39.2 y 6 del TRLISOS por la cuantía de 626 euros.

Respecto de la *autoridad competente para sancionar*, se trata de una acta de infracción que irá coordinada con un acta de liquidación por los mismos hechos, por lo que en aplicación del artículo 31.2 del TRLISOS en relación con los artículos 14.4 y 34.2 del Real Decreto 928/1998 corresponderá a la Dirección Provincial de la TGSS de Madrid. Si bien, y como hemos indicado, es irrelevante la concurrencia de actas de liquidación por los mismos hechos a partir de la entrada en vigor del Real Decreto 772/2011, en cuanto que se establece que para sancionar la infracción del artículo 22.7 la competencia será de la Dirección Provincial de la TGSS independientemente de la concurrencia con un acta de liquidación.

### E) Pedro Bariloche Calafate

Trabajador de nacionalidad argentina que en el momento de la visita realizada por los funcionarios actuantes se encuentra prestando servicios en la empresa como ayudante técnico sanitario; prestación de servicios que realiza desde el 1 de diciembre de 2010. Tiene documentación que acredita haber residido legalmente y de forma continuada durante cinco años en España, así como solitud de autorización de residencia de larga duración fechada a 1 de julio de 2010.

Consultada la aplicación informática de extranjería (ADEXTRA), se comprueba que la solicitud de la autorización de residencia de larga duración, a fecha de la visita efectuada por los funcionarios en el centro de trabajo de la mercantil (12 de marzo de 2011), se encuentra pendiente de resolución.

El artículo 32 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (BOE de 12 de enero), sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEX), regula la autorización de residencia de larga duración. En su apartado 1 señala que la residencia de larga duración «es la situación que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles». El apartado 2 del mencionado artículo establece los requisitos necesarios para poder acceder a la residencia de larga duración: «Tendrán derecho a residencia de larga duración los que hayan tenido residencia temporal en España durante cinco años de forma continuada, que reúnan las condiciones que se establezcan reglamentariamente». Asimismo debemos tener en cuenta la disposición adicional primera.2 de la LOEX, relativa al plazo máximo para la resolución de la solicitud de la residencia de larga duración: «Las solicitudes de prórroga de la autorización de residencia, la renovación de la autorización de trabajo, así como las *solicitudes de autorización de residencia de larga duración* que se formulen por los interesados a tenor de lo dispuesto en la presente ley orgánica se resolverán y notificarán en el plazo máximo de tres meses contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas. Transcurrido dicho plazo sin que la Administración haya dado respuesta expresa, se entenderá que la prórroga o renovación han sido concedidas».

Con base en la fundamentación jurídica descrita anteriormente, podemos señalar que don Pedro Bariloche Calafate, trabajador por cuenta ajena de nacionalidad argentina, al haber solicitado la autorización de residencia de larga duración y al haber transcurrido más de tres meses desde la presentación de la solicitud de la autorización de residencia de larga duración (1 de julio de 2010) sin que haya recaído resolución expresa, ha de entenderse que, en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional primera de la LOEX, es titular de una autorización de residencia de larga duración.

Consecuentemente don Pedro Bariloche Calafate se encuentra habilitado a trabajar en España en las mismas condiciones que los españoles, no apreciándose irregularidad alguna en materia de extranjería respecto de este trabajador.

Si bien, al consultarse las bases de datos de la Gerencia Informática de Seguridad Social, se comprueba que el trabajador no se encuentra afiliado al Sistema de Seguridad Social ni de alta en el RGSS como trabajador por cuenta de la empresa «SALUD, SLL».

Por consiguiente, se aprecia que la empresa «SALUD, SLL» ha cometido una infracción en **materia de Seguridad Social** de conformidad con el artículo 20 del TRLISOS, al no haber solicitado

la afiliación al sistema de Seguridad Social ni el alta en el RGSS del trabajador con carácter previo al inicio de la prestación de servicio, tal y como exigen los artículos 27.2 y 32.3 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.

Consecuentemente, por dichos hechos procede extender **acta de infracción**, siendo los *preceptos infringidos* los artículos 7.1 a), 13, 97, 100 y 102.1 del TRLGSS; los artículos 7, 29, 30 y 32.3 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, y el artículo 1 de la Orden de 17 de enero de 1994.

La conducta infractora «No solicitar, en tiempo y forma, la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio o su no transmisión por los obligados o acogidos a la utilización de sistemas de presentación por medios informáticos, electrónicos o telemáticos», se encuentra calificada y tipificada, preceptivamente, como GRAVE en el artículo 22.2 del TRLISOS. Si bien, como hemos mencionado anteriormente, dicho precepto ha sido modificado por el Real Decreto-Ley 5/2011, de 29 de abril.

Los preceptos sancionadores son los artículos 39.2 y 40.1 c) del TRLISOS. La cuantía de la sanción, en grado mínimo y tramo inferior, de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1 c) del TRLISOS, es de 626 euros. No obstante, a partir de 1 de agosto de 2011 la sanción a imponer por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 22.2 del TRLISOS ha sido modificada por el Real Decreto-Ley 5/2011, de 29 de abril, siendo la sanción mínima a imponer, en virtud del artículo 40.1 e) 1.º del TRLISOS, de 3.126 euros. Asimismo, son de aplicación las sanciones accesorias conforme se fija en el artículo 46.1 y 2 del TRLISOS, consistentes: en la pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción (es decir, desde el 1 de diciembre de 2010); así como la posibilidad de ser excluido del acceso a tales beneficios por un periodo máximo de un año.

La *autoridad competente para imponer la sanción* de conformidad con el artículo 31.2 y 4 del TRLGSS, es el director provincial de la TGSS de Madrid ya que, en virtud de los artículos 14.4 y 34 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, coordinadamente con el acta de infracción se extenderá acta de liquidación de cuotas al existir deuda por cuotas derivada de la falta de alta de trabajador en el RGSS.

