

**SUPUESTO PRÁCTICO. INSPECCIÓN DE TRABAJO Y
SEGURIDAD SOCIAL: CRITERIOS DE ACTUACIÓN
Y FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA**

**Núm.
28/95**

TRABAJO EFECTUADO POR:

JUAN CALVENTE MENÉNDEZ

Inspector de Trabajo y Seguridad Social

Sumario:

- Consideraciones previas.

- Enunciado.

- Soluciones propuestas.
 1. Cuestiones previas a considerar sobre la propia visita.
 2. Respeto a la libertad sindical durante la huelga.
 3. Contratos de la agencia de viajes.

4. Horas extraordinarias en la actividad realizada por la trabajadora en la agencia de viajes.
5. Sucesión de contratos.
6. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.
7. Las cláusulas de empleo en los Convenios Colectivos. Utilización de los servicios de empresas de trabajo temporal.
8. Visita de inspección a una obra.
9. Trabajos en cubierta y con andamios.
10. Trabajos con riesgos eléctricos.
11. Consulta sobre normativa en materia de incendios.
12. Control de altas.
13. Desigualdades retributivas entre personal fijo y temporal.
14. Trabajadores autónomos en Comunidad de Bienes.
15. Trabajador extranjero.
16. Contenido de la copia básica de los contratos.

ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS:

Se publica un supuesto práctico referido a la actividad de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Se trata del supuesto de inspección que se planteó como cuarto ejercicio en la última convocatoria de las oposiciones para el ingreso en el Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social.

En él se recogen múltiples cuestiones de las muy variadas materias que constituyen el ámbito de competencias de este Cuerpo, cuyo análisis será de sumo interés tanto para los opositores y estudiantes de la rama social del Derecho, como para los profesionales que realicen sus actividades en el mismo ámbito, al mostrarse los criterios de actuación que pueden ser considerados por los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones.

En general, y al igual que en cualquier otro supuesto de inspección que se contemple, las soluciones planteadas no responden a principios incontrovertibles e inmutables y pueden ser matizadas y enfocadas con diferentes perspectivas, más aun si el supuesto de hecho se contempla con una diversa interpretación de alguno de sus elementos, o más directamente si se contempla alguna variación en los mismos.

Desde la perspectiva de los opositores para ingreso en el Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, lo esencial será, como siempre, la exposición de los razonamientos que con apoyo jurídico suficiente legal o doctrinal fundamentan las posibles soluciones propuestas. Para posibles ampliaciones o estudios más a fondo sobre algunas de las cuestiones planteadas, se incluyen algunas referencias jurisprudenciales y doctrinales que se creen de interés. También se incluyen sucintas referencias que permitan fundamentar, respecto de alguna cuestión, un desarrollo diferente del que aquí se expone.

Los opositores deben abordar el supuesto considerando los siguientes objetivos (que como tales fueron planteados en relación con el supuesto práctico que aquí se expone):

- a) Debe dictaminarse sobre cada una de las cuestiones planteadas, exponiendo las infracciones que se aprecien, con determinación del sujeto o sujetos responsables, tipo de responsabilidad y medidas a adoptar, con cita de preceptos legales aplicables y fundamentación jurídica del criterio adoptado, tanto en ese supuesto (de apreciación de infracción) como si se considera que no existen irregularidades.

- b) En caso de estimarse preciso, se liquidarán las cuotas de Seguridad Social, determinando el sujeto o sujetos responsables, naturaleza de la responsabilidad, preceptos infringidos, tipos aplicados a cada contingencia y porcentaje de recargo legal (no se incluye el cálculo del total de las cuotas ni del importe global de la deuda).

Estos opositores deben considerar que al desarrollar el «supuesto práctico» en que consiste uno de los ejercicios de la oposición, *deberán procurar una adecuada distribución del tiempo limitado establecido para su resolución, ajustándose al mismo.*

Finalmente, debe recordarse que el planteamiento del presente supuesto práctico se refiere a una actuación inspectora concluida, a efectos expositivos, el mismo día 30 de junio de 1995.

NOTA: Respecto de las referencias a disposiciones legales en la resolución del supuesto, se recomienda a los opositores la mención completa de la disposición y su fecha al citarla por vez primera, pudiéndose utilizar posteriormente la abreviatura que se indique entre paréntesis en dicha primera cita.

ABREVIATURAS

- AL:** Actualidad Laboral.
- AS:** Aranzadi Social.
- BOE:** Boletín Oficial del Estado.
- CC:** Código Civil.
- CE:** Constitución Española.
- ET:** Estatuto de los Trabajadores, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.
- IDITSS:** Publicación de «Información y documentación para la Inspección de Trabajo y Seguridad Social»: Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

- LGSS:** Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.
- LISOS:** Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- LPL:** Ley de Procedimiento Laboral, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril.
- LOIT:** Ley 39/1962, de 21 de julio, Ordenadora de la Inspección de Trabajo.
- LOLS:** Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.
- OGSHT:** Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo aprobada por Orden Ministerial de 9 de marzo de 1971.
- OLC:** Ordenanza de Trabajo para las Industrias de la Construcción, Vidrio y Cerámica.
- RIT:** Reglamento de la Inspección de Trabajo, aprobado por Decreto 2122/1971, de 23 de julio.
- RJAr.:** Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.
- RTCT:** Repertorio Aranzadi Tribunal Central de Trabajo.
- SAN:** Sentencia de la Audiencia Nacional.
- STC:** Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STCT:** Sentencia del Tribunal Central de Trabajo.
- STS:** Sentencia del Tribunal Supremo.
- STSJ:** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

ENUNCIADO

1. Sobre las 10 horas del día 30 de junio de 1995 se giró visita por un Inspector a un gran hotel de Madrid capital. Dicha visita se enmarca dentro de la denominada «Campaña de visitas integrales» cuyo objeto es verificar el cumplimiento de toda la normativa de carácter social en cada centro de trabajo.

La empresa titular del hotel es la mercantil «Ascot Hoteles, S.A.» y cuenta en dicho centro de trabajo con una plantilla de 115 trabajadores. Aplica un Convenio Colectivo propio, de empresa, que se remite al de hostelería de la provincia salvo en los capítulos de «Remuneraciones», «Empleo y Formación» y «Beneficios Sociales» donde la regulación es privativa.

Al inicio de la visita se solicita la presencia del representante legal de la empresa, así como de los representantes legales de los trabajadores. Comparecen el Director del hotel, el Presidente y la Secretaria del Comité de Empresa, Sres. Bin Suroor, Saguar y Sra. García Diego, respectivamente.

Por los miembros del Comité de Empresa se hace referencia a diversas situaciones que afectan a los trabajadores que prestan servicios en el centro de trabajo.

A la vista de tales manifestaciones así como de las comprobaciones del Inspector durante la visita y de los datos extraídos de la documentación examinada posteriormente, se pueden establecer como exactos los hechos siguientes:

2. El día de comienzo de la huelga del sector de hostelería de Madrid (4-10-94) el Sr. Saguar intentó entrar en el centro de trabajo «para recoger unos documentos del local del Comité».

Se le negó la entrada por la Dirección aduciendo que no pertenecía al Comité de Huelga; que había personalidades nacionales y extranjeras en el establecimiento cuya seguridad era primordial; y que venía «en actitud provocadora» y «avasallando por ser el día que era».

Se insta la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y se pregunta si hay alguna otra posibilidad legal para reparar la, a juicio de los representantes, vulneración de derechos sufrida.

3. En el *Hall* de entrada, una trabajadora, doña Laura Merinero Casado, provista de mesa, teléfono y silla, realiza labores de captación de clientes tanto del exterior (telefónicamente) como de los propios del hotel, ofreciendo a los mismos *tours* turísticos en condiciones ventajosas. Pertenece a la plantilla de la empresa «Periplo, S.A.» cuya actividad es la de agencia de viajes, y que se constituyó como sociedad en febrero de 1992.

Está vinculada a la empresa por un contrato de «lanzamiento de nueva actividad», con duración inicial de seis meses, cuyos efectos se iniciaron el 1 de mayo de 1995, siendo las que siguen sus fundamentales condiciones contractuales: la trabajadora tiene la categoría de telefonista-recepcionista, según lo establecido en el nivel de responsabilidad 5 del artículo 6.º del Convenio Colectivo de Agencias de Viajes; la jornada será de 40 horas semanales; el salario alcanzará 120.000 pesetas por todos los conceptos; se pagarán las horas extraordinarias a razón de 2.000 pesetas; y en fin, se pacta un período de prueba de un mes de duración.

Con anterioridad a dicho contrato la trabajadora había prestado servicios a dicha empresa mediante un contrato «eventual por circunstancias de la producción» cuya duración inicial era de un mes y que fue objeto de cinco prórrogas de un mes cada una de ellas, terminando su vigencia el 30 de abril de 1995. En sus cláusulas contractuales se establecía que el contrato se formalizaba para atender «circunstancias eventuales de la producción»; que la trabajadora tendrá la categoría de telefonista-recepcionista, según lo establecido en el nivel de responsabilidad 5 del artículo 6.º del Convenio Colectivo de Agencias de Viajes; que la jornada será de 40 horas semanales; que la retribución será de 120.000 pesetas mensuales por todos los conceptos; y que será de 15 días el período de prueba.

4. Según pusieron de manifiesto los representantes legales de los trabajadores, y así se comprobó por el Inspector, mediante examen de los controles horarios diarios, desde 1 de noviembre de 1994 la trabajadora ha venido realizando un total semanal de 45 horas de trabajo sin que le hayan sido abonadas horas extraordinarias ni haya disfrutado en el plazo legal de descansos compensatorios. La Srta. Merinero manifiesta, que, sin perjuicio de que los hechos expuestos por los miembros del Comité se ajusten a la realidad, estas personas no pueden representarla y, así, no cabe actuación de la Inspección de Trabajo aun si hubiere alguna irregularidad en su situación laboral. Además, a partir de junio de 1995, ha comenzado a disfrutar de los descansos citados.

5. En enero de 1991 se contrató a los trabajadores don Roberto Font Gómez, don Adrián García Ortega y doña Loreto Díaz Tamayo «por lanzamiento de nueva actividad» para poner en funcionamiento, junto a personal fijo del hotel, una discoteca instalada en el sótano. A los tres años de vigencia del contrato, sin solución práctica de continuidad (aunque fueron inscritos en el INEM como desempleados) ni modificación de prestaciones, se concluyó con ellos contrato de «fomento del empleo» al amparo del Real Decreto 1989/1984. Se le pregunta al Inspector si esa situación se ajusta a la realidad y qué vías habrían de utilizarse para que los trabajadores hicieran valer sus derechos toda vez que creen haber adquirido la condición de fijos (contrato indefinido).

6. Ante el escaso volumen de negocio de la cafetería-autoservicio, por la Dirección se decidió, con efectos de 1 de abril de 1995, y sin trámite ni aviso previo alguno, modificar el servicio de los 25 trabajadores a él adscritos, fijándose un horario, en jornada partida, de 12 a 16 horas y de 21 horas a la 1 del día siguiente. Hasta ese momento se venía realizando una jornada entre 8 y 16 horas, de lunes a viernes. Atienden la tarea dos *mâtres*, 12 camareros, 1 cocinero, 8 ayudantes de cocina y 2 pinches de 17 años.

Los sábados y domingos son cubiertos por personal contratado a tiempo parcial con idéntico número y categorías a excepción de los pinches.

7. La Sra. García Diego expone su queja al Inspector porque en los supuestos en que se hace preciso sustituir a algún trabajador por incapacidad temporal, no se respeta el Convenio que prevé, en el artículo 16 del Capítulo «Empleo y Formación», serán reemplazados inmediatamente transcurridos 10 días por personal de nuevo ingreso en la empresa. Sin embargo, en estos casos se acude al expediente de procurarse personal a través de una empresa de trabajo temporal «Brivia, S.A.» y no se informa al Comité del hecho.

De igual modo, reclama que a tales trabajadores no se les paga el plus de transporte reconocido por el Convenio del sector.

Interrogados dos trabajadores de la empresa de trabajo temporal expresan al Inspector su desacuerdo con las facultades que se arroga la Sra. García Diego por estimar que no les puede representar, de modo similar al planteado por la Srta. Merinero de «PERIPLLO, S.A.» (*vid. supra*).

8. Se inicia el recorrido por el centro de trabajo por la última planta del edificio, que consta de seis, con objeto de realizar la visita en forma descendente. En el hotel se está llevando a cabo una obra de reordenación y acondicionamiento de sus instalaciones, comenzada el 1 de abril del presente año, ejecutándose por plantas para poder seguir haciendo uso de las restantes.

La constructora encargada de su realización es «Joima, S.A.», la cual es también autora del proyecto. Prestan servicios en el centro de trabajo dos operarios de la misma: el encargado general y el aparejador que dirige las obras. Además se han efectuado subcontratas con las siguientes empresas: «Construcciones Dettori, S.A.», para las labores de albañilería, con 10 trabajadores; «Pavimentos Arribas, S.L.» para la colocación de moquetas, con cuatro trabajadores; «Estructuras y Ventanas P.V.C., S.L.» para la instalación de ventanas, con dos trabajadores; y «Alta y Baja Tensión, S.A.» para efectuar la instalación eléctrica, con cinco trabajadores. Además «Construcciones Dettori, S.A.» ha subcontratado las sustituciones de cañerías a la empresa «Fontanería López, C.B.», con tres operarios.

9. Realizando labores de terminación y limpieza, los peones don Eduardo Gutiérrez Asensio y don Luis Barreneche Mourier permanecen sobre una cubierta a dos aguas que da a un patio de luces, con pendiente por encima del 50 por 100, protegidos exclusivamente frente al riesgo de caída -según expuso el encargado de «Construcciones Dettori, S.A.», empresa para la que trabajan- por un andamio colgado móvil a la altura de la quinta planta. El andamio se utiliza también para enfoscado por los oficiales de albañilería don Juan Rubio Moreta y don Roberto Cubo Lozano y tiene 9 metros de longitud, piso de 0'60 metros de anchura, barandilla rígida exterior de 0'90 metros, listón intermedio, rodapiés, y barandilla rígida interior de 0'60 metros, presentando una distancia de 50 centímetros hasta el parámetro. Se halla situado en paralelo al área donde se efectúan los remates por los peones. Anteriormente, se colocaron redes en la vertical de la posible caída pero se retiraron con objeto de poder trabajar simultáneamente sobre la fachada y porque se estimó que la protección era suficiente al tener menor longitud (8 metros) la zona de cubierta en que operaban que el andamio citado.

