

**GONZALO GIMÉNEZ COLOMA**

*Inspector de Trabajo y Seguridad Social*

**EVA MARÍA SÁNCHEZ LORCA**

**EUGENIO LANZADERA ARENCIBIA**

*Licenciados en Derecho*

---

## *Sumario:*

---

- ENUNCIADO.
- CUESTIONES PLANTEADAS.
- SOLUCIÓN.

Introducción: cuestiones previas a considerar en la propia visita.

A) Accidente de trabajo ocurrido.

B) Circunstancias en que se encuentran los trabajadores testigos del accidente (extranjeros, faltas de alta, ...).

- C) Supuesto de cesión de trabajadores.
- D) Determinados pluses en las retribuciones.
- E) Cuestiones relativas al local puesto a disposición de los representantes de los trabajadores, discriminación en la percepción del salario, y cómputo del período de excedencia por cuidado de hijos a efectos de la prestación por desempleo.
- F) Contratación de trabajadores de una empresa de trabajo temporal habiendo extinguido contratos por la vía del artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores.
- G) Subvenciones obtenidas por la contratación de trabajadores con carácter indefinido.
- H) Sucesión de contratos temporales celebrados con el mismo trabajador.
- I) Posible caso de discriminación de trabajadores.
- J) Negativa del trabajador a pasar el preceptivo reconocimiento médico.
- K) Coordinación de actividades empresariales para prevenir riesgos, adoptar medidas de emergencia y evacuación de trabajadores.

[Supuesto práctico correspondiente al cuarto ejercicio de la oposición para ingreso en el *Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social* (Año 1996)].

## ENUNCIADO

---

Alrededor de las 10 horas del día 12 de junio de 1996, se gira visita por un Inspector de Trabajo y Seguridad Social a PROFAZO, S.A. (C.I.F. 79936937788, domiciliada en un polígono industrial del término municipal de Madrid, en la C/ Papel núm. 50, con número de cuenta de cotización 28/112233445566 y plantilla efectiva de 120 trabajadores), dedicada a la impresión de uno de los diarios de la capital.

La inspección se produce a consecuencia de un accidente de trabajo mortal ocurrido en ese centro.

A) Por la dirección de la empresa se había decidido proceder, dentro de un plan de remozamiento que afecta a parte de sus instalaciones, a la impermeabilización y reparación de la cubierta de la nave de talleres ya que, a causa de las abundantes lluvias de los últimos tiempos, se encontraba en mal estado.

Para cumplir ese objetivo, con efectos del día 3 de mayo de 1996 (fecha de inicio de los trabajos), se formalizó contrato de arrendamiento de obra con la empresa CIMA, S.L. (domiciliada en la C/ Real núm. 8 de Aravaca, provincia de Madrid, con número de cuenta de cotización 28/3333344445566 y ocupando 10 trabajadores), cuyo objeto social es, precisamente, la ejecución de ese tipo de arreglos de construcción.

Por el Ayuntamiento de la localidad se había concedido el correspondiente permiso de obra menor.

El día 10 de junio de 1996, a las 17 horas, el trabajador don Ángel Perdido Fernández cayó desde la cubierta cuando efectuaba trabajos sobre la misma, falleciendo en el acto.

Según las circunstancias extraídas tanto de las declaraciones de los testigos como de las comprobaciones *de visu* del Inspector en el centro de trabajo y otras posteriores, cabe establecer como exactos los hechos siguientes:

- El techo o cubierta está constituido por placas de fibrocemento («uralitas») a cuya reparación o sustitución procedía el accidentado quien se precipitó al vacío por ceder dos de ellas, rompiéndose bajo el propio peso del trabajador.
- La altura del techo al suelo del local es de 12 metros.
- No se habían instalado andamios, plataformas de trabajo, ni pasarelas (sólo 3 tablones, a modo de tal, de 25 centímetros de ancho) sin que tampoco se hubiesen previsto puntos de anclaje para cinturones de seguridad, elemento este de protección que llevaba ceñido el trabajador al ocurrir su caída.
- El señor Perdido contaba con una antigüedad en la empresa de dos meses y figura correctamente inscrito en el Libro de Matrícula de Personal. Está en alta en el Régimen General de la Seguridad Social desde su ingreso al servicio de CIMA, S.L.
- En paro desde hacía más de un año (cuando perdió un puesto de camarero en un bar) fue contratado como peón, pactando una remuneración de 130.000 pesetas mensuales.
- No consta que se le haya facilitado información y formación sobre los riesgos del puesto de trabajo en que sufrió la caída.
- Deja viuda y 3 hijos de 5, 8 y 13 años de edad.
- Aunque en el momento de la visita no se observa actividad, según manifestaciones de trabajadores de talleres de PROFAZO, S.A., confirmadas por el oficial que hace las veces de encargado de CIMA, S.L., se informa al Inspector de la continuación de los trabajos, antes de su llegada al lugar del accidente, en similares condiciones a las descritas.

B) Los testigos (que se encontraban próximos al accidentado en el momento del siniestro) son los operarios don Mohamed Zidane (D.N.I. 1333333333), de filiación marroquí, al servicio de la empresa desde 1 de junio de 1996, contratado para obra según lo establecido en el Real

Decreto 2546/1994, de 29 de diciembre, y don Juan Páramo Callejo (D.N.I. 14444444444), también con contrato de obra desde la misma fecha. Ambos tienen categoría de peones y pactaron como remuneración mensual por todos los conceptos la misma cantidad que su compañero fallecido.

Efectuadas las verificaciones correspondientes se comprueba que el primero de ellos cuenta con permiso de trabajo tipo «B renovado» que caducaba el 31 de diciembre de 1995. Figura inscrito en el Libro de Matrícula de Personal y en alta en el Régimen General de la Seguridad Social con fecha de efectos 1 de junio de 1996.

Don Juan Páramo Callejo no figura en documento oficial alguno, al igual que el ayudante (que no fue testigo del accidente) don Demetrio Cano Pastor, que, ingresado en la misma fecha que sus compañeros peones, pactó un salario global de 150.000 pesetas al mes.

El último operario que la empresa tiene en el centro de trabajo es el oficial don Pedro Miranda Casado en alta desde 1 de febrero de 1995, fecha de su ingreso, en el Régimen General de la Seguridad Social.

C) El Inspector también examina la documentación relativa a las demás empresas que prestan servicios en el centro de trabajo en virtud de contratos mercantiles.

La empresa MARIQUITA PÉREZ, S.A. realiza unas labores de encarte manual de los distintos suplementos que se distribuyen con el periódico, mediante contrato de arrendamiento de servicios. En las estipulaciones contractuales se pone de manifiesto que tales trabajos serán desarrollados en el domicilio de PROFAZO, S.A. El contratista (MARIQUITA PÉREZ, S.A.) ostenta la condición de patrono respecto del personal que utilice en los trabajos que se le encomiendan. El contratante facilitará, a su cargo, cuantos elementos sean precisos para el buen cumplimiento del contrato y pondrá a disposición del contratista los suministros de agua y energía eléctrica precisos para la ejecución de su cometido. Asimismo se estipula que tales trabajos se desarrollarán «en función de las necesidades del contratante en su actividad», bajo la supervisión del encargado general de PROFAZO, S.A.

Los contratantes empleados por la arrendadora para prestar estos servicios lo son por obra, a tiempo parcial, con jornada (que se fija en el contrato) de 40 horas mensuales, la cual, sin embargo, no coincide necesariamente con la que de hecho se realiza toda vez que ésta depende de las necesidades de la contratante.

D) El personal que realiza las funciones de vigilancia (cuatro operarios) pertenece a la plantilla de la empresa LYNX SEGURIDAD, S.A. desde 1 de enero de 1996, fecha en que justamente contrató la vigilancia con PROFAZO, S.A.

Examinados los recibos justificativos de pago de salarios de este personal, se comprueba que en los mismos se refleja, bajo el apartado específico de «dietas/locomoción», cantidades que igualan mensualmente el salario base de 70.000 pesetas que percibe cada trabajador. También se les abona el denominado «plus de distancia y transporte» según los términos fijados en el artículo 74 del Convenio Colectivo de empresas de seguridad publicado en el BOE de 4 de mayo de 1994. Asimismo se comprueba que todos los trabajadores tienen su domicilio en Madrid.

