

# SUBINSPECTORES DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL (CASO PRÁCTICO)

**MIGUEL ÁNGEL SANTOS MUÑOZ**

**JAVIER SÁNCHEZ MILLANES**

**LUIS NÚÑEZ PÉREZ**

**ISABEL MUÑOZ SANJUÁN**

*Subinspectores de Empleo y Seguridad Social*

## **Extracto:**

**E**L 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 2009 (Orden TIN/1130/2009, de 29 de abril). En él se efectúa un análisis de las cuestiones derivadas del planteamiento, incorporando la fundamentación jurídica de la respuesta.

**Palabras clave:** trabajo de extranjeros, actas de infracción y de liquidación, alta, cotización, derivación de responsabilidad y subcontratación en el sector de la construcción.

# SUBINSPECTORS OF EMPLOYMENT AND SOCIAL SECURITY (CASE STUDY)

**MIGUEL ÁNGEL SANTOS MUÑOZ**

**JAVIER SÁNCHEZ MILLANES**

**LUIS NÚÑEZ PÉREZ**

**ISABEL MUÑOZ SANJUÁN**

*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 the official announcement of the competitive examination for the entrance to the Body of Subinspectors of Employment and Social Security of the year 2009 (Order TIN/1130/2009, from 29th April). Here it is carried out an analysis of the questions derived from the exposition, incorporating the legal reasoning of the answer.

**Keywords:** foreigners work, records of infringement and liquidation, registration, contribution, derivation of responsibility and subcontracting in the construction industry.

## **ENUNCIADO**

La Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid, en el marco de su Plan Territorial para el año 2009 ha incluido como actividad planificada la comprobación del cumplimiento de la normativa social por parte de las empresas cuya actividad económica es la construcción de edificios. A los Subinspectores de Empleo y Seguridad adscritos al equipo número 1 les ha sido asignada una orden de servicio conjunta para que realicen las actuaciones pertinentes a efecto de constatar, en las empresas que están participando en la construcción del edificio de viviendas situado en la calle del Viento número 146, de la ciudad de Madrid, 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 (encuadramiento, afiliación, cotización, derivaciones de responsabilidad, prestaciones y colaboración con las entidades gestoras de la Seguridad Social).

Efectuada visita de inspección el día 21 de octubre de 2009, a las 10:30 horas, al edificio de viviendas en construcción situado en la calle del Viento número 143, de la ciudad de Madrid, se constató que la ejecución del mismo está siendo realizada como empresa principal por la entidad mercantil «CONSTRUCCIONES, ALBAÑILERÍA Y REVOCOS, SLU». En el centro de trabajo los funcionarios actuantes fueron atendidos por el responsable de la empresa, don Javier García Trujillanos (DNI: 23233322321-Z). Se procedió a identificar a todos los trabajadores presentes en el centro de trabajo, pertenecientes a la empresa principal y a la contratista que tiene adjudicada la ejecución de la estructura del edificio en construcción, «ESTRUCTURAS ESTABLES, SA».

Al no disponerse en el centro de trabajo de la documentación que se precisaba examinar para continuar la acción inspectora, se entregaron dos citaciones –una a la empresa principal y otra a la encargada de ejecutar la estructura– para que aportasen la documentación que en las mismas se indicaba el día 5 de noviembre de 2009 a las 9:00 y 9:30 horas, respectivamente, ante los Subinspectores que suscriben, en las dependencias de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social.

Examinada la documentación aportada por las empresas en sus comparencias, consultadas las bases de datos de la Gerencia de Informática de la Seguridad Social, del Servicio Público de Empleo, Adextra (aplicación de extranjería) 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 pudieron constatar:

A) Trabajadores identificados de la empresa «CONSTRUCCIONES, ALBAÑILERÍA Y REVOCOS, SLU»:

- Wilson Freddy García de la Muela (Pasaporte n.º F-634343-W). Trabajador de nacionalidad hondureña que manifestó haber sido contratado, con la categoría profesional de peón de albañil, el día 19 de octubre de 2009, por el responsable de la obra. Indicó que realizaba una jornada de trabajo de lunes a viernes de 8 horas diarias y que el salario pactado era el establecido en el convenio colectivo de aplicación.

Nació el día 1 de marzo de 1970. Es titular de una autorización inicial de trabajo y residencia temporal concedida con efectos del día 30 de agosto de 2008 que le habilita para trabajar en el sector de la hostelería de la provincia de Madrid –trabaja, en horario de 18 a 24 horas, en la empresa «BAR LA PENÚLTIMA, SL» en el cual figura dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social–. Tiene solicitada la renovación de la autorización de trabajo desde el día 3 de julio de 2009, sin que hasta la fecha se haya producido resolución expresa. No está dado de alta en la empresa «CONSTRUCCIONES, ALBAÑILERÍA Y REVOCOS, SLU»

- Mónica García de la Insúa (DNI: 3434343434-W). Se encontraba en la oficina de la obra y declaró ostentar la categoría profesional de auxiliar administrativo. Manifestó que percibía un salario mensual de 2.000 euros en el que se incluían prorrateadas las dos pagas extraordinarias y que prestaba sus servicios para la empresa desde el día 1 de septiembre de 2009. El parte de alta en el Régimen General de la Seguridad Social fue remitido por el autorizado RED de la empresa el 1 de septiembre de 2009.

Nació el 25 de abril de 1962. Es perceptora desde el mes de agosto de 2000 de una pensión de viudedad. Se encontraba inscrita como demandante de empleo en la Oficina Pública correspondiente desde el 1 de mayo de 2009. El contrato de trabajo celebrado con la empresa es de duración indefinida, a jornada completa, para mayores de 45 años, celebrado al amparo de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora y crecimiento del empleo. El salario que percibe es de 2.000 euros brutos mensuales, desglosados de la siguiente manera: 1.500 de salario base y 500 de la parte proporcional de las pagas extraordinarias. En los boletines de cotización del mes de septiembre de 2009 los datos consignados por esta trabajadora son los siguientes:

|  |  |
|--|--|
| 1. Base de cotización por contingencias comunes .....  | 2.000 euros  |
| 2. Base de cotización por accidentes de trabajo (AT) y enfermedades profesionales (EP) ..... | 2.000 euros  |
| 3. Tipo de cotización por contingencias comunes.....   | 23,6%  |
| 4. Tipo de cotización por AT y EP .....  | 0,35% (IT)<br>0,65% (IMS)  |
| 5. Desempleo .....   | 7,05%  |
| 6. Fondo de Garantía Salarial .....  | 0,2%   |
| 7. Formación Profesional .....   | 0,6%   |
| 8. Bonificación .....  | 170,83 euros<br>(70,83 € por tratarse de una mujer y 100 por ser mayor de 45 años) |

Se comprueba, asimismo, que ostenta la categoría profesional de auxiliar administrativo y que ha percibido bajo la rúbrica «complemento no salarial por prolongación de jornada» la cantidad de 350 euros, que no fueron incluidos en las bases de cotización. La jus-

tificación que al respecto dio el administrador de la sociedad es que, debido a la acumulación de tareas, la trabajadora se había quedado a trabajar dos horas más tres días por semana y que, como no eran cantidades que se le abonaran regularmente, había decidido no cotizar por ellas.

- Jaime López Onieva (DNI: 99383534344-S). Realizaba labores de vigilante de la obra. Manifestó que trabajaba en la misma desde el día 1 de septiembre de 2009 en horario de 10 de la noche a 6 de la mañana (jornada completa).

Nacido el 23 de enero de 1943. Es perceptor de la pensión contributiva de jubilación desde el día 23 de enero de 2008. El administrador de la sociedad manifestó que le había contratado como vigilante nocturno –grupo 4– de la obra por la amistad que les unía y para «ayudarle a completar su exigua pensión de jubilación». Indicó, asimismo, que la retribución que le abonaba por la prestación de servicios era la establecida en el convenio colectivo de aplicación y que no le había dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social.

#### B) Trabajadores identificados de la empresa «ESTRUCTURAS ESTABLES, SA»:

- José Luis Gómez Rodríguez (DNI: 4556535343-L). Este empleado manifestó que trabajaba para la empresa que estaba ejecutando la estructura del edificio –«ESTRUCTURAS ESTABLES, SA»– y que ostentaba la categoría profesional de oficial 1.<sup>a</sup> encofrador. Inició sus trabajos el día 1 de septiembre de 2009 y su jornada de trabajo es de 8 horas diarias de lunes a viernes.

Su fecha de nacimiento es el 20 de febrero de 1970. Es perceptor de las prestaciones por desempleo en su nivel contributivo desde el día 2 de julio de 2009. Su alta en el Régimen General de la Seguridad Social fue tramitada a través del sistema RED el día 22 de octubre de 2009, coincidente con la fecha de efectos declarada. El administrador de la sociedad, en su comparecencia en las dependencias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, manifestó que el alta, tal y como le había indicado su asesor laboral, se tramitó un vez que el trabajador superó satisfactoriamente el periodo de prueba.

- Valery Vulkan (Tarjeta de residencia n.º X-25594-S). Trabajador de nacionalidad búlgara, que fue contratado el día 1 de septiembre de 2009 por la empresa «ESTRUCTURAS ESTABLES, SA» con la categoría de peón especialista.

