



ASUNTO: PERSONAL/CONTRATOS

Regularización de la situación de auxiliar de biblioteca que sin contrato laboral que viene prestando servicios desde hace 24 años recibiendo una gratificación mensual.

A

INFORME

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Mediante escrito de fecha XX.10.15 por el Alcalde de dicho Ayuntamiento se solicita informe sobre el asunto arriba reseñado, manifestando lo siguiente:

“Ruego realicen informe sobre la situación en la que se encuentra la Bibliotecaria del Ayuntamiento de XX y su posible solución.

Doña _____ viene prestando su servicios como bibliotecaria municipal desde hace alrededor de 24 años de manera ininterrumpida. Estas tareas las realiza en horario de tarde desde las 16:00 horas hasta las 20:00 horas aproximadamente.

Por este trabajo esta señora recibe una gratificación de 200 euros mensuales. Pero no ha estado dada de alta en la Seguridad Social.

Ruego realicen informe para proceder a la regularización de la trabajadora”



II. LEGISLACION APLICABLE.

- Constitución Española (CE).
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET).
- Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS).
- Real Decreto 84/1996, de 26 enero, Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (R.D. 84/96).
- Real Decreto 1415/2004, de 11 de Junio, Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (R.D. 1415/2004).
- Real Decreto Legislativo 5/2000, Texto Refundido Ley Infracciones y Sanciones en el Orden Social (RDLeg 5/2000).
- Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

PRIMERO.-

Debemos comenzar el asunto sobre la regularización desde un el punto de vista laboral:

Dice un aforismo "*in claris non fit interpretatio*", o lo que es lo mismo, lo que está claro (en este caso en la ley) no necesita interpretación.

Un contrato de trabajo es un acuerdo entre el empresario y el trabajador por el que éste se obliga a prestar determinados servicios por cuenta del empresario y bajo su dirección a cambio de una retribución.

En este sentido, el propio ámbito de aplicación del E.T., dispone en los Apartados 1 y 2 del artículo 1 que: "*1. Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.*



2. A los efectos de esta ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior..."

El contrato de trabajo presenta las características de bilateral (dos partes); típico o nominado, pues está contemplado con un nombre en la ley; en principio no formal, aunque para ciertas modalidades contractuales la ley obliga a celebrarlo por escrito; sinalagmático, pues ambas partes tienen que cumplir obligaciones hacia la otra; personal, ya que el trabajador debe cumplir por sí mismo sus tareas en relación de dependencia, sin delegarlas a terceros; oneroso donde el trabajador recibe contestaciones en dinero y/o especie; de ejecución continuada, etc

De la información facilitada por el Ayuntamiento, cabe afirmar que existe relación laboral y por tanto la trabajadora tendría la condición de indefinida a tiempo parcial. Dicha conclusión tiene su base en lo siguiente:

Por un lado el apartado 1 del artículo 8 ET en cuanto a la existencia de contrato explicita que "*Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél.*"

El apartado 2 señala que en todo caso deberán constar por escrito los contratos a tiempo parcial como es el caso. Y además que "*De no observarse tal exigencia, el contrato se presumirá celebrado 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.*"

Dado el tiempo transcurrido (24 años) desde la prestación de los servicios, dispone el artículo 12.3 ET que "*el contrato a tiempo parcial se entenderá celebrado por tiempo indefinido cuando se concierte para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa.*"



Por tanto, como una de las medidas para regularizar su situación, el Ayuntamiento debiera reconocerle la condición de trabajadora indefinida al jornada parcial. Lo anterior conllevaría a su vez que se le reconozca, para el caso en que los laborales de ese Ayuntamiento lo tengan, la antigüedad a efectos de trienios, carrera profesional, promoción, etc.