E) La visita, en la que el Inspector es acompañado por los representantes legales de los trabajadores y por el Director de Personal de la empresa, se continúa realizando las comprobaciones pertinentes respecto a la titular del centro de trabajo.

Por el Presidente del Comité de Empresa se plantean las siguientes cuestiones al Inspector:

E.1. Debido a las obras de reparación que se están llevando a cabo se han visto privados del uso del local que venían utilizando para fines sindicales. La empresa se ha negado a facilitarles otro alternativo y el traslado de todos sus enseres se ha realizado, unilateralmente y a indicación de la misma, por los trabajadores que ejecutan la obra, sin que hubieran estado presentes los representantes de los trabajadores. Por lo que, según entienden, se ha producido una violación de sus derechos sindicales.

El representante de la empresa justificó esta decisión señalando, que, debido a tales obras, no cuentan con ningún otro local disponible y que la razón de procederse al traslado de los enseres existentes en el mismo por los trabajadores que efectúan las obras de reparación se debió a que, avisados los miembros del Comité de Empresa para que procedieran al desalojo del local, éstos se negaron por no contar con otro alternativo. Por ello, ante la necesidad de continuar con las reparaciones, fue preciso trasladar los muebles y objetos que estaban en el mismo. Además, tales obras sólo durarán un mes, pasado el cual volverán a utilizar el local normalmente.

E.2. La analista-programadora de ordenadores doña Carmen Sanz Martínez estipuló en contrato de trabajo escrito la percepción de una cantidad mensual que supera en 100.000 pesetas el salario global que, por todos los conceptos, le correspondería según el convenio colectivo aplicable.

Denunció al Comité que no se le paga desde enero del año en curso esa diferencia y que tampoco se le computa en la base de cotización del Régimen General de la Seguridad Social (se le aplica una base total de 174.000 ptas., la misma que a sus compañeros de la categoría).

La empresa reconoce la realidad de la situación y justifica su actitud en que cree que no debe abonar la cantidad en cuestión y, consiguientemente, tampoco cotizar por ella, para no discriminar a otros dos trabajadores más antiguos que ejercen las mismas funciones.

E.3. Una trabajadora recientemente despedida (se calificó el despido de improcedente y el asunto concluyó con auto del Juzgado de lo Social declarando extinguido el contrato), expuso al Comité su duda sobre si el período de excedencia para cuidado de un hijo (que ella disfrutó entre enero y diciembre de 1995) se computa o no a efectos de la prestación de desempleo.

F) Del examen de la documentación laboral y de Seguridad Social de la empresa se desprenden los siguientes hechos:

En el Departamento de Expediciones, donde se efectúa el embalaje y distribución de los ejemplares del periódico, venían prestando servicio un total de seis trabajadores, más un encargado, todos ellos con contrato indefinido. El día 31 de marzo de 1996 se procedió a la extinción de los contratos de trabajo de tres de ellos, con apoyo en lo preceptuado en el artículo 52 c) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, cumpliéndose los requisitos formalmente establecidos al respecto.

Desde el 15 de abril de 1996 participan en los trabajos de embalaje y distribución dos trabajadores cedidos por la empresa ESTIGIA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, S.A. Examinados los contratos de puesta a disposición, se relaciona en el apartado relativo a «supuesto de celebración» (como causa justificativa) la necesidad de atender un exceso de pedidos, debido a que, coyunturalmente, había aumentado la tirada del diario.

G) Dentro del Plan de Ayudas al Empleo, y en todo conforme a las vigentes normas de aplicación, la Comunidad Autónoma de Madrid, con fecha 1 de febrero de 1995, concedió a PROFAZO, S.A. una subvención de 5 millones de pesetas por la contratación, con carácter indefinido, de tres trabajadores, a quienes se encomienda la edición de un nuevo suplemento dedicado a información especializada sobre «Bolsa de Trabajo». Estos operarios causaron alta el día de su contratación (1-3-1995). Al tratarse de titulados superiores (dos de ellos finalizaron sus estudios en 1993 y el otro en 1994) y tener que desarrollar una actividad novedosa, se procedió a formalizar contrato en prácticas con los mismos, remunerado con 100.000 pesetas mensuales. Según los documentos de cotización presentados por la empresa, ésta se ha venido «bonificando» por tales contratos en los términos establecidos en el Real Decreto 2317/1993, en los que, como cláusula adicional, se pacta lo siguiente: «De conformidad ambas partes acuerdan prorrogar el presente contrato con carácter indefinido desde el 1 de marzo de 1995, haciendo constar que el contrato seguirá siendo en prácticas hasta transcurridos 3 años por lo que se seguirá "bonificando" (*sic*) de la Seguridad Social en el porcentaje que para dichos contratos está legislado».

H) El trabajador Jesús Padilla Palá ha prestado servicios para la empresa durante los períodos que van del 10 de junio de 1995 al 10 de diciembre de 1995 (mediante contrato temporal, de carácter eventual por circunstancias de la producción, formalizado al amparo de lo dispuesto en el R.D. 2546/1994, de 29 de diciembre) y del 11 de diciembre de 1995 al 15 de diciembre de 1995 (mediante contrato temporal, por lanzamiento de nueva actividad, según lo previsto en el mismo R.D. 2546/1994) con categoría, en ambas ocasiones, de conductor mecánico. Los pactos que inte-

gran el contenido de ambos contratos son similares, estableciéndose en cada uno de ellos un período de prueba de un mes. Durante la vigencia del segundo de los contratos, concretamente el 15 de diciembre de 1995, la empresa comunica la baja del trabajador motivada por «no superar el período de prueba». A consecuencia de este hecho, el trabajador pasó a percibir prestaciones de desempleo.

I) Por dos auxiliares administrativas de PROFAZO, S.A. que prestan servicios en la sección de Recepción de Publicidad, se reclama que a ellas no se les facilita taquilla donde poder dejar sus efectos personales pese a las reclamaciones presentadas a la empresa; por lo que entienden se produce una discriminación en relación a los trabajadores que sí disponen de las mismas.

J) Por el representante de la empresa se plantea al Inspector que uno de los trabajadores que prestan sus servicios en una de las rotativas, para lo que está en contacto con disolventes como hidrocarburos alifáticos, tricloroetileno y sustancias análogas, se ha negado a pasar el preceptivo reconocimiento médico anual, por lo que solicitan su parecer sobre las medidas a adoptar al respecto. El Comité de Empresa se ha inhibido en esta cuestión.

K) Se efectúa visita a las instalaciones constituidas por una nave de trabajo (talleres), en la que están instaladas las rotativas, y un edificio anexo de tres plantas, en el que se ubican los departamentos que realizan funciones administrativas.

Aparte de las obras que afectan a la cubierta de la nave de trabajo, también la planta baja del edificio administrativo, en el que se ubican los locales destinados a servicios complementarios (cuartos vestuarios, comedor, locales sindicales, servicios médicos y análogos) exigía reparaciones. La empresa VENTURA RODRÍGUEZ, S.A. es la encargada de ejecutarlas.

Los trabajadores de ésta pusieron de manifiesto al Inspector que el lunes de la semana anterior se produjo un conato de incendio en la segunda planta del edificio, del que tuvieron noticias cuando el humo penetró en la estancia en que se encontraban. Al desconocer las vías de evacuación, ya que nadie les había ilustrado al respecto, tuvieron que ser rescatados por los miembros de la brigada contra incendios.

#### SE PIDE:

Dictaminar sobre cada una de las cuestiones planteadas, exponiendo las infracciones que aprecie, con determinación del sujeto o sujetos responsables, tipo de responsabilidad y providencias a tomar, con cita de preceptos legales aplicables y fundamentación jurídica del criterio adoptado tanto en ese supuesto como si se considera que no existen irregularidades.