Figura dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social en el código de cuenta de cotización asignado a la empresa «ESTRUCTURAS ESTABLES, SA» desde el día que manifestó en la visita de inspección, es decir, el 1 de septiembre de 2009. Fue contratado con un contrato temporal por obra o servicio determinado. Examinado el recibo de salarios correspondiente al mes de septiembre se constata que, aparte de las retribuciones establecidas en el convenio colectivo, percibió en el mes de septiembre en concepto de «ayuda de comida» la cantidad total de 110 euros. También percibe bajo la rúbrica «gastos de locomoción», no justificados, la cantidad de 75 euros. Aparte de estas cantidades, percibe el plus de transporte establecido en el convenio colectivo de aplica-

ción. El administrador de la empresa manifestó que, pese a que dichas compensaciones no vienen estipuladas en el convenio colectivo, él ha decidido pagárselas para compensar los gastos que el trabajador soporta por el desplazamiento desde el centro de trabajo a su domicilio y por comer fuera del mismo.

- C) La entidad mercantil «CONSTRUCCIONES, ALBAÑILERÍA Y REVOCOS, SLU» fue constituida el día 1 de marzo de 2006 con un capital social inicial de 6.000 euros que ha permanecido invariable. La totalidad del capital social fue suscrito por doña Ruth Gómez de la Serna (DNI: 223435344-L) casada en régimen de separación de bienes con don Javier García Trujillanos, quien fue nombrado administrador único de la sociedad el mismo día de su constitución. El objeto social declarado en los estatutos es el siguiente: promoción inmobiliaria, realización de toda clase de obras de construcción en todas sus fases –cimentación, estructuras, albañilería, instalaciones, acabados, etc.–.
- D) Que don Javier García Trujillanos, nacido el 15 de enero de 1960, figura dado de alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos desde el año 1995, al ser titular de un establecimiento abierto al público dedicado a la venta de productos de alimentación.
- E) Que las mercantiles «CONSTRUCCIONES, ALBAÑILERÍA Y REVOCOS, SLU» y «ESTRUCTURAS ESTABLES, SA» firmaron con fecha 1 de julio de 2009 un contrato de ejecución de obra por el que ésta se comprometía a ejecutar la cimentación y estructura del edificio de viviendas situado en la calle del Viento número 146, de la ciudad de Madrid, a cambio de un precio cierto de 2.500.000 euros. En una de las cláusulas de este contrato se indicaba textualmente: «"CONSTRUCCIONES, ALBAÑILERÍA Y REVOCOS, SLU" queda exonerada de cualquier responsabilidad que se pudiera derivar por el incumplimiento por parte de "ESTRUCTURAS ESTABLES, SA" de sus obligaciones en materia de orden social». Otra de sus cláusulas contemplaba que la empresa «ESTRUCTURAS ESTABLES, SA» aportó junto al contrato un certificado expedido por la Tesorería General de la Seguridad Social en el que constaba que a 1 de julio de 2009 se encontraba al corriente en el pago de las cuotas de Seguridad Social (y las que se recaudan conjuntamente).
- F) Se ha podido comprobar que la empresa «ESTRUCTURAS ESTABLES, SA», con domicilio social en la Comunidad de Madrid, no figura inscrita en el registro de empresas acreditadas en el sector de la construcción al que hace referencia la Ley Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción.
- G) «ESTRUCTURAS ESTABLES, SA» no ingresó en tiempo y forma las cuotas de Seguridad Social –ni las contingencias de recaudación conjunta–, ni presentó ante la Tesorería General de la Seguridad Social los boletines de cotización TC1 y TC2 correspondientes al mes de septiembre de 2009.
- H) «CONSTRUCCIONES, ALBAÑILERÍA Y REVOCOS, SLU» mantiene una deuda con la Tesorería General de la Seguridad Social en concepto de cuotas del Régimen General (y demás contingencias de recaudación conjunta), del periodo 1 de enero al 30 de abril de 2009, que asciende a 129.456,24 euros. Es este periodo no fueron presentados los boletines de cotización ante la Tesorería General de la Seguridad Social ni remitidos a través del sistema RED.

- D) Examinadas las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil por «CONSTRUCCIONES, ALBAÑILERÍA Y REVOCOS, SLU» correspondientes a los ejercicios de 2007 y 2008, se constata que tuvo unas pérdidas, respectivamente, de 5.725 euros y de 8.543 euros. El patrimonio neto de cada uno de los ejercicios fue: 2007, 3.273 euros, y 2008, 3.500 euros.

## 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.
- II) Aunque el IPREM mensual (Índice Público de Renta de Efectos Múltiples) para el año 2009 es de 527,24 euros, a efectos de facilitar la resolución del presente caso práctico, debe entenderse que es de 500 euros mensuales.
- III) Respecto de aquellos trabajadores que no se cita expresamente su nacionalidad, señalar que son españoles.

## ANEXO I

### Tabla Salarial del Convenio Colectivo del Sector de la Construcción de Edificios

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

#### Categoría.

|                               |                     |
|-------------------------------|---------------------|
| Oficial 1. <sup>a</sup> ..... | 923 euros mensuales |
| Peón especialista .....       | 815 euros mensuales |
| Peón .....                    | 795 euros mensuales |
| Vigilante.....                | 850 euros mensuales |
| Auxiliar administrativo ..... | 900 euros mensuales |

#### Plus de actividad.

Todos los trabajadores percibirán mensualmente 234 euros por este concepto.

### **Gratificaciones extraordinarias.**

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

### **Plus de transporte.**

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

### **Prendas de trabajo.**

Todos los trabajadores, a excepción de aquellos que realicen en exclusiva tareas de carácter administrativo, recibirán mensualmente la cantidad de 75 euros en concepto de adquisición y mantenimiento de vestuario.

### **Retribución del trabajo nocturno.**

El personal que realice su trabajo en horario nocturno percibirá un plus de trabajo nocturno equivalente al 25 por 100 del salario base mensual de su categoría.

### **Desgaste de útiles y herramientas.**

Todos los trabajadores, a excepción de los que realicen tareas de carácter administrativo o de vigilancia, percibirán mensualmente en concepto de desgaste de útiles o herramientas la cantidad de 45 euros.

## **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 indique las actas de infracción y/o liquidación que procede practicar, mencionando los preceptos infringidos, tipificadores, sancionadores, autoridad a la que corresponde la competencia y sanciones accesorias en su caso.

**SEGUNDA.** Indique qué bases y tipos de cotización corresponderían a cada uno de los trabajadores por cuenta ajena. ¿Es correcta la bonificación aplicada por doña Mónica García de la Insúa?

**TERCERA.** ¿Aprecia la existencia de algún supuesto de derivación de responsabilidad por las deudas que mantienen en concepto de cuotas del Régimen General de la Seguridad Social y recaudación conjunta tanto «CONSTRUCCIONES, ALBAÑILERÍA Y REVOCOS, SLU» como «ESTRUCTURAS ESTABLES, SA»?

## **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:

**PRIMERA PREGUNTA. A la vista de los hechos expuestos, indique las actas de infracción y/o liquidación que procede practicar, mencionando los preceptos infringidos, tipificadores, sancionadores, autoridad a la que corresponde la competencia y sanciones accesorias en su caso.**

Para responder a esta pregunta siguiendo el mismo orden que la exposición del supuesto práctico, se procede, en primer lugar, a distinguir entre los trabajadores por cuenta ajena de ambas empresas objeto de actuación, continuando con una breve referencia a la socia única y al administrador único de «CONSTRUCCIONES, ALBAÑILERÍA Y REVOCOS, SLU» y finalizando con las posibles actas a cada empresa a consecuencia de sus deudas con la Seguridad Social.

### **A. «CONSTRUCCIONES, ALBAÑILERÍA Y REVOCOS, SLU»**

**A.1.** Con relación al trabajador don Wilson Freddy García de la Muela, de nacionalidad hondureña y con autorización inicial de trabajo y residencia temporal concedida con efectos de 30 de agosto de 2008 que le habilita a trabajar en el sector de hostelería, y cuya renovación, pendiente de resolución, solicitó el 3 de julio de 2009, y por tanto dentro del plazo de 60 días previos a su expiración establecido en el artículo 54.1 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (BOE de 7 de enero), por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, cabe señalar que, de conformidad con la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (BOE del 12), sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tal solicitud de renovación debe entenderse concedida por silencio administrativo al haber transcurrido más de tres meses desde que se formuló la misma.

Además, tal y como dispone el artículo 54.7 del citado Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, la autorización de trabajo renovada permite el ejercicio de cualquier actividad con efectos desde

el día siguiente a la fecha de caducidad de la autorización anterior (en este caso, 31 de agosto de 2009), por lo que cabe concluir que don Wilson Freddy García cuenta con la correspondiente autorización de trabajo exigida en el artículo 36.1 de la Ley Orgánica 4/2000, y, por tanto, no se aprecia irregularidad alguna en materia de extranjería.

No obstante, el trabajador viene prestando servicios para la empresa desde el 19 de octubre de 2009 sin que ésta haya solicitado el alta en el Régimen General de la Seguridad Social, contraviniendo así lo dispuesto en artículo 100.1 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 establece 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 de la Seguridad Social.

Ante tal hecho, la empresa comete una infracción en materia de Seguridad Social, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (BOE del 8), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante TRLISOS), por lo que procede extensión de **acta de infracción**, resultando *preceptos infringidos* los artículos: 7.1 a), 13, 97 y 100 del TRLGSS, en relación con los artículos 7, 29, 30 y 32.3 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero (BOE de 27 de febrero), por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores en la Seguridad Social.