SEGUNDO.-

En cuanto a la regularización desde el punto de vista de la Seguridad Social y aplicando el mismo aforismo al que nos referíamos en el punto primero del presente informe, dado que la trabajadora no ha estado dada de alta nunca, destacamos del R.D.Leg 1/1994 TRLGSS:

- La afiliación es obligatoria (artículo 12.1)
- Las formas de practicarse la afiliación y las altas y bajas (artículo 13)
- El artículo 100 también sobre afiliación, altas y bajas regula que:

1. Los empresarios estarán obligados a solicitar la afiliación al sistema de la Seguridad Social de los trabajadores que ingresen a su servicio, así como a comunicar dicho ingreso y, en su caso, el cese en la empresa de tales trabajadores para que sean dados, respectivamente, de alta y de baja en el Régimen General.

2. En el caso de que el empresario incumpla las obligaciones que le impone el apartado anterior, el trabajador podrá instar su afiliación, alta o baja, directamente al organismo competente de la Administración de la Seguridad Social. Dicho organismo podrá, también, efectuar tales actos de oficio en los supuestos a que se refiere el apartado 4 del artículo 13 de esta Ley.

Debemos relacionar el instituto de la prescripción en todo lo relacionado con la Seguridad Social, esto es, abono de cuotas, cotización y derechos pasivos, derechos y acciones, infracciones y sanciones, etc.

Así por ejemplo Artículo 21 del texto legislativo mencionado explicita que:



1. *Prescribirán a los cuatro años los siguientes derechos y acciones:*
- a) *El derecho de la Administración de la Seguridad Social para determinar las deudas con la misma cuyo objeto esté constituido por cuotas, mediante las oportunas liquidaciones.*
 - b) *La acción para exigir el pago de las deudas por cuotas de la Seguridad Social.*
 - c) *La acción para imponer sanciones por incumplimiento de las normas de Seguridad Social.*

En concordancia con lo anterior, el RD 1415/2004 Reglamento General Recaudación de la S.S. regula también que la obligación de pagar las cuotas a la Seguridad Social, prescribirán a los cuatro años a contar desde la fecha en que finalice el pago reglamentario de ingreso de aquéllas (esto es, dentro del mes siguiente a su devengo).

Ante ello, la regularización sólo podría alcanzar cuando se extendiera la correspondiente acta de liquidación a los últimos cuatro años, habiendo prescrito cualesquiera derechos anteriores a aquella fecha sobre futuras prestaciones que pudieran haber podido devengarse por las cuotas que debiendo haberse cotizado no se hicieron

Hay que recordar el criterio del Tribunal Supremo en Sentencia de 19-1-1998 (RJ 1998, 456)

"El Instituto de la prescripción, en sí mismo, no viene establecido a favor del deudor ni del acreedor; su finalidad es la protección de la seguridad jurídica, que no puede quedar indefinidamente pendiente de la existencia o incumplimiento de obligaciones jurídicas concretas.

Pero ciertamente, que la doctrina reconoce que como base real o de hecho se apoya en la inacción o abandono del titular activo de la obligación o derecho que ha omitido largamente su reclamación o actuación.



La inexigibilidad producida nunca puede equiparse al cumplimiento exacto de la obligación; y, menos aún, la satisfacción del derecho prescrito. Se trata, simplemente, de su no exigibilidad plena, puesto que tampoco afecta inicialmente a la actuación de la exigencia, dado que, si el deudor no opone la excepción ésta no afecta al derecho del acreedor.”

Respecto a la retroacción del alta, en ningún caso, podrá procederse a dar de alta a la trabajadora por esos 24 años atrás.

No se puede olvidar que, como pone de manifiesto, el artículo 35.1.2º del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, las altas practicadas de oficio por las direcciones provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social o las administraciones de la Seguridad Social de ellas dependientes retrotraerán sus efectos a la fecha en que los hechos que las motiven hayan sido conocidos por unas u otras.

Si las altas se efectuasen de oficio por las citadas direcciones provinciales o administraciones como consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social los efectos de la declaración del alta se retrotraerán a la fecha en que se haya llevado a cabo tal actuación, salvo en el caso de que ésta hubiera sido promovida por orden superior, a instancia de las entidades gestoras o como consecuencia de denuncia, queja o petición expresa, en cuyo caso los efectos se retrotraerán a la fecha en que se haya producido la orden superior o la instancia de la entidad gestora o en que hayan tenido entrada las referidas instancias, denuncia, queja o petición.