**NOTA:** Todas las comprobaciones se tienen por exactas y se entienden concluidas el 20 de junio de 1996.



## SOLUCIÓN

---

### **Introducción: cuestiones previas a considerar sobre la propia visita.**

Respecto de la fecha de la visita, y si se trata de un día laborable o festivo, podrá tener relevancia en función de cuáles sean las cuestiones objeto de la actuación inspectora. En el presente caso, no tiene una relevancia especial.

La hora de la visita será la adecuada para la más exacta y completa comprobación de los hechos sobre los que en cada caso vaya a versar, en principio, la actuación inspectora (si tal circunstancia es relevante).

La plantilla del centro de trabajo visitado será un dato a considerar en relación con diversas cuestiones, entre otras, las siguientes:

1. La competencia de actuación exclusiva de los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, sin perjuicio de posible colaboración de funcionarios del Cuerpo de Controladores Laborales, conforme al artículo 1 del Real Decreto 1667/1986, de 26 de mayo, y el artículo 13 del Real Decreto 396/1996, de 1 de marzo.
2. La previsible existencia de un Comité de Empresa como órgano de representación unitaria de los trabajadores, con independencia del funcionamiento de Secciones Sindicales.
3. La existencia de un Comité de Seguridad y Salud, como órgano interno especializado en materia de prevención de riesgos laborales y de la posibilidad de que se hubieran designado Delegados de Prevención (arts. 35 y 38 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales).
4. La determinación del número máximo de aprendices a contratar, etc.

La actividad de las empresas a visitar determinará el convenio colectivo sectorial y/o provincial aplicable (una vez cumplido el plazo para la derogación de las Ordenanzas Laborales y Reglamentaciones de Trabajo prorrogadas hasta el 31 de diciembre de 1995, según lo dispuesto en la disposición transitoria sexta del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1994).

**A) Accidente de trabajo ocurrido.**

1. La visita viene motivada por la preceptiva investigación del accidente de trabajo allí ocurrido el día 10 de junio de 1996.

Según el artículo 17 del Decreto 2122/1971, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social emitirá informe preceptivo en los AT/EP «mortales o muy graves, o muy cualificados por su frecuencia y trascendencia».

Como cuestiones previas a la investigación del accidente, cabe destacar los siguientes puntos:

- a) El artículo 40.2 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), sobre «Colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social», se indica que en las visitas a los centros de trabajo para la comprobación del cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, el Inspector de Trabajo y Seguridad Social comunicará su presencia al Comité de Seguridad y Salud, Delegado de Prevención o, en su ausencia, representantes legales de los trabajadores, a fin de que éstos puedan acompañarle durante el desarrollo de la visita, salvo que ello pueda perjudicar la eficacia de su control, y formularle las observaciones que estimen oportunas.

En el apartado tercero se añade que la Inspección «informará a los Delegados de Prevención sobre los resultados de las visitas y sobre las medidas adoptadas a consecuencia de las mismas».

- b) Debe considerarse que desde la perspectiva de una correcta actuación inspectora, se realizarán en primer lugar las actuaciones oportunas de investigación sobre las circunstancias y causas de dicho accidente y sobre las posibles responsabilidades derivadas.

Estas actuaciones, en las circunstancias que se relatan en el supuesto, serán consideradas urgentes y prioritarias respecto de otras. En las mismas se pretende averiguar las circunstancias relativas a un acontecimiento súbito ya concluido, sus causas y eventuales responsabilidades, reuniendo elementos de prueba suficientes (lo cual puede resultar más dificultoso cuanto más tiempo transcurra entre el accidente y el inicio de la actividad inspectora). Así, esta urgencia en la actuación estará especialmente fundada en los accidentes de trabajo ocurridos en obras de construcción, caracterizadas por los constantes y rápidos cambios en las condiciones de los puestos de trabajo.

En la investigación del accidente se tomarán declaraciones por separado a los testigos o personas que puedan aportar datos para la determinación de las causas y circunstancias del accidente. Además de ello, con la máxima celeridad posible, se realizará una minuciosa inspección ocular del lugar del accidente, instrumental, elementos o zonas de trabajo, que pudieran tener relación con las circunstancias y causas del siniestro (tomando, en su caso, las mediciones, toma de muestras o fotografías necesarias).

- c) La empresa deberá haber cumplido lo previsto en el artículo 6 de la Orden Ministerial de 16 de diciembre de 1987, sobre notificación de accidentes de trabajo, en cuanto a la comunicación del accidente en el plazo de 24 horas, con los datos básicos que el precepto establece, mediante telegrama en este caso (sin perjuicio de la posterior remisión del parte de accidente en su plazo, con todos los demás datos).
- d) Asimismo, se comprobará que se ha procedido a la comunicación prevista en el Real Decreto-Ley 1/1986 y Orden Ministerial de 6 de mayo 1986 para la realización de la obra en el centro de trabajo, sin que pueda entenderse cumplido este requisito con el permiso de obra concedido por el Ayuntamiento, que tiene finalidad distinta a la prevista en la comunicación.

2. En cuanto a las causas del accidente, parece claro que éste se produce a consecuencia de una falta de medidas de seguridad previstas en las siguientes normas específicas:

- a) El artículo 192 de la Ordenanza Laboral de la Construcción (OLC) (1) (O.M. de 28-8-1970) ordena la colocación de plataformas o andamiajes en las cubiertas o tejados, sin que pueda entenderse cumplida esta medida de seguridad a la vista de las circunstancias en que se produjo el accidente, y ello a pesar de que la anchura de los tablonos instalados (25 cm, se supone que cada uno), sea correcta (art. 184 OLC).

En primer lugar, los tablonos instalados deben estar unidos entre sí, a fin de garantizar su seguridad y estabilidad. Además, al realizarse los trabajos en altura superior a dos metros, es obligada la instalación de barandilla, listón intermedio y rodapié, como prescriben además los artículos 185 de la OLC y 20 y 23 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (OGSHT) (O.M. de 9-3-1971).

Finalmente, la rotura de dos placas de uralita por el peso del trabajador pone de manifiesto la utilización incorrecta de los tablonos.

- b) Por otra parte, el citado artículo 193 de la OLC prevé, como medidas de seguridad complementarias, para trabajos en cubiertas y tejados de material resbaladizo o de poca resistencia (caso de la uralita), el uso de cinturones de seguridad (medida también prevista en el artículo 151 de la OGSHT, en todo trabajo en altura con peligro de caída eventual).

---

(1) El Convenio Interprovincial para la construcción y obras públicas se remite expresamente -en cuanto a la regulación de las condiciones de seguridad en el sector- al Capítulo XVI de la Ordenanza, que en virtud de dicha remisión debe considerarse en vigor como normativa imperativa de carácter convencional incorporada al contenido del propio convenio general del sector (hasta la adopción de una nueva regulación).

Debe tenerse en cuenta que la obligación del empresario en relación con los Equipos de protección individual no se agota con su puesta a disposición del trabajador, sino que comprende también el velar por su uso efectivo (art. 17 LPRL) y obligatorio (art. 41 OGSHT), que en el caso de los cinturones de seguridad implica su anclaje a puntos sólidamente fijados. De este modo, la falta de anclaje de los cinturones de seguridad debe equipararse a la carencia de los mismos.

- c) Por último, cabe destacar que los artículos 18 y 19 de la LPRL establecen la obligación del empresario de adoptar las medidas adecuadas para que los trabajadores reciban todas las informaciones necesarias en relación con los riesgos, medidas y actividades de protección y prevención y medidas de emergencia, así como de garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica adecuada, cuestiones que a la vista del enunciado del caso («No consta que se haya facilitado al trabajador accidentado información y formación de los riesgos de su puesto de trabajo»), denotan el incumplimiento de estos artículos y una posible causa del acaecimiento del accidente.

### 3. El acta de infracción (2).

De los hechos observados y de las causas del accidente que han quedado probadas, el Inspector de Trabajo y Seguridad Social procederá a extender Acta de Infracción según lo previsto en los artículos 15 d) y 19 del Real Decreto 396/1996, cuyo contenido habrá de reflejar lo dispuesto en el artículo 21 de la misma norma.