### 3. Infracciones en materia de extranjería

#### A) *Don Abdul Kasim Al Maleh*

Trabajador por cuenta ajena de nacionalidad marroquí, que en el momento de la visita inspectora se encontraba realizando funciones de ayudante de conductor de ambulancia por cuenta de la empresa, actividad que manifiesta hacer desde la fecha del inicio de la actividad de la empresa, es decir, desde el 1 de diciembre de 2010.

Consultada la aplicación informática de extranjería (ADEXTRA) se comprueba que don Abdul Kasim Al Maleh es titular de una autorización de residencia, si bien, carece de autorización administrativa para trabajar por cuenta ajena en España.

Al tratarse de un trabajador extranjero de nacionalidad marroquí, le es íntegramente aplicable la LOEX.

El artículo 36 de la LOEX regula la autorización de residencia y trabajo; en su apartado 1 señala: «Los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar». Asimismo el apartado 4 del mencionado artículo establece la condición necesaria para la contratación de un trabajador extranjero en España: «Para la contratación de un extranjero, el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que en todo caso deberá acompañarse del contrato de trabajo que garantice una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización».

De la actuación previa inspectora llevada a cabo por los Subinspectores actuantes se comprueba que la empresa «SALUD, SLL» ha contratado a un trabajador extranjero sin haber obtenido previamente la preceptiva autorización administrativa para trabajar por cuenta ajena, tal y como exigen los artículos 36 y 38 de la LOEX.

Consecuentemente por esta conducta, la empresa «SALUD, SLL» ha cometido una **infracción en materia de extranjería** de conformidad con los artículos 50 y 51 de la LOEX por lo que, en virtud de la facultad atribuida a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social prevista en el artículo 55.2, párrafo segundo, procede extender **acta de infracción**, siendo los *preceptos infringidos* los artículos 36 y 38 de la LOEX; los artículos 49 y siguientes del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (BOE de 7 de enero), por el que se aprueba el Reglamento de la LOEX. Merece especial mención que **a partir del 30 de junio de 2011, el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, ha sido derogado por el nuevo Reglamento de extranjería, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (BOE de 30 de abril).** Procedemos de este modo a sustituir los preceptos infringidos del antiguo Reglamento por los preceptos del nuevo Reglamento: artículos 62 y siguientes del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

La infracción cometida, «la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo», se encuentra calificada y tipificada, preceptivamente, como MUY GRAVE en el artículo 54.1 d) de la LOEX.

El precepto sancionador es el artículo 55 de la LOEX. La cuantía mínima de la sanción de conformidad con el artículo 55.1 c) de la LOEX es de 10.001 euros. Asimismo, al tratarse de una infracción tipificada en el artículo 54.1 d) de la LOEX, ha de tenerse en cuenta lo previsto en el **artículo 48 de la Ley 62/2003**, de 30 de diciembre, en virtud del cual «Cuando se sancione a un empleador que utilice a un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo, el importe de la multa establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se incrementará en la cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta,

desde el comienzo de la prestación de trabajo del trabajador extranjero hasta el último día en que se conste dicha prestación de servicios». En consecuencia, para determinar el incremento de la sanción procederá calcular las cuotas que hubiera correspondido ingresar desde el día 1 de diciembre de 2010 hasta el 12 de marzo de 2011:

En primer lugar procederemos a calcular la base de cotización del trabajador de conformidad con el artículo 109 del TRLGSS y el artículo 23 del Real Decreto 2064/1995.

Trabajador	Fecha inicio	Categoría profesional	Periodo considerado
Adbul Kasin Al Maleh	01/12/2010	Ayudante de conductor de ambulancia	1/12/2010 a 12/03/2011

En virtud del Convenio colectivo de trabajo para el sector de establecimientos sanitarios de hospitalización, asistencia, consulta y laboratorios de análisis clínicos 2010-2011, don Adbul Kasin Al Maleh tiene derecho a percibir los siguientes conceptos retributivos:

Concepto	Importe
Salario base	984 €
Plus transporte	150 €
Dos gratificaciones extraordinarias	984 €

La base de cotización por contingencias comunes y profesionales de don Adbul Kasin Al Maleh durante los meses de diciembre de 2010, enero y febrero de 2011 es:

Concepto	Importe	Importe exento	Importe mensual cotizable
Salario base	984	0	984
Plus transporte	150	(1) 100	50
P.P.P. extraordinarias $[(2 \times 984)/12]$	164	0	164
<b>Total base de cotiz. cont. comunes y profesionales</b>			<b>1.198</b>

La base de cotización por contingencias comunes y profesionales de don Adbul Kasin Al Maleh durante el mes de marzo de 2011 (hasta el día de la visita inspectora) es:

Concepto	Importe	Importe exento	Importe mensual cotizable
Salario base = $[(984/30) \times 12 \text{ días}]$	393,6	0	393,6
Plus transporte = $[(150/30) \times 12]$	60	(1) 39,96	20,04
P.P.P. extras $[(164/30) \times 12 \text{ días}]$	65,64	0	65,64
<b>Total base de cotiz. cont. comunes y profesionales</b>			<b>479,28</b>

La base de cotización correspondiente al periodo desde el 1 de diciembre de 2010 hasta el 12 de marzo de 2011 asciende a  $[(1.198 \times 3) + (479,28)] = 4.073,16$  euros.

(1) El concepto «**Plus transporte**» hemos procedido a excluirlo de la base de cotización en las cuantías arriba indicadas en virtud de lo establecido al respecto en el artículo 23.2 A) c) del Real Decreto 2064/1995, que establece: «A efectos de su exclusión en la base de cotización, se reputaren pluses de transporte urbano y de distancia o equivalentes las cantidades que deban abonarse o resarcirse al trabajador o asimilado por su desplazamiento desde el lugar de su residencia hasta el centro habitual de trabajo y a la inversa. En todo caso, estos pluses, que a efectos de cotización únicamente necesitarán justificación cuando estén estipulados individualmente en contrato de trabajo, **estarán excluidos de la base de cotización siempre que su cuantía no exceda en su conjunto del 20 por 100 del IPREM mensual vigente en el momento del devengo**, sin incluir la parte correspondiente a pagas extraordinarias, **computándose, en otro caso, en dicha base el exceso resultante**». A efectos de la resolución del caso práctico, el IPREM está fijado en 500 euros, quedando excluido de cotización la cuantía de 100 euros, procediendo a incluirse en la base de cotización el importe de 50 euros.