Por lo tanto no se debe confundir el periodo de alta (respecto del momento en que debe producirse), con el periodo correspondiente al plazo en que no se encuentra prescrita la acción de la Administración para exigir el pago de las deudas por cuotas de la Seguridad Social por aplicación del artículo 21 de la Ley General de la Seguridad Social, esto es, los cuatro años.



Todo ello sin perjuicio de lo que dispone el artículo 125.3 LGSS que dice que *"los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen General se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiere incumplido sus obligaciones. Igual norma se aplicará a los exclusivos efectos de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral"*.

Por su parte, el artículo 35.5 del RD 84/1996 señala que *"las altas de pleno derecho a que se refiere el apartado 2 del artículo 29 del Reglamento surtirán los efectos que la Ley les atribuye sin necesidad de reconocimiento del derecho a las mismas y sin perjuicio de la obligación de los empresarios de solicitar el alta de los trabajadores o de que, en su caso, deban promoverse las demás actuaciones que procedan y sin perjuicio, asimismo, de las responsabilidades a que hubiere lugar."* En similar sentido se pronuncia el artículo 29.2 R.D. 84/96

Por tanto, existen casos como el presente, en los que la empresa, incumpliendo con sus obligaciones para con el trabajador y con la Seguridad Social no procede a dar de alta al trabajador. En dichos supuestos, el alta realizada fuera de plazo no sirve para reconstituir la situación de alta a que estaba obligado el empresario como si hubiera cumplido puntualmente con sus deberes con la Seguridad Social. Por ello nos remitimos en lo recogido más arriba en relación al artículo 100 RDL 1/1994 en cuanto a los obligados y facultados a solicitar la afiliación, altas y bajas

Y el artículo 102 explicita que *"El cumplimiento de las obligaciones que se establecen en los artículos anteriores se ajustará en cuanto a la forma, plazos y procedimiento, a las normas reglamentarias"*, añadiendo en su apartado segundo que *"La afiliación y altas sucesivas solicitadas fuera de plazo por el empresario o el trabajador no tendrán efecto retroactivo alguno. Cuando tales actos se practiquen de oficio, su eficacia temporal e imputación de responsabilidades resultantes serán las que se determinan en la presente Ley y sus disposiciones de aplicación y desarrollo"* .



Por su parte, el artículo 32 R.D.84/96 prescribe que *"las solicitudes de alta deberán presentarse por los sujetos obligados con carácter previo al comienzo de la prestación de servicios por el trabajador"*, y el artículo 29.1.3º dispone que *"el incumplimiento de las obligaciones de comunicar el ingreso o cese de los trabajadores por parte de las empresas, o en su caso, de los trabajadores obligados, dará lugar a que sus altas o bajas puedan ser efectuadas de oficio por la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma competente, de acuerdo con lo previsto para la afiliación en los artículos 26 y 33 de este reglamento"*.

Finalmente, en lo relativo a la retroacción de los efectos, el artículo 35 del anterior establece que *"las altas solicitadas por el empresario o, en su caso, por el trabajador fuera de los términos establecidos solo tendrán efecto desde el día en que se formule la solicitud, salvo que se haya producido ingreso de cuotas en plazo reglamentario, en cuyo caso, el alta retrotraerá sus efectos a la fecha en que se hayan ingresado las primeras cuotas correspondientes al trabajador de que se trate"*, y que *"las altas practicadas de oficio por las direcciones provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social o las administraciones de la Seguridad Social de ellas dependientes retrotraerán sus efectos a la fecha en que los hechos que las motiven hayan sido conocidos por unas u otras"*.