10. En la quinta planta los trabajadores don Angel Goñi Alonso y don César Isturiz Capdevila, pertenecientes a la plantilla de «Estructuras y Ventanas P.V.C., S.L.», maniobran para instalar el cerco metálico de una ventana con una atornilladora eléctrica habiendo hecho la conexión a la corriente mediante la introducción directa de los extremos del cable, pelados, en la base de un enchufe del cuadro eléctrico propiedad de «Alta y Baja Tensión, S.A.».

11. Los representantes del personal preguntan al Inspector cuáles son las normas sobre incendios aplicables a la actividad y tipo de centro de trabajo en que desarrollan las actividades toda vez que pretenden se realice algún simulacro, y desconocen cuáles son aquéllas al desentenderse la empresa del asunto (considera que cumple con los mínimos legales) y carecerse de Comité de Seguridad e Higiene.

La Dirección siempre ha estimado no estar obligada a tenerlo constituido ya que no alcanza el número mínimo de trabajadores exigido por las normas vigentes (ocupa tan sólo a 70 fijos).

12. En la cuarta planta se ubican las oficinas de administración. Consultado el Libro de Matrícula de Personal, el Inspector comprueba existen seis anotaciones relativas al personal administrativo y, sin embargo, allí se encuentran nueve personas. Solicitada la identificación de las mismas, resulta que una de ellas, doña Elena Flores Ortega, comenzaba ese mismo día su trabajo -la empresa aporta comunicación del alta en el RGSS fechada el día anterior-, otra era un proveedor del hotel y la tercera se negó a identificarse y dar razón de su permanencia en el centro porque, según dijo, no era trabajador de la empresa. Tampoco la representación de ésta facilitó al Inspector los datos de la última persona citada.

13. De los 10 trabajadores de «Construcciones Dettori, S.A.», cuatro tienen contrato de carácter indefinido y los demás contrato por obra, según se establece en el Convenio de Construcción, en relación con el Real Decreto 2546/1994, de 29 de diciembre. Examinados sus recibos de pago de salarios, se aprecia que únicamente se abonan dietas -en la cuantía establecida por la última revisión salarial del Convenio- al personal fijo.

Además, perciben un plus salarial establecido unilateral y voluntariamente por la empresa del que no disfrutaban los contratados eventuales.

14. En la primera planta están las cocinas del hotel. En sus arreglos trabaja la empresa «Fontanería López, C.B.» (Comunidad de Bienes), constituida por don José Navas Vega, don David Jarnet Osorio y don Ignacio Garrido Peslier, los tres operarios que prestan servicios en el centro de trabajo desde el comienzo de las obras. Participan por igual en sus aportaciones a la Comunidad y figuran incluidos en el Régimen Especial de Autónomos de la Seguridad Social. Debido a resultados negativos de los últimos tiempos, han dejado de cotizar desde enero de 1995.

15. Uno de los cocineros, el japonés Yutaka Také, fue contratado por la empresa hace un año y 15 días y tuvo permiso de trabajo de extranjeros de clase B en vigor hasta el día 15 de junio último sin que, hasta ahora, se haya producido resolución sobre la petición de renovación efectuada por la empresa el 2 de mayo pasado. Se exhibe el resguardo de la solicitud.

16. Los representantes de los trabajadores manifiestan desconocer la remuneración de dicho trabajador y consultan al Inspector si es obligación de la empresa incluir el salario en la copia básica de los contratos que les suministra periódicamente. El Sr. Bin Suror manifiesta que entregan regularmente dichas copias y que el salario no ha de constar en ese documento.

SOLUCIONES

1. Cuestiones previas a considerar sobre la propia visita.

- Como ya hemos comentado en el examen de un anterior supuesto ya publicado en esta Revista (1), puede ser oportuno iniciar el tratamiento del supuesto con unas breves y sintéticas consideraciones previas sobre algunos aspectos que permitan enmarcar adecuadamente la visita de inspección.
- Así, respecto de la fecha de la visita, y si se trata de un día laborable y festivo, podrá tener relevancia en función de cuáles sean las cuestiones objeto de la actuación inspectora, no teniendo una relevancia especial en el presente caso. La hora de la visita será la adecuada para la más exacta y completa comprobación de los hechos sobre los que vaya a verosar, 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 (expuestas ya en el anterior «supuesto práctico» citado, al que procede remitirse).
- El supuesto alude a la existencia de un Convenio Colectivo de empresa, pudiendo resultar de interés, en la actuación inspectora, conocer el carácter y naturaleza del citado Convenio, al no señalarse expresamente en el supuesto planteado si se trata de un Convenio «estatutario» (adoptado según las previsiones y requisitos del ET) o un Convenio de los denominados «extraestatutarios» (2).
- En la realización de una visita de inspección general de un centro de trabajo, especialmente en materia de seguridad e higiene, resulta adecuado solicitar la presencia y hacerse acompañar por un representante de la empresa y por un representante de los trabajadores (así como, en su caso, algún o algunos miembros de los órganos internos especializados en materia de seguridad e higiene, según los casos). No hay ningún precepto que expre-

(1) Número 146 de mayo de 1995, págs. 101-144.

(2) En este segundo caso, el Convenio carecería de eficacia general, teniendo una eficacia obligacional limitada a los trabajadores y empresarios representados por las partes firmantes del pacto. Como consecuencia, a efectos de la actuación inspectora, no procederá extender Acta de Infracción por vulneración de preceptos de un Convenio Colectivo extraestatutario, dado que según el artículo 93 del ET y el artículo 5.º de la LISOS -igualmente el art. 45 de la Ley 31/1995, de 8 noviembre (BOE del 10), de Prevención de Riesgos Laborales-, sólo se consideran infracciones laborales o de seguridad e higiene las acciones u omisiones contrarias a «las cláusulas normativas de los Convenios colectivos» (entendiéndose que éstas sólo se encuentran en los Convenios estatutarios). Por lo tanto, las denuncias sobre eventuales incumplimientos de los Convenios «extraestatutarios» deberían plantearse ante la jurisdicción social. En este sentido, Consulta (Dirección General de Inspección de Trabajo y Seguridad Social) de 15 de enero de 1990 (Expediente 549/89, IDITSS 1/90, pág. 585).

samente establezca una obligación al respecto, siendo en todo caso una facultad del Inspector [art. 22 a) del D. 2122/1971] y un principio general de actuación cuya aplicabilidad a cada caso concreto será valorada por dicho Inspector (3).

El artículo 40.2 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre (BOE del 10), de Prevención de Riesgos Laborales indica que «en las visitas a centros de trabajo para la comprobación del cumplimiento de la normativa de 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» antes citadas, y «sobre las *medidas* adoptadas como consecuencia de las mismas».

2. Supuesto sobre respeto a la libertad sindical durante la huelga.

Parece infundada la actitud de la empresa de negar al Presidente del Comité de Empresa el acceso al local del Comité (que se encuentra en el centro de trabajo), durante una jornada de huelga. Debe subrayarse que el acceso que se impide es al local citado, y sólo al centro de trabajo en tanto en cuanto aquél se encuentra en dicho centro (4).

Así, con independencia del efecto suspensivo de la huelga sobre la relación laboral individual del trabajador huelguista, circunscrito a la cesación en el trabajo y en su remuneración perviven plenamente la función representativa y competencias del Comité de Empresa (art. 64 del ET), además de los derechos a ejercer su actividad sindical por cada uno de sus miembros, según subrayan reiterados pronunciamientos del orden jurisdiccional (5) [debiéndose subrayar que en este caso se trata

- (3) Según el artículo 22 a) (2.º párrafo) del Decreto 2122/1971, de 23 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Inspección de Trabajo, «(el Inspector de Trabajo) está facultado para hacerse acompañar durante la visita por un representante de la Empresa y por el trabajador o trabajadores que designe (...), juntos o separadamente».
- (4) Según el artículo 81 del ET, el local del Comité estará en el centro de trabajo «siempre que sus características lo permitan», pudiéndose relacionar este precepto con el que regula la disposición de locales por las Secciones Sindicales en el artículo 8.º2 c) de la LOLS, donde se alude únicamente a la «utilización de un local adecuado». Según SSTCT de 24 de septiembre de 1986 y 15 de abril de 1988 (RTCT 8726 y 393), entre otras, no es imprescindible que el local se encuentre en el centro de trabajo, si resulta adecuado para el desarrollo de las actividades sindicales.
- (5) Según la STS de 15 de septiembre de 1982, Sala de lo Social (RJAr. 5013), en un supuesto de despido de un representante de los trabajadores aún sin sentencia firme, puede dispensarse al trabajador de la obligación de prestar sus servicios, pero no puede impedírsele la entrada y permanencia en el centro de trabajo para ejercer sus actividades sindicales. Sobre el derecho de los miembros del Comité de Empresa a acceder a sus centros de trabajo, y en general a cumplir sus funciones representativas durante diversas situaciones suspensivas de su vínculo laboral existen diversos pronunciamientos: así, STSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de julio de 1994 (AS 3218), en un supuesto de invalidez provisional; STSJ de Andalucía/Sevilla de 28 de julio de 1993 (AS 3529) en un supuesto de sanción de suspensión de empleo y sueldo; entre otras.

del Presidente del Comité, a quien típicamente se le atribuyen ciertas funciones de representación del Comité (6)]. En conclusión, el desarrollo de actividades derivadas del derecho fundamental a la libertad sindical (en un «primer nivel» dentro del rango constitucional, art. 28 de la CE), deben tener preeminencia absoluta, no pudiéndose ver afectado por situaciones suspensivas de la relación laboral (más aun cuando la situación en concreto se refiere también al ejercicio de un derecho fundamental como es la huelga, con íntima conexión, en su realidad práctica, con el derecho a la libertad sindical).

Por otra parte, el ejercicio de las funciones mencionadas por parte del Sr. Sagar son independientes de las que específicamente corresponden a los miembros del Comité de Huelga en relación con el conflicto, según el artículo 5.º del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 marzo, no pudiendo por tanto fundarse la negativa empresarial a su acceso al local por su no pertenencia a este Comité.

Además, en orden al ejercicio de las competencias previstas en el artículo 64 del ET, el Presidente del Comité de Empresa debe tener a su disposición y poder utilizar el local cedido por la empresa, pudiéndose interpretar el artículo 81 del ET no sólo como obligación de ceder ese local, sino también de ponerlo efectivamente a disposición del Comité de modo que haga posible su satisfactoria utilización durante el desarrollo de sus actividades. Pero es que, además, el acceso al centro de trabajo puede considerarse en sí mismo como un aspecto esencial del normal ejercicio de las funciones representativas que corresponden al Presidente del Comité de Empresa.

Finalmente, puede considerarse que la actuación empresarial, en la medida en que afecte a los derechos de libertad sindical de los trabajadores, vulneraría el artículo 4.º1 b) del ET (sobre derecho a la «libre *sindicación*»), pudiéndose señalar en este sentido, conforme a la doctrina constitucional, que:

- a) En el contenido del artículo 28.1 de la CE sobre libertad sindical se incluye la «vertiente funcional», el **derecho a la actividad sindical**, a ejercer aquellas actividades sindicales dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores, desplegando los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponde (7); y
- b) El actual **sistema sindical dual** (representaciones unitarias y estrictamente sindicales) determina que la «acción sindical» pueda ser ejercida tanto por el sindicato como por el Comité de Empresa (8).

(6) Órgano colegiado y unitario de representación, conforme al artículo 63.1 del ET y STCT de 10-5-1984 (RTCT 4867).

(7) STC 94/1995, de 19 de junio (BOE de 24 de julio).

(8) STC 118/1983, de 13 diciembre (BOE de 11 de enero de 1984).

En definitiva, como señala la Sentencia del TSJ de Madrid de 12 de mayo de 1993 (AS 2586), viola el derecho de libertad sindical el impedir a un miembro del Comité la entrada a su centro de trabajo, a fin de informar a los trabajadores, pudiéndose también afectar, con tal prohibición (añadimos), a las garantías conferidas a dichos representantes en el artículo 68 d) del ET (9).

– A efectos de la actuación inspectora, debe establecerse con claridad no sólo los preceptos que en su caso puedan considerarse infringidos sino también el precepto (entre los arts. 94 y 96 del ET) en el cual la conducta empresarial se encuentre expresa y directamente tipificada como infracción administrativa laboral. Sobre ello, pueden plantearse diversas opciones.

Así, aunque del supuesto planteado pudiera deducirse una posible «transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores» [art. 95.7 del ET(10)], pese a una amplia formulación de estos derechos, podría de otra parte alegarse la insuficiencia de los hechos constatados para deducir una concreta vulneración a esos derechos. Por otra parte, la «vulneración del derecho de asistencia y acceso a los centros de trabajo» tipificada como infracción muy grave en el artículo 96.6 del ET se refiere a lo previsto en el artículo 9.º1 c) de la LOLS respecto de los *cargos electivos de los sindicatos* más representativos (no es el caso, como tampoco el recogido en el artículo 95.9 del ET sobre «vulneración de derechos de las *secciones sindicales*»). Tampoco consta que se haya impedido el ejercicio del derecho de reunión (art. 96.5 del ET), aunque bien pudiera ser que tal fuera el caso finalmente. Por otra parte, no hay una clara e indubitada tipificación del supuesto de hecho contemplado a efectos de sanción, en el artículo 95.8 del ET, donde se califica como infracción grave la transgresión de los derechos de los representantes de los trabajadores en materia de «locales adecuados para el desarrollo de sus actividades», sin más especificación que permitiera incluir con toda seguridad las restricciones en el acceso a los locales previamente cedidos. Pero en su caso, cabe finalmente considerar el que puede denominarse «cajón de sastre», el artículo 95.10 del ET, califica como infracción laboral grave, en general, «los actos y omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4.º de esta ley...».

La actuación inspectora, constatada la vulneración de los derechos de libertad sindical, podrá concretarse en la correspondiente formulación de la propuesta de sanción (una vez resueltas las posibles opciones relativas a la calificación de la infracción); o bien, en función de las circunstancias del caso y de su valoración jurídica, en el ofrecimiento de una respuesta e información en relación con la cuestión directamente planteada sobre otras posibilidades de reparación de la alegada vulneración de derechos sindicales, considerando que en este sentido, existe un cauce legal específico, con un

(9) Puede ser ilustrativa en este sentido la doctrina administrativa recogida en la Consulta de la Dirección General de Trabajo de 15 de marzo de 1990 (Expediente 82/90, IDITSS 1/90, pág. 690), en la que se estima que los miembros del Comité de Empresa tienen derecho a acceder al centro de trabajo de otra empresa donde prestan servicios sus representados «comunicándolo a la Empresa y no perturbando el proceso de trabajo».