La conducta infractora, «no solicitar, en tiempo y forma, el alta del trabajador», se encuentra *tipificada y calificada, preceptivamente, como GRAVE en el artículo 22.2 del TRLISOS*, siendo la sanción la correspondiente y señalada en el artículo 40.1 b) del citado TRLISOS.

Por otro lado, aunque de conformidad con los artículos 31.1 a) del TRLGSS y 31.1 a) 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, por la falta de alta de trabajadores procede la extensión de acta de liquidación, en este caso, al encontrarse las cuotas correspondientes aún en plazo reglamentario de ingreso señalado en el artículo 56.1 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio (BOE del 25), por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, no procede tal extensión.

Por último, la **autoridad competente** para resolver el acta de infracción, en virtud del artículo 48.1 del TRLISOS, es el Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid.

**A.2.** En segundo lugar, la trabajadora doña Mónica García de la Insúa inició la prestación de servicios para la empresa el día 1 de septiembre de 2009, habiendo remitido ésta por el sistema RED el parte de alta ese mismo día.

Al respecto, precisa el artículo 32.3 1.º del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, que «las solicitudes de alta deberán presentarse por los sujetos obligados con carácter previo al comienzo de la prestación de servicios».

Puesto que en el enunciado no se precisa la hora en la que se produce la remisión por RED del alta, se entiende, para la resolución del supuesto, que dicha hora es posterior al inicio de la prestación y, que, con ello, la empresa vulnera lo dispuesto en el artículo citado en el párrafo anterior.

Ante tal circunstancia, y conforme al artículo 20 del TRLISOS, la empresa comete infracción en materia de Seguridad Social, por lo que procede extender **acta de infracción**, siendo *preceptos infringidos* los artículos 13 y 102.2 del TRLGSS en relación con los artículos 29, 30 y 32.3 1.º del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.

La conducta infractora: «no solicitar en tiempo el alta del trabajador», se encuentra *tipificada y calificada, preceptivamente, como GRAVE en el artículo 22.2 del TRLISOS*, siendo su correspondiente sanción la señalada en el artículo 40.1 b) del TRLISOS.

Puesto que no hay ningún periodo pendiente de liquidar por la falta de alta en plazo, no procede extensión de acta de liquidación.

De otra parte, en relación con esta misma trabajadora, se aprecia la existencia en su cotización de una bonificación indebidamente aplicada cuya fundamentación jurídica se desarrollará con posterioridad en la segunda pregunta, constituyendo un supuesto de infracción en materia de Seguridad Social contemplado en el artículo 20 del TRLISOS, y por la que procede extender **acta de infracción**, resultando *preceptos infringidos*: el artículo 5 a) de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre (BOE del 30), para la mejora del crecimiento y del empleo, el artículo 17.1 2.º párrafo del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre (BOE de 25 de enero de 1996), por el que se aprueba el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, y el artículo 77 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre (BOE del 31), de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

La conducta infractora: «obtención o disfrute indebido de bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social», se encuentra *tipificada y calificada, preceptivamente, como GRAVE en el artículo 22.10 del TRLISOS*, y su correspondiente sanción señalada en el artículo 40.1 b) del mismo texto refundido.

Por estos mismos hechos y, como dispone el artículo 14.4 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, en tramitación conjunta al tratarse de una infracción grave, por las diferencias de cotización, no deducidas directamente de los documentos de cotización, que surgen de la aplicación indebida de la bonificación, en virtud a los artículos 31.1 b) del TRLGSS y 31.1 b) del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, procede extender **acta de liquidación** por el periodo comprendido entre el 1 y el 30 de septiembre de 2009, resultando preceptos infringidos los artículos 15, 103 y 104 del TRLGSS, el artículo 5 a) de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, el artículo 17.1 2.º párrafo del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, y el artículo 77 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre.

Por último, en relación con la cotización del mes de septiembre de 2009 correspondiente a la trabajadora en cuestión, se aprecia que la empresa excluye de cotización la cantidad de 350 euros correspondientes a dos horas más de trabajo durante tres días a la semana. De conformidad con el

artículo 35 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, puesto que son horas de trabajo que se realizan sobre la duración máxima de la jornada ordinaria, tienen la consideración de horas extraordinarias.

A este respecto, dispone el artículo 109.2 g) del TRLGSS, que las horas extraordinarias no se incluyen en la base de cotización salvo para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Asimismo, el artículo 111 del TRLGSS señala que «la remuneración que obtengan los trabajadores por el concepto de horas extraordinarias, con independencia de su cotización a efectos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, están sujetas a cotización adicional».

Por otro lado, en los boletines de cotización presentados, se aprecia una indebida aplicación de los tipos de cotización por contingencias comunes (es 28,3% en lugar de 23,6) y por formación profesional (es 0,7% en lugar de 0,6). Además se observa que en el tipo de cotización por AT y EP, se han invertido los porcentajes correspondientes a IT e IMS, si bien, esto no tiene efecto liquidatorio alguno.

De todo ello cabe concluir que la empresa, al no haber efectuado el ingreso de las cuotas correspondientes en cuantía debida habiendo presentado los documentos de cotización, comete, de conformidad con el artículo 20 del TRLISOS, una infracción en materia de Seguridad Social, encontrándose la misma *tipificada y calificada, preceptivamente, como GRAVE, en el artículo 22.3 del TRLISOS*, y por la que procede levantar **acta de infracción**.

Son *preceptos infringidos* los artículos: 15, 103, 104, 107, 108, 109 y 111 del TRLGSS, en relación con los artículos 12, 13, 23, 24 y 27 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, artículo 120 de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre (BOE del 24), de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, y artículos 1 y siguientes de la Orden TIN/41/2009, de 20 de enero (BOE del 24), 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 2/2008, de 23 de diciembre.

La correspondiente sanción es la señalada en artículo 40.1 d) Primero del TRLISOS en modificación introducida por la Ley 2/2008, de 23 de diciembre.

En tramitación conjunta y por las diferencias de cotización en bases no deducidas directamente de los documentos de cotización, en virtud de los artículos 31.1 b) del TRLGSS y 31.1 b) del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, procede extender **acta de liquidación** por el periodo comprendido entre el 1 y el 30 de septiembre de 2009, resultando preceptos infringidos los artículos 15, 103, 104, 109 y 111 del TRLGSS, en relación con los artículos 12, 13, 23 y 24 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre (BOE de 25 de enero de 1996), por el que se aprueba el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, el artículo 120 de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre (BOE del 24), de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, y los artículos 1 y siguientes de la Orden TIN/41/2009, de 20 de enero (BOE del 24), 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 2/2008, de 23 de diciembre.

Respecto a las diferencias de cotización por tipos, puesto que tales diferencias se deducen directamente de los boletines de cotización, conforme al artículo 30.1 del TRLGSS, serán objeto de reclamación por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para finalizar, conviene tener en cuenta que, de conformidad con el artículo 16 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, deben acumularse en una sola acta de infracción las infracciones de la misma materia, excepto cuando se trate de actas de infracción concurrentes con actas de liquidación, si bien, en este último caso, según el artículo 34.1 c) del mismo real decreto «sólo cabra acumulación de infracciones que se refieran a hechos con efecto liquidatorio en la correspondiente acta de liquidación».

Por tanto, con base en estos dos preceptos, se extendería a la empresa responsable, con respecto a la trabajadora en cuestión, de un lado, por el alta fuera de plazo, un acta de infracción cuya **autoidad competente** para resolver es, según el artículo 48.1 del TRLISOS, el Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid y, de otro, acta de infracción, en la que se acumulan las infracciones por la bonificación indebida y las diferencias de cotización, coordinada con un acta de liquidación, siendo competente para resolver ambas actas, según el artículo 34.1 d) del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, el Jefe de la Unidad Especializada de Seguridad Social de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid.

**A.3.** Respecto del trabajador don Jaime López Onieva, quien trabaja para la empresa desde el 1 de septiembre de 2009, a jornada completa, siendo perceptor de una pensión contributiva de jubilación desde el 23 de enero de 2008, sin que la empresa haya procedido a solicitar el correspondiente alta en la Seguridad Social, se concluye lo siguiente:

De conformidad con el artículo 165.1 del TRLGSS, «la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen». Así, señala el artículo 16.2 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1967, que en caso de que el pensionista realice trabajos, antes de iniciarlos deberá comunicarlo a la Entidad Gestora, quedando en suspenso el derecho a la pensión, y el empresario deberá solicitar su alta como trabajador e ingresar las correspondientes cotizaciones.

Puesto que la empresa recibe la prestación de servicios de un pensionista de jubilación sin haber comunicado el alta, incurriendo en infracción en materia de Seguridad Social conforme al artículo 20 del TRLISOS, procede extender **acta de infracción** a la misma, resultando *preceptos infringidos* los ya mencionados artículos 165.1 del TRLGSS y 16 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1967 y, además, por la falta de alta los artículos 7.1 a), 13, 97 y 100 del TRLGSS y 7, 29, 30 y 32.3 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.

La conducta infractora está *tipificada y calificada, preceptivamente, como MUY GRAVE en el artículo 23.1 a) del TRLISOS*, siendo la correspondiente sanción la señalada en artículo 40.1 c) del mismo Texto Refundido.