- a) Con respecto a los hechos comprobados, se relatarán en el Acta (y serán prácticamente los mismos que figuren en el informe sobre el accidente) con una pormenorizada expresión de las circunstancias acreditadas, a través de una reconstrucción de la situación exacta existente al acaecer el siniestro, aportando los medios de prueba empleados.
- b) En cuanto a las infracciones apreciadas, los hechos anteriormente expuestos, constituyen, en cada caso, infracción a los artículos 4.2 d) y 19.1 del Estatuto de los Trabajadores (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo) y 14 y 15 de la LPRL, en relación con:

- 
- (2) Con carácter general para todas las Actas de Infracción, cuando sean varias las presuntas infracciones, deberán acumularse en una sola Acta las correspondientes a una misma materia, entendiéndose por tales las infracciones en materia laboral, las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, las infracciones en materia de seguridad social, las infracciones en materia de empleo y prestaciones por desempleo y las infracciones en materia de emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros. No procederá la acumulación de infracciones en el caso de que proceda la extensión del documento unificado de infracción y liquidación (art. 23 R.D. 396/1996, de 1 de marzo).

- Respecto de la omisión de medidas de seguridad en los trabajos de la cubierta, artículos 17.2 de la LPRL, 20,23,141 y 151 de la OGSHT y disposición final primera, 2 del Convenio Colectivo General de la Construcción (Rs. 4-5-1992), en relación con los artículos 184, 192 y 193 de la OLC (3).

Esta infracción se tipifica en el artículo 48.8 de la LPRL como muy grave (4).

- Respecto a la falta de formación e información, se infringen los artículos 18 y 19 de la LPRL, lo que constituye infracción calificada como grave en el artículo 47.8 de la LPRL.
- c) Por lo que se refiere a la graduación de las sanciones correspondientes a las infracciones señaladas, el artículo 49 de la LPRL, en su primer apartado, contiene los criterios para determinar el grado (mínimo, medio y máximo) que en atención al principio de proporcionalidad corresponde a las infracciones detectadas, salvo que estos criterios estén ya contenidos en la descripción de la conducta infractora (apartado 2).

En este caso concreto, podría considerarse como criterio agravatorio de la sanción, el previsto en el artículo 49.1 c) de la LPRL, «la gravedad de los daños producidos» (la muerte del trabajador), por lo que la sanción a proponer, a tenor de lo dispuesto en el artículo 49.4 c) sería en grado medio o incluso máximo, en función del estudio de las demás circunstancias que puedan concurrir. Al no aludirse expresamente a otras circunstancias que permitan una mayor agravación de la sanción, nos inclinamos por considerar la infracción «muy grave» en su grado medio, cuya sanción correspondiente será de 20.000.001 a 50.000.000 de pesetas [Art. 49.4 c) LPRL].

- d) En cuanto al sujeto responsable de las infracciones, hay que concluir que en este caso es responsable único la empresa CIMA, S.L. y ello por aplicación de lo establecido en el artículo 42.2 en relación con el 24.3 de la LPRL, que vienen a exigir, para aplicar responsabilidad solidaria en los supuestos de contratistas y subcontratistas, la concurrencia de dos requisitos:

- Que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de la empresa principal, y
- Que la realización de obras y servicios por parte de la empresa contratista corresponda a la propia actividad de la contratante.

---

(3) La Instrucción 101/1995 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de 27 de enero de 1995, establece que las Actas de Infracción y los informes referidos a materias reguladas en el Capítulo XVI de la OLC, deben hacer referencia expresa, junto al artículo concreto de la Ordenanza Laboral que se hubiere infringido, a la disposición final primera 2 del Convenio General del Sector de la Construcción (Res. 4-5-1992).

(4) El artículo 4, apartado 4.º, de la LPRL define riesgo laboral grave e inminente como «aquel que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores».

En este caso, es obvio que la actividad de PROFAZO, S.A. es distinta de la de CIMA, S.L.

- e) Por otra parte, en el Acta deberá precisarse de modo claro la relación de causalidad que se produce entre la omisión de las medidas de seguridad anteriormente citadas y el accidente de trabajo (5). Ello determinará la iniciativa a adoptar por el Inspector, en orden a la posible declaración por el INSS de la responsabilidad empresarial en el pago del recargo de las prestaciones económicas por falta de medidas de seguridad previsto en el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social (conforme al procedimiento establecido en el R.D. 1300/1995, de 21 de julio -art. 4: Legitimación para iniciarlo y art. 38 del R.D. 396/1996, de 1 de marzo-).

La iniciativa se concretará en la remisión del correspondiente informe de solicitud al INSS, al que se incorporará el propio texto del Acta de Infracción y los datos contenidos en el artículo 38 del Real Decreto 396/1996 (causa concreta de las enumeradas en el art. 123 LGSS que motive el aumento de las prestaciones), y el porcentaje de éste que se considere procedente aplicar.

La responsabilidad del recargo recaerá únicamente en CIMA, S.L. sin que sea necesario entrar en la polémica suscitada entre el artículo 123 de la LGSS (que establece únicamente la responsabilidad del empresario infractor) y la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1992 (que mantiene la imposición de la responsabilidad solidaria del recargo a la empresa principal y no solamente a la que mantiene relación jurídico-laboral con el operario accidentado, siempre que se pueda aplicar el concepto previsto en el artículo 123 de empresario infractor a consecuencia de una conducta negligente o inadecuada y concurren los requisitos del art. 42 del ET) al no tratarse de la «propia actividad» de la empresa.

El recargo se impondrá -en su caso- sobre las pensiones de viudedad y orfandad causadas. El hecho de que estas prestaciones provengan de un accidente de trabajo determina:

- No exigibilidad de período de carencia (art. 174 LGSS).
- Indemnización especial a tanto alzado (art. 177 LGSS).
- Base Reguladora: salarios reales del último año (Capítulo V del Reglamento de Accidentes de Trabajo, de 22-6-1956).

---

(5) STSJ de Cataluña de 22 de enero de 1993, que exige una adecuada relación de causalidad entre el accidente y la omisión de las medidas de seguridad exigibles, aunque las medidas de seguridad e higiene no consten detalladas en las normas de policía administrativa. En otras ocasiones (STCT de 23-2-1984) se exige la vulneración de las normas concretas de seguridad.

En relación con la naturaleza del recargo de las prestaciones y su compatibilidad con la sanción administrativa propuesta en el Acta de Infracción, por una parte la doctrina científica y la jurisprudencia se han planteado la calificación de esta medida como una sanción en sentido estricto, o como una indemnización especial/prestación de Seguridad Social (como se desprende del art. 42.3 LPRL), pudiéndose concluir de modo no pacífico, que se trata de una sanción compleja y peculiar (que no sólo se funda en la defensa del interés general de la prevención, sino que tutela también el interés particular del accidentado y le resarce del daño); y por otra, se ha concluido de modo claro en la compatibilidad de las dos medidas enunciadas, recargo y sanción administrativa en Acta (sin resultar aquí aplicable, en consecuencia, el principio general de *non bis in ídem*) (6).

#### 4. Otras actuaciones inspectoras.

- a) Las actuaciones inspectoras indicadas serán independientes de otras que permitan una eventual exigencia de responsabilidades en otros órdenes. Así, en virtud de lo dispuesto en los artículos 316 y 317 del nuevo Código Penal (aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), podrán tramitarse las acciones correspondientes en el orden penal (incluso cabría la remisión de informe, adjuntando copia del Acta al Ministerio Fiscal, a través de la Autoridad Laboral), que en su caso determinarían la aplicación de lo previsto en el artículo 3 de la LISOS sobre el citado principio de *non bis in ídem*, o bien que el trabajador o sus representantes podrían ejercer acciones de exigencia de responsabilidad extracontractual en el orden civil (sobre cuya compatibilidad con las anteriores responsabilidades se manifiesta expresamente el art. 42.3 de la LPRL).
- b) En cuanto a las medidas a adoptar por el Inspector para prevenir futuros accidentes, es conveniente resaltar que no cabe adoptar la medida de paralización de trabajos (art. 44 LPRL), ni tampoco apreciar infracción, cuando en el momento de la visita no hay actividad, ni por tanto, trabajadores expuestos a riesgo.

Sin embargo, sí que cabe requerir a la empresa (art. 43 LPRL) para la subsanación de los defectos observados antes de reanudar las actividades.

---

(6) STS de 13 de enero de 1989, conforme a la cual el recargo es compatible con la sanción administrativa por cuanto ésta «hace referencia a la imposición de un mal a un comportamiento reprochable» considerándose también que el precepto que regula el recargo (hoy art. 123 LGSS) no se encuentra incluido dentro del capítulo o título que regule las sanciones, sino dentro de la acción protectora del trabajador, y además, en el número 3 de dicho artículo se establece la compatibilidad de esta responsabilidad con las de todo orden que puedan derivarse de la infracción.

**B) Circunstancias en que se encuentran los trabajadores testigos del accidente.**

## 1. Mohamed Zidane.

Se trata de un trabajador marroquí que se encuentra prestando servicios como trabajador por cuenta ajena sin estar en posesión de un permiso de trabajo en vigor, tal y como es preceptivo a tenor de los artículos 15 y 17 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, y 71 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero.

El hecho de que su permiso de trabajo caducara el 31 de diciembre de 1995, sin que procediera a su renovación en los términos y plazos del artículo 88 del Real Decreto 155/1986 (renovación con un mes de antelación a su vencimiento, o en los tres meses posteriores a la fecha de su expiración), determina, a efectos de la actuación inspectora, la procedencia de Acta de Infracción en materia de trabajo de extranjeros por vulneración de los artículos citados en el párrafo anterior -infracción que recae en la empresa que lo ocupa, CIMA, S.L.- y que se tipifica como muy grave en el artículo 35.1 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), sancionable con multa de 500.001 a 15.000.000 de pesetas, según los criterios de graduación contemplados en el artículo 36 de la LISOS.

Además, se podría comprobar si la empresa, en el momento de solicitar el alta del trabajador, cumplió con el requisito establecido en el artículo 42 del Real Decreto 84/1996 (Reglamento de inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social) de acompañar, además de los datos y documentos requeridos para los trabajadores españoles, copia del correspondiente permiso de trabajo.

Por último, procede informar a la Autoridad Gubernativa, en virtud del artículo 117 del Real Decreto 155/1996, de la situación en que se encuentra este trabajador, a efectos de posibles infracciones relativas a la entrada y permanencia de extranjeros en España.

## 2. Juan Páramo Callejo y Demetrio Cano Pastor.

a) De los datos facilitados en el supuesto, parece deducirse que lo que el Inspector actuante ha comprobado es una falta de alta de estos trabajadores en el Régimen General de la Seguridad Social (o de afiliación al sistema, en su caso) incumpliendo lo establecido en las siguientes normas:

- Artículos 12 a 14, 100 y 102 de la Ley General de la Seguridad Social, 6, 7, 29, 30, 31 y 32 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, y Orden Ministerial de 17 de enero de 1994, vigente en lo que no se oponga al Real Decreto 84/1996, en materia de obligación de afiliación y alta de los trabajadores con anterioridad al inicio de la prestación de servicios.



- Artículo 101 de la LGSS, 51 del Real Decreto 84/1996 y Orden Ministerial de 7 de julio de 1967, modificada por Orden Ministerial de 8 de octubre de 1976, en materia de inscripción de los trabajadores en el Libro de Matrícula del Personal desde el momento de la iniciación de la prestación de servicios.
- b) Ante la constatación de estos incumplimientos, se promoverán por el Inspector actuante las siguientes actuaciones:
- Acta de Infracción por falta de alta en materia de Seguridad Social, citándose como preceptos vulnerados, los anteriormente citados para la falta de alta (entendemos que el incumplimiento de inscripción en el Libro de Matrícula, o la carencia del justificante de alta son consecuencia del mismo hecho objeto de infracción: la falta de alta), calificándose la infracción como grave a tenor del artículo 14.1.2 de la LISOS, y haciendo constar que se trata de una infracción por cada uno de los trabajadores, tal y como establece este último artículo.
  - No se adoptará medida sancionadora o liquidatoria alguna por el hecho de que la falta de alta conlleve falta de cotización, porque de las comprobaciones efectuadas, se deduce que comenzaron su actividad con fecha 1 de junio de 1996, por lo que en el momento de la visita (12-6-1996) aún no ha transcurrido el plazo reglamentario de ingreso de las cuotas (arts. 74 del Reglamento General de Recaudación -R.D. 1637/1995, de 6 de octubre- y 66 de la O.M. de 22-2-1996).
  - Comunicación a la Dirección Provincial o Administración de la Tesorería General de la Seguridad Social de la falta o, en su caso, de afiliación de alta para que ésta proceda de oficio a la formalización (arts. 13 LGSS y 20 y 29 del R.D. 84/1996).

### 3. Pedro Miranda Casado.

Respecto a este trabajador no se observa irregularidad alguna.

## C) Supuesto de cesión de trabajadores.

- a) Se plantea en este supuesto una posible cesión de trabajadores encubierta bajo un contrato de arrendamiento de servicios. La delimitación de ambas figuras (cesión ilegal y contrata de obras y servicios) plantea dificultades de interpretación y calificación que han tratado de sistematizarse en la reciente consulta de la Dirección General de Trabajo de 1 de abril de 1996, así como de la abundante jurisprudencia al respecto (7).

---

(7) STS de 17 de enero de 1991, Sala de lo Social. La jurisprudencia ha sentado criterios para distinguir entre la auténtica contrata y los negocios jurídicos simulados que encubren la interposición. En tal sentido, tiene declarado que existe lo primero cuando la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia, y cuenta, por tanto, con patrimonio, instru-

- b) Así, debemos partir de que la diferenciación de estas figuras se construye a partir de meros indicios que deben valorarse globalmente para adoptar una respuesta adecuada. En el caso que nos ocupa, caben destacar algunos de estos indicios que hacen presumible la existencia de cesión de trabajadores en los términos prohibidos por el artículo 43 del ET y a que determinan la existencia de una relación laboral entre los trabajadores de MARIQUITA PÉREZ, S.A. y PROFAZO, S.L.:
- Los trabajos se desarrollan en el domicilio de la empresa principal, quien suministra el agua y la energía eléctrica y además facilita todos los elementos necesarios para ejecutar los servicios contratados (si bien ello no es determinante de cesión de trabajadores, ya que puede haber contratos de obra o servicios lícitos ejecutados en el centro de trabajo de la empresa principal).
  - Asimismo, parece corresponder a PROFAZO, S.A. el control, tanto del tiempo de trabajo, horario, etc. (ajustándose a sus necesidades) como del trabajo en sí (al desarrollarse bajo la supervisión de un encargado suyo), por lo que parece deducirse que los trabajadores de MARIQUITA PÉREZ (empresa aparente), actúan bajo las órdenes e instrucciones de la empresa principal (empresa real) -si bien, en las contrataciones puede darse una sujeción de los trabajadores de la empresa contratista a «instrucciones técnicas» de la empresa principal (sobre el modo de ejecutar la contrata)-.
  - El hecho de que los trabajadores tengan contratos de 40 horas mensuales y que su jornada dependa de las necesidades de la empresa contratante, pudiera ser otro indicio de que se trata de trabajadores cedidos en precarias circunstancias laborales, en el sentido de que es la empresa principal la que parece que realmente fija la jornada para adaptarla a «sus necesidades».
- c) Todo lo anterior, y a falta de comprobación de otros elementos de juicio, nos inclina a decantarnos por la existencia de una cesión de trabajadores prohibida por el artículo 43 del ET lo que conlleva a apreciar en principio dos infracciones administrativas (una del cedente y otra del cesionario) de dicho artículo, calificadas como muy graves en el artículo 96.2 del mismo texto legal, lo que será objeto de las correspondientes Actas de Infracción, llevando aparejada una sanción de 500.001 a 15.000.000 de pesetas cada una (art. 37 LISOS), todo ello sin perjuicio de la responsabilidad solidaria entre ambos sujetos respecto a las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social a que se refiere el artículo 43 del ET.

---

mentos, maquinaria y organización estables, pudiéndosele imputar efectivas responsabilidades contractuales, aportando en la ejecución de la contrata su propia dirección y gestión, con asunción del riesgo correspondiente, manteniendo, en todo caso, a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección, conservando derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades que son inherentes a la condición de empleador (en el mismo sentido SsTCT 24-9-1985, 9-12-1985, 10-3-1986).

- d) No obstante lo anterior, la declaración y reconocimiento de los derechos derivados de una cesión ilegal de trabajadores es competencia del órgano competente del orden jurisdiccional social (art. 2 LPL). En estos casos procedería informar a los trabajadores objeto de la cesión de que con independencia de la citada propuesta de sanción administrativa, la efectividad de los derechos de los trabajadores contemplados en el artículo 43 del ET (adquisición de la condición de fijos a su elección en la empresa cedente o cesionaria, con los mismos derechos y obligaciones que el resto de trabajadores que presten servicio en el mismo o equivalente puesto de trabajo y conservando la antigüedad desde el inicio de la cesión ilegal) requeriría el planteamiento ante la jurisdicción social de la correspondiente demanda.
- e) Sin embargo, podría darse el caso de que el procedimiento judicial se iniciara de oficio, por los trámites del artículo 149 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), en virtud de comunicación que deberá dirigir la Autoridad Laboral al Juzgado, cuando el Acta de Infracción hubiera sido impugnada por el sujeto responsable con base en alegaciones y pruebas de las que se deduzca que el conocimiento del fondo de la cuestión está atribuido al orden social de la jurisdicción.

En estos casos, a la demanda de oficio, la Autoridad Laboral acompañará copia del expediente administrativo, produciendo la admisión de la demanda la suspensión del expediente administrativo hasta que la sentencia firme sea comunicada a la Autoridad Laboral (art. 150 de la LPL).

- f) Por último, cabría informar de la existencia de un posible ilícito penal al Ministerio Fiscal a la vista del artículo 312 del Código Penal, que castiga con las penas de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, a los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra, aplicándose en este caso lo previsto en el artículo 3 de la LISOS (ya comentado anteriormente).

#### **D) Determinados pluses en las retribuciones.**

- a) Sobre las cantidades recibidas por «dietas/locomoción».

La actuación del Inspector en este punto, deberá ir dirigida a investigar la justificación del abono de estas cantidades, que en principio no serían objeto de cotización a la Seguridad Social por estar recogidas en el apartado 2 a) del artículo 109 de la LGSS, pero que debido a las circunstancias del caso (que todos los trabajadores trabajan y tienen su domicilio en Madrid) inducen a sospechar que se trata de encubrir como «no cotizables», cantidades que estarían incluidas en el apartado 1 del artículo 109 mencionado (cotizables).

Estas labores de comprobación se dirigirán a constatar la existencia de recibos, facturas o cualquier otro medio que demuestre que estas cantidades han sido abonadas a los trabajadores por el concepto de gastos de locomoción o dietas y que efectivamente estos gastos se han producido.

De lo contrario, habría que concluir que estas cantidades deberían formar parte de la base de cotización y que en virtud del artículo 105 de la LGSS que establece que «será nulo todo pacto que pretenda alterar las bases de cotización que se fijan en el artículo 109 de la presente Ley» deberá procederse a realizar las siguientes actuaciones:

- 1.ª Promover Acta de Infracción en materia de Seguridad Social por incumplimiento de los artículos 104, 105, 106 y 109 de la LGSS y 23 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, realizando un pormenorizado relato de las circunstancias del caso y calificando la infracción como grave, en virtud del artículo 14.1.5 de la LISOS, acompañándose la correspondiente propuesta de sanción (50.001 a 500.000 ptas., según el art. 37 de la LISOS y 36.1 de la misma ley en cuanto a los criterios de graduación).
- 2.ª Procedencia de Acta de Liquidación por diferencias en la cotización, en virtud de los artículos 31.1 b) y 32.2 de la LGSS (y correspondientes del R.D. 1637/1995).

En este caso, en las hojas adicionales del Acta de Liquidación, se indicará respecto a cada trabajador (con sus datos), la indicación de la base de cotización declarada por la empresa, la base de cotización debida (la que hubiera debido declararse de acuerdo con la normativa de Seguridad Social) y la diferencia de cotización por la base no cotizada (base debida-base declarada). Sobre dicha base deberán aplicarse los tipos de cotización vigentes en la fecha en que las cuotas se devengaron (art. 113.3 LGSS, según redacción de la Ley 42/1994). El período liquidatorio que se consignará en el Acta será desde el 1 de enero de 1996 hasta el 30 de abril de 1996. El recargo aplicable a las cuotas será del 20 por 100 (art. 27 LGSS).

Conviene aclarar que en este caso sería aplicable lo dispuesto en el artículo 31.5 de la LGSS (en la redacción dada por la Ley 42/1994) sobre formalización del documento único de infracción-liquidación, una vez se cumpla lo previsto en la disposición adicional vigésimo quinta del mismo texto legal (también según la Ley 42/1994). Entre tanto, habría que extender separadamente el Acta de Infracción de Seguridad Social y el Acta de Liquidación.

- b) Sobre el plus de distancia y transporte previsto en convenio colectivo.

Respecto a este punto, en principio no plantea ninguna irregularidad, ya que estas cantidades previstas en el convenio se abonan regularmente y los conceptos retributivos se encuadrarían dentro del artículo 109 de la LGSS (como no cotizables).

### **E) Cuestiones relativas al local puesto a disposición de los representantes de los trabajadores, discriminación en la percepción del salario, y cómputo del período de excedencia por cuidado de hijos a efectos de la prestación por desempleo.**

#### *E.1. Acerca del local a disposición de los representantes de los trabajadores.*

Sobre la denuncia del Comité de Empresa al Inspector, en las circunstancias aludidas por el supuesto, cabe referirse a los siguientes puntos:

- El artículo 81 del ET alude a que en las empresas o centros de trabajo se pondrá a disposición de los Delegados de Personal o Comité de Empresa un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades -siempre y cuando sus características lo permitan-.
- A la vista de las alegaciones efectuadas por el representante de la empresa, de ser ciertas (para lo que se investigarán oportunamente), no parece deducirse ninguna actuación de vulneración de los derechos de los representantes de los trabajadores, porque de lo establecido en el artículo 81 del ET el hecho de disponer de un local adecuado está subordinado a la condición de que las circunstancias lo permitan, y parece claro que hay circunstancias que en el momento justifican la no disponibilidad temporal del local, sin que pueda apreciarse tampoco una actuación de mala fe por parte de la empresa.
- No obstante, el propio artículo 81 del ET, prevé que las posibles discrepancias se resolverán por la Autoridad Laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo. Por tanto, la única actuación inspectora que en este caso procedería formalmente, sería la realización de tal informe en el sentido anteriormente expuesto.
- Sin perjuicio de lo anterior, el Inspector podría ofrecerse como mediador en la solución del problema, informando al empresario y a los representantes de los trabajadores de lo anteriormente expuesto, y proponiendo vías alternativas de solución, sin que ello implique en ningún caso imposición alguna y respetando la posición de las partes.

### *E.2. Sobre la posible situación de discriminación en la percepción del salario.*

El hecho de pactar una retribución por encima de lo que estipula el convenio colectivo, no es en principio, y a falta de más datos de los que se mencionan en el supuesto, una actuación discriminatoria de la empresa en relación a sus trabajadores.

Para apreciar si ha habido o no discriminación, habrá que tener en cuenta lo establecido en el artículo 17 del ET donde se establece la nulidad de «...las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones... favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones... por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a un Sindicato, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español».

A la vista de este artículo, no encontramos en el supuesto ninguna de las causas de discriminación enumeradas en el precepto, por lo que más que de discriminación, debería hablarse de una condición más beneficiosa establecida en el propio contrato, que, como fuente de derechos y obligaciones, siendo su objeto lícito y sin que represente condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales o convenios colectivos, debe entenderse válido y exigible (según el art. 3 ET).

Así pues, podría considerarse oportuno por el Inspector la posible procedencia de Acta de Infracción por vulneración de los artículos 26 y 29 del ET, al considerarse esta cantidad como salario, que se calificaría como muy grave por el artículo 96.1 de la misma norma, por impago del salario debido, o bien, podría apreciarse una infracción en materia de Seguridad Social, por falta de cotización de acuerdo al artículo 14.1.5 de la LISOS (infracción grave) y la correspondiente Acta de Liquidación por diferencias en la cotización.

En este último caso procedería informar a la trabajadora denunciante, de que, con independencia de la citada propuesta de sanción administrativa, la efectividad del derecho al pago de su salario debido, requeriría el planteamiento ante la jurisdicción social de la correspondiente demanda de reclamación de cantidades (considerando el plazo de prescripción previsto en el art. 59 ET, y los trámites previos establecidos en el art. 63 y ss. del R.D.Leg. 2/1995, de 7 de abril, TRLPL).

### *E.3. Sobre el cómputo del período de excedencia por cuidado de hijos a efectos de la prestación de desempleo.*

a) En cuanto a la excedencia por cuidado de hijos regulada en el artículo 46 del ET hay que tener en cuenta, a efectos del cómputo de dicho período en relación con las prestaciones por desempleo, las siguientes disposiciones:

- El artículo 180 b) de la LGSS considera, como período de cotización efectiva, el primer año con reserva del puesto de trabajo del período de excedencia que los trabajadores, de acuerdo con la legislación aplicable, disfruten en razón del cuidado de cada hijo.
- El artículo 4 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo [que permanece vigente tras la disp. derog. única m) ET], establece que «la situación de excedencia por período no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo tendrá la consideración de situación asimilada al alta para obtener las prestaciones por desempleo. Dicho período no podrá computarse como de ocupación cotizada para obtener las prestaciones por desempleo...»

(El art. 36 R.D. 84/1996, de 26 de enero, también considera como situación asimilada al alta la situación de excedencia para el cuidado de hijos con reserva de puesto de trabajo)

- La disposición transitoria undécima del ET (recogiendo lo establecido en la ahora derogada disp. trans. única de la Ley 4/1995) establece que «las situaciones de excedencia por cuidado de hijos, vigentes el 13 de abril de 1995, fecha de entrada en vigor de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, al amparo de lo dispuesto en la Ley 3/1989, de 3 de marzo, se regirán por lo dispuesto en esta Ley, siempre que en la citada fecha de entrada en vigor el trabajador excedente se encuentre dentro del primer año del período de excedencia...»

- b) De todo lo expuesto anteriormente, cabe deducir que a partir de la entrada en vigor de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, para determinar las prestaciones por desempleo, no se entenderá como cotizado el período de excedencia por cuidado de hijos, sin perjuicio de su consideración de situación asimilada al alta a efectos de acceder a dichas prestaciones. Sin embargo, las excedencias por cuidado de hijos que estuvieran vigentes con arreglo a la normativa anterior (que no establecía esta limitación para el desempleo) no se verán afectadas por lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 4/1995, siempre que el trabajador se encuentre dentro del primer año del período de excedencia.
- c) En la consulta formulada al Inspector en el supuesto, la excedencia por cuidado de hijos tuvo lugar entre enero y diciembre de 1995, por lo que no se verá afectada por lo dispuesto en la Ley 4/1995 (que entró en vigor el 13 de abril de ese mismo año) debiendo considerarse, por tanto, como período cotizado, todo el año de excedencia a efectos de desempleo.

**F) Contratación de trabajadores de una empresa de trabajo temporal habiendo extinguido contratos por la vía del artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores.**

- a) De los hechos que tienen lugar en el supuesto, hemos de destacar los siguientes:
- La empresa PROFAZO, S.A. procede con fecha 31 de marzo de 1996 a la extinción de los contratos de tres trabajadores por la vía del artículo 52 c) del ET (extinción por causas objetivas). Se cumplen todos los requisitos formales.
  - El 15 de abril de 1996 comienzan a trabajar en el mismo departamento dos trabajadores de la empresa de trabajo temporal ESTIGIA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL a través de contratos de puesta a disposición, en la modalidad contemplada en el artículo 6.2 b) de la Ley 14/1994, de 1 de junio, reguladora de las empresas de trabajo temporal.
- b) A la vista de estos hechos, cabe apreciar por el Inspector una conducta contraria al artículo 8 de la Ley 14/1994 que, en su apartado c), excluye de la posibilidad de realizar contratos de puesta a disposición «cuando en los doce meses inmediatamente anteriores a la contratación la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que se pretendan cubrir por... la causa prevista en el artículo 52 c) del ET, excepto en los supuestos de fuerza mayor».
- c) El problema que se plantea en este punto es a la hora de determinar la infracción y su calificación, así como quién es el sujeto responsable de la infracción. La Ley 14/1994 establece un catálogo de infracciones tanto para la empresa de trabajo temporal como para la empresa usuaria, pero en ninguno de los artículos en los que se establecen las infracciones (arts. 19 y 20) existe referencia concreta a la realización de contratos de puesta a disposición en el supuesto concreto de exclusión de esta posibilidad del artículo 8 c).

d) Así pues, podrían considerarse alguna de estas dos opciones:

- Levantar Acta de Infracción a ambas empresas, en base al artículo 19.2 c) (para la empresa de trabajo temporal) y 20.2 b) (para la empresa usuaria), en relación en ambos casos al artículo 8 (todos ellos de la Ley 14/1994), calificadas como infracciones graves.
- No apreciar el hecho como infracción, al no recogerse específicamente tal conducta tipificada en el catálogo de infracciones previsto en la ley (a falta de los principios de legalidad y tipicidad), ya que, en todos los demás supuestos excluidos en el artículo 8 de la ley, se puede comprobar la existencia de un tipo específico en los artículos 19, o, en su caso, el 20.

### **G) Subvenciones obtenidas por la contratación de trabajadores con carácter indefinido.**

- a) Respecto a la contratación de estos trabajadores con carácter indefinido, procedería comprobar por parte del Inspector, los términos en los que se ha producido la subvención de cinco millones de pesetas por parte de la Comunidad de Madrid a efectos de verificar la procedencia o no de las cantidades percibidas, y de su posible devolución, comunicando al órgano competente de la Comunidad las posibles irregularidades observadas.
- b) En cuanto a la aplicación de bonificaciones en materia de Seguridad Social por la contratación de estos trabajadores, según la cláusula adicional de los contratos celebrados por la que éstos se entienden «en prácticas» durante un período de tres años, hay que precisar lo siguiente:
- No existe en la legislación vigente, y en especial en el Real Decreto 2317/1993, la posibilidad de aplicar bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social por la contratación de trabajadores en prácticas, salvo que se trate de trabajadores minusválidos, al amparo de lo establecido en la disposición adicional segunda del ET.
  - La duración máxima del contrato en prácticas es de dos años (art. 11.1 ET).
  - La contratación de estos trabajadores se ha formalizado a través de un contrato indefinido, no siendo pues de aplicación lo establecido para los contratos en prácticas.
- c) La actuación inspectora en este caso, comprobados los hechos citados y la aplicación indebida de bonificaciones de Seguridad Social o la obtención indebida de subvenciones en concepto de fomento de empleo, podría considerarse infracción calificada como muy grave



por el artículo 28.3 de la LISOS, procediéndose a promover Acta de Infracción por estos hechos así como Acta de Liquidación para liquidar las cuotas objeto de bonificación con el correspondiente recargo.

- d) Cabría informar además a los trabajadores del derecho que les asiste de promover acción judicial ante el orden jurisdiccional social, a efectos de la posible declaración de nulidad parcial del contrato que tienen suscrito, respecto a la cláusula adicional pactada (permaneciendo válido en lo restante), en consonancia con lo previsto en el artículo 9.1 del ET.

#### **H) Sucesión de contratos temporales celebrados con un mismo trabajador.**

- a) De los hechos referidos en el supuesto, contratos sucesivos de carácter temporal con el mismo trabajador, cabe abordar la posible existencia de fraude de ley en la contratación por parte de la empresa, debido a que ésta trata de cumplir todos los requisitos formales previstos en cada uno de los contratos celebrados, pero para perseguir un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico (8).
- b) Para llevar a cabo esta imputación será necesario comprobar los siguientes extremos:
- Causa que ha dado lugar a los contratos. En el contrato por circunstancias de la producción (al amparo del art. 3 R.D. 2546/1994) será necesario comprobar que se realizó en los supuestos previstos en su normativa reguladora (acumulación de tareas, exceso de pedidos...), y en el contrato por lanzamiento de nueva actividad, que se dan todos los requisitos contemplados en el artículo 5 de la misma norma (lanzamiento de una línea de producción, de un nuevo producto,...).
  - Objeto del contrato. Es decir, las tareas encomendadas al trabajador en cada uno de los contratos y su adecuación a la causa del contrato. Parece deducirse que el trabajador realizó en ambos casos las mismas funciones, al ostentar siempre la misma categoría de conductor mecánico.
  - El hecho de que el trabajador tuviera establecido en ambos contratos un período de prueba aun desempeñando las mismas funciones (lo que es contrario al art. 14.1 ET), puede ser otro indicio de la constatación de fraude de ley en la celebración del segundo contrato, ya que se trata de dar a entender una independencia entre ambos contratos que realmente no existe.

---

(8) SsTS, Sala de lo Social, de 5 de febrero de 1986, 5 de junio de 1986, 16 de junio de 1986 y 24 de julio de 1986. Concepto de fraude de ley: actuación aparentemente lícita que posibilita, bajo la cobertura de una norma legal, obtener un resultado o beneficio que no era el buscado por la norma utilizada y que está prohibido por otra norma que, de esta forma, se elude.

- c) Si de la comprobación de los indicios anteriormente citados, el Inspector aprecia que efectivamente ha habido fraude de ley, podrá proceder a promover Acta de Infracción por vulneración de los artículos anteriormente citados del Real Decreto 2546/1994, de 29 de diciembre, en relación con el artículo 6.4 del Código Civil, calificándose como infracción grave según el artículo 95.6 del ET.
- d) Asimismo, se informará al trabajador de su derecho a ejercer acción judicial ante la jurisdicción social, a efectos de la constatación judicial de la existencia de fraude de ley, para que, en su caso, y a la vista de lo dispuesto en el artículo 15.3 del ET, su contrato sea declarado como indefinido.

### **I) Posible caso de discriminación de trabajadores.**

- a) Se vuelve a plantear en el caso la cuestión de la discriminación entre los trabajadores, ya que a unos se les facilita taquilla para guardar sus efectos personales y a otros no, siendo aplicable lo ya dicho anteriormente al plantearse esta cuestión con los siguientes matices:
- La obligación del empresario de facilitar taquilla a los trabajadores se establece en el artículo 39.2 de la OGSHT (O.M. de 9-3-1971), para poder guardar la ropa y el calzado. Se entiende que los trabajadores, en función de la clase de trabajo que realicen (y de la necesidad de cambio de ropa por circunstancias de seguridad, suciedad, etc.), deberán o no disponer de las mencionadas taquillas individuales con llave.
  - Además, en el artículo 39.3 de la citada OGSHT, se exceptúa de esta obligación a oficinas y comercios con plantilla inferior a 10 trabajadores, donde los cuartos vestuarios (en los que se encontrarían las taquillas) pueden ser sustituidos por colgadores o armarios que permitan guardar la ropa.
- b) No cabe plantear, por tanto, la cuestión de una posible discriminación en este caso por los siguientes motivos:
- No existe una causa objetiva de discriminación, de las contempladas en el artículo 17 del ET y demás textos legales (9).

---

(9) SsTS, Sala de lo Social, de 12 de marzo de 1987 y 16 de octubre de 1989. La existencia de discriminación exige un mínimo *animus discriminandi* de las circunstancias enumeradas en los artículos 14 de la Constitución y 17 del ET.

- El hecho de que unos trabajadores dispongan de taquilla y otros no, podría explicarse en función del tipo de trabajo que realiza cada uno, en cuanto a la necesidad de cambio de ropa por el trabajo realizado.
- Si dentro del mismo departamento, hay trabajadores que realizan las mismas funciones y unos disponen de taquilla y otros no, sin que tal disponibilidad sea exigible, será una cuestión a resolver por el propio empresario en función de sus posibilidades y del principio de buena fe que debe inspirar la relación laboral.

#### **J) Negativa del trabajador a pasar el preceptivo reconocimiento médico.**

El reconocimiento médico en el caso planteado ha de considerarse una obligación del empresario, en cuanto que éste deberá garantizar a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo, a tenor de lo establecido en el artículo 22 de la LPRL (Ley 31/1995, de 8 de noviembre).

Sin embargo, el propio artículo 22 citado, alude a su carácter voluntario por parte del trabajador, salvo en los supuestos en que la realización de tales reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo o para los demás cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. En estos supuestos se requerirá además informe de los representantes de los trabajadores.

El artículo 29 de la LPRL sobre las obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos, establece en su apartado 1 que corresponde a cada trabajador velar por su propia seguridad y salud en el trabajo, y en el apartado 3 que el incumplimiento por los trabajadores en materia de prevención de riesgos a que se refieren los apartados anteriores tendrá la consideración de incumplimiento laboral a los efectos previstos en el artículo 58.1 del ET, que a su vez establece la posibilidad de que los trabajadores sean sancionados por la dirección de la empresa en virtud de incumplimientos laborales.

Por tanto, y respecto al caso concreto que nos ocupa, el Inspector deberá informar de todo lo anteriormente expuesto a la empresa y al trabajador, así como al Comité de Empresa (que se ha inhi-bido en la cuestión), y al Comité de Seguridad y Salud y a los delegados de prevención (si existieran) a efectos de que puedan emitir el informe a que se refiere el artículo 22 de la LPRL, haciendo hincapié en que el empresario, en virtud del poder de dirección reconocido en el artículo 20 del ET debe obligar al trabajador a realizar el reconocimiento, para lo que cuenta con la posibilidad de abrir expediente disciplinario e imponer las sanciones correspondientes.

**K) Coordinación de actividades empresariales para prevenir riesgos, adoptar medidas de emergencia y evacuación de trabajadores.**

A la vista de la descripción de los hechos, el Inspector, tras las comprobaciones necesarias, podría apreciar los siguientes incumplimientos:

- Falta de coordinación de las actividades empresariales realizadas en el centro de trabajo, incumpliendo lo previsto en el artículo 24 de la LPRL, en especial en lo referente a la falta de información de los riesgos existentes y de las medidas de protección y de prevención correspondientes. Este incumplimiento puede ser objeto de infracción calificada como grave por el artículo 47.13 de la LPRL, lo que daría origen a la correspondiente Acta. El sujeto responsable sería la empresa titular del centro de trabajo (art. 24 LPRL).
- No adoptar las medidas necesarias en materia de lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores, designando para ello al personal encargado de poner en práctica estas medidas, tanto para la protección de sus propios trabajadores como de las personas ajenas a la empresa en los términos del artículo 20 de la LPRL. El incumplimiento de lo dispuesto en este artículo así como de las demás disposiciones aplicables (arts. 71 a 82 OGSHT -especialmente del art. 78 en materia de rótulos y señalización de puertas y ventanas de salida-, Reglamento de Instalaciones de protección de incendios, etc.), podría ser objeto de infracción calificada como grave por el artículo 47.10 de la LPRL. El sujeto responsable sería también la empresa contratante de las reparaciones (PROFAZO, S.A.)
- La empresa contratista (VENTURA RODRÍGUEZ, S.A.) también podría ser objeto de Acta de Infracción por incumplimiento de los deberes de información respecto a sus trabajadores, de los riesgos a que pueden estar expuestos en el trabajo que realizan (según lo previsto en el art. 18 LPRL) ya que de los hechos constatados, se deduce una actitud pasiva por parte de esta empresa en cuanto a la información de los riesgos, medidas de protección y medidas de emergencia. Ello daría lugar a una infracción calificada como grave por el artículo 47.11 de la LPRL.