(10) Los preceptos son idénticos a los incluidos anteriormente en la Ley 8/1988, y que se encontraban en vigor al producirse los hechos denunciados.

procedimiento para la tutela judicial de los derechos de libertad sindical ante el orden jurisdiccional, conforme a los artículos 175 a 182 de la LPL, del cual en todo caso se daría cumplida información al denunciante.

3. Supuesto sobre contratos de la agencia de viajes.

– Respecto del contrato eventual celebrado al amparo del artículo 3.º del Real Decreto 2104/1984, de 21 noviembre, vigente desde el 1 de noviembre de 1994 hasta el 30 de abril de 1995, este tipo de contrato, tanto en su anterior regulación -aplicable al caso planteado (11)- como en la nueva disposición que actualmente lo regula (R.D. 2546/1994, de 29 de diciembre), puede concertarse para atender las necesidades o actividades normales y permanentes de la empresa (12).

Sin embargo, se infringe lo establecido en el artículo 3.º 2 a) del Decreto, al no consignarse en el contrato «con precisión y claridad la causa o circunstancia que lo justifique», dado que debe considerarse insuficiente, como simple formalismo, la mera y escueta expresión genérica del tipo de causas que el Decreto prevé para la formalización de estos contratos (13).

De otra parte, tales circunstancias en sí mismas no determinan necesariamente la existencia de un fraude de ley en la utilización de la modalidad contractual, que será una cuestión de fondo a apreciar en función de la efectiva existencia o no de las causas previstas legalmente para proceder a esa utilización (14).

En todo caso -y sin perjuicio de que la apreciación o no del fraude de ley, a los efectos previstos en el art. 15.3 del ET, corresponderá a la jurisdicción social- puede considerarse la existencia de una infracción al citado artículo 3.º 2 a) del Real Decreto 2104/1984, en relación con el artículo

(11) Además, según disposición transitoria única del Real Decreto 2546/1994, de 29 de diciembre, los contratos concertados con anterioridad a la entrada en vigor de este Decreto seguirán rigiéndose por las disposiciones vigentes en el momento de su celebración.

(12) SSTS, Sala de lo Social, de 27 de noviembre de 1986 (RJAr. 6728) y 16 de mayo de 1994 (RJAr. 4208), entre otras.

(13) Según SSTCT de 30 de septiembre de 1986 (RTCT 8589) y 6 de febrero de 1987 (RTCT 2582), no es suficiente la **simple referencia a uno de los supuestos** del Real Decreto 2104/1984 y la repetición de la literalidad del artículo 15.1 b) del ET. En análogo sentido, según STSJ de Baleares de 22 de octubre 1992 (AS 4856), impugnada la realidad o existencia de las **circunstancias escuetamente reseñadas** (según expresiones reglamentarias en el texto del modelo de contrato), corresponde a la empresa su demostración.
Por contra, según STSJ de Baleares de 29 de febrero de 1992 (AS 529), recogiendo lo establecido en STCT de 14 de diciembre de 1988 (RTCT 8228), entre otras, sí es **suficiente** consignar la concurrencia de alguna de las causas enumeradas en el Real Decreto 2104/1984.

(14) SSTS, Sala de lo Social, de 28 de abril de 1987 (RJAr. 2817) y 21 de abril de 1993 (UD)(RJAr. 6892) y STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 30 de julio de 1993 (AS 3505) -con abundante cita de sentencias del TCT-, STSJ de Madrid de 16 de junio de 1994 (AS 2729) y STSJ de Cantabria de 21 de abril de 1995 (AS 1540).

15.1 d) del ET, en el texto de la Ley 8/1980, que era el vigente al formalizarse el contrato (15). El precepto tipificador a considerar será el artículo 7.º 5 de la LISOS, al no haberse procedido a su refundición en el ET en la fecha de formalización del contrato.

– Como consideraciones generales sobre la **práctica del Acta de Infracción**, aplicable para los supuestos sucesivos, el Acta deberá incluir:

1. Un relato pormenorizado de los hechos comprobados constitutivos de la infracción apreciada, consignando el precepto legal infringido y el tipificador. Deberá citarse la identificación y fecha completa de las disposiciones correspondientes, así como la fecha de publicación en el Boletín Oficial.
2. Una descripción completa de las circunstancias que de modo concreto se hayan apreciado para determinar la graduación de la propuesta de sanción, de entre las referidas en el artículo 36 de la LISOS.
3. En función de ellas, se indicará la graduación que se realiza y se concretará la propuesta de sanción, conforme al artículo 37 de la LISOS.

En el presente caso, al tratarse de infracción grave, se propondrá multa entre 50.001 y 500.000 pesetas (en ausencia de circunstancias agravantes específicas a valorar, la sanción se propondrá en grado mínimo). Finalmente, debe considerarse que la actuación inspectora se circunscribe a la propuesta de sanción, correspondiendo la competencia sancionadora a la Autoridad Laboral (con las distinciones establecidas en el art. 47 de la LISOS).

– Respecto del segundo contrato, celebrado el 1 de mayo de 1995 «por lanzamiento de nueva actividad», del texto del supuesto se desprende que la «nueva actividad» se referiría a la propia creación o «nuevo establecimiento» de la empresa, constando la constitución de la sociedad titular en febrero de 1992. Por lo tanto, al formalizarse el contrato había ya concluido el «período de lanzamiento» de tres años. Se infringe, por tanto, el artículo 5.º1 del Real Decreto 2546/1994, en relación con el artículo 15.1 b) del ET; infracción calificada como grave según el artículo 95.6 del ET.

Respecto del período de prueba pactado en el segundo contrato, conforme al artículo 14.1 del ET, se trataría de un pacto nulo, si bien sobre tal particular no procedería actuación inspectora específica (la eventual decisión empresarial extintiva del contrato durante ese período pactado, impugnada ante la jurisdicción social, hubiera podido motivar la correspondiente declaración judicial de nulidad de aquella decisión).

Puede analizarse la conducta empresarial respecto de ambos contratos, desarrollados sin solución de continuidad, en los dos casos prescindiendo de sus causas motivadoras y requisitos legales, y con la previsible finalidad de atender a sus necesidades ordinarias evitando cualquier vinculación

(15) Considerar, finalmente, el concepto de fraude de ley recogido en el artículo 6.º4 del CC.

laboral fija de la trabajadora que ha venido desempeñando continuamente el mismo puesto de trabajo. Así, se ha obviado el principio general, vigente en el Ordenamiento Laboral, relativo al principio de causalidad que debe presidir las cláusulas de temporalidad en la relación laboral.

De acuerdo con el deslinde de competencias con la jurisdicción social (sobre la que ya se aludió) y la eventual declaración sobre una situación de fraude de ley en la contratación, se podrá iniciar el procedimiento de oficio, en virtud de comunicación de la Autoridad Laboral al Juzgado del Acta de Infracción extendida [según el art. 149.2 de la LPL (16)].

4. Supuesto sobre horas extraordinarias en la actividad realizada por la trabajadora de la agencia de viajes.

4.1. De acuerdo con el artículo 9.º de la LOIT (y art. 9.º del RIT), **la acción para denunciar** el incumplimiento de la legislación social es pública, por lo que es posible que los representantes legales de los trabajadores de una empresa denuncien irregularidades que afecten a los de otra. Además, según el artículo 11 de la LOIT, la Inspección de Trabajo puede realizar sus actuaciones «como consecuencia de denuncia, queja o petición expresa de empresas y trabajadores», y también por propia iniciativa (que puede adoptar el Inspector en función de los indicios que recoja mediante cualquier información obtenida). Por tanto, sí que es posible la actuación de la Inspección de Trabajo, incluso aunque la situación descrita en el supuesto no se calificase estrictamente como de «denuncia» (en el sentido formal de solicitud de iniciación de una actividad administrativa de «policía laboral»).

Sin perjuicio de ello, debe aclararse que los representantes legales de los trabajadores que componen la plantilla de la empresa hotelera no pueden ejercer funciones de representación de los trabajadores de otras empresas que puedan desarrollar su actividad en el centro de trabajo de aquélla.

4.2. Respecto del control y cómputo de las horas extraordinarias realizadas por la trabajadora desde el 1 de noviembre de 1994, una vez constatada de modo suficiente su realización mediante los medios de prueba válidos en Derecho [así, en el presente caso, mediante el examen de los controles horarios diarios (17)], **hay varias cuestiones a abordar:**

(16) Para casos en que el Acta de Infracción verse, entre otras, sobre materias contempladas en el artículo 95.6 del ET, si el sujeto responsable la impugna con alegaciones y pruebas de las que se deduzca que el conocimiento del fondo de la cuestión está atribuido a la jurisdicción social. El procedimiento se desarrolla de acuerdo con lo previsto en los artículos 146 a 150 de la LPL, y la admisión de la demanda de oficio en que consiste la citada comunicación produce la suspensión del expediente administrativo.

(17) Como señala la STS de 21 de enero de 1991, Sala de lo Social (RJAr. 67), entre otras muchas, en materia de horas extraordinarias, deberá acreditarse su realización «día a día y hora a hora», si bien esa rigurosidad acreditativa no será exigible cuando se pruebe la habitualidad en el exceso de jornada, conforme a lo establecido en STS de 10 de mayo de 1990 (RJAr. 3995), STSJ de Cataluña de 28 de febrero de 1994 (AS 602) y STSJ de Galicia de 7 de noviembre de 1994 (AS 4470).

1. La realización de un número de horas extraordinarias no registradas ni comunicadas.
2. La posible superación del número máximo autorizado de horas extraordinarias.
3. La falta de retribución y de cotización de las horas extraordinarias debidas.

Como **cuestión previa** a las anteriores, debe considerarse que conforme al párrafo 2.º del artículo 35.2 del ET, «a los efectos de lo establecido en el párrafo anterior (sobre el número máximo de 80 horas extraordinarias al año), no se computarán las horas extraordinarias que hayan sido compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes». Por otra parte, parece razonable que aquellas horas extraordinarias «en período de compensación» y sin pacto expreso que lo excluya (apdo. 1 del art. 35 del ET, final), no sean incluidas en el cómputo de horas extraordinarias «debidas» (a efectos de retribución y cotización), aunque sí deberán registrarse y comunicarse (art. 35.5 del ET).

1. Respecto del **registro y comunicación de las horas extraordinarias** realizadas, en la fecha de la visita (30-6-1995), de estar vigente el artículo 41 del Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, todas las horas extraordinarias realizadas deberían comunicarse, con periodicidad mensual, a la Autoridad Laboral y a los representantes de los trabajadores -sobre lo que nada se dice en el supuesto-. Sin embargo, según la disposición transitoria quinta del ET, podríamos interpretar que, a partir del 12 de junio de 1995, dejaron de estar vigentes las normas contenidas en el Decreto citado. En todo caso, respecto de dicha cuestión, el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, de Jornadas Especiales, que deroga al citado Real Decreto 2001/1983, contempla (sólo) en su disposición adicional tercera, que «los representantes de los trabajadores» tendrán derecho a ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores («cualquiera que sea su forma de compensación») recibiendo a tal efecto copia de los resúmenes indicados en el artículo 35.5 del ET (donde se prevé el registro diario de la jornada de cada trabajador, con una totalización periódica coincidente con el abono de los salarios, y con entrega de copia al trabajador).

Concluyendo, lo más prudente en la fecha de la visita sería revisar el cumplimiento del artículo 35.5 del ET, cuestión respecto de la cual no se dan datos suficientes (aunque puede desprenderse la inexistencia de comunicación alguna a la trabajadora sobre las horas realizadas, con infracción por lo tanto del precepto citado) (18). De haberse producido la visita ya vigente el Real Decreto

(18) Otro enfoque posible, tal vez arriesgado pero con cierto fundamento, consistiría en apreciar una posible vulneración de las normas generales sobre «jornada». Partiendo de que existe una jornada pactada de 40 horas semanales, parece que, desde el principio, la realización sistemática de horas *extraordinarias* ha implicado más bien la configuración estructural de una jornada con una duración fijada durante meses y de modo estable y constante en las 45 horas semanales, en contra de lo previsto en el artículo 34.1 del ET. En todo caso, conforme al artículo 35.1 del ET, «tendrán la consideración de horas extraordinarias» las realizadas sobre la duración máxima de la jornada que se hubiera fijado (según art. 34 del ET).

1561/1995, la falta de información mensual a los representantes de los trabajadores constituiría infracción a su disposición adicional tercera; **infracción laboral** calificable como grave según el artículo 95.7 del ET (19).

2. Respecto del **número máximo autorizado de horas extraordinarias** a realizar «al año» (art. 35.2 del ET), creemos que este término debe entenderse referido al año natural (no se alude a un «cómputo anual» sino «al año», que en una interpretación literal es el año natural). Así, el año natural es el período ordinario de referencia para la vigencia de los Convenios Colectivos y para las jornadas anuales que en ellos se establecen, pudiéndose recordar que otras cuestiones relacionadas con el tiempo de trabajo, como el calendario laboral, las fiestas laborales y las vacaciones, tienen por referencia también el año natural.

Por ello, puede considerarse que las 45 horas extraordinarias de noviembre y diciembre de 1994 -cinco horas semanales durante nueve semanas y transcurrido ya el período de cuatro meses tras su realización- deben computarse a efectos de determinar el número de horas extraordinarias correspondientes a 1994, en relación con el artículo 35.2 del ET, conforme al cual, «para los trabajadores que por la modalidad o duración de su contrato realizasen una jornada en cómputo anual inferior a la jornada general de la empresa, el número máximo anual de horas extraordinarias se reducirá en la misma proporción que exista entre tales jornadas». Si bien sería claro que se habría superado el número máximo de horas extraordinarias «al año» en el supuesto de que la duración del contrato hubiera concluido con el año (o antes), la cuestión está en que, desarrollándose aún la vigencia de ese contrato durante 1995, podría suceder que en la jornada desarrollada por la trabajadora, inferior a la jornada general de la empresa en ese «cómputo anual», no se superase «el número máximo anual» que correspondiese proporcionalmente.

3. Respecto de la **falta de retribución y de cotización** de las horas extraordinarias debidas, parece claro que, respecto de las horas extraordinarias referentes a los períodos que ya no son compensables, existe una vulneración del artículo 35.1 del ET, al desprenderse del supuesto práctico que tales horas extraordinarias no han sido abonadas; **infracción laboral** que podría calificarse como grave según el artículo 95.4 del ET [tipifica las infracciones a la normativa sobre tiempo de trabajo en general «a que se refieren los arts. 23 y 34 a 38» del ET (20)].