Asimismo, por la falta de alta procede, conforme a los artículos 31.1 a) del TRLGSS y 31.1 a) del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, extensión de **acta de liquidación** por el periodo compren-

dido entre el 1 y el 30 de septiembre de 2009, resultando preceptos infringidos, por la falta de alta previa, los artículos 7.1 a), 13, 97 y 100 del TRLGSS y 7, 29, 30 y 32.3 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, y por la falta de cotización, los artículos 15, 103, 104 y 106 del TRLGSS, 12, 13, 22, 23 y siguientes del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, 55 y 56 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, el artículo 120 de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, y los artículos 1 y siguientes de la Orden TIN/41/2009, de 20 de enero.

En cuanto a la **competencia para resolver**, en virtud del artículo 48.1 del TRLISOS, para el acta de infracción es competente el Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid, y para el acta de liquidación, en virtud del artículo 33.2 2.º párrafo del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, el Jefe de la Unidad Especializada de Seguridad Social de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid.

Por otro lado, el trabajador, pensionista de jubilación, está efectuando trabajos por cuenta ajena existiendo una incompatibilidad legalmente establecida, conducta esta que constituye *infracción tipificada y calificada, preceptivamente, como GRAVE en el artículo 25.1 del TRLISOS*, correspondiendo la sanción señalada en artículo 47.1 b) del mismo Texto Refundido.

Son *preceptos infringidos* los artículos 165.1 del TRLGSS y artículo 16 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1967.

Puesto que se trata de una infracción grave en materia de prestaciones del sistema de la Seguridad Social, de acuerdo con los artículos 13.2 y 37 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, procede **escrito de comunicación a la Entidad Gestora de la prestación**, en este caso el Instituto Nacional de la Seguridad Social, no levantando acta de infracción, y resultando competente para resolver el procedimiento sancionador, conforme al artículo 48.4 del TRLISOS, el propio Instituto Nacional de la Seguridad Social.

## **B. «ESTRUCTURAS ESTABLES, SA»**

**B.1.** El trabajador don José Luis Gómez Rodríguez inició su prestación de servicios para la empresa «ESTRUCTURAS ESTABLES, SA» el día 1 de septiembre de 2009, siendo perceptor de prestaciones por desempleo de nivel contributivo desde el día 2 de julio de 2009, sin que la empresa solicitase el alta de aquél, a través del sistema RED, hasta el día 22 de octubre de 2009, con fecha de efectos del mismo día, alegando el administrador de la sociedad que el alta se tramitó una vez superado el periodo de prueba.

De los hechos descritos se concluye que la empresa ha dado ocupación a un trabajador por cuenta ajena, perceptor de prestaciones por desempleo, sin haber solicitado su alta con carácter previo al inicio de la prestación de servicios, tal y como exige el artículo 32.3 1.º del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.

Asimismo, el artículo 221 del TRLGSS dispone que «la prestación o el subsidio por desempleo serán incompatibles (...) con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando éste se realice a tiempo par-

cial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado», pronunciándose en términos similares el artículo 15.1 b) 1 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril (BOE de 7 de mayo), por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo.

Como consecuencia de los hechos y preceptos mencionados la empresa ha cometido una infracción en materia de Seguridad Social, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del TRLISOS, por lo que procede extender **acta de infracción**, resultando *preceptos infringidos* los mencionados artículos 100 y 221 del TRLGSS, el artículo 32.3 1.º del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, y el artículo 15.1 b) 1) del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril.

Dicha infracción se encuentra *tipificada y calificada preceptivamente como MUY GRAVE en el artículo 23.1 a) del TRLISOS*: «Dar ocupación como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad».

La sanción a imponer será la establecida en el artículo 40.1 c) del TRLISOS.

Además, hay que añadir que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23.2 del TRLISOS, «el empresario responderá solidariamente de la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por el trabajador».

También hay que destacar la responsabilidad solidaria de la empresa «CONSTRUCCIONES, ALBAÑILERÍA Y REVOCOS, SLU» en dicha infracción, puesto que el mencionado artículo 23.2 del TRLISOS dispone que «los empresarios que contraten o subcontraten la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad, responderán solidariamente de las infracciones a que se refiere el apartado 1 a) anterior, cometidas por el empresario contratista o subcontratista durante todo el periodo de vigencia de la contrata».

Por último, mencionar que, de acuerdo con el artículo 23.3 del TRLISOS en su remisión al artículo 46 del mismo Texto Refundido, la infracción cometida dará lugar a las siguientes *sanciones accesorias*:

1. 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.
2. Podrán ser excluidos del acceso a tales beneficios por un periodo máximo de 1 año.

En cuanto a la **autoridad competente** para resolver, será el Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.1 del TRLISOS.

Asimismo, procede extender **acta de liquidación** de cuotas por falta de alta a la empresa «ESTRUCTURAS ESTABLES, SA», de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31.1 a) del

TRLGSS y el artículo 31.1 a) del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el periodo comprendido entre el 1 y el 30 de septiembre de 2009, resultando preceptos infringidos, por la falta de alta previa, los artículos 7.1 a), 13, 97 y 100 del TRLGSS y 7, 29, 30 y 32.3 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, y por la falta de cotización, los artículos 15, 103, 104 y 106 del TRLGSS, 12, 13, 22, 23 y siguientes del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, 55 y 56 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, el artículo 120 de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, y los artículos 1 y siguientes de la Orden TIN/41/2009, de 20 de enero.

De otra parte, respecto a la responsabilidad del trabajador, don José Luis Gómez Rodríguez, procede extenderle **acta de infracción** al constatarse que ha compatibilizado la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta ajena durante el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2009 y el 21 de octubre de 2009.

Dicha infracción se encuentra *tipificada y calificada preceptivamente como MUY GRAVE en el artículo 26.2 del TRLISOS*: «Compatibilizar el percibo de prestaciones o subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta propia o ajena, salvo en el caso del trabajo a tiempo parcial en los términos previstos en la normativa correspondiente», infringiendo los artículos 221.1 en relación con el artículo 231.1 e) del TRLGSS y los artículos. 15.1 b) y 28.2 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril.

De acuerdo con el artículo 47.1 c) del TRLISOS la infracción se sancionará con la extinción de la prestación por desempleo, pudiendo, igualmente, ser excluido del derecho a percibir cualquier prestación económica y, en su caso, ayuda de fomento de empleo durante 1 año, así como del derecho a participar durante ese periodo en acciones formativas en materia de formación profesional ocupacional y continua.

La sanción se entiende sin perjuicio del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas, según dispone el artículo 47.3 del TRLISOS.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, se remitirá copia del acta a la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo, a efectos de que proceda, en su caso, a la suspensión cautelar de la prestación.

Respecto a la **autoridad competente** para imponer la sanción, en el momento en que se planteó el caso práctico, era el Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.4 del TRLISOS. Si bien, en el momento de redactar esta solución, la competencia sancionadora ha cambiado. Así, según la nueva redacción del artículo 48 del TRLISOS, introducida por Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010: «5. La imposición de sanciones por infracciones en materia de Seguridad Social a los trabajadores corresponde, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a la entidad gestora o servicio común de la Seguridad Social competente, salvo que la sanción afecte a las prestaciones por desempleo, en cuyo caso la competencia corresponde a la entidad gestora de éstas», siendo por tanto competente, desde la entrada en vigor del precepto el 1 de enero de 2010, el Servicio Público de Empleo Estatal.

**B.2.** Con relación al trabajador don Valery Vulkan, de nacionalidad búlgara, sólo señalar que, tras la incorporación de Bulgaria a la Unión Europea en 2007 y habiendo finalizado el 1 de enero de 2009 la moratoria de dos años a la libre circulación en España de los trabajadores por cuenta ajena rumanos y búlgaros (fijada por Acuerdo en Consejo de Ministros el 22 de diciembre de 2006), en el momento de su incorporación a la empresa, el día 1 de septiembre de 2009, le es de aplicación el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero (BOE del 28), sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de la Unión Europea y de otros Estados parte del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, por lo que no requiere permiso de trabajo alguno. Además, puesto que figura debidamente en alta en el Régimen General de la Seguridad Social, no se aprecia respecto de él irregularidad alguna ni en materia de empleo, ni en materia de Seguridad Social, ni en extranjería.

### **C. Doña Ruth Gómez de la Serna**

Tiene suscrito todo el capital social de la mercantil «CONSTRUCCIONES, ALBAÑILERÍA Y REVOCOS, SLU», si bien no es administradora ni presta servicios en la misma, por lo que, aun disponiendo del control efectivo de la sociedad, en los términos de la disposición adicional vigésima séptima del TRLGSS, para su encuadramiento en el Régimen Especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, no reúne los demás requisitos, quedando así excluida del Sistema de la Seguridad Social.

### **D. Don Javier García Trujillanos**

Administrador único de la sociedad «CONSTRUCCIONES, ALBAÑILERÍA Y REVOCOS, SLU» y cónyuge de la socia única de la empresa, doña Ruth Gómez de la Serna, de conformidad con la disposición adicional vigésima séptima del TRLGSS corresponde su encuadramiento en el Régimen Especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, y puesto que ya figura en alta en dicho Régimen desde 1995, no se aprecia irregularidad alguna respecto de él.

### **E. Deudas de empresas**

#### **E.1. «ESTRUCTURAS ESTABLES, SA»**

La empresa «ESTRUCTURAS ESTABLES, SA» no ingresó en tiempo y forma las cuotas de Seguridad Social ni los conceptos de recaudación conjunta, ni presentó en la Tesorería General de la Seguridad Social los boletines de cotización correspondientes al mes de septiembre de 2009.