Ha de indicarse que los importes de las bases de cotización del trabajador se encuentran comprendidos dentro de los límites máximos y mínimos establecidos en los artículos 2 y 3 de la Orden TIN/25/2010, de 12 de enero, y de la Orden TIN/41/2011, de 18 de enero.

Los tipos de cotización por contingencias comunes, desempleo, FOGASA y formación profesional aplicables **durante diciembre de 2010** son los establecidos al respecto en el artículo 129 de la LGPE para 2010 y en los artículos 4 y 31 de la Orden TIN/25/2010.

Los tipos de cotización por contingencias comunes, desempleo, FOGASA y formación profesional aplicables **durante los meses de enero, febrero y marzo de 2011** son los establecidos en el artículo 132 de la LPGE para 2011 y en los artículos 4 y 32 de la Orden TIN/41/2011.

Los tipos de cotización correspondientes a la tarifa de primas para la cotización por contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional son los establecidos en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, según la redacción dada por la disposición final octava de la LPGE para 2010.

Mes	Base	C.C.	Desempleo	FOGASA	FP	AT/EP CNAE 86 (actividades sanitarias)	Cuota mes
Diciembre 2010	1.198	28,30%	7,05%	0,20%	0,70%	1,50%	452,25 €
Enero	1.198	28,30%	7,05%	0,20%	0,70%	1,50%	452,25 €
Febrero	1.198	28,30%	7,05%	0,20%	0,70%	1,50%	452,25 €
12 días marzo 2011	479,28	28,30%	7,05%	0,20%	0,70%	1,50%	180,93 €
<b>Total importe cuota</b>							<b>1.537,68 €</b>

Por consiguiente, una vez calculado el importe de la cuota que hubiera correspondido ingresar por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación de trabajo del trabajador extranjero hasta el último día en que se conste dicha prestación de servicios, podemos determinar el importe de la sanción mínima a imponer. Dicha cuantía asciende a 11.538,68 euros.

La autoridad competente para la imposición de la sanción, de conformidad con el artículo 55.2 de la LOEX, es el delegado de gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid.

**SEGUNDA PREGUNTA. Indique los expedientes liquidatorios que procedería practicar, periodo al que corresponden y las bases y tipos de cotización de cada uno de los trabajadores por cuenta propia o ajena incluidos en los mismos.**

Para dar respuesta a esta pregunta referiremos cada uno de los trabajadores e indicaremos el expediente liquidatorio que procede en cada caso.

A) *Don Tomás García Rueda*

### Diciembre 2010

Por los mismos hechos del acta de infracción analizada, «no ingresar en forma y plazo reglamentario las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la TGSS o no efectuar el ingreso en la cuantía debida, habiendo presentado los documentos de cotización», procede la extensión de **acta de liquidación** de cuotas a la mercantil «SALUD, SLL» conforme se establece en el artículo 31.1 b) del TRLGSS, el artículo 31.1 b) del Real Decreto 928/1998 y el artículo 65.1 b) del Real Decreto 1415/2004, por diferencias de cotización respecto de trabajadores dados de alta cuando dichas diferencias no resulten directamente de los documentos de cotización.

En cuanto a los preceptos infringidos referir los artículos 15.1, 2 y 3, 103, 104.1, 106.1, 2, 3 y 4 y 109.1 y 2 del TRLGSS en relación con los artículos 6.1, 7.2, 13, 22.1, 23.1 y 2 y siguientes del Real Decreto 2064/1995, los artículos 6.1, 12.1, 55 y 56.1 del Real Decreto 1415/2004, el artículo 129 de la LPGE para 2010 y los artículos 1 y siguientes de la Orden TIN/25/2010.

A efectos del cálculo de la deuda se procede a la determinación del **periodo** de descubierto que corresponde del día 1 al 31 de diciembre de 2010.

Asimismo, procederemos a la determinación de la **base de cotización** en aplicación del artículo 109 del TRLGSS y el artículo 1 de la Orden TIN/25/2010 teniendo en cuenta las remuneraciones computables que tenga derecho a percibir el trabajador o que efectivamente perciba de ser superiores.

Trabajador	Fecha inicio	Categoría profesional	Periodo considerado
Tomás García Rueda	01/12/2010	Conductor de ambulancia	1/12/2010 a 31/12/2010

Según convenio colectivo de aplicación, tiene derecho a percibir los siguientes conceptos retributivos que junto a los que la empresa le abona conforman la siguiente base de cotización:

Concepto	Importe	Importe exento	Importe mensual cotizable
Salario base	996	0	996
Compl. antigüedad (1)	24	0	24
P.P.P. extras $[(996 + 24) \times 2/12]$	170	0	170
Plus transporte (2)	150	100	50
Dietas (3)	400	0	400
Kilómetros (4)	200	0	200
<b>Total base cotiz. cont. comunes y profesionales</b>			<b>1.840</b>
<b>Base de cotización por diferencias (400 € Dietas + 160 € km)</b>			<b>560</b>

(1) De acuerdo con el convenio colectivo, todos los trabajadores percibirán mensualmente en concepto de **antigüedad** la cantidad de 6 euros por año trabajado y teniendo en cuenta que a los trabajadores que prestaron servicio en la empresa «CLÍNICA REPARADORA, SL» les ha sido reconocida la antigüedad desde la fecha en que causaron alta en aquella, don Tomás García Rueda tiene una antigüedad en diciembre de 2010 de 4 años completos trabajados, por tanto  $6 \text{ euros} \times 4 \text{ años} = 24 \text{ euros}$ .