También puede apreciarse que, al no haberse realizado la cotización correspondiente a la retribución de esas horas extraordinarias, la cotización deficiente vulnera los artículos 104, 106, 107 y 111 de la LGSS, artículo 105.3 de la Ley 41/1994, de 30 diciembre (BOE del 31) de Presupuestos Generales del Estado para 1995, y artículo 5.º de la Orden Ministerial de 18 de enero 1995 (BOE

(19) Más sobre inspección en materia de horas extraordinarias, en el Caso Práctico publicado en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, número 146, mayo 1995, págs. 104, 105 y 115 a 119.

(20) Sin olvidar que al tener naturaleza salarial el abono de las horas extraordinarias, existe un impago de un «salario debido».

del 21) de desarrollo de normas de cotización para 1995; constituyendo **infracción grave de Seguridad Social** conforme al artículo 14.1.5 de la LISOS (normalmente, o bien se propondrá sanción por la infracción laboral, o bien se apreciará la infracción de Seguridad Social, en cuyo caso debería considerarse lo relativo a la expedición de los previstos «documentos únicos» de infracción-liquidación, según la disp. adic.vigesimoquinta de la LGSS introducida por la Ley 42/1994).

Si consideramos que, según el supuesto, sólo a partir de junio de 1995 se han disfrutado descansos compensatorios, procederemos a extender **Acta de Liquidación por diferencias de cotización** al Régimen General de la Seguridad Social, al no haberse cotizado, al menos, las retribuciones correspondientes a las 45 horas extraordinarias del período comprendido entre el 1 de noviembre de 1994 y el 31 de diciembre de 1994. También consideramos procedente liquidar las horas extraordinarias realizadas en enero de 1995, estimadas en 20 horas a efectos del supuesto (dado que en el los cuatro meses siguientes, hasta mayo, no se produjo ninguna compensación por descansos).

El Acta de Liquidación debe incluir, según el artículo 22 del Decreto 1860/1975, de 10 de julio (BOE del 12 de agosto):

- a) Identificación adecuada del **sujeto responsable** (21).
- b) Un relato suficientemente pormenorizado de las **circunstancias** que motivan el Acta, que en su caso serían una reproducción del relato de hechos probados (22) que se consignen en el Acta de Infracción, incluyendo también la referencia completa a las mismas disposiciones sustantivas infringidas (con referencia a los preceptos relativos a la obligación y responsabilidad de cotizar).
- c) **El período del descubierto** (el que se ha acreditado en el anterior relato fáctico, conforme a las consideraciones realizadas anteriormente). Con carácter general, debe recordarse que el plazo reglamentario de pago de las cuotas se desarrolla en el mes natural siguiente al devengo de las cuotas [art. 71 de la OM de 8 abril de 1992 (BOE del 15), en relación con los arts. 63 y 64 del R.D. 1517/1991, de 11 octubre (BOE del 25) (23) y art. 25 de la LGSS].

(21) El único sujeto responsable será la agencia de viajes «Periplo, S.A.» como empresa de la trabajadora afectada. No procede apreciar ningún tipo de responsabilidad de la empresa hotelera, de acuerdo con los artículos 104.1 y 127.1, en relación con el artículo 42 del ET. En tales disposiciones se acotan los supuestos de contratación entre empresas respecto de los cuales pudieran apreciarse responsabilidades concurrentes en materia de Seguridad Social, a las que tienen por objeto la realización de obras y servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal.

(22) Con mención expresa, concreta y suficiente a los medios de prueba empleados, mediante los cuales se ha llegado a la comprobación de los hechos relatados.

(23) Considerar que, tras la actuación inspectora desarrollada en el supuesto práctico, el BOE del 24 de octubre ha publicado el nuevo Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, aprobado mediante Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre.

- d) La **base de cotización mensual** en que se concrete la remuneración debida por las horas extraordinarias realizadas en los meses a liquidar se calculará según los artículos 16.1, 32.2 (en redacción dada por Ley 42/1994), 109 y 112 de la LGSS, así como -respecto del año 1995- el artículo 105 de la citada Ley 41/1994 y la Orden Ministerial anual de cotización, de 18 de enero de 1995 (establece la forma de calcular las bases de cotización, incluyendo la normalización al múltiplo de 300 más próximo, que procede en este caso). Para 1994, debe atenderse a la Ley 21/1993, de 29 diciembre (BOE del 30, PGE de 1994) y Orden Ministerial de 19 enero de 1994 (BOE del 21).

Consideraremos una base de cotización, en el período liquidado de 1994, de 90.000 pesetas (durante cada una de las nueve semanas, procedería un abono de 10.000 pesetas; a 2.000 pesetas cada una de las cinco horas extraordinarias). Para el período de enero de 1995, la base de cotización sería de 40.000 pesetas; 39.900 con la normalización al múltiplo de 300 más próximo.

- e) Respecto de dicha base de cotización no declarada, procederá aplicar los **tipos de cotización** (24) correspondientes a la cotización adicional por horas extraordinarias (29,3% en 1994, y 28,3% en 1995); así como la cotización por contingencias profesionales [epígrafe 113 de la tarifa de primas, 0,60% y 0,36% (25)] y la cotización por desempleo (7,80%), Fondo de Garantía Salarial (0,40%) y formación profesional (0,70%). Sobre las cuotas así calculadas, se aplicará el recargo de mora del 20 por 100 (26).

Finalmente, cabría considerar la posibilidad de proponer la correspondiente sanción por la infracción constatada, mediante la extensión de un «Acta de Infracción con estimación de perjuicios económicos», conforme al artículo 10 del citado Decreto 1860/1975, y que daría lugar, una vez resueltas por la Autoridad Laboral y mediante la remisión de su certificación de oficio al Juzgado de lo Social, a la iniciación del proceso de oficio (recogido en el art. 146 y ss. de la LPL).

Normalmente, la actuación inspectora incluirá la **información y asesoramiento** a la trabajadora para que, si lo estima conveniente, realice la correspondiente **reclamación** por los salarios no abonados, ante la jurisdicción social (según arts. 1.º y 2.º de la LPL), lo cual vendrá a sustituir la posibilidad de realizar la actuación indicada en el párrafo anterior.

(24) Según artículo 113.3 de la LGSS, en redacción dada por la Ley 42/1994, «el ingreso de las cuotas fuera del plazo reglamentario, tanto lo realice el empresario espontáneamente o como consecuencia de reclamación administrativa de deuda o de acta de liquidación, **se efectuará con arreglo al tipo de cotización vigente en la fecha en que las cuotas se devengaron**».

(25) Según Real Decreto 2930/1979, de 29 de diciembre, manteniéndose la reducción del 10 por 100, según artículo 105.2.2 b) de la citada Ley 41/1994.

(26) Según artículo 27 de la LGSS en redacción dada por la Ley 42/1994. Actualmente, considerar lo establecido en el artículo 70 del citado Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre.

5. Supuesto sobre sucesión de contratos.

- Respecto del primer contrato temporal por **lanzamiento de nueva actividad**, del relato del supuesto no se desprende irregularidad alguna, pudiéndose considerar que la apertura de la discoteca en el hotel es un supuesto de los previstos en el entonces vigente artículo 5.º del Real Decreto 2104/1984, de 21 noviembre (con independencia de que dicha discoteca sea o no calificable como nuevo centro de trabajo, o como ampliación del preexistente con lanzamiento de un nuevo servicio).
- Respecto del segundo **contrato temporal**, celebrado al amparo del Real Decreto 1989/1984, de 17 de octubre (27), es característica principal de su regulación la no exigencia de una causalidad (concreta) en la cláusula de temporalidad del contrato, pudiéndose así contratar personal para atender la **actividad normal y permanente** de la empresa (28), y con unas únicas limitaciones relacionadas con la ocupación en la empresa o con la situación de desempleo previa del trabajador contratado (art. 5.º del R.D. 1989/1984, en base a los arts. 15 y 17.3 del ET).

Sentado lo anterior, abordaremos la cuestión de la legalidad de las contrataciones realizadas (con independencia de la actuación inspectora que proceda, que se verá posteriormente), pudiéndose examinar si se cumplen los requisitos reglamentarios para la celebración de este segundo contrato, así como si se observan irregularidades (o fraude de ley) en la sucesión de diversos contratos temporales.

Respecto de la primera cuestión, es requisito esencial de la contratación temporal de fomento del empleo (según R.D. 1989/1984) que el trabajador sea **desempleado** al momento de dicha contratación, por la propia finalidad de esa modalidad contractual (inscrito como tal en la Oficina de Empleo); pero la jurisprudencia no ha apreciado en general infracción en supuestos similares al planteado [así, en supuestos en los que al día siguiente de cesar en un contrato eventual, y ya figurando como desempleado, el trabajador suscribió el nuevo contrato temporal (29)]. En otros casos, sin embargo, la celebración de un contrato temporal tras concluir la vigencia de otros y sin solución de continuidad, en función de las circunstancias del caso, ha dado lugar a pronunciamientos diferentes, apreciándose en ocasiones fraude en la contratación (30).

(27) Derogado expresamente por la Ley 10/1994, de 19 mayo (BOE del 23), manteniéndose en vigor -considerando además lo previsto en el RD-L. 3/1993, de 26 marzo- respecto de los «contratos temporales como medida de fomento del empleo» celebrados a su amparo hasta entonces. En algunos casos, los pronunciamientos jurisprudenciales pueden resultar aplicables respecto de los contratos celebrados desde 1994 al amparo de los Programas Anuales de Fomento del Empleo.

(28) Así, SSTS, Sala de lo Social, de 2 de julio de 1985 (RJA. 3662) y 8 de abril de 1986 (RJA. 1898).

(29) Así, SSTS, Sala de lo Social, de 15 de septiembre de 1989 y 29 de diciembre de 1993 (RJA. 6443 y 10077).

(30) Así, en STS 10 de mayo de 1994, Sala de lo Social (RJA. 4014), se concluye que, en un supuesto de celebración de un contrato temporal (R.D. 1989/1984) al día siguiente de concluir un anterior contrato por obra determinada (celebrado a su vez tras la conclusión de otros), no se considera «desempleado» al trabajador, si bien concurría la importante circunstancia de que no figuraba inscrito en la Oficina de Empleo.

Así pues, sin entrar a considerar qué tipo de contrato se desarrolló anteriormente, el cese previo, sin práctica solución de continuidad, no afecta a la validez del contrato temporal posteriormente celebrado, en los términos señalados. En relación con ello, la prohibición contenida en el artículo 5.º del Real Decreto 1989/1984, se interpreta por la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de que no afecta a contratos de duración determinada, de otra naturaleza y distintos de los «contratos temporales de fomento del empleo» regulados en el Decreto (31).

Sin embargo, aunque como principio general, la celebración de distintos contratos temporales a lo largo del tiempo, *con solución de continuidad -no apreciada en el supuesto planteado-*, amparados cada uno en su respectiva normativa, no constituye fraude de ley (32), la jurisprudencia ha distinguido claramente distintos supuestos de sucesión de contratos, según la naturaleza de éstos, y con distintas valoraciones según los casos: así, mientras se ha aceptado la validez de los contratos temporales (según R.D. 1989/1984) celebrados tras concluir otros contratos eventuales o de interinidad, por ejemplo (33), se ha afirmado reiteradamente que **no procede celebrar un contrato temporal según Real Decreto 1989/1984 después de concluir un contrato de lanzamiento de nueva actividad** (34).

– Realizadas las consideraciones anteriores, la actuación inspectora podrá circunscribirse a la labor de asesoramiento e información a las partes, indicando a los representantes de los trabajadores (sobre la pregunta formulada por éstos) la posibilidad de que se ejerzan las acciones legales correspondientes ante el orden jurisdiccional social, que será el competente para pronunciarse sobre las cuestiones planteadas (fijeza o no del vínculo laboral), según los artículos 1.º y 2.º de la LPL.

6. Supuesto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

6.1. En primer lugar debe señalarse que el supuesto contemplado encaja entre los previstos en el artículo 41 del ET como «modificación sustancial de las condiciones de trabajo» de carácter colectivo:

Por contra, según STS 25 de octubre de 1989, Sala de lo Social (RJAr. 7439), la formalización de un «contrato temporal como medida de fomento del empleo» (R.D. 1989/1984) antes de concluir la vigencia de un anterior contrato eventual, para surtir efectos a su finalización, no se opone al requisito de que el trabajador contratado sea desempleado (inscrito en las Oficinas de Empleo), en una interpretación sistemática y finalista de la norma.

(31) Así, SSTS, Sala de lo Social, de 14 de octubre de 1988 (RJAr. 7816), 5 de abril de 1990 (RJAr. 3111), 10 de diciembre de 1993 (RJAr. 9777), 25 de febrero de 1994 y 11 de abril de 1994 (UD) (RJAr. 1521 y 3234).

(32) STS de 19 de enero de 1995, Sala de lo Social (AL 880/95) y STCT de 22 de julio de 1986 (RTCT 6666), entre otras.

(33) SSTS de la Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 1988 (RJAr. 8593) y 7 de diciembre de 1988 (RJAr. 9576).

(34) SSTS, Sala de lo Social, de 14 de octubre de 1988 (RJAr. 7816), 6 de junio de 1989 (RJAr. 4540) y 21 de junio de 1989 (RJAr. 4827).

- a) Se trata de una modificación en el horario de trabajo que tiene carácter sustancial, entendiéndose (conforme al art. 41.2 del ET) que afecta a condiciones reconocidas en virtud de acuerdo o pacto colectivo o por decisión empresarial de efectos colectivos.
- b) Afecta a un total de 25 trabajadores, cifra superior al 10 por 100 de la plantilla.

– Ante tales situaciones, la normativa anterior a la reforma introducida por la Ley 11/1994, establecía la necesidad de que el «acuerdo» (más bien voluntad) de la empresa de establecer tales modificaciones fuera aceptado por los representantes legales de los trabajadores, abriéndose en otro caso un procedimiento administrativo con preceptiva autorización de la Autoridad Laboral (previo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social). Por lo tanto, era infracción administrativa laboral grave «la modificación (...) impuesta unilateralmente por el empresario según lo establecido en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores» (sin acuerdo de los representantes de los trabajadores ni autorización administrativa previa), según el artículo 7.º de la LISOS, tipificación que se ha trasladado tal cual al artículo 95.5 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.