Tales hechos son constitutivos de infracción en materia de Seguridad Social, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del TRLISOS. Consecuentemente, se extenderá **acta de infracción** a la empresa.

Dicha infracción –«no ingresar, en el plazo y formas reglamentarios, 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»-, se encuentra *tipificada y calificada preceptivamente como MUY GRAVE en el artículo 23.1 b) del TRLISOS.*

Son **preceptos infringidos** los artículos 15, 26, 103, 104 y 106 de la LGSS, 12, 13, 22, 23 y siguientes del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, 55, 56 y 59 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, el artículo 120 de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, y los artículos 1 y siguientes de la Orden TIN 41/2009, de 20 de enero, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional para el año 2009.

La *sanción* a imponer será la establecida en el artículo 40.1 d). Segundo del TRLISOS en modificación introducida por la Ley 2/2008, de 23 de diciembre.

La **autoridad competente** para imponer la sanción será el Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.1 del TRLISOS.

Asimismo, procede efectuar propuesta de liquidación de cuotas a la Tesorería General de la Seguridad Social, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30.1 a) del TRLGSS y el artículo 30.1 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, al tratarse de falta de cotización respecto de trabajadores dados de alta, no habiéndose presentado los documentos de cotización en plazo reglamentario.

## E.2. «CONSTRUCCIONES, ALBAÑILERÍA Y REVOCOS, SLU»

Esta empresa mantiene una deuda con la Tesorería General de la Seguridad Social por el periodo de enero a abril de 2009, por importe de 129.456,24 euros, sin que se hubiesen presentado los correspondientes documentos de cotización.

En cuanto a una posible infracción administrativa, el ya citado artículo 23.1 b) del TRLISOS, tipifica y califica, preceptivamente, como MUY GRAVE «la falta de ingreso de las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social, no habiendo presentado los documentos de cotización», siempre que, añade, «no sea constitutivo de delito conforme al artículo 307 del Código Penal».

El citado artículo 307, por su parte, establece que será constitutivo de delito si la cantidad defraudada excede, en el año natural, de 120.000 euros.

Puesto que la deuda supera dicha cifra, de conformidad con el artículo 3.2 del TRLISOS, en relación con el 5.1 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, procede **comunicación al Ministerio Fiscal**, absteniéndose de continuar el procedimiento administrativo sancionador.

Por otro lado, según el artículo 30.1 a) del TRLGSS, procede **reclamación de deuda** al sujeto responsable por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social.

**SEGUNDA PREGUNTA. Indique qué bases y tipos de cotización corresponderían a cada uno de los trabajadores por cuenta ajena. ¿Es correcta la bonificación aplicada por doña Mónica García de la Insúa?**

Las bases de cotización son calculadas de acuerdo a lo establecido en el artículo 109 del TRLGSS y en el artículo 23 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, así como en la Orden TIN/41/2009 de 20 de enero.

Resultan de aplicación los tipos indicados en cada caso, vigentes en el año 2009, al amparo de lo establecido en el artículo 120 de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009 y en los artículos 1 y siguientes de la Orden TIN/41/2009, de 20 de enero, así como los tipos correspondientes de la tarifa de primas para la cotización a la Seguridad Social por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, establecidas en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, según redacción aprobada en la disposición final decimotercera de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009.

Como primera aclaración, a continuación se especifica el importe del IPREM considerado para el presente supuesto, así como el valor del 20 por 100 del citado IPREM:

|                                      |     |
|--------------------------------------|-----|
| IPREM MENSUAL 2009 (según enunciado) | 500 |
| 20% IPREM                            | 100 |

#### A. Trabajadores de «CONSTRUCCIONES, ALBAÑILERÍA Y REVOCOS, SLU»

| Trabajador                       | Fecha inicio | Categoría profesional | Periodo considerado               |
|----------------------------------|--------------|-----------------------|-----------------------------------|
| Wilson Freddy García de la Muela | 19-10-2009   | Peón de albañil       | 19-10-2009 a 31-10-2009 (13 días) |

Según el Convenio Colectivo de aplicación, tiene derecho a percibir los siguientes conceptos y cuantías, resultando la base de cotización:

| Concepto  | Importe | Importe exento | Importe mensual cotizable |
|---|---------|----------------|---------------------------|
| Salario base = $(795/30) \times 13$ días              | 344,50  | 0,00           | 344,50                    |
| Plus de actividad = $(234/30) \times 13$ días         | 101,40  | 0,00           | 101,40                    |
| P.P.P. extras = $(344,5 \times 2)/12$                 | 57,42   | 0,00           | 57,42                     |
| Plus de transporte = $(150/30) \times 13$ días        | 65,00   | (1) 43,33      | 21,67                     |
| Plus de prendas de trabajo = $(75/30) \times 13$ días | 32,50   | (2) 43,33      | 8,67                      |
|   |         |                | .../...                   |

| Concepto  | Importe | Importe exento | Importe mensual cotizable |
|---|---------|----------------|---------------------------|
| .../...   |         |                |                           |
| Desgaste útiles y herramientas = $(45/30) \times 13$ días                       | 19,50   |                |                           |
| <b>Total base cotización contingencias comunes y profesionales octubre 2009</b> |         |                | 533,66                    |

(1) Respecto del concepto «**plus de transporte**», el artículo 23.2 A) c) del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, prevé que «en todo caso, el plus de transporte, que a efectos de cotización únicamente necesitará justificación cuando esté estipulado individualmente en contrato de trabajo, estará excluido 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».

En el caso de don Wilson Freddy García, y en el periodo considerado (13 días), el importe abonado en el momento del devengo supera la parte proporcional del límite del 20 por 100 del IPREM, por lo que en dicho periodo procede cotización por el concepto de plus de transporte en el exceso del citado límite [ $(100 \text{ €} / 30 \text{ días}) \times 13 \text{ días} = 43,33 \text{ €}$ ].

(2) La misma conclusión ha de obtenerse respecto a la consideración conjunta de los conceptos de «**adquisición y mantenimiento de prendas de trabajo**» y «**desgaste de útiles y herramientas**» al establecer el artículo 23.2 C) del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, que «las cantidades que se abonen en concepto de quebranto de moneda y las indemnizaciones por desgaste de útiles o herramientas y adquisición y mantenimiento de prendas de trabajo, cuando tales gastos sean efectivamente realizados por el trabajador y sean los normales de tales útiles o prendas, quedarán excluidas de la base de cotización cuando, *computadas en su conjunto*, no excedan del 20 por 100 del IPREM mensual vigente en el momento del devengo, sin incluir el prorrateo de las pagas extraordinarias».

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

La **base de cotización por desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional** será la correspondiente a las contingencias de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (disp. adic. vigésima primera TRLGSS).

Finalmente, aclarar que los importes de las bases de cotización calculadas se encuentran comprendidos entre los topes absolutos y límites relativos establecidos en los artículos 2 y 3, respectivamente, de la Orden TIN/41/2009, de 20 de enero. En los cálculos de bases del resto de trabajadores, los importes obtenidos, y salvo que se establezca lo contrario, también se entenderán comprendidos entre los citados límites.

Los tipos de cotización que resultan aplicables son los siguientes:

| Contingencia   | Base   | Tipo (empresa) | Tipo (trabajador) | Total  |
|--|--------|----------------|-------------------|--------|
| Contingencias comunes  | 533,66 | 23,60%         | 4,70%             | 28,30% |
| Desempleo  | 533,66 | 5,50%          | 1,55%             | 7,05%  |
| FOGASA   | 533,66 | 0,20%          |                   | 0,20%  |
| FP   | 533,66 | 0,60%          | 0,10%             | 0,70%  |
| AT/EP - CNAE 41 (Construcción edificios)<br>(IT = 3,65) (IMS = 3,35) | 533,66 | 7,00%          |                   | 7,00%  |

A los efectos de los tipos aplicables por la contingencia de **desempleo**, se considera que el trabajador presta sus servicios a tiempo completo, tal y como establece el enunciado, y con carácter indefinido con base en lo previsto en el artículo 8.2 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que dispone que la falta de forma escrita en los contratos para la realización de una obra o servicio determinado supone la presunción de que están celebrados por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios.

| Trabajador                | Fecha inicio | Categoría profesional | Periodo considerado     |
|---------------------------|--------------|-----------------------|-------------------------|
| Mónica García de la Insúa | 01-09-2009   | Aux. administrativo   | 01-09-2009 a 30-09-2009 |

Según el Convenio Colectivo de aplicación, doña Mónica García tiene derecho a las siguientes retribuciones:

| Concepto                            | Importe         |
|-------------------------------------|-----------------|
| Salario base                        | 900,00          |
| Plus de actividad                   | 234,00          |
| P.P.P. extras = $(900 \times 2)/12$ | 150,00          |
| Plus de transporte                  | 150,00          |
| Plus de prendas de trabajo          | 0,00            |
| Desgaste de útiles y herramientas   | 0,00            |
| <b>Total devengado mensual</b>      | <b>1.434,00</b> |

Según el enunciado, la trabajadora percibe un salario de 2.000 euros mensuales desglosados de la siguiente forma:

| Concepto                                  | Importe         |
|---|-----------------|
| Salario base                              | 1.500,00        |
| (1) P.P.P. extras = $(3.000 \times 2)/12$ | 500,00          |
| <b>Total devengado mensual</b>            | <b>2.000,00</b> |

(1) De acuerdo al importe de la **parte proporcional de pagas extras**, se deduce que la trabajadora percibe dos pagas extraordinarias de 3.000 euros cada una de ellas.