Por tanto debemos CONCLUIR que cualquier periodo anterior a los cuatro años, se encuentra prescrito, sin posibilidad de consolidar derecho prestacional alguno sobre jubilación, no obstante de reclamar su situación laboral y probarla ante la jurisdicción social, sí que tendría derecho a la prestación por desempleo, así como que se cotizara por ella retroactivamente por esos cuatro años. Amen de todo lo anterior debemos ahora hacer mención a las actuaciones de liquidación y extensión de actas de infracción, como consecuencia de la relación laboral existente y por ende de las consecuencias que se derivan con las limitaciones que el juego de la prescripción impone.



Así por ejemplo el artículo 31 del R.D.Leg. 1/94 regula que:

1. Procederá la formulación de actas de liquidación en las deudas por cuotas originadas por:

a) Falta de afiliación o de alta de trabajadores en cualquiera de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social.

2. Las actas de liquidación extendidas con los requisitos reglamentariamente establecidos, una vez notificadas a los interesados, tendrán el carácter de liquidaciones provisionales y se elevarán a definitivas mediante acto administrativo de la Dirección General o de la respectiva Dirección provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social, a propuesta del órgano competente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, preceptiva y no vinculante, tras el trámite de audiencia al interesado. Contra dichos actos liquidatorios definitivos cabrá recurso de alzada ante el órgano superior jerárquico del que los dictó. De las actas de liquidación se dará traslado a los trabajadores, pudiendo los que resulten afectados interponer reclamación respecto del período de tiempo o la base de cotización a que la liquidación se contrae.

3. Los importes de las deudas figurados en las actas de liquidación serán hechos efectivos hasta el último día del mes siguiente al de su notificación, una vez dictado el correspondiente acto administrativo definitivo de liquidación, iniciándose en otro caso el procedimiento de deducción o el procedimiento de apremio en los términos establecidos en esta Ley y en las normas de desarrollo.

4. Las actas de liquidación y las de infracción que se refieran a los mismos hechos se practicarán simultáneamente por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. La competencia y procedimiento para su resolución son los señalados en el apartado 2 de este artículo.

Las sanciones por infracciones propuestas en dichas actas de infracción se reducirán automáticamente al 50 por 100 de su cuantía, si el infractor diese su conformidad a la liquidación practicada ingresando su importe en el plazo señalado en el apartado 3. Esta reducción automática sólo podrá aplicarse en el supuesto de que la cuantía de la liquidación supere la de la sanción propuesta inicialmente.



En cuanto a las infracciones y sanciones (teniendo en cuenta en juego de la prescripción referido más arriba: artículo 21 RDLeg 1/94: Prescribirán a los cuatro años....c) La acción para imponer sanciones por incumplimiento de las normas de Seguridad Social..) debemos hacer alusión al R.D. Leg 5/2000 cuyo artículo 22 dispone que serán infracciones graves:

"2. No solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido

3. No ingresar, en la forma y plazos reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social o no efectuar el ingreso en la cuantía debida, habiendo cumplido dentro de plazo las obligaciones establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 26 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, siempre que la falta de ingreso no obedezca a una declaración concursal de la empresa, ni a un supuesto de fuerza mayor, ni se haya solicitado aplazamiento para el pago de las cuotas con carácter previo al inicio de la actuación inspectora, salvo que haya recaído resolución denegatoria.

10. La solicitud de afiliación o del alta de los trabajadores que ingresen a su servicio fuera del plazo establecido al efecto, cuando no mediare actuación inspectora, o su no transmisión por los obligados o acogidos a la utilización de sistemas de presentación por medios informáticos, electrónicos o telemáticos."

Artículo 40 Cuantía de las sanciones: *"1. Las infracciones en materia de relaciones laborales y empleo, en materia de Seguridad Social se sancionarán:*

b) Las graves con multa, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros.

d) Las infracciones señaladas en los artículos 22.3 se sancionarán:

1. La infracción grave del artículo 22.3 se sancionará con la multa siguiente: en su grado mínimo, con multa del 50 al 65 % del importe de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta no ingresados, incluyendo recargos, intereses y costas; en su grado medio, con multa del 65,01 al 80%; y en su grado máximo, con multa del 80,01 al 100%



e) Las infracciones señaladas en los artículos 22.2 se sancionarán:

1. La infracción grave del artículo 22.2 se sancionará con la multa siguiente: en su grado mínimo, de 3.126 a 6.250 euros; en su grado medio, de 6.251 a 8.000 euros y, en su grado máximo, de 8.001 a 10.000 euros

f) Cuando la actuación inspectora de la que se derive la obstrucción fuera dirigida a la comprobación de la situación de alta de los trabajadores que presten servicios en una empresa y el incumplimiento de las obligaciones del empresario pudiera dar lugar a la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 22.2 y 23.1.a), las infracciones por obstrucción se sancionarán:1.º Las calificadas como graves: en su grado mínimo, con multa de 3.126 a 6.250 euros; en su grado medio, de 6.251 a 8.000 euros y, en su grado máximo, de 8.001 a 10.000 euros.

3. Las sanciones en materia de Seguridad Social cuando se deriven de actas de infracción y liquidación que se refieran a los mismos hechos y se practiquen simultáneamente, se reducirán automáticamente al 50 por 100 de su cuantía si el sujeto infractor manifiesta su conformidad con la liquidación practicada, ingresando su importe en el plazo procedente. Esta reducción automática sólo podrá aplicarse en el supuesto de que la cuantía de la liquidación supere la de la sanción propuesta inicialmente

Por último el artículo 43 Responsabilidades empresariales señala que: "1. Las sanciones que puedan imponerse a los distintos sujetos responsables, se entenderán sin perjuicio de las demás responsabilidades exigibles a los mismos, de acuerdo con los preceptos de la Ley General de la Seguridad Social y de sus disposiciones de aplicación y desarrollo."

TERCERO.-

Visto todo lo anterior, sería conveniente lo siguiente:

a) Desde el Ayuntamiento tener claro qué se quiere hacer con el puesto de trabajo que desempeña la trabajadora, que teniendo la condición de indefinida, no es fija desde un punto de vista del EBEP (no así en la sede judicial social, puesto que es igual el término indefinido que fijo); por tanto, *mutatis mutandis* para con los fraudes



de ley del artículo 15.1 y 15, en relación a la disposición adicional decimoquinta, todos del E.T., debiera procederse a la cobertura definitiva por el procedimiento de selección oportuna, para tener la trabajadora realmente la condición de fija de plantilla, siempre que lo ganara y, sobretodo, también para salvaguardar los principios constitucionales de acceso al empleo público: igualdad, mérito, capacidad.

b) Conocer realmente la posición de la trabajadora: Como hemos indicado en el informe, ha habido una connivencia entre las dos partes consintiendo esta situación, por lo que sería injusto gravar a una de las posiciones (Ayuntamiento), con un gravamen económico mayor derivado de lo que acontecería (extensión de actas de liquidación e infracción con sus correspondientes sanciones), para proceder a su regularización.

c) Por todo lo anterior y como posibilidad, podría llegarse al siguiente acuerdo:

PRIMERO.- Por supuesto dar de alta a la trabajadora en el Régimen General de la Seguridad Social.

SEGUNDO.- En cuanto a sus retribuciones, establecer en nómina la contemplación, a parte de su sueldo base, bien un complemento (específico, productividad, etc) bien incrementar la jornada parcial o incluso establecer una completa, más (en su caso) la posibilidad de reconocimiento de trienios, carrera profesional, promoción, etc, todo ello con el fin de compensar la falta de cotización producida a lo largo de estos 24 años (ello podría hacerse a través de una modificación presupuestaria de su puesto de trabajo).

Recordamos que una regularización poniendo en conocimiento los hechos producidos a la ITSS y TGSS conlleva que el ayuntamiento tendría que cotizar además por los cuatro años no prescritos y enfrentarse a las sanciones correspondientes, si ello se puede evitar con el acuerdo referido sería lo deseable. En caso contrario, si la trabajadora quiere que se le garanticen todos sus



derechos, la vía es la denuncia a la ITSS, mediante la cual se procedería de oficio a regularizar toda su situación laboral.