– En el *nuevo artículo 41* del ET (tras la Ley 11/1994), el empresario decide directamente la modificación sustancial, sin necesidad de pacto ni procedimiento administrativo de autorización. Se mantienen, sin embargo, respecto de las modificaciones colectivas, las siguientes obligaciones: comunicación de la «decisión» a los representantes de los trabajadores, con apertura de un período de consultas, previo a la efectividad de la decisión empresarial, respecto del cual existe única obligación específica de negociar con buena fe (pero sin comunicación alguna a la Autoridad Laboral).

Por lo tanto, habiéndose mantenido tras esta reforma el ilícito administrativo del artículo 95.5 del ET, puede entenderse que se calificarán como «modificación impuesta unilateralmente por el empresario», con vulneración del artículo 41 del ET, los supuestos como el aquí contemplado, en el que se incumplen las mínimas obligaciones que se mantienen en el precepto, arriba citadas (comunicación e información, período de consultas, negociación). También existiría una «transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta» de los representantes de los trabajadores (en relación con el art. 64 del ET), infracción laboral también tipificada como grave en el artículo 95.7 del ET, si bien su apreciación cedería ante la más concreta calificación del supuesto en el artículo 95.5 del ET (35).

Además, los trabajadores afectados que se muestren disconformes con la decisión empresarial siempre podrían impugnarla mediante acción individual ante el orden jurisdiccional social, conforme a lo previsto en el párrafo 3.º del apartado 3 (en relación con el párrafo 5.º del apartado 4) del artículo 41, pudiéndose considerar también la posible reclamación en conflicto colectivo conforme al artículo 151 de la LPL (y según lo dispuesto expresamente en el citado apartado 4, que sin embargo se habría vulnerado clara y completamente con la ejecución de la decisión empresarial, no existiendo por tanto aquí margen para una discrepancia en la interpretación de la ley).

(35) Si supuestos como el aquí planteado no fueran perfectamente encuadrables en el tipo del artículo 95.5 del ET, no se alcanza a concebir ningún supuesto que sí lo fuera.

Por otra parte, apreciada la infracción tipificada en el artículo 95.5 del ET, procedería iniciar el procedimiento de oficio, conforme a lo previsto en el artículo 149.2 de la LPL, mediante comunicación de la Autoridad Laboral al Juzgado de lo Social, respecto del Acta de Infracción impugnada por el sujeto responsable con alegaciones de las que se dedujera que el conocimiento del fondo de la cuestión está atribuido a la jurisdicción social.

6.2. Al hilo del supuesto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, se constatan dos infracciones en el nuevo horario impuesto por la empresa:

1. Se dice que en el nuevo horario, la jornada diaria concluye a la 1 hora de la madrugada, para comenzar la jornada diaria siguiente a las 12 horas. Por lo tanto, entre el final de una jornada diaria y el comienzo de la siguiente median sólo 11 horas, menos de las 12 horas establecidas como descanso mínimo entre jornadas en el artículo 34.3 del ET. Tal infracción laboral se calificaría como grave, según el artículo 95.4 del ET.
2. Existe también infracción al artículo 6.º2 del ET, que prohíbe el **trabajo nocturno** (36) de los menores de 18 años (en este caso, el trabajo realizado por los dos pinches de 17 años en la nueva jornada partida «impuesta unilateralmente», de 21 a 1 hora); infracción laboral tipificada como muy grave en el artículo 96.4 del ET.

Por lo demás, del supuesto planteado no se desprenden infracciones a la normativa sobre descanso semanal y trabajo a turnos. La contratación a tiempo parcial resulta adecuada para cubrir los días de descanso de los demás trabajadores.

7. Supuesto sobre las cláusulas de empleo en los Convenios Colectivos y sobre utilización de los servicios de empresas de trabajo temporal.

7.1. Respecto del incumplimiento por parte de la empresa del artículo 16 del Convenio Colectivo sobre «Empleo y Formación», en una primera perspectiva puede señalarse que el artículo 93 del ET (y art. 5.º de la LISOS) delimita las infracciones laborales, sancionables a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a las acciones y omisiones contrarias «a las normas legales, reglamentarias y *cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia laboral*», de modo que, en relación también con el artículo 25 de la LISOS, no estaría prevista la posibilidad de sancionar administrativamente los incumplimientos a las cláusulas (incluso normativas) de los Convenios Colectivos que regulen materias de «empleo» y no calificables como «laborales» (según la tipificación contenida en la LISOS y el ET). Sin embargo, debe considerarse que la frontera entre lo que

(36) Es nocturno el trabajo realizado entre las 10 de la noche y las 6 de la mañana, según el artículo 36.1 del ET.

se entienda por «empleo» y «trabajo» o «materia laboral» es más bien difusa en muchos aspectos, más aun si consideramos que las infracciones en materia de contratación se califican como «laborales» (art. 95.6 del ET). Además, la verdad es que la legislación mencionada, y en concreto el artículo 25 de la LISOS, tampoco excluye expresamente la posibilidad de interpretar que son sancionables las infracciones a las cláusulas normativas en materia de empleo (compárese, a estos efectos, dicho precepto con el art. 12 de la LISOS, donde sí queda excluida esa posibilidad, en este caso por el carácter del Ordenamiento Público de Seguridad Social y la imposibilidad de que se vea afectado paccionadamente).

En todo caso, otra perspectiva -quizá más segura- en la que también se concluye con la imposibilidad de sancionar administrativamente el incumplimiento empresarial comentado, sería considerar que el mencionado artículo 16 del Convenio, por la naturaleza de la obligación que establece (como una obligación empresarial de hacer ajena a las condiciones de trabajo de los trabajadores contratados en el ámbito del Convenio) es realmente una cláusula obligacional y no normativa [con las dificultades que también encierra diferenciar ambos tipos de cláusulas (37)]. La naturaleza obligacional de la cláusula sería por tanto lo que remitiría la cuestión a su discusión en el orden jurisdiccional, en su caso.

7.2. Respecto a la **utilización de los servicios de empresas de trabajo temporal**, y con independencia de la cuestión relativa a la vulneración del Convenio Colectivo (a dirimir y condenar en su caso en vía jurisdiccional), desde la perspectiva de la normativa reguladora de estas empresas, uno de los supuestos previstos para la utilización de los contratos de puesta a disposición, según el artículo 6.º c) de la Ley 14/1994, de 1 de junio (BOE del 2), es precisamente la sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo. Sin embargo, al no haberse informado del hecho al Comité de Empresa, se infringe el artículo 9.º de la Ley 14/1994; infracción laboral calificada como grave según el artículo 95.7 del ET (transgresión de los derechos de información).

(37) Sobre dicha diferenciación, según STCT de 22 de mayo de 1987 (RTCT 11671), recogiendo una línea jurisprudencial consolidada -SSTCT de 19 de julio de 1985 (RTCT 5115) y 2 de septiembre de 1985 (RTCT 2992)- fija así la dualidad: el contenido obligacional de un Convenio Colectivo lo constituyen aquellas cláusulas que imponen a las partes compromisos de carácter instrumental que contribuyen a una eficaz aplicación de las condiciones pactadas en el Convenio. Así, la STCT de 24 de mayo de 1983 (RTCT 5040) señala que la cláusula obligacional «implica un compromiso de las partes tendente a un determinado comportamiento (...)», mientras que el contenido normativo comprende normas jurídicas sobre las relaciones individuales de trabajo, regulando el régimen jurídico de los trabajadores y empresas no intervinientes en la negociación colectiva, como si de una ley se tratara. En igual sentido, según SAN de 22 de mayo de 1991 (Recurso 30/1991; *RL* 1991, núm. 12, pág. 55), doctrina y jurisprudencia han diferenciado las cláusulas normativas y las obligacionales fijándose principalmente en los destinatarios de las cláusulas para marcar la línea divisoria entre ellas, entendiendo que las cláusulas obligacionales incorporan compromisos instrumentales que miran más a los negociadores mismos que a los sujetos incluidos dentro del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo; mientras que las cláusulas normativas inciden directamente sobre los contratos individuales, regulando las condiciones para su ejecución. En todo caso, se subrayan las dificultades de una diferenciación apriorística, siendo necesario valorar las peculiaridades que la praxis pueda ofrecer en cada caso, atendiendo a la voluntad de las partes, al contenido de la cláusula y a la finalidad que con ello se persigue.

– Respecto de las condiciones retributivas de los trabajadores de la empresa de trabajo temporal «Brivia, S.A.» (que por demás deberá acreditar la correspondiente autorización administrativa y el cumplimiento de sus obligaciones de identificación), no se indica en el supuesto si dicha empresa está acogida a algún Convenio Colectivo (de empresa o ámbito superior), dato fundamental para resolver la cuestión en uno u otro sentido:

- a) Si existe Convenio Colectivo aplicable a la empresa de trabajo temporal, habrá que estar a lo que éste disponga en materia retributiva (38).

Si en dicho Convenio se estableciera el derecho al plus de transporte para los trabajadores de la empresa de trabajo temporal, la no percepción del mismo constituiría infracción al precepto del Convenio en relación con el artículo 11.1 a) de la Ley 14/1994, así como el artículo 4.º 2 f) del ET (su relación con el art. 29 del ET exigiría considerar el plus de transporte como «salario», concepto más restringido que el de «remuneración», que resulta más adecuado en el presente caso, considerando lo establecido en el art. 26.1 y 2 del ET). La infracción laboral sería calificada, no como muy grave según el artículo 96.1 del ET (impago del salario debido), sino como infracción grave según el artículo 95.10 del ET (por establecer condiciones de trabajo inferiores a las reconocidas por Convenio Colectivo); todo ello en relación con el artículo 18 de la Ley 14/1994 (cuya referencia a la LISOS debe entenderse ahora realizada al ET, que sustituye a aquélla en la tipificación de las infracciones laborales).

- b) Sólo si no existe Convenio Colectivo aplicable a la empresa de trabajo temporal, sería aplicable el Convenio de la empresa usuaria en materia retributiva. Se apreciaría infracción, conforme a lo señalado en el párrafo anterior. En estos casos, la deficiente retribución no se traduciría en una deficiente cotización (no se extendería Acta de Liquidación por diferencias de cotización), al estar excluido expresamente el plus de transporte (39) del concepto de base de cotización (art. 109.2 de la LGSS).

– Respecto de las facultades de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria para representar a los trabajadores de la empresa de trabajo temporal, debe señalarse que, conforme al artículo 17.1 de la Ley 14/1994, tales representantes sí que tienen esas facultades respecto de estos trabajadores, pudiendo realizar «reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral» (sin perjuicio de las consideraciones ya expuestas sobre el ejercicio de la acción para denunciar el incumplimiento de la legislación social).

– Como ya se ha indicado respecto de otros supuestos anteriores, sin perjuicio de las propuestas de sanción a realizar, los trabajadores deberán ser informados de que la efectividad de la percepción de los pluses no abonados exigirá la correspondiente reclamación ante la jurisdicción social (con un plazo de prescripción de un año, según el art. 59.2 del ET).

(38) Permitiendo así la ley desigualdades retributivas de estos trabajadores, en relación con los trabajadores de la empresa usuaria, aunque realicen idénticas funciones.

(39) Partimos de considerar que dicho plus obedece realmente a su denominación, debiéndose sin embargo realizar las comprobaciones oportunas, por si el plus encubriera bajo esa denominación algún tipo de remuneración incluíble en la base de cotización.

8. Visita de inspección a una obra.

Como cuestiones previas a las incidencias concretas que el supuesto práctico plantea en la visita a la obra de remodelación del hotel, cabe comentar las siguientes:

- a) Debe comprobarse si existe **comunicación de apertura** de la obra -como centro de trabajo de la empresa con actividad de construcción-, para lo cual existe un plazo de 30 días desde su inicio (1 de abril), según el artículo 2.º de la Orden Ministerial de 6 mayo 1988 (BOE del 16), en relación con el artículo 6.º1 del Real Decreto-Ley 1/1986, de 14 marzo (BOE del 26). Tales disposiciones establecen esta obligación para todos los supuestos de «apertura de un centro de trabajo» [para cuya definición se estará al art. 1.º5 del ET, si bien a efectos del cumplimiento de las normas de seguridad e higiene en el trabajo, la jurisprudencia ha atendido a conceptos más amplios (40)].
- b) Respecto de las relaciones entre la empresa «Joima, S.A.» y las demás empresas subcontratistas, en ejecución de contratos entre empresas, el artículo 42 del ET se aplica a las subcontrataciones para obras o servicios correspondientes a «la propia actividad» (de la empresa contratante principal).
- c) Normativa de seguridad e higiene aplicable a las actividades encuadrables en el sector de la construcción: además de las normas generales de la OGSHT, las principales normas preventivas en esta materia se siguen conteniendo en la **Orden Ministerial de 28 de agosto de 1970** (BOE del 5 al 9 de septiembre) aprobatoria de la Ordenanza de Trabajo para las Industrias de la Construcción, Vidrio y Cerámica (OLC), en su Capítulo XVI (arts. 163 a 344) sobre Seguridad e Higiene (que por lo demás, prácticamente transcribió el Reglamento de Seguridad en el Trabajo en la Industria de la Construcción de 20 mayo 1952).

Sobre la vigencia de tales preceptos contenidos en la Ordenanza, aunque la **Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1994**, en su Anexo II, prorroga la vigencia de esta Ordenanza excepto para el sector de construcción «tal como se define en el artículo 13 del Convenio interprovincial para la construcción y obras públicas» y para el sector de tejas y ladrillos; este **Convenio Colectivo** se remite expresamente en cuanto a la regulación de las condiciones de seguridad en el sector al citado Capítulo de Seguridad de la Ordenanza, que en virtud de dicha remisión debe considerarse en vigor como normativa *imperativa* incorporada al propio Convenio (hasta la adopción de una nueva regulación).

(40) Así, en STS de 18 de abril de 1992, Sala de lo Social (UD) (RJAr. 4849) equipara a «centro de trabajo» (a efectos de exigir responsabilidad empresarial por incumplimiento de medidas de seguridad en el trabajo) las líneas de tendido eléctrico de una empresa productora de energía eléctrica, aunque se encuentren en el campo y al aire libre; y en STSJ de Andalucía/Sevilla de 22 de marzo de 1994 (AS 1342) se interpreta que el centro de trabajo referido en el artículo 39 OGSHT (a efectos de la obligación de instalar vestuarios y aseos) no es «la unidad productiva...» a que alude el artículo 1.º5 del ET sino más bien el recinto físico o lugar de trabajo especialmente delimitado.

Por ello, en el Acta o Actas de Infracción que en su caso se extiendan, además del precepto concreto de la Ordenanza Laboral que se haya infringido, debe hacerse referencia a la disposición final primera número dos del Convenio General de la Construcción (Rs. de 4-5-1992) (41).