El artículo 23.1 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, en relación con el artículo 109.1 del TRLGSS, establece que «la base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, estará constituida por la *remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación*, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser ésta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena».

Por otra parte, tal y como se ha indicado en la respuesta a la primera pregunta, se aprecia que la empresa excluye de cotización la cantidad de 350 euros correspondientes a dos horas más de trabajo durante tres días a la semana. Dichas horas, de conformidad con el artículo 35 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, puesto que son horas de trabajo que se realizan sobre la duración máxima de la jornada ordinaria, tienen la consideración de horas extraordinarias.

El artículo 109.2 g) del TRLGSS, en relación con el artículo 23.2 G) del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, dispone que las horas extraordinarias no se incluyen en la base de cotización salvo para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Asimismo, el artículo 111 del TRLGSS, en relación con el artículo 24 del Real Decreto 2064/1995, señala que «la remuneración que obtengan los trabajadores por el concepto de horas extraordinarias, con independencia de su cotización a efectos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, está sujeta a cotización adicional».

En el presente caso, puesto que se perciben retribuciones superiores a las mínimas establecidas en el convenio colectivo de aplicación, y tras todo lo expuesto anteriormente, las **bases de cotización** resultantes obedecen a los siguientes cálculos:

| Concepto   | Importe  | Importe exento | Importe mensual cotizable |
|--|----------|----------------|---------------------------|
| Salario base   | 1.500,00 | 0,00           | 1.500,00                  |
| P.P.P. extras = $(3.000 \times 2)/12$                                    | 500,00   | 0,00           | 500,00                    |
| <b>Total base cotización contingencias comunes septiembre 2009</b>       |          |                | 2.000,00                  |
| Horas extraordinarias  |          |                | 350,00                    |
| <b>Total base cotización contingencias profesionales septiembre 2009</b> |          |                | 2.350,00                  |
| <b>Total base cotización adicional horas extras septiembre 2009</b>      |          |                | 350,00                    |

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

| Contingencia  | Base     | Tipo (empresa) | Tipo (trabajador) | Total  |
|---|----------|----------------|-------------------|--------|
| Contingencias comunes   | 2.000,00 | 23,60%         | 4,70%             | 28,30% |
| Desempleo   | 2.350,00 | 5,50%          | 1,55%             | 7,05%  |
| FOGASA  | 2.350,00 | 0,20%          |                   | 0,20%  |
| FP  | 2.350,00 | 0,60%          | 0,10%             | 0,70%  |
| AT/EP - Situación «a» - Trabajos exclusivos de oficina (IT = 0,65) (IMS = 0,35) | 2.350,00 | 1,00%          |                   | 1,00%  |
| Cotización horas extras   | 350,00   | 23,60%         | 4,70%             | 28,30% |

De acuerdo al artículo 5 de la Orden TIN/41/2009, de 20 de enero, la **cotización adicional por las horas extraordinarias** que no estén motivadas por fuerza mayor, como sucede en el caso analizado, se efectuará aplicando el tipo del 28,30 por 100, del que el 23,60 por 100 será a cargo de la empresa y el 4,70 por 100 a cargo del trabajador.

Asimismo, al tener el trabajador/a la categoría profesional de Auxiliar Administrativo resultan de aplicación los tipos establecidos para la ocupación «a» (personal en trabajos exclusivos de oficina) del Cuadro II de la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre.

| Trabajador         | Fecha inicio | Categoría profesional | Periodo considerado     |
|--------------------|--------------|-----------------------|-------------------------|
| Jaime López Onieva | 01-09-2009   | Vigilante             | 01-09-2009 a 30-09-2009 |

Según el Convenio Colectivo de aplicación, tiene derechos a percibir los siguientes conceptos y cuantías, resultando la **base de cotización**:

| Concepto   | Importe | Importe exento | Importe mensual cotizable |
|--|---------|----------------|---------------------------|
| Salario base   | 850,00  | 0,00           | 850,00                    |
| Plus del nocturnidad = $850 \times 25\%$   | 212,50  | 0,00           | 212,50                    |
| Plus de actividad  | 234,00  | 0,00           | 234,00                    |
| P.P.P. extras = $(850 \times 2)/12$  | 141,67  | 0,00           | 141,67                    |
| Plus de transporte   | 150,00  | 100,00         | 50,00                     |
| Plus de prendas de trabajo   | 75,00   | 100,00         | 0,00                      |
| Desgaste útiles y herramientas   | 0,00    |                |                           |
| <b>Total base cotización contingencias comunes y profesionales septiembre 2009</b> |         |                | <b>1.488,17</b>           |

Don Jaime López Onieva, de 66 años de edad, presta sus servicios en horario nocturno, devengando de acuerdo al convenio colectivo de aplicación un «plus de nocturnidad» por importe del 25 por 100 del salario base. Asimismo, es perceptor de una pensión contributiva de jubilación.

El artículo 112 bis del TRLGSS indica que los empresarios y trabajadores quedarán exentos de cotizar a la Seguridad Social por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal derivada de las mismas, respecto de aquellos trabajadores por cuenta ajena con contratos de trabajo de carácter indefinido, así como de los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas, en los que concurran las circunstancias de tener cumplidos 75 o más años de edad y acreditar 35 o más años de cotización efectiva a la Seguridad Social, sin que se compute a estos efectos las partes proporcionales de pagas extraordinarias.

Por su parte, la disposición adicional vigésima primera.<sup>3</sup> del TRLGSS establece que «la exoneración de la cotización prevista en el artículo 112 bis de la presente ley, comprenderá también las aportaciones por desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional».

Finalmente, el artículo 30.1 de la Orden TIN/41/2009, de 20 de enero, dispone lo siguiente: «El tipo de cotización por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes en los supuestos a que se refiere el artículo 112 bis del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, será el 1,70 por 100, del que el 1,42 por 100 será a cargo de la empresa y el 0,28 por 100 a cargo del trabajador».

En el caso de don Jaime López Onieva, se entiende (puesto que el hecho de que perciba una pensión contributiva de jubilación no significa que acredite 35 años de cotización), y ya que el enunciado no aclara nada al respecto, que, efectivamente el trabajador acredita 35 o más años de cotización.

De este modo, con base en todo lo expuesto anteriormente, los **tipos de cotización** que resultan aplicables son los siguientes:

| Contingencia   | Base                               | Tipo (empresa) | Tipo (trabajador) | Total |
|--|------------------------------------|----------------|-------------------|-------|
| Contingencias comunes  | 1.488,17                           | 1,42%          | 0,28%             | 1,70% |
| Desempleo  | EXENTO (disp. adic. 21.ª 3 TRLGSS) |                |                   |       |
| FOGASA   | EXENTO (disp. adic. 21.ª 3 TRLGSS) |                |                   |       |
| FP   | EXENTO (disp. adic. 21.ª 3 TRLGSS) |                |                   |       |
| AT/EP - Situación «h» – Vigilantes<br>(IT = 1,65) (IMS = 2,25) | 1.488,17                           | 3,90%          |                   | 3,90% |

Al tener el trabajador la categoría profesional de vigilante resultan de aplicación, en cuanto a AT y EP, los tipos establecidos para la ocupación «h» (vigilantes, guardas jurados y personal de seguridad) del Cuadro II de la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre.

## B. Trabajadores de «ESTRUCTURAS ESTABLES, SA»

| Trabajador                | Fecha inicio | Categoría profesional  | Periodo considerado     |
|---------------------------|--------------|------------------------|-------------------------|
| José Luis Gómez Rodríguez | 01-09-2009   | Oficial 1.ª encofrador | 01-09-2009 a 30-09-2009 |

Según el Convenio Colectivo de aplicación, tiene derecho a percibir los siguientes conceptos y cuantías, resultando la **base de cotización**:

| Concepto   | Importe | Importe exento | Importe mensual cotizable |
|--|---------|----------------|---------------------------|
| Salario base   | 923,00  | 0,00           | 923,00                    |
| Plus de actividad  | 234,00  | 0,00           | 234,00                    |
| P.P.P. extras = $(923 \times 2)/12$  | 153,83  | 0,00           | 153,83                    |
| Plus de transporte   | 150,00  | 100,00         | 50,00                     |
| Plus de prendas de trabajo   | 75,00   | 100,00         | 20,00                     |
| Desgaste útiles y herramientas   | 45,00   |                |                           |
| <b>Total base cotización contingencias comunes y profesionales septiembre 2009</b> |         |                | <b>1.380,83</b>           |

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

| Contingencia   | Base     | Tipo (empresa) | Tipo (trabajador) | Total  |
|--|----------|----------------|-------------------|--------|
| Contingencias comunes  | 1.380,83 | 23,60%         | 4,70%             | 28,30% |
| Desempleo  | 1.380,83 | 5,50%          | 1,55%             | 7,05%  |
| FOGASA   | 1.380,83 | 0,20%          |                   | 0,20%  |
| FP   | 1.380,83 | 0,60%          | 0,10%             | 0,70%  |
| AT/EP - CNAE 41 (Construcción edificios)<br>(IT = 3,65) (IMS = 3,35) | 1.380,83 | 7,00%          |                   | 7,00%  |

| Trabajador    | Fecha inicio | Categoría profesional | Periodo considerado     |
|---------------|--------------|-----------------------|-------------------------|
| Valery Vulkan | 01-09-2009   | Peón especialista     | 01-09-2009 a 30-09-2009 |