(2) De acuerdo con lo establecido en el artículo 109.2 del TRLISOS y en el artículo 23.2.A c) del Real Decreto 2064/1995, quedarán excluidos de cotización las cantidades que se abonen en concepto de **plus de transporte** en la cuantía del 20 por 100 del IPREM mensual vigente excluida la parte proporcional de pagas extraordinarias, y a efectos de cotización únicamente necesitará justificación cuando esté estipulado individualmente en contrato de trabajo. El IPREM mensual fijado para 2010 está fijado en 500 euros, quedando excluido de cotización la cuantía de 100 euros, por lo que en este caso que se abona en virtud de convenio 150 euros/mes, cotizará la cuantía de 50 euros/mes.

(3) Respecto de las **dietas**, de acuerdo con el artículo 23.2.A a) del Real Decreto 2064/1995 «a efectos de su exclusión de la base de cotización a la Seguridad Social, únicamente tendrán la consideración de dietas y asignaciones para gastos de viaje las cantidades destinadas por el empresario a compensar los gastos normales de manutención y estancia en restaurantes, hoteles y demás establecimientos de hostelería, devengadas por gastos en municipio distinto del lugar de trabajo habitual del trabajador y del que constituya su residencia».

En primer lugar indicar que no refiere el supuesto práctico que la residencia del trabajador no sea Getafe a efectos de la exclusión. Asimismo, en cuanto a las horas en que el trabajador ha de realizar los viajes de ida y vuelta a la residencia de Getafe y el laboratorio, se encuentran dentro de la franja horaria entre las 8 y 12 horas de la mañana, por lo que el trabajador puede realizar en todo caso sus comidas ordinarias, no existiendo la necesidad por parte de la empresa de compensar los gastos de manutención. Asimismo referir que el artículo 9.A.3 a) 2.º del Real Decreto 439/2007 exige que a efectos de exclusión, el pagador deberá acreditar el día y lugar del desplazamiento y en este caso no se ha

aportado ninguna justificación. Por tanto, y en virtud de lo indicado, cabe determinar que la empresa ha excluido indebidamente de cotización los 400 euros en concepto de dietas y gastos de manutención.

(4) De acuerdo con el artículo 23.2.A b) del Real Decreto 2064/1995 y el artículo 9 del Real Decreto 439/2007, a efectos de su exclusión de la base de cotización a la Seguridad Social «se consideran gastos de locomoción las cantidades destinadas por el empresario a compensar los gastos del trabajador por sus desplazamientos fuera de la fábrica, taller, oficina o centro habitual de trabajo, para realizarlo en lugar distinto».

En el caso que nos ocupa, y considerando que el objeto de la prestación de servicios del conductor de ambulancia implica el desplazamiento diario en la ambulancia entre Getafe y Madrid en cuanto al lugar habitual de trabajo, así como que el vehículo es propiedad de la empresa y que todos los gastos corren a cuenta de aquella, quedará incluida en la base de cotización la cantidad abonada por la empresa en concepto de **kilometraje**.

De acuerdo con el artículo 109.2 g) del TRLGSS, la **base de cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales** será coincidente con la base por contingencias comunes al no haberse realizado horas extraordinarias.

La **base de cotización por desempleo, FOGASA y formación profesional** será la misma que la de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (disp. adic. vigesimoprimeras TRLGSS).

Aclarar que los importes de las bases de cotización calculadas se encuentran dentro de los topes absolutos y límites relativos establecidos en los artículos 2 y 3 de la Orden TIN/25/2009.

En los restantes trabajadores y salvo indicación en contra, se entenderán que las bases de cotización tanto por contingencias comunes, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y desempleo, FOGASA y formación profesional coinciden; así como que se encuentran incluidos en los citados límites.

Los **tipos de cotización** que resultan aplicables son los siguientes:

Contingencia	Base	Tipo (empresa)	Tipo (trabajador)	Total
Contingencias comunes	560	23,60%	4,70%	28,30%
Desempleo	560	5,50%	1,55%	7,05%
FOGASA	560	0,20%		0,20%
Formación profesional	560	0,60%	0,10%	0,70%
AT/EP [Cuadro II letra e)] (1)	560	3,30%		3,30%

(1) El trabajador es conductor de ambulancia, por lo que corresponde el tipo aplicable a los conductores de vehículo automóvil de transporte de pasajeros en general (taxis, automóviles, autobuses, etc.) y de transporte de mercancías que tenga una capacidad de carga útil no superior a 3,5 t.

## Enero 2011

Respecto del trabajador don Tomás García Rueda y por el mes de enero de 2011 procederá efectuar **propuesta de liquidación** de cuotas a la TGSS cuando por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se compruebe la falta total de cotización de trabajadores dados de alta no habiéndose presentado los documentos de cotización en plazo reglamentario, conforme se fija en el artículo 30.1 a) del TRLGSS, el artículo 30.1 del Real Decreto 928/1998 y el artículo 62.1 a) del Real Decreto 1415/2004.

Trabajador	Fecha inicio	Categoría profesional	Periodo considerado
Tomás García Rueda	01/12/2010	Conductor de ambulancia	1/01/2011 a 31/01/2011

Según convenio colectivo de aplicación, tiene derecho a percibir los siguientes conceptos retributivos que junto a los que la empresa le abona conforma la siguiente **base de cotización**:

Concepto	Importe	Importe exento	Importe mensual cotizable
Salario base	996	0	996
Compl. antigüedad (1) (6 €/año × 5 años)	30	0	30
P.P.P. extras [(996 + 30) × 2/12]	171	0	171
Plus transporte	150	100	50
Premio fidelidad (2) (996/12)	83	0	83
Dietas	400	0	400
Kilómetros	200	0	200
<b>Total base cotiz. cont. comunes y profesionales</b>			<b>1.930</b>

(1) A fecha de 1 de enero de 2011 el trabajador posee una **antigüedad** de 5 años.

(2) Respecto al **premio de fidelidad**, si bien el convenio dice que se abonará el mes siguiente en que el trabajador cumpla los 5 años en la empresa, en este caso los cumple en enero por lo que se abonaría en febrero, no obstante, y de acuerdo con el artículo 109.1.2.º párrafo, «las percepciones de vencimiento superior al mensual se prorratearán a lo largo de los 12 meses del año» a efectos de determinar la base de cotización.

Los **tipos de cotización** que resultan aplicables son los siguientes:

Contingencia	Base	Tipo (empresa)	Tipo (trabajador)	Total
Contingencias comunes	1.930	23,60%	4,70%	28,30%
Desempleo	1.930	5,50%	1,55%	7,05%
FOGASA	1.930	0,20%		0,20%
Formación profesional	1.930	0,60%	0,10%	0,70%
AT/EP [Cuadro II letra e)] (1)	1.930	3,30%		3,30%

(1) De acuerdo con el artículo 4.1 de la Orden TIN/41/2011, para las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se aplicarán los tipos de la tarifa de primas establecida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006 en la redacción dada por la disposición final octava de la LPGE para 2010.

### B) Elvira Martínez Picón

Respecto de la citada trabajadora procede la extensión de **acta de liquidación** por falta de alta en el Régimen General, conforme se establece en el artículo 31.1 a) del TRLGSS en relación con el artículo 31.1 a) del Real Decreto 928/1998 y el artículo 65.1 a) del Real Decreto 1415/2001.

Respecto de los *preceptos infringidos* referir los de falta de alta indicados en el acta de infracción así como los relativos a la falta de cotización derivada de la falta de alta, como son los artículos 15.1, 2 y 3, 19.1, 26.1, 103.1, 104.1 y 106.1, 2, 3 y 4 del TRLGSS en relación con los artículos 6.1, 7.2, 12, 13, 22.1, 23 y siguientes del Real Decreto 2064/1995, los artículos 6, 12, 13, 22, 23 y siguientes del Real Decreto 1415/2004, el artículo 129 de la LPGE para 2010, el artículo 132 de la Ley 39/2010 y los artículos 1 y siguientes de la Orden TIN/25/2010 y la Orden TIN/41/2011.

Trabajador	Fecha inicio	Categoría profesional	Periodo considerado
Elvira Martínez Picón	01/12/2010	Telefonista/Recepcionista	1/12/2010 a 31/01/2011

Según convenio colectivo de aplicación, tiene derecho a percibir los siguientes conceptos retributivos:

Concepto	Importe	Importe exento	Importe mensual cotizable
Salario base	942	0	942
P.P.P. extras	157	0	157
Plus transporte	150	100	50
Uniforme (1)	50	0	50
Ayuda familiar (2)	50	50	0
<b>Total base de cotiz. cont. comunes y profesionales</b>			<b>1.199</b>

(1) De acuerdo con el artículo 109.2 c) del TRLGSS y el artículo 23.2 C) del Real Decreto 2064/1995, «Las indemnizaciones por adquisición y mantenimiento de prendas de trabajo quedarán excluidas de cotización cuando tales gastos sean efectivamente realizados por el trabajador». En este caso la empresa facilita a la trabajadora los uniformes que le hagan falta y tanto los cometidos de lavar y planchar aquellos, son por cuenta de la empresa, por lo que los 50 euros abonados en concepto de **gastos por compra de uniforme** no obedecen a una razón indemnizatoria ya que son soportados directamente por la empresa y no por la trabajadora, de ahí su inclusión en la base.

(2) La trabajadora tiene reconocida la prestación familiar de la Seguridad Social consistente en asignación económica por hijo a cargo regulada en los artículos 181 a), 182 y siguientes del TRLGSS, por lo que en aplicación del artículo 109.2 f) del TRLGSS y el artículo 23.2.F a) del Real Decreto 2064/1995, «quedarán excluidas de cotización las prestaciones de la seguridad Social, en todo caso, así como sus mejoras... concedidas por las empresas. Se consideran mejoras de las prestaciones de la Seguridad Social las cantidades dinerarias entregadas directamente por los empresarios a sus trabajadores o asimilados siempre que el beneficio obtenido suponga una ampliación o complemento de las prestaciones económicas otorgadas por el Régimen General». Por tanto, la cantidad abonada en concepto de **ayuda familiar** quedará excluida de cotización.

Los **tipos de cotización** que resultan aplicables son los siguientes:

Contingencia	Base	Tipo (Empresa)	Tipo (Trabajador)	Total
Contingencias comunes	1.199	23,60%	4,70%	28,30%
Desempleo (1)	1.199	5,50%	1,55%	7,05%
FOGASA	1.199	0,20%		0,20%
Formación profesional	1.199	0,60%	0,10%	0,70%
AT/EP [Cuadro II letra a)] (2)	1.199	1,00%		1,00%

(1) A efectos del tipo aplicable por la contingencia de desempleo, se considera que la trabajadora presta sus servicios a jornada completa conforme fija el enunciado y tiene un contrato indefinido conforme se establece en el artículo 15.2 del Real Decreto Legislativo 1/1995 en cuanto que adquirirán la condición de trabajadores fijos, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, los que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubiera podido fijar para el periodo de prueba...».

(2) La trabajadora es telefonista y recepcionista por lo que resulta de aplicación el tipo relativo a personal en trabajos exclusivos de oficina. Asimismo se aplica el mismo porcentaje para las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales tanto para diciembre de 2010 como para enero 2011, en aplicación del artículo 4.2 de la Orden TIN/41/2011.

### C) Doña Juana Poderoso Cordero

Respecto de esta socia trabajadora, como se ha anunciado en la primera pregunta, procede extender **acta de liquidación** de cuotas por falta de alta al RGSS en virtud del artículo 31.1 a) del TRLGSS, el artículo 31.1 a), el Real Decreto 928/1998 y el artículo 65.1 a) del Real Decreto 1415/2004.

Respecto de los preceptos infringidos referir los indicados para doña Elvira Martínez Picon.

Trabajador	Fecha de inicio	Categoría profesional	Periodo considerado
Juana Poderoso Cordero	01/12/2010	Vigilante de seguridad	01/12/2010 al 31/01/2011

Doña Juana Poderoso Cordero, de conformidad con el convenio colectivo aplicable, así como las mejoras que ha pactado individualmente, tiene la siguiente **base de cotización**:

Concepto	Importe	Importe exento	Importe mensual cotizable
Salario base	960	0	960
Plus transporte	150	100	50
Uniformes (1)	50	0	50
Plus peligrosidad (2)	200	0	200
P.P.P. extras $[(2 \times 960)/30] = 160$	160	0	160
<b>Total base de cotiz. cont. comunes y profesionales</b>			<b>1.420</b>

(1) Respecto al concepto que se le abona a la socia trabajadora en concepto de «**Uniformes**», ha de señalarse que, en principio, el importe que percibe quedaría exento de cotización en virtud de lo dispuesto en el artículo 23.2 C) del Real Decreto 2064/1995, en el importe que no excediera del 20 por 100 del IPREM. No obstante, para que sea un concepto excluido de la base de cotización ha de tratarse de un gasto que sea asumido por el trabajador, debiendo en este caso incluirse íntegramente en la base de cotización al establecer el convenio colectivo que la empresa tienen que facilitar con periodicidad anual los uniformes que hagan falta así como los cometidos de lavar y planchar estos uniformes, por lo que de este modo no se está resarcando al trabajador por los gastos de adquisición de ropa ya que es un gasto que asume la propia empresa.

(2) Respecto del «**Plus de peligrosidad**» debemos señalar que al tratarse de un complemento salarial relativo al puesto de trabajo de los previstos en el artículo 26.3 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (BOE del 29), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, TRLET), el importe ha de formar parte de la base de cotización de conformidad con el artículo 109 del TRLGSS y el artículo 23 del Real Decreto 2064/1995.

Los **tipos de cotización** aplicables son los siguientes:

Contingencia	Base	Tipo (empresa)	Tipo (trabajador)	Total
Contingencias comunes	1.420	23,60%	4,70%	28,30%
Desempleo	1.420	5,50%	1,55%	7,05%
FOGASA	1.420	0,20%		0,20%
Formación profesional	1.420	0,60%	0,10%	0,70%
AT/EP [Ocupación h)] (1)	1.420	3,60%		3,60%

(1) El trabajador es vigilante de seguridad por lo que corresponde el tipo del Cuadro II letra h) aplicable a vigilantes, guardas, guardas jurados y personal de seguridad. Asimismo se aplica el mismo porcentaje para las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales tanto para diciembre de 2010 como para enero 2011, en aplicación del artículo 4.2 de la Orden TIN/41/2011.

#### D) Vladimir Guayaquil Córdoba

Respecto del citado trabajador procederá la extensión de **acta de liquidación** por falta de alta en el RETA, conforme se establece en el artículo 31.1 a) del TRLGSS, el artículo 31.1 a) del Real Decreto 928/1998 y el artículo 65.1 a) del Real Decreto 1415/2004.

Respecto de los preceptos infringidos referir los del acta de infracción.

Trabajador	Fecha inicio	Categoría profesional	Periodo considerado
Vladimir Guayaquil Córdoba	01/12/2010	Médico	1/12/2010 a 28/02/2011

Las **bases y tipos de cotización** aplicables son los siguientes:

	Base (1)	Tipo contingencias comunes (2)	Tipo cotiz. adicional (3)
Diciembre 2010	841,8	26,50%	0,10%
Enero y febrero 2011	850,2	26,50%	0,10%

(1) De acuerdo con el artículo 43.2 2.º párrafo del Real Decreto 2064/1995, la inclusión dentro de este régimen especial llevará implícita la obligación de cotizar al menos sobre la cuantía de la **base mínima**, que está fijada en el artículo 14.2.2.1) de la Orden TIN/25/2010 y de la Orden TIN/41/2011 para los años 2010 y 2011 respectivamente.

(2) El trabajador se encuentra en situación de pluriactividad, dado de alta en el Régimen General, por lo que tiene cubierta la protección por incapacidad temporal en ese régimen, de ahí que en aplicación del artículo 47.3 del Real Decreto 84/1996, es voluntario acogerse a la cobertura de dicha prestación en el RETA. Por tanto y en aplicación del artículo 14.1 de la Orden TIN/25/2010 y de la Orden TIN/41/2011, se aplicará el porcentaje de 26,5 por 100.

(3) De acuerdo con el artículo 47.4.1.º del Real Decreto 84/1996, la cobertura de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedades profesionales tendrá carácter voluntario en este régimen especial salvo determinadas excepciones que no son aplicables al caso, por tanto, y en virtud del artículo 14.1 3.º párrafo de la Orden TIN/25/2010 y de la Orden TIN/41/2011, los trabajadores incluidos en este régimen que no tengan cubierta la protección dispensada a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, efectuarán una cotización adicional al 0,1 por 100 aplicado sobre la base de cotización elegida, para la financiación de las prestaciones previstas en los capítulos IV quáter y IV quinquies del título II del TRLGSS.

Referir que no existe obligación de cotizar por la protección por cese de actividad de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 32/2010, de 5 de agosto (BOE del 6) por la que se establece un sistema de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, ya que el citado trabajador autónomo no está obligado a cotizar por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

E) *Pedro Bariloche Calafate*

Respecto de este trabajador por cuenta ajena procedería extender **acta de liquidación** de cuotas al RGSS en virtud del artículo 31.1 a) del TRLGSS, el artículo 31.1 a) del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, y el artículo 65.1 a) del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, al no encontrarse dado de alta en el RGSS.

Respecto de los preceptos infringidos referir los indicados para doña Elvira Martínez Picón, tanto los relativos a la falta de alta como los de falta de cotización.

Trabajador	Fecha de inicio	Categoría profesional	Periodo considerado
Pedro Bariloche Calafate	01/12/21010	Ayudante técnico sanitario	01/12/2010 al 31/01/2011

Don Pedro Bariloche Calafate, de conformidad con el convenio colectivo aplicable, así como con las mejoras que ha pactado individualmente, tiene derecho a percibir los siguientes conceptos retributivos que forman la siguiente **base de cotización**:

Concepto	Importe	Importe exento	Importe mensual cotizable
Salario base	1.098	0	1.098
(1) Complemento de puesto de trabajo de responsabilidad	200	0	200
Plus transporte	150	100	50
(2) Ayuda de estudios superiores	100	0	100
P.P.P. extras $[(2 \times 1098)/12] = 183$	183	0	183
<b>Total base de cotiz. cont. comunes y profesionales</b>			<b>1.631</b>

(1) Respecto del «**Complemento de puesto de trabajo de responsabilidad**», al tratarse de un complemento salarial relacionado con el puesto de trabajo de los previstos en el artículo 26.3 del TRLET, el importe que percibe por dicho concepto ha de integrar parte de la base de cotización de conformidad con el artículo 109 del TRLGSS y el artículo 23 del Real Decreto 2064/1995.

(2) Respecto de la «**Ayuda de estudios superiores**» debemos recurrir al artículo 23.2 F) b) 2.º del Real Decreto 2064/1995, entre las que se incluyen «Las cantidades destinadas a satisfacer gastos de estudios del trabajador o asimilado dispuestos por instituciones, empresarios o empleadores y financiados directamente por ellos para la actualización, capacitación o reciclaje de su personal, cuando vengán exigidos por el desarrollo de sus actividades o las características de los puestos de trabajo, incluso cuando su prestación efectiva se efectúe por otras personas o entidades especializadas. Cuando dichos gastos no vengán exigidos por el desarrollo de aquellas actividades o características y sean debidos por norma, convenio colectivo o contrato de trabajo, siempre que se justifique su realización y cuantía, serán considerados retribuciones en especie en los términos establecidos en el apartado 1.B de este artículo». La ayuda de estudios superiores debemos integrarla en la base de cotización; no la podemos considerar como asignación asistencial para excluirla, ya que consiste en una cantidad abonada en concepto de

gastos de estudios no exigidos por el puesto de trabajo por lo que tiene consideración de **retribución en metálico** y, por consiguiente, se trata de un concepto que ha de formar parte de la base de cotización.

Los **tipos de cotización** aplicables son los siguientes:

Contingencia	Base	Tipo (empresa)	Tipo (trabajador)	Total
Contingencias comunes	1.631	23,60%	4,70%	28,30%
Desempleo	1.631	5,50%	1,55%	7,05%
FOGASA	1.631	0,20%		0,20%
Formación profesional	1.631	0,60%	0,10%	0,70%
AT/EP [CNAE 86 (Actividades sanitarias)]	1.631	1,50%		1,50%

#### F) *Abdul Kasim Al Maleh*

Trabajador extracomunitario por cuenta ajena que carece de autorización administrativa para trabajar en España. Respecto de este trabajador no procede realizar expediente liquidatorio alguno, ya que al tratarse de un trabajador extranjero que carece de la autorización administrativa prevista en el artículo 36 de la LOEX, no procede su afiliación al sistema de Seguridad Social en España y por consiguiente no procede su encuadramiento en ningún Régimen de Seguridad Social; así lo establece el artículo 7.1 del TRLGSS y el artículo 42.2 segundo párrafo del Real Decreto 84/1996: «Los extranjeros que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el sistema de Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la ley».

De acuerdo con los artículos 30.2 y 32.1 e) del Real Decreto 928/1998, al importe de la cuota resultante tanto en la propuesta de liquidación como en las actas de liquidación se aplicará el recargo del 20 por 100.

**TERCERA PREGUNTA. ¿Aprecia la existencia de algún supuesto de derivación de responsabilidad por las deudas que mantiene, en concepto de cuotas del Régimen General de la Seguridad Social y recaudación conjunta, la empresa «CLÍNICA REPARADORA, SL»? Fundamente jurídicamente y razone la respuesta.**

Al existir deuda por cuotas de Seguridad Social no prescrita en los años 2007, 2008 y 2009 de la empresa «CLÍNICA REPARADORA», procederemos a analizar la posible existencia de responsabilidad derivada en la deuda contraída por la empresa en cuestión.

En un primer lugar procederemos a analizar la posible existencia de **sucesión de empresa** mediante la existencia de indicios al no existir vínculo jurídico externo entre la empresa «CLÍNICA REPARADORA, SL» y la empresa «SALUD, SLL». Nuestra jurisprudencia ha señalado que existen

dos mecanismos a través de los cuales puede producirse el cambio de titularidad de la empresa por actos *inter vivos*:

- Por cualquier tipo de convención, permuta, venta o por circunstancias impuestas: cambios transparentes.
- Por simple factores o circunstancias de facto: mantenimiento del mismo negocio o actividad, domicilio social y plantilla: cambios no transparentes.

Por consiguiente, la transmisión de la empresa de un titular a otro ha de entenderse referida a cualquier especie o figura jurídica, y comprende tanto la directa (cambios transparentes) como la indirecta (cambios no transparentes).

En el caso que nos ocupa y de los datos aportados en el supuesto práctico procederemos a determinar si existe una posible derivación de responsabilidad a la empresa «SALUD, SLL» por las deudas con la Seguridad Social contraídas por la mercantil «CLÍNICA REPARADORA, SL» en virtud de una «sucesión empresarial no transparente» basándonos en los siguientes elementos.

En primer lugar analizaremos los siguientes **elementos objetivos** a efectos de probar que la empresa sucesora ha tenido el mismo soporte económico, material y organizativo que la sociedad cuya sucesión se pretende (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de febrero de 2001):

### **1. Objeto social de la empresa y actividad efectivamente realizada:**

La empresa «CLÍNICA REPARADORA, SL» tiene como objeto social el de «análisis de sangre y tejidos orgánicos» que coincide con el fijado para la mercantil «SALUD, SLL».

### **2. Domicilio social:**

Coincide el de ambas empresas en la calle Numancia s/n de Madrid.

### **3. Plantilla:**

Se comprueba que tres de los seis trabajadores que se encuentran prestando servicios para la empresa «SALUD, SLL» prestaron sus servicios en «CLÍNICA REPARADORA, SL», asimismo se constata que a los citados trabajadores la empresa «SALUD, SLL» les ha reconocido la antigüedad desde la fecha en que causaron alta en la empresa «CLÍNICA REPARADORA, SL».

### **4. Accionariado:**

Si bien el capital social de ambas sociedades es exactamente el mismo también se comprueba que en la mercantil «CLÍNICA REPARADORA, SL» este fue suscrito en su totalidad por los cónyuges don Baldomero Rodríguez Fernández y doña Elisa Ponferrada Villaba, toda vez que en la mercantil «SALUD, SLL» figuran como accionistas mayoritarios estos últimos si bien al tratarse de una sociedad laboral se incluye la participación de los tres trabajadores que provenían de «CLÍNICA REPARADORA, SL».

## 5. Administración de las sociedades:

En la empresa «CLÍNICA REPARADORA, SL» figuran como administradores solidarios los cónyuges don Baldomero Rodríguez Fernández y doña Elisa Ponferrada Villaba, manteniéndose como administrador único en «SALUD, SLL» doña Baldomero Rodríguez Fernández.

## 6. Clientela:

A la vista de la documentación fiscal y contable y de las facturas de ambas sociedades se comprueba que la cartera de clientes es la misma.

## 7. Maquinaria utilizada:

Se constata la venta por parte de «CLÍNICA REPARADORA, SL» a «SALUD, SLL» de su instrumental clínico y de laboratorio, operación que significaría la existencia de «una sucesión declarada» así como la continuación con la actividad empresarial.

Si bien por nuestra jurisprudencia (STS 9 de octubre de 1994) se considera como presupuesto básico y esencial en una sucesión empresarial que concurra el **elemento subjetivo** de cambio de titularidad empresarial. En virtud de las actuaciones inspectoras previas se comprueban cambios no transparentes que la jurisprudencia ha venido a llamar factores o circunstancias «de facto» (SSTS de 28 de octubre de 1997 y de 20 de febrero de 1998) como es el hecho de que los trabajadores provenientes de la mercantil «CLÍNICA REPARADORA, SL» inician la prestación de servicios en «SALUD, SLL» al día siguiente de finalizar aquella en «CLÍNICA REPARADORA, SL», es decir, el día 1 de diciembre de 2010, fecha que coincide con el comienzo de sus operaciones por «SALUD, SLL», así como que la venta del instrumental clínico y de laboratorio se produce durante el ejercicio 2010; extremos todos ellos que prueban la existencia del **tracto directo**, en cuanto la relación directa e inmediata entre cedente y cesionario.

Debe tenerse en cuenta que los elementos a considerar deben **valorarse en conjunto**, así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de enero del 2000 establece que «para determinar si se ha producido o no la sucesión empresarial generalmente debe acudir a pruebas indiciarias o presunciones, ya que en pocas ocasiones se presenta con claridad la sucesión contractual, directa y documentada de la empresa deudora a la sucesora corresponsable. Tales elementos indiciarios que independientemente considerados no implican la existencia de sucesión, sí la hacen presumir cuando se conjugan o concurren varios de ellos».

Todas las circunstancias analizadas en el caso en su conjunto permiten apreciar la existencia de una sucesión de empresas en los términos establecidos en el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores, considerando empresa cedente a «CLÍNICA REPARADORA, SL» y cesionaria a «SALUD, SLL».

En consecuencia y al amparo de lo previsto en el artículo 44 del TRLET, los artículos 15, 104.1 y 127.2 del TRLGSS, el artículo 22 del Real Decreto 2064/1995, los artículos 12 y 13 del Real Decreto 1415/2004, en relación con los artículos 6.4, 7.2 y 1137 del Código Civil, **podrá exigirse, en virtud de existencia de responsabilidad solidaria, a la empresa «SALUD, SLL» la deuda por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, contraída por la empresa mercantil «CLÍNICA REPARADORA, SL», con anterioridad a la sucesión.**

Asimismo se comprueba que la mercantil «CLÍNICA REPARADORA, SL» en el ejercicio económico 2008 ve reducido su patrimonio neto a una cifra inferior a la mitad del capital social, si bien del supuesto práctico no cabe deducir que esta reducción sea consecuencia de pérdidas podemos barajar las dos opciones:

1. Si se considera que la reducción es consecuencia de pérdidas será causa de disolución conforme lo establecido en el artículo 104.1 e) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, LSRL), a partir del 1 de septiembre de 2009 regulado en el artículo 363.1 d) del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, TRLSC). En este caso, los administradores de la sociedad deberían haber convocado la junta general en el plazo de dos meses o en su defecto haber solicitado la disolución judicial conforme se establece en los artículos 105.1 y 4 de la LSRL y los artículos 364, 365 y 366 del TRLSC. Ante el incumplimiento de tales obligaciones se determina la **responsabilidad solidaria de los administradores** de «CLÍNICA REPARADORA, SL» respecto de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución, es decir, de las deudas por cuotas a partir del 1 de enero de 2009. Referir que respecto de las deudas objeto de derivación, el artículo 367.2 del TRLSC (antes artículo 105.5 de la LSRL) establece que se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior, si bien el **Criterio Técnico 89/2011** que deroga el Criterio Técnico 61/2008 establece que podrá ser objeto de derivación la totalidad de la deuda existente en todos los casos en los que los interesados no demuestren otra cosa, ya que sobre ellos recae la carga de la prueba, salvo que por el funcionario actuante se compruebe que efectivamente se trata de obligaciones que inequívocamente se han generado en una fecha anterior, supuesto en el que no cabe acudir a la presunción como es el que nos ocupa.
2. Si no consideramos que la reducción del patrimonio neto sea consecuencia de pérdidas, no habrá lugar a causa legal de disolución por lo que los administradores de «CLÍNICA REPARADORA, SL» **no responderán solidariamente** de las deudas por cuotas.