9. Supuesto de trabajos en cubierta y con andamios.

– Infracciones en los trabajos en la cubierta del edificio:

Los dos trabajadores de «Construcciones Dettori, S.A.» realizan su actividad laboral en la cubierta sin que se cumplan las normas de seguridad aplicables, con el consiguiente grave riesgo de caída que en este caso cabe apreciar, al no existir **protección perimetral** alguna ni disponerse de cinturones de seguridad (pese a la elevada altura con riesgo de caída que existirá desde una cubierta de marcada inclinación, circunstancias todas ellas que en el Acta de Infracción se deberán detallar). Resulta claro que no puede considerarse como medida de seguridad la instalación de un andamio colgado en la quinta planta (por lo demás, del relato del caso práctico podemos deducir que la cubierta se encuentra a una altura de séptima planta, circunstancia que también se indicará en el Acta).

En consecuencia, se extenderá Acta de Infracción en materia de seguridad e higiene, consignándose como preceptos infringidos los artículos 4.º d) y 19.1 del ET (42), en relación con los artículos 20.3 (protección perimetral de plataformas de trabajo con peligro de caída desde más de 2 metros), 23 (condiciones de las barandillas), 141 (disposiciones generales sobre la protección personal) y 151 (cinturones de seguridad) de la OGSHT; así como los artículos 192 (protección perimetral en los trabajos en cubiertas, y uso de cinturones de seguridad si tienen marcada inclinación) y 193 (uso de cinturones de seguridad en trabajos con peligro de caída grave) de la OLC.

– Infracciones en la utilización del andamio colgado móvil:

El andamio incumple las prescripciones de seguridad relativas a longitud máxima del andamio (8 metros, frente a los 9 que tiene), altura de la barandilla interior (es de 60 cm, frente a los preceptivos 70 cm como mínimo) y distancia máxima del parámetro (debe ser inferior a 45 cm, frente a los 50 cm indicados en el supuesto).

(41) Instrucción 101/1995, de 27 de enero de 1995, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

(42) Norma de rango legal que establece los derechos y obligaciones generales en la materia (al no estar aún aprobada en la fecha de la visita la Ley de Prevención de Riesgos Laborales).

– *Calificación, propuestas de sanción y responsabilidades:*

En principio, las infracciones constatadas pueden ser calificadas como graves, conforme a lo establecido en el artículo 10.9 de la LISOS, si bien respecto de la primera situación descrita, en función de las circunstancias concretas que se apreciaren en la visita, podría existir una situación de «**riesgo grave e inminente**» (43), lo que determinaría la apreciación de una infracción calificable como muy grave, según el artículo 11.4 de la LISOS. Además, constatada una situación de riesgo de mayor gravedad, procedería también cursar una orden de paralización de aquellos trabajos que en concreto resultasen inmediatamente afectados por la misma (44), hasta la comprobación de la efectiva subsanación de las deficiencias y la consiguiente desaparición de esa situación.

Calificadas las infracciones, la graduación de las sanciones a proponer se llevaría a cabo en función de las circunstancias concurrentes y de acuerdo tanto con los criterios generales del apartado 1 del artículo 36 de la LISOS, como con los criterios específicos del apartado 2 del mismo precepto. La propuesta de sanción se realizaría de acuerdo con el artículo 37 de la LISOS.

En cuanto a la empresa o empresas que puedan resultar responsables de las infracciones constatadas, una interpretación literal del entonces vigente párrafo 2.º del artículo 40 de la LISOS lleva a la conclusión de que cabía exigir una **responsabilidad directa del empresario principal por su condición de tal** (en el supuesto práctico, «Joima, S.A.»), respecto de las infracciones que, aun afectando a trabajadores de empresas contratistas o subcontratistas de su misma actividad, se hubieran producido en su centro de trabajo. En el presente caso, la existencia de un aparejador que dirige la obra y de un encargado general, ambos de la empresa principal, evidencia su responsabilidad en relación con las condiciones de seguridad en la obra y la idoneidad de la aplicación de lo previsto en el citado precepto legal (45).

-
- (43) Para concretar el significado y alcance de este concepto, puede atenderse a la definición dada por el artículo 4.º del entonces proyecto de Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
- (44) La orden, independiente de la posible sanción a proponer en el Acta de Infracción correspondiente, se comunicaría al empresario mediante diligencia en el Libro de Visitas o notificación formal, y sería inmediatamente ejecutiva sin perjuicio de su posible impugnación ante la Autoridad Laboral en el plazo de tres días hábiles, con resolución en el plazo de cinco días hábiles. Véase, sobre la cuestión, artículo 13.2 e) de la LOIT, artículo 188 de la LGSS de 1974 -no derogado por el Texto Refundido de la LGSS de 1994-, y artículo 4.º del Decreto 1860/1975, de 10 julio (normas de procedimiento), además del artículo 44 del entonces proyecto de Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
- (45) No ha sido pacífica la cuestión relativa a la conjunción de esta responsabilidad con la que también pudiera exigirse, a través de un expediente administrativo sancionador independiente, al empresario contratista o subcontratista, como empresario de los trabajadores afectados por las infracciones constatadas, de acuerdo con los artículos 4.º2 d), 19.1 y 20 del ET y artículo 2.º1 de la LISOS. Sobre la compatibilidad de ambas responsabilidades se pronunció la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Consulta de 27 de junio de 1989 (IDITSS 2/89, pág. 521). Resulta discutible la aplicabilidad del principio non bis in idem, en la medida en que se apreciaren distintas «autorías» de distintos sujetos responsables. En todo caso, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, deroga el apartado 2 del artículo 40 de la LISOS y viene a establecer con claridad en su artículo 42.2 (en relación con el art. 24.3) una responsabilidad solidaria (ya no directa e *independiente*) del empresario principal con los contratistas y subcontratistas (sobre dicha ley, considerar la *vacatio legis* de tres meses introducida en su disp. final segunda).

Como cuestión predicable de todos los expedientes sancionadores a instruir a consecuencia de la inspección realizada, procederá recoger en un Acta de Infracción, todas las distintas infracciones apreciadas en una materia (seguridad e higiene, trabajo, empleo, Seguridad Social, extranjeros) respecto de cada sujeto responsable, sin perjuicio de la adecuada individualización de cada una de las infracciones apreciadas y calificadas y la consiguiente determinación de las correlativas sanciones propuestas en cada caso. Deberá existir cierta coherencia en la apreciación, en cada caso, de las circunstancias atenuantes o agravantes establecidas en el artículo 36 de la LISOS.

10. Supuesto de trabajos con riesgos eléctricos.

– La protección contra contactos en las instalaciones y equipos eléctricos, en lo que respecta al supuesto aquí planteado, se encuentra regulada en el artículo 51 del OGSHT como norma preventiva laboral (además del Reglamento Electrotécnico de Baja Tensión y sus Instrucciones Complementarias MI BT).

En el caso se expone el uso de una herramienta eléctrica que se ha conectado a la corriente eléctrica directamente, sin el preceptivo **aislamiento** en la toma de corriente. Los cables desnudos que se introducen en la forma descrita son partes activas de la instalación eléctrica que no se encuentran así protegidos adecuadamente (además de que la realización del tipo de conexiones descrito obviarán la protección mediante toma de tierra).

Por ello, resulta claro que los hechos descritos constituyen al menos infracción en materia de seguridad e higiene, del artículo 51.1 b) y c) de la OGSHT (46). También se vulnera el artículo 22 del Reglamento Electrotécnico de Baja Tensión aprobado por Real Decreto 2413/1973, de 20 de septiembre (BOE de 9 de octubre) sobre condiciones técnicas de las instalaciones interiores o receptoras (de la red de distribución). Debe considerarse también vulnerado lo previsto en la materia por las Instrucciones Complementarias MI BT aprobadas por la Orden del Ministerio de Industria de 31 de octubre de 1973 (BOE de 27 a 31 de diciembre), en concreto la MI BT 021 -sobre protección contra contactos directos e indirectos en las instalaciones interiores o receptoras- y la MI BT 028 en su apartado 4 -prescripciones particulares en las instalaciones temporales y obras-.

– La infracción debe ser calificada preceptivamente como grave, de acuerdo con el entonces vigente artículo 10.9 de la LISOS, pudiéndose considerar responsables, conforme a los criterios ya mencionados, tanto a la empresa principal «Joima, S.A.», como a la empresa de los propios traba-

(46) «En las instalaciones y equipos eléctricos para la protección de las personas contra los contactos con partes habitualmente en tensión se adoptarán algunas de las siguientes prevenciones: (...) b) Se recubrirán las partes activas con aislamiento apropiado, que conserven sus propiedades indefinidamente y que limiten la corriente de contacto a un valor inocuo; c) Se interpondrán obstáculos que impidan todo contacto accidental con las partes activas de la instalación. Los obstáculos de protección deben estar fijados en forma segura y resistir a los esfuerzos mecánicos usuales».

jadores afectados por la infracción, «Estructuras y ventanas P.V.C., S.L.». Debe señalarse que la infracción no implica una deficiencia en la instalación eléctrica en sí, sino en su utilización durante la realización de los trabajos de instalación de las ventanas del edificio.

11. Consulta sobre normativa en materia de incendios.

11.1. La actuación inspectora requerida en este punto del supuesto será de asesoramiento e información, de «**asistencia técnica**» en definitiva, de acuerdo con el artículo 3.º IV de la LOIT y con el artículo 2.º V del RIT. En materia de seguridad y salud laboral, la Ley de Prevención de Riesgos reforzará este aspecto de la actuación inspectora, señalando como una de las funciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social [art. 9.º1 b)], la de «asesorar e informar a las empresas y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones cuya vigilancia tiene encomendada» (debe considerarse también, en relación con ello, el art. 40 de la citada ley). Dicha función no mermará, sino que se complementará, con las demás funciones propias del Cuerpo.

11.2. Al hilo de la consulta realizada, se comprueba la inexistencia de **Comité de Seguridad e Higiene** en la empresa. Recordemos que, durante la visita, la empresa hotelera tenía en plantilla a un total de 115 trabajadores, aunque de todos ellos -según se indica ahora- sólo 70 son fijos.

En este sentido, el Decreto 432/1971, de 11 de marzo (BOE del 16 de marzo) sobre constitución, composición y funciones de los Comités de Seguridad e Higiene en el Trabajo nada dice sobre la exclusión de trabajadores no fijos en el cómputo de la plantilla para constituir tales órganos (tampoco se aclara nada al respecto en otras disposiciones, como el art. 8.º de la OGSHT) (47). En consecuencia, nos pronunciaremos rotundamente en el sentido de considerar que todos los trabajadores, fijos y temporales, deben computarse, sin exclusiones, a efectos de determinar la constitución del Comité mencionado (48).

(47) No parece que deba distinguirse donde la normativa no distingue, menos aun si con ello se da una interpretación restrictiva de preceptos sobre la protección de los derechos de los trabajadores en relación con su seguridad y su salud. Aunque se trata de órganos de naturaleza distinta, podemos considerar la regulación del ET sobre la representación legal de los trabajadores, que incluye a todos ellos sin necesidad de su especificación (si bien alude directamente a la elección de estos órganos por «todos los trabajadores» en su art. 69.1). Además, en la regulación sobre el Comité de Seguridad y Salud, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (art. 38) nada detalla tampoco sobre una posible diferente condición de los trabajadores temporales en esta materia, pareciendo en todo caso y de modo notorio que una posible exclusión queda fuera de toda previsión. Obsérvese, en relación con ello, que la constitución de este órgano especializado se vincula con la de los órganos de representación general antes indicados.

(48) No existiendo una doctrina jurisprudencial propiamente dicha sobre esta materia, baste aquí recordar que el artículo 1.º del Decreto 432/1971 establece que «en todas las empresas y centros de trabajo que cuenten con más de 100 trabajadores, o, cuando sin alcanzar este número, por la especial peligrosidad de las actividades que realicen, así lo ordenase el Ministerio de Trabajo, se constituirá un Comité de Seguridad e Higiene en el Trabajo». Nada hace pensar en una posible exclusión de los trabajadores temporales, pudiéndose señalar que, como es lógico, la única matización realizada (y en un sentido de extensión en la aplicación de la norma) se vincula a motivos de especial peligrosidad en la actividad realizada por los trabajadores. Obviamente, el trabajo realizado por el personal contratado temporalmente en nada se diferencia, desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales, con la de los fijos, sino que en todo caso, la situación de aquéllos en la empresa incluso podría hacerlos más vulnerables a esos riesgos.

Como elemento interpretativo fundamental que pudiera reforzar tal conclusión, cabe aludir a la Directiva del Consejo 91/383/CEE sobre promoción de la seguridad y la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal. Pese a que debió haber sido transpuesta antes del 31 de diciembre de 1992, sólo con la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales (art. 28) se llevará a cabo su plena incorporación al Ordenamiento interno, subrayándose la completa equiparación de los trabajadores temporales y los fijos en esta materia (y añadiéndose determinados derechos específicos de los trabajadores temporales). Sin querer aquí plantear la cuestión sobre la aplicabilidad de las Directivas comunitarias no desarrolladas por el Ordenamiento interno en el plazo previsto en ellas (49), puede considerarse su relevancia en la interpretación del sentido que deba darse a las normas nacionales sobre la materia.

Finalmente, una interpretación de la normativa sobre la materia que pretendiera la exclusión de los temporales del «censo» de la plantilla a los efectos aquí comentados, podría ser tachada de discriminatoria y contraria al principio de igualdad, al establecer una diferenciación (no prevista normativamente) sin que parezcan existir motivos justificados y razonables para ello (no son motivos suficientes los posibles problemas de cómputo en supuestos de alta fluctuación de la plantilla) (50).

– La actuación inspectora más prudente y oportuna, ante la situación así planteada, sería la de formular un **requerimiento**, en el Libro de Visitas, incluso con la posibilidad de su formalización mediante Acta de Advertencia (51), dando un plazo a la empresa para la constitución del Comité de Seguridad e Higiene, después de oír suficientemente las razones de ambas partes y asesorarlas suficientemente sobre los criterios a considerar por el Inspector actuante (y con el apercibimiento correspondiente para el caso de que el requerimiento o advertencia no sea atendido). Sin embargo, podría valorarse también la posibilidad de apreciar una infracción sancionable (por incumplir los preceptos citados sobre constitución del Comité), a calificar como infracción grave en materia de seguridad y salud laboral, de acuerdo con el artículo 10.6 de la LISOS.

(49) Véase sobre esta cuestión, Caso Práctico de Inspección de Trabajo y Seguridad Social publicado en la *Revista* en mayo de 1995, número 146, pág. 125.

(50) Sobre la improcedencia de toda diferenciación injustificada en el status de ambas categorías de trabajadores, entre otras, STS de 13 de mayo de 1991, Sala de lo Social (RJAr. 3909), según la cual, «la temporalidad de la relación laboral... no conlleva una diferenciación esencial, y sí sólo meramente cronológica, respecto del contrato de trabajo concertado por tiempo indefinido (...) a igualdad o similitud de cometido laboral desarrollado a través de la modalidad de contratación temporal, no es dable admitir diferencias sustanciales en su régimen jurídico respecto a la contratación por tiempo indefinido en materias de retribución salarial, jornada de trabajo, descansos, inclusión en el propio convenio colectivo aplicable (...)». Debe rechazarse una caracterización sustancial distinta del trabajo desarrollado en régimen de contratación temporal respecto del realizado en una relación de fijeza. En igual sentido, entre otras, desarrollando esta doctrina, STSJ de Navarra de 18 de octubre de 1994 (AL 334/95), y SSTSJ de Castilla-La Mancha de 9 de septiembre de 1994 (AL 1768/94) y 8 de mayo de 1995 (AL 1297/95), esta última con un análisis general de la jurisprudencia sobre la cuestión.

(51) Según artículo 8.º del Decreto 1860/1975, de 10 de julio.

11.3. La **normativa en materia de incendios** más relevante en relación con el supuesto planteado sería la siguiente:

1. Como normativa más general:

- OGSHT; básicamente Capítulo VII: prevención y extinción de incendios (arts. 71 al 82).
- Real Decreto 1942/1993, de 5 de noviembre (BOE de 14 de diciembre) sobre Reglamento de Instalaciones de Protección contra Incendios.
- Real Decreto 279/1991, de 1 de marzo (BOE de 8 de marzo) que aprueba la Norma Básica de la Edificación NBE-CPI/91: condiciones de protección contra incendios en los edificios.
- Real Decreto 1230/1993, de 23 de julio (BOE de 27 de agosto), que aprueba el Anejo C, «Condiciones particulares para el uso comercial», de la Norma Básica anterior.
- Orden Ministerial de 29 de noviembre de 1984 (BOE de 26-2-1985): Protección civil: Manual de Autoprotección. Guía para el desarrollo del Plan de Emergencia contra incendios y de evacuación de locales y edificios.
- Orden Ministerial de 31 de mayo 1982 (BOE de 23 de junio) sobre extintores de incendios; modificado por las Órdenes Ministeriales de 26 de octubre de 1983 (BOE de 7 de noviembre), 31 de mayo 1985 (BOE de 20 de junio) y 15 de noviembre de 1989 (BOE del 28 noviembre).

2. Como normativa técnica aplicable específicamente a la actividad y tipo de centro de trabajo objeto de la actuación inspectora (y sin perjuicio de las normas generales anteriores):

- Orden Ministerial de 25 de septiembre de 1979 (BOE de 20 de octubre) sobre protección contra incendios en establecimientos hoteleros; modificada por Orden Ministerial de 31 de marzo de 1980 (BOE de 10 de abril).
- Circular (Dirección General de Empresas y Actividades Turísticas) de 10 de abril de 1980 (BOE de 6 de mayo): aclara las normas anteriores.

3. Las normas de carácter y ámbito municipal también pueden ser consideradas, en cuanto que establecen prescripciones técnicas sobre la materia: en Madrid, deben considerarse -según sea la aplicabilidad de una u otra al supuesto- las Ordenanzas Municipales de Prevención de Incendios del Ayuntamiento de Madrid de 27 de enero de 1976 (BOP de 26 de marzo) y 28 de marzo de 1993 (BOP de 4 de agosto).

12. Supuesto de control de altas.

12.1. Al controlar el Inspector actuante la regular situación en materia de empleo y Seguridad Social del personal de las oficinas, comprueba que una de las personas que allí se encontraban (del caso parece desprenderse que realizaba una actividad calificable como laboral) se niega a identificarse y a dar razón de su permanencia en el centro; procediendo la empresa de igual manera.

La negativa de la empresa a «identificar o dar razón de su presencia sobre las personas que se encuentran en dicho centro realizando *cualquier actividad*» (véase por tanto que tal negativa se sanciona con independencia del tipo de actividad, laboral o no, que realicen en el centro de trabajo visitado las personas no identificadas) constituye **infracción por obstrucción a la labor inspectora**, calificada como muy grave, según el artículo 49.3.1 de la LISOS (en redacción dada por la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, BOE del 31).

La alegación de esa persona de que no era trabajador es irrelevante a estos efectos, y si por las circunstancias del caso el Inspector actuante puede observar que realizaba actividades como tal, tales actividades deberán detallarse suficientemente en el Acta, que en general deberá recoger una descripción suficientemente pormenorizada de las circunstancias producidas. Finalmente, en la apreciación de las posibles circunstancias agravantes (para la graduación de la propuesta de sanción) no deberá recurrirse a circunstancias que sean realmente constitutivas de la propia comisión de la infracción.

12.2. En cuanto a la trabajadora que no se encontraba inscrita en el Libro de Matrícula durante la visita, aunque se acreditó al momento (esta circunstancia es muy importante) que había sido dada de alta previamente a su ingreso (salvo que se pueda acreditar que éste se produjo con anterioridad a la fecha de la visita), de la descripción del supuesto no se desprende otra irregularidad que no sea la de no llevar en orden y al día el Libro de Matrícula de Personal, por no figurar inscrita en el mismo la trabajadora recién incorporada (52).

Con ello se infringe el artículo 101 de la LGSS en relación con el artículo 19 de la Orden Ministerial de 28 de diciembre 1966 (BOE del 30), así como al artículo 2.º de la Orden Ministerial de 7 de julio 1967 (BOE del 19); preceptos a incluir como infringidos en el Acta de Infracción que en su caso se considere que deba extenderse (53).

(52) La importancia de la puntual inscripción de cada trabajador en el Libro de Matrícula era mucho mayor cuando existía un plazo de cinco días para presentar el parte de alta en Seguridad Social. Con el establecimiento de la obligación de presentar el alta con carácter previo al ingreso al trabajo, según artículo 1.º de la Orden Ministerial de 17 de enero de 1994 (BOE del 24), la importancia del Libro de Matrícula como instrumento de control en relación con la cuestión planteada ha disminuido (y en igual medida, desde esta perspectiva, la relevancia de las infracciones en la materia). Sin embargo, en supuestos en los que la fecha del alta resulta coincidente con la fecha de la visita, y si tal tramitación no se puede constatar durante ésta (más aun, por ejemplo, en caso de que el alta se tramite a través de Correos, sin constancia de la hora de su remisión), el Libro de Matrícula puede seguir siendo un elemento de gran utilidad para la actuación inspectora.

(53) Según el artículo 7.º del Decreto 1860/1975, de 10 julio, cuando el Inspector actuante «constate la existencia de hechos constitutivos de infracción de leyes sociales, **podrá** extender el acta o actas que estime procedentes o formular el requerimiento o requerimientos que considere oportunos»; lo cual expresa con claridad un cierto margen valorativo (que no existe en relación con la extensión de Actas de Liquidación).

En la medida en que la infracción constatada no ha originado realmente ningún perjuicio, al encontrarse puntualmente en alta la trabajadora, y tratarse quizá de un simple descuido o negligencia, podría plantearse quizá la oportunidad de no extender Acta, sino formular un requerimiento o formalizar un Acta de Advertencia. Sin embargo, el objeto de tal advertencia o requerimiento, de referirse a la omisión concretamente observada, podría incluso ser atendido de modo inmediato durante la visita, con la consignación en el Libro de los datos de la trabajadora, todo lo cual encaja mal con la formalización de la actuación inspectora, que por otra parte no debería tener por objeto advertencias genéricas o «para el futuro». Por otra parte, puede relacionarse, a los exclusivos efectos de manejar criterios de oportunidad, la omisión aquí constatada con la conducta obstructora descrita en el anterior apartado.

13. Supuesto de desigualdades retributivas entre personal fijo y temporal.

13.1. Impago de dietas al personal con contrato por obra:

– En una primera aproximación, partimos de considerar igualmente aplicable el Convenio Colectivo tanto al personal fijo como al temporal (suponemos que el Convenio no hace ninguna distinción al respecto), por lo que éste se ha incumplido al no abonar la empresa las cantidades allí estipuladas a los seis trabajadores contratados por obra (según R.D. 2546/1994).

Ello supondría infracción del artículo 4.º 2 f) del ET y al precepto correspondiente del Convenio (entendemos que es un Convenio estatutario); infracción laboral calificada como grave conforme al artículo 95.10 del ET. Debe señalarse (de modo similar a lo planteado en otro punto del supuesto) que al **no tratarse de una retribución de naturaleza estrictamente salarial**, no son aplicables los artículos 29 y 96.1 del ET (sobre obligación del pago de salarios y su incumplimiento, calificado como infracción muy grave).

– Por otra parte, el incumplimiento observado en la empresa respecto de su personal contratado por obra podría relacionarse con una situación de trato discriminatorio o de vulneración del principio de igualdad, al excluir de modo infundado a tales trabajadores de una remuneración preceptiva que sí se abona al personal fijo y cuyo devengo (como compensación por gastos) no depende de la naturaleza del vínculo laboral. Así, según STC 52/1987, de 7 de mayo (BOE de 5 de junio), entre otras (54), constituye una desigualdad de trato irrazonable la que utiliza como elemento diferenciador para establecer distintas condiciones laborales la naturaleza de personal fijo o no fijo de los trabajadores.

(54) En relación con posibles diferenciaciones establecidas normativamente en Convenio, y en igual sentido, SSAN de 4 de julio de 1994 y 28 de julio de 1994, Sala de lo Social (AL 1624/94 y 1675/94) consideran discriminatoria la diferente compensación económica por trabajos en festivos para fijos y temporales, y en general, la retribución inferior establecida para los trabajadores temporales. Según STCT de 29 de agosto de 1983 (RTCT 7308), la regulación de las condi-

En la apreciación de la conducta discriminatoria, debe considerarse también que la jurisprudencia ha señalado en alguna ocasión que la existencia de discriminación exige un mínimo *animus discriminandi*, por las circunstancias enumeradas en el artículo 14 de la CE y 17 del ET (55), y de acuerdo con las circunstancias concretas del caso, que habría que valorar.

La conducta discriminatoria apreciada vulneraría el artículo 4.º 2 c) del ET, en cuyo caso la infracción se calificaría como muy grave, según el artículo 96.12 del ET (sin embargo, la temporalidad del vínculo contractual no se encuentra formulada de modo específico en tales preceptos). En ese caso procedería iniciar el correspondiente proceso de oficio (según art. 149.2 de la LPL, y conforme a lo ya indicado en puntos anteriores del supuesto).

Todo ello, también sin perjuicio del posible planteamiento de la cuestión ante la jurisdicción social, por parte de los trabajadores afectados o de sus representantes, bien como mera reclamación de cantidades, o incluso -si se aprecia una vulneración del art. 14 de la CE- recabando la tutela judicial mediante el correspondiente procedimiento especial sumario y preferente previsto en el artículo 53.2 de la CE [y finalmente, podría plantearse en su caso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (56)].

13.2. Abono del plus salarial establecido unilateralmente sólo al personal fijo:

El abono por parte del empresario, de modo voluntario y unilateral, de cantidades diferentes a diferentes trabajadores no constituye en sí misma una conducta discriminatoria ni vulnera el principio común de igualdad.

Así, según la importante Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1984, de 9 marzo (BOE de 3 abril) y las posteriores que reprodujeron su doctrina, el empresario puede disponer libre y unilateralmente **diferentes retribuciones para diferentes trabajadores, respetando los mínimos**

ciones ordinarias de trabajo debe ser igual para fijos y eventuales, pero no así las cuestiones que por su naturaleza sólo son alcanzables para los fijos, como premios de vinculación, adscripción a fondos de pensiones u otras similares [análogamente, entre otras, STCT 25 de mayo de 1987 (RTCT 11675). En esta línea, según SSTCT de 24 de mayo de 1983 (RTCT 5041) y 16 de enero de 1987 (RTCT 2023), cabe abonar sólo al personal fijo pluses de especialización (por una mayor experiencia laboral) o matrimonio (como premios a la vinculación con la empresa).

Por otra parte, según STCT de 21 de abril de 1987 (RTCT 9081), pueden establecerse superiores salarios para el personal eventual, en atención a las desventajas de la precariedad del empleo.

(55) SSTS, Sala de lo Social, de 12 de marzo de 1987 (RJA. 1393) y 16 de octubre de 1989 (RJA. 7273).

(56) Siendo en tales casos objeto del recurso la sentencia impugnada que no reparase la vulneración sufrida, según las SSTC 2/1982, de 29 de enero (BOE de 26 de febrero) y 94/1983, de 14 de noviembre (BOE de 2 de diciembre), entre otras.

legales o convencionales, de modo que si la diferencia salarial no tiene significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el ET, no vulnera el principio de igualdad (57).

Por otra parte, el **plus salarial establecido *ad personam*** parece reunir los caracteres de una **condición más beneficiosa** (58), no considerándose en principio discriminatorio su mantenimiento sólo para sus destinatarios originarios (si así lo fueron los trabajadores fijos) y su no otorgamiento para los de ingreso posterior (si así lo fueron los empleados por obra determinada) (59).

En todo caso, la circunstancia de que la decisión del empleador haya excluido sólo y precisamente al personal temporal podría llevar a reflexionar sobre una posible conducta discriminatoria (conforme a lo ya comentado en el apartado anterior), cuestión que en todo caso no aparece completamente aclarada (60).

Como consecuencia, podría resultar oportuno, en su caso, el planteamiento de la cuestión ante la jurisdicción social (en los términos ya comentados anteriormente).

-
- (57) Según esta doctrina, la aplicación de la igualdad de trato en el ámbito de las relaciones privadas requiere un principio jurídico que la imponga, y en el Ordenamiento Laboral este principio no existe con carácter absoluto y general, vinculándose a las prohibiciones concretas de discriminación del artículo 14 de la CE y de los artículos 4.º c) y 17.1 del ET, donde se excluye la discriminación por una serie de factores, pero no se ordena una absoluta igualdad de trato. Respetando tales límites, existe un margen para que por acuerdo privado o decisión del empresario se establezcan, en virtud de la autonomía de la voluntad, **diferencias que respeten los mínimos legales** y no tengan significado discriminatorio. Recogiendo dicha doctrina, entre otras, SSTCT de 17 de enero de 1985 (RTCT 269) y 4 de septiembre de 1987 (RTCT 8693); así como SSTS, Sala de lo Social, de 19 de febrero de 1986 (RJAr. 787) y 9 de julio de 1990 (RJAr. 6078). De modo muy expresivo se señala en STSJ del País Vasco de 12 de septiembre de 1994 (AL 65/95) que, conforme a SSTCT de 5 de abril de 1988 (RTCT 2700) y 7 de febrero de 1989 (RTCT 64), la desigualdad de salarios no supone necesariamente una desigualdad caprichosa y arbitraria, sino que con frecuencia obedece a circunstancias particulares que inducen al empleador a satisfacer a algunos de sus operarios una retribución mayor que a otros, dado el carácter personalísimo de la relación laboral, sin que ello implique ofensa para los menos favorecidos ni privilegio para los mejor remunerados, con la única limitación de respetar los mínimos legales o convencionales.
- (58) Según STS de 20 de mayo de 1991, Sala de lo Social (RJAr. 3919), entre otras, es condición más beneficiosa la mejora de las condiciones laborales, persistente en el tiempo y regular en su disfrute, derivada de una decisión unilateral de la empresa. Se configura como una ventaja adquirida *ad personam* por los empleados destinatarios, incorporándose a su vínculo contractual [SSTS, Sala de lo Social, de 28 de febrero de 1994 (RJAr. 2539) y 4 de julio de 1994 (RJAr. 6335)].
- (59) Según STC 171/1989, de 19 de octubre (BOE de 7 de noviembre), no es discriminatorio mantener un complemento personal como condición más beneficiosa del personal ingresado anteriormente al acaecimiento de la circunstancia que la origina.
- (60) En STSJ de Castilla y León/Burgos de 10 de mayo de 1993 (AS 2245) se señala que una condición más beneficiosa establecida en su día para todo el personal no puede restringirse posteriormente y excluirse para el personal ingresado posteriormente mediante contratos temporales, pues la temporalidad del contrato no puede justificar la restricción decidida por la empresa, que es discriminatoria. Por lo demás, procede remitirse a la doctrina ya expuesta sobre el trato desigual de los trabajadores temporales.

14. Supuesto de trabajadores autónomos en Comunidad de Bienes.

– No se aprecia ninguna irregularidad en la actividad desarrollada por los tres miembros de la Comunidad de Bienes. A falta de otros datos, no hay base para avanzar en la eventual existencia de algún tipo de vinculación de índole laboral con alguna empresa (que estuviera simulada bajo la apariencia de un trabajo autónomo en la Comunidad indicada).

– **La falta de cotización de los tres trabajadores autónomos a su Régimen Especial** determina en todo caso la exigencia de las consiguientes responsabilidades, individualizables en cada uno de ellos.

La falta de cotización de cada uno de los trabajadores podría motivar, en consecuencia, tanto la preceptiva reclamación de la deuda por el procedimiento legalmente previsto en tales supuestos; como la posible extensión de Acta de Infracción a cada trabajador, al infringir cada uno de ellos su obligación de ingresar las cuotas en tiempo y forma (y con las matizaciones que luego se dirán).

– Respecto de la **reclamación o liquidación de la deuda**, ni antes ni después de la Ley 42/1994, ha sido competente la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para formularla. Antes de la Ley 42/1994, la competencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la consiguiente procedencia para extender Actas de Liquidación se circunscribía a dos supuestos concretos:

- a) La falta de cotización derivada de una situación de falta de alta en el correspondiente régimen de Seguridad Social.
- b) La falta de cotización derivada de una cotización en cuantía inferior a la debida (típicamente, por bases de cotización reales superiores a la declaradas, por aplicación de tipos inferiores a los preceptivos o por aplicación indebida de bonificaciones o reducciones en las cuotas) (61).

(61) Se trata de dos supuestos que requieren en principio una actuación de inspección y no de mera gestión recaudatoria, en la medida en que:

1. Habrá un cierto comportamiento de ocultación o fraude que originaría la deuda, y
2. Deberán contrastarse situaciones de hecho con las situaciones declaradas por el deudor, o bien analizarse la corrección jurídica de estas declaraciones.

La propia existencia de la deuda no es indubitada, sino que se determina como conclusión de una actuación inspectora, pudiendo existir un mayor margen para la discusión y la apreciación, tanto de situaciones de hecho como de interpretaciones jurídicas. Así, la falta de alta puede obedecer a una prestación de servicios cuya naturaleza laboral sea negada por la empresa; y las deficiencias en la cotización puede derivar de la no inclusión en las bases de cotización de determinados conceptos que la empresa no considera cotizables. Estos supuestos, típicos de una actuación de inspección, se diferencian nítidamente de las situaciones de simple morosidad, de impago de unas cuotas cuya realidad en principio no será discutida (en la medida en que se trata de trabajadores dados de alta por la empresa y cuyos datos personales y profesionales la propia empresa ha comunicado a la Tesorería; y sin perjuicio de posibles inexactitudes o insuficiencias en los datos de que se dispongan, por el posible incumplimiento por la empresa de sus obligaciones de comunicar las bajas de sus trabajadores o el cese en sus actividades).

Con la Ley 42/1994 se prevé que también se reclamen mediante Acta de Liquidación expedida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, las deudas por falta de cotización de trabajadores dados de alta, cuando el empresario no haya presentado los documentos de cotización en plazo reglamentario (o bien respecto de trabajadores en alta pero no incluidos en tales documentos, aun presentados en plazo) (62). Se trataría, por lo tanto, de aquellos supuestos en los que, aun partiendo de una deuda en principio indubitada, conforme a los datos disponibles, se desconocen algunos datos necesarios para practicar de inmediato una liquidación exacta [así, se desconocen las bases de cotización de los trabajadores correspondientes al período del descubierto (63)].

Sin embargo (y por las circunstancias indicadas), la propia Ley 42/1994, en la redacción que da al artículo 30.1 d) de la LGSS, incluye expresamente entre los supuestos en los que no procede extender Acta de Liquidación, sino expedir «**Reclamación de deuda**», las deudas por cuotas relativas a trabajadores en alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, entre otros supuestos en los cuales existe una **cuota fija** establecida (no será así preciso en principio ninguna actuación inspectora específica para la exacta determinación del importe de la deuda, atendándose para ello a la cuota fija aplicable al período al que afecte la reclamación) (64).

Teniendo en cuenta que el período de descubierto se inicia en enero de 1995, ya vigente la citada Ley 42/1994, no procederá ninguna actuación inspectora en relación con la reclamación administrativa de la deuda.

– Respecto de la infracción administrativa a las normas de Seguridad Social en que habría incurrido cada trabajador autónomo, por incumplir sus obligaciones de ingreso puntual de sus cuotas, el Inspector podrá, en función de las circunstancias concurrentes, extender las correspondientes Actas, atendiendo a los preceptos sustantivos infringidos que serían los siguientes: artículo 15 de la LGSS, artículos 11, 12 y 13 del Decreto 2530/1970, de 20 agosto (BOE del 15 septiembre), artículos 19, 20 y 21 de la Orden Ministerial de 24 septiembre 1970 (BOE del 30), artículo 9 del Real Decreto 1517/1991, de 11 octubre (BOE del 25) (65) en relación con el artículo 6.1.1 e) de la Orden Ministerial de 8 de abril 1992 (BOE del 15).

La calificación de la infracción podría plantear algunas dudas derivadas de los términos en que está redactado el artículo 14 de la LISOS, dado que, respecto de la tipificación de la infracción grave de Seguridad Social recogida en el apartado 5, se alude allí al supuesto de «no ingresar (...)

(62) Véase también actualmente el artículo 84 del Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre (BOE del 24) aprobatorio del Reglamento General de Recaudación, en vigor a los 20 días de su publicación.

(63) Sobre determinación de la deuda, véase en todo caso el artículo 32 de la LGSS en redacción dada por la Ley 42/1994, y actualmente, también el artículo 85.2 del Real Decreto 1637/1995.

(64) Véase también, actualmente, artículos 80 y 82 del citado Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre.

(65) Actualmente, artículo 9.º 1 e) del Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre (BOE del 24), aprobatorio del nuevo Reglamento General de Recaudación.

las cuotas correspondientes, que por todos los conceptos recauda el Sistema de la Seguridad Social (...) siempre que la falta de ingreso no obedezca a una situación extraordinaria de la empresa (...). En todo caso, la tipificación tiene lugar en la Sección Primera del Capítulo Tercero de la ley, dedicada específicamente a las «Infracciones de los empresarios o Asimilados», entre los cuales habrá que incluir a los trabajadores autónomos, como sujetos responsables en relación con las infracciones tipificadas en las que puedan incurrir, conforme al artículo 2.º 2 de la LISOS (66).

15. Supuesto de trabajador extranjero.

El trabajador extranjero no se encuentra en situación irregular, pese a que el último permiso de trabajo concedido, de la clase B (67), ya no esté en vigor.

Según el artículo 46.2 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 mayo (BOE de 12 de junio), las renovaciones de los permisos de trabajo deben solicitarse con una antelación mínima de un mes a la fecha de su vencimiento, lo que en el supuesto planteado ha sido cumplido, al cursar la empresa su solicitud dentro del plazo reglamentario, el día 2 de mayo (68).

Además, según el artículo 48 del citado reglamento (segundo párrafo), el resguardo de la solicitud de renovación del permiso -que la empresa exhibe en el caso planteado- «surtirá los mismos efectos de éste (del permiso) mientras no se resuelva el expediente».

16. Supuesto sobre el contenido de la copia básica de los contratos.

Actualmente debe considerarse ya fuera de toda duda que el salario del trabajador es un dato que debe incluirse en la «copia básica» del contrato que la empresa debe entregar a los representantes legales de los trabajadores, conforme a los artículos 8.º3 a) y 64.1.2.º del ET (anteriormente, art. 1.º de la Ley 2/1992, de 7 de enero, refundida y derogada por el R.D.Leg. 1/1995, de 24 de

(66) Iguales dudas se plantearían en relación con la redacción del artículo 14.1.2 y su aplicación a los trabajadores autónomos. Sobre dicha aplicabilidad, admitida en la actual doctrina administrativa, véanse, entre otras, las consideraciones de *F. BENITA* en «Infracciones y sanciones en el orden social» (Serv. y Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), págs. 424 y 451.

(67) Sobre su concesión, véanse artículos 36 y 37 del Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo.

(68) Según el artículo 44.1 a) del Real Decreto 1119/1986 citado, están legitimados para presentar la solicitud del permiso de trabajo, «el empresario o patrono que pretenda emplear al extranjero, cuando se trate del ejercicio de actividades laborales por cuenta ajena» (e igualmente respecto de la renovación del permiso). En el apartado 2 del precepto se contempla la posibilidad de que el trabajador curse directamente la solicitud, si el empresario incumple su obligación al respecto.

marzo), y que según tal precepto debe incluir «todos los datos del contrato a excepción del número del documento nacional de identidad, el domicilio, el estado civil y cualquier otro que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 mayo (69) pudiera afectar a la intimidad personal».

La STC 142/1993, de 22 de abril (BOE de 20 mayo) resolvió definitivamente algunas de las dudas planteadas sobre la **constitucionalidad de la Ley 2/1991**, y sobre el contenido de la citada «copia básica». Según el Tribunal Constitucional, los derechos de información establecidos en la ley en favor de los representantes de los trabajadores y su acceso a la «copia básica» de los contratos no menoscaban el derecho a la intimidad del trabajador, de modo que las cláusulas contractuales sobre el contenido de la prestación laboral, las condiciones de trabajo, la modalidad de contratación y la **retribución estipulada** exceden de la esfera estrictamente personal y entran en el **ámbito de las relaciones sociales y profesionales** (deben, pues, incluirse en la citada «copia básica») (70).

Así pues, podemos interpretar que la «copia básica» debe consistir en una **copia más del contrato** (no un documento distinto o un resumen de éste, ya que el término «copia» es suficientemente expresivo de que se trata de una reproducción literal del original), copia se denomina «básica», por omitir del texto del original, una serie de datos, que serán exclusivamente los referidos en el precepto. Todo ello, para garantizar que se cumple la finalidad de la ley: permitir a los representantes de los trabajadores el acceso a una serie de datos que facilite el cumplimiento de sus funciones de vigilancia en relación con el cumplimiento de la legislación laboral (favoreciendo así que tales representantes puedan ejercer las acciones legales y de denuncia sobre tales incumplimientos ante los órganos públicos correspondientes).

Sobre lo infundado de la posición que afirmaba que el dato referido al salario del trabajador afectaba a su intimidad y debía excluirse de la «copia básica», cabe finalmente comentar que, de antiguo, el dato relativo a las bases de cotización de los trabajadores (calculadas sobre sus salarios reales) era un dato público y accesible, conforme a las normas de Seguridad Social (71).

(69) Ley de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen (BOE de 14 de mayo).

(70) En este sentido, se subraya, entre otras, en STSJ de Cantabria de 12 de julio de 1993 (AS 1993, 3332), que el **salario**, como elemento esencial del contrato de trabajo, es un dato que no puede excluirse de los comunicables en la **copia «básica»**. En esa línea, según STSJ de Andalucía/Sevilla de 29 de julio de 1994 (AL 154/95), «únicamente se pueden excluir de la copia básica los datos que, en cada caso concreto, puedan suponer violación del derecho fundamental a la intimidad del contratado».

(71) Según artículo 95.3 (párrafo 1.º) de la Orden Ministerial de 8 de abril de 1992, por el que se desarrolló el Reglamento General de Recaudación regulado por Real Decreto 1517/1991, y en igual sentido que anteriores prescripciones sobre la materia, «los empresarios deberán colocar en lugar destacado de los centros de trabajo (...) un ejemplar de la relación nominal de trabajadores y del boletín de cotización o copia autorizada de los mismos (...) Estas obligaciones podrán sustituirse poniendo de manifiesto dicha documentación a los representantes del personal».

Sobre esta cuestión, recientemente, y entre otras, STSJ de Navarra de 22 de febrero de 1995 (AS 461): la publicidad de los datos contenidos en el TC-2 de los trabajadores no atenta a su derecho a la intimidad personal y es un adecuado instrumento de control del cumplimiento de las obligaciones empresariales en la materia (en tal sentido, son de interés para los representantes legales de los trabajadores).

En conclusión, puede considerarse que existe un incumplimiento empresarial a los citados artículos 8.º 3 a) y 64.1.2.º del ET, infracción laboral calificable como grave conforme al artículo 95.7 del ET (sobre transgresión de los derechos de información de los representantes de los trabajadores).

Alternativamente, en vez de extender Acta de