Según el Convenio Colectivo de aplicación, tiene derecho a percibir los siguientes conceptos y cuantías, resultando la **base de cotización**:

| Concepto                            | Importe | Importe exento | Importe mensual cotizable |
|-------------------------------------|---------|----------------|---------------------------|
| Salario base                        | 815,00  | 0,00           | 815,00                    |
| Plus de actividad                   | 234,00  | 0,00           | 234,00                    |
| P.P.P. extras = $(815 \times 2)/12$ | 135,83  | 0,00           | 135,83                    |
| Plus de transporte                  | 150,00  | 100,00         | 50,00                     |
|                                     |         |                | .../...                   |

| Concepto   | Importe | Importe exento | Importe mensual cotizable |
|--|---------|----------------|---------------------------|
| .../...  |         |                |                           |
| Plus de prendas de trabajo   | 75,00   |                |                           |
| Desgaste útiles y herramientas   | 45,00   | 100,00         | 20,00                     |
| (1) Ayuda de comida  | 110,00  | 0,00           | 110,00                    |
| (2) Gastos de locomoción   | 75,00   | 0,00           | 75,00                     |
| <b>Total base cotización contingencias comunes y profesionales septiembre 2009</b> |         |                | <b>1.439,83</b>           |

(1) Según establece el artículo 23.2 A) a) del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre «a efectos de su exclusión en 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 este caso, los gastos se ocasionan en el mismo municipio del lugar habitual de trabajo por lo que no pueden ser considerados como gastos de manutención y por tanto han de quedar incluidos en la base de cotización.

Por otra parte, si el empresario pretendiera considerar el concepto de «ayuda de comida» como una asignación asistencial, hemos de estar a lo previsto en el artículo 23.2 F) b) 3.º del Real Decreto 2064/1995, que regula lo siguiente: «No se computarán en la base de cotización las entregas de productos a precios rebajados que se realicen en cantinas o comedores de empresa o economatos de carácter social, teniendo dicha consideración las fórmulas directas o indirectas de prestación del servicio, admitidas por la legislación laboral, en las que concurren los requisitos establecidos en el artículo 45 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

No obstante, **si por convenio colectivo resultara posible la sustitución del servicio de comedor por entrega dineraria**, esta únicamente formará parte de la base de cotización en el exceso resultante de la aplicación de las reglas contenidas en los apartados 1 y 2.1.º de dicho artículo».

En el presente caso, se trata de una entrega dineraria sin que exista constancia de que el convenio colectivo de aplicación permita la sustitución de un servicio de comedor por la citada entrega dineraria. Consecuentemente el importe abonado en concepto de «ayuda de comida» ha de quedar incluido íntegramente en la base de cotización.

(2) De acuerdo al artículo 23.2 A) b) del Real Decreto 2064/1995 «a los mismos efectos de su exclusión en 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 del mismo o diferente municipio».

En este caso, los gastos resarcidos (no justificados) no son ocasionados por los desplazamientos del trabajador realizados para prestar sus servicios fuera del centro de trabajo habitual, sino por los desplazamientos realizados por el trabajador para acudir desde su domicilio hasta su centro habitual de trabajo, hecho este que ya se encuentra compensado a través del «plus de transporte». Consecuentemente, no pueden considerarse gastos de locomoción y por tanto han de quedar incluidos en la base de cotización.

Por último, los **tipos** que resultan de aplicación son los siguientes:

| Contingencia   | Base     | Tipo (empresa) | Tipo (trabajador) | Total  |
|--|----------|----------------|-------------------|--------|
| Contingencias comunes  | 1.439,83 | 23,60%         | 4,70%             | 28,30% |
| Desempleo  | 1.439,83 | 6,70%          | 1,60%             | 8,30%  |
| FOGASA   | 1.439,83 | 0,20%          |                   | 0,20%  |
| FP   | 1.439,83 | 0,60%          | 0,10%             | 0,70%  |
| AT/EP - CNAE 41 (Construcción edificios)<br>(IT = 3,65) (IMS = 3,35) | 1.439,83 | 7,00%          |                   | 7,00%  |

A los efectos de los tipos aplicables por la contingencia de **desempleo**, se debe tener en cuenta que el contrato suscrito con el trabajador es un contrato temporal (por obra o servicio determinado) a tiempo completo. El apartado 2.1.2.1 del artículo 31 de la Orden TIN/41/2009 regula los tipos aplicables en la contingencia por desempleo para este tipo de contratos.

### C. ¿Es correcta la bonificación aplicada por doña Mónica García de la Insúa?

Como indica el supuesto práctico, doña Mónica García de la Insúa presta sus servicios como «auxiliar administrativa» en la empresa «CONSTRUCCIONES, ALBAÑILERÍA Y REVOCOS, SLU» desde el 1 de septiembre de 2009, mediante un contrato indefinido y a jornada completa.

Tiene una edad de 47 años en el momento de su contratación y la empresa se aplica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, las siguientes bonificaciones:

- a) Mujeres en general: 70,83 euros/mes (850 €/año) durante 4 años.
- d) Mayores de 45: 100 euros/mes (1.200 €/año) durante toda la vigencia del contrato.

Cabe señalar que, de acuerdo al artículo 7.1 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, «en el supuesto en que la contratación de un trabajador pudiera dar lugar simultáneamente a su inclusión en más de uno de los supuestos para los que están previstas bonificaciones en este Programa, sólo será posible aplicarlas respecto de uno de ellos, correspondiendo la opción al beneficiario en el momento de formalizar el alta del trabajador en la Seguridad Social que da derecho a la aplicación

de las bonificaciones». Por ello, en ningún caso resultarían de aplicación, simultáneamente, las dos bonificaciones que se aplica la empresa.

No obstante lo anterior, «CONSTRUCCIONES, ALBAÑILERÍA Y REVOCOS, SLU» mantiene una deuda con la Tesorería General de la Seguridad Social en concepto de cuotas del Régimen General (y demás contingencias de recaudación conjunta), del periodo 1 al 30 de abril de 2009 que asciende a 129.456,24 euros.

El artículo 5 a) de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, indica que los beneficiarios de las bonificaciones previstas en este Programa deberán hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social tanto en la fecha de alta de los trabajadores como durante la aplicación de las bonificaciones correspondientes.

Así, puesto que la empresa no se halla al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social, no resulta de aplicación ninguna de las bonificaciones previstas en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre y, consecuentemente, la bonificación que practica la empresa por importe de 170,83 euros mensuales es incorrecta.

**TERCERA PREGUNTA. ¿Aprecia la existencia de algún supuesto de derivación de responsabilidad por las deudas que mantienen en concepto de cuotas del Régimen General de la Seguridad Social y recaudación conjunta tanto «CONSTRUCCIONES, ALBAÑILERÍA Y REVOCOS, SLU» como «ESTRUCTURAS ESTABLES, SA»?**

Para determinar la posibilidad de derivación de responsabilidad por las deudas que tanto una como otra empresa mantienen con la Tesorería General de la Seguridad Social, en primer lugar hay que indicar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15.3 del TRLGSS, «son responsables de la obligación de cotizar (...) los que resulten responsables solidarios, subsidiarios o sucesores mortis causa» de los responsables directos de dicha obligación, por, añade, «concurrir hechos, omisiones, negocios y actos jurídicos que determinen esas responsabilidades, en aplicación de cualquier norma con rango de ley que se refiera o no excluya expresamente a las obligaciones de Seguridad Social, o de pactos o convenios no contrarios a las leyes».

En los mismos términos se pronuncian los artículos 12 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio y 22.6 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre.

Dicho lo cual, se procede a analizar la situación de cada una de las empresas para determinar si existe o no algún supuesto de derivación de responsabilidad.

**A.** Respecto de la empresa principal, «CONSTRUCCIONES, ALBAÑILERÍA Y REVOCOS, SLU», que mantiene con la Seguridad Social una deuda en concepto de cuotas del Régimen General (y demás contingencias de recaudación conjunta), por el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 30 de abril de 2009, y que asciende a 129.456,24 euros, hay que indicar que tiene la condición de

sociedad de responsabilidad limitada de carácter unipersonal por lo que le es de aplicación la Ley 2/1995, de 23 de marzo (BOE del 24), de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

La entidad fue constituida el 1 de marzo de 2006 con un capital social que ascendía a 6.000 euros, suscrito íntegramente por doña Ruth Gómez de la Serna, no habiéndose producido modificaciones posteriores ni en lo referente a la cuantía del capital social, ni en cuanto a la suscripción del mismo.

En el momento de su constitución, fue nombrado administrador único don Javier García Trujillos (casado, en régimen de separación de bienes, con doña Ruth Gómez de la Serna, socia única de la sociedad).

Examinadas las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil por la empresa en cuestión, correspondientes a los ejercicios 2007 y 2008, se constata que la empresa tuvo unas pérdidas en el ejercicio 2007 de 5.725 euros, y en el ejercicio 2008 de 8.543 euros, lo que significó que el patrimonio neto en cada uno de esos ejercicios fuese de 3.273 y 3.500 euros, respectivamente.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 104.1 e) de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, existe causa de disolución de una sociedad de responsabilidad limitada, cuando como consecuencia de pérdidas, el patrimonio neto de la sociedad quede reducido a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que dicho capital social se aumente o reduzca en la cuantía suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

En el supuesto de «CONSTRUCCIONES, ALBAÑILERIA Y REVOCOS, SLU», *no existe la causa de disolución* establecida anteriormente, porque, aunque el patrimonio contable se ha visto reducido como consecuencia de pérdidas en los ejercicios 2007 (3.273 €) y 2008 (3.500 €), no es inferior a la mitad del capital social cifrado en 3.000 euros.

Al no existir causa legal de disolución de la sociedad, *no es posible aplicar lo dispuesto en el artículo 105.5 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo*, el cual establece que «responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso».

De esta manera, a tenor del mencionado artículo 15.3 del TRLGSS en relación con los artículos 12 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio y 22.6 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, no hay norma legal que determine la responsabilidad, en este caso solidaria, del administrador único don Javier García Trujillos por la deuda por cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta que la administrada «CONSTRUCCIONES, ALBAÑILERIA Y REVOCOS, SLU» tiene, debiendo concluir, por tanto, que **no se aprecia la existencia de ningún supuesto de derivación de responsabilidad por dicha deuda.**

**B.** Por su parte, la empresa subcontratista, «ESTRUCTURAS ESTABLES, SA», mantiene una deuda con la Seguridad Social en concepto de cuotas del Régimen General (y demás contingencias de recaudación conjunta), correspondiente al periodo 1 al 30 de septiembre de 2009.

*Dicha empresa firmó un contrato de ejecución de obra, con fecha 1 de julio de 2009, con la empresa principal, «CONSTRUCCIONES, ALBAÑILERÍA Y REVOCOS SLU», por el cual se comprometía a ejecutar la cimentación y estructura del edificio de viviendas sito en la calle del Viento número 146 de Madrid, a cambio de un precio cierto (2.500.000 €).*

En dicho contrato entre ambas empresas se estableció una cláusula del siguiente tenor: «"CONSTRUCCIONES, ALBAÑILERÍA Y REVOCOS, SLU", queda exonerada de cualquier responsabilidad que se pudiera derivar por el incumplimiento por parte de "ESTRUCTURAS ESTABLES, SA", de sus obligaciones en materia del orden social».

En otra de las cláusulas del contrato se indica que la empresa «ESTRUCTURAS ESTABLES SA» aportó, junto al contrato, un certificado expedido por la Tesorería General de la Seguridad Social, en el que se constata que, a fecha 1 de julio de 2009, la citada empresa se encontraba al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social (y las que se recaudan conjuntamente).

Por otra parte, se ha podido comprobar que la susodicha mercantil, con domicilio social en la Comunidad de Madrid, *no figura inscrita en el Registro de Empresas Acreditadas en el sector de la construcción* al que hace referencia la Ley 32/2006, de 18 de octubre (BOE del 19), Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción.

La empresa principal, «CONSTRUCCIONES, ALBAÑILERÍA Y REVOCOS, SLU», ha declarado en sus estatutos como objeto social: «La promoción inmobiliaria, realización de toda clase de obras de construcción en todas sus fases: cimentación, estructuras, albañilería, instalaciones, acabado, etc.».

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, «la presente ley será de aplicación a los contratos que se celebren, en régimen de subcontratación, para la ejecución» en obras de construcción de, entre otros, «trabajos de construcción», entendiéndose así que *dicha norma es de aplicación al contrato de ejecución de obra celebrado entre la empresa principal «CONSTRUCCIONES, ALBAÑILERÍA Y REVOCOS, SLU», y la empresa subcontratista «ESTRUCTURAS ESTABLES, SA».*

En la misma norma, en su artículo 4, se establecen los requisitos que deben cumplir las empresas contratistas y subcontratistas para que puedan participar en el proceso de subcontratación en el sector de la construcción, indicando expresamente el apartado 2 letra b), que las empresas que deseen ser contratadas o subcontratadas para trabajos de una obra de construcción deberán «estar inscritas en el Registro de Empresas Acreditadas al que se refiere el artículo 6 de esta ley», requisito que, como ya se ha expuesto, no cumple la subcontratista «ESTRUCTURAS ESTABLES, SA».

Por otro lado, el artículo 7.2 de la indicada Ley 32/2006, de 18 de octubre, dispone que «sin perjuicio de otras responsabilidades establecidas en la legislación social, el incumplimiento de las obligaciones de acreditación y registro exigidas en el artículo 4.2 (...) determinará la responsabilidad

solidaria del subcontratista que hubiera contratado incurriendo en dichos incumplimientos y del correspondiente contratista respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social derivadas de la ejecución del contrato acordado que correspondan al subcontratista responsable del incumplimiento en el ámbito de ejecución de su contrato, cualquiera que fuera la actividad de dichas empresas».

De lo establecido anteriormente se desprende que, del incumplimiento por parte de la empresa subcontratista «ESTRUCTURAS ESTABLES, SA», de su obligación de inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas, establecida en artículo 4.2 b) de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, existe responsabilidad solidaria de la empresa principal y de la empresa subcontratista, respecto de las obligaciones de Seguridad Social derivadas de la ejecución del contrato acordado, tal y como se indica en el artículo 7.2 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre.

Por lo tanto **se puede concluir la existencia de un supuesto de derivación de responsabilidad, de manera solidaria, a la empresa principal «CONSTRUCCIONES, ALBAÑILERÍA Y REVOCOS, SLU»**, respecto de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta que correspondan por los trabajadores de la empresa subcontratista destinados a la ejecución del contrato entre ambas empresas, con fundamento en los artículos anteriormente indicados de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, artículo 15.3 del TRLGSS, artículos 12 y 13 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, y artículo 22.6 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre.

Conviene aclarar que, en relación con la cláusula introducida por las partes en el contrato de ejecución de obra, mediante la cual se exoneraba a la empresa principal de cualquier responsabilidad que se pudiera derivar por el incumplimiento por parte de la subcontratista de sus obligaciones en materia de orden social, de acuerdo con el principio de jerarquía normativa garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución Española de 1978 (BOE de 29 de diciembre), el acuerdo de las partes mediante una cláusula en la celebración de un contrato mercantil en el ámbito privado, no puede en ningún modo dejar sin efecto lo establecido en una norma con rango legal, por lo que lo establecido en la citada cláusula debe entenderse nulo de pleno derecho y sin efecto.

Finalmente, y habiendo ya determinado la derivación de responsabilidad por las deudas de «ESTRUCTURAS ESTABLES, SA» a la empresa principal «CONSTRUCCIONES, ALBAÑILERÍA Y REVOCOS, SLU», por vía de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, se debe hacer referencia, **aclarando que no es «pacífica» la doctrina al respecto**, a la posibilidad de derivación de responsabilidad por vía del artículo 42 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, por darse los siguientes requisitos de conformidad con lo dispuesto en sus apartados 1 y 2:

- a) *Se trata de la contratación de obras y servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal:* siendo el objeto social de ésta, entre otros, la realización de toda clase de obras de construcción en todas sus fases –cimentación, estructuras, albañilería, instalaciones, acabado, etc.–, ha contratado la cimentación y estructura del edificio de viviendas con la empresa subcontratista.
- b) *Las deudas han sido generadas durante la vigencia de la contrata:* el contrato de ejecución de obra se formalizó en fecha de 1 de julio de 2009, encontrándose los trabajadores de la

empresa subcontratista ejecutando los trabajos contratados el día de la visita de inspección el día 21 de octubre de 2009, y correspondiendo la deuda a septiembre de 2009.

- c) *La existencia de certificado negativo de descubiertos de la empresa subcontratista «ESTRUCTURAS ESTABLES, SA», emitido por la Tesorería General de la Seguridad Social a fecha 1 de julio de 2009, y aportado junto con el contrato, no puede desvanecer la existencia de la responsabilidad solidaria de la empresa principal o contratista por las deudas generadas por la empresa subcontratista durante la ejecución de la contrata: el certificado establece la inexistencia de deudas anteriores al inicio de la contratación de las obras y servicios de la empresa subcontratista, pero en ningún caso de las producidas con posterioridad a la emisión del mismo, **no siendo pacífica la doctrina en este punto**, como ya se señaló.*
- d) *Conforme al artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores, la empresa principal responde solidariamente durante el año siguiente a la terminación de su encargo, de las deudas contraídas por la empresa subcontratista con la Seguridad Social durante el periodo de vigencia de la contrata: puesto que la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tiene lugar en noviembre de 2009, habiéndose iniciado la vigencia de la contrata el 1 de julio de 2009, se está dentro del plazo para la exigencia de dicha responsabilidad a la empresa principal «CONSTRUCCIONES, ALBAÑILERÍA Y REVOCOS, SLU».*

En este caso, la derivación de responsabilidad solidaria a la empresa principal respecto de la deuda que la empresa subcontratista mantiene, correspondiente al periodo 1 al 30 de septiembre de 2009, por los trabajadores de la empresa subcontratista destinados a la ejecución del contrato entre ambas empresas, se fundamentaría en el artículo 42.2 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el 42.1 del mismo Texto Refundido, artículo 15.3 del TRLGSS, artículos 12 y 13 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, y 22.6 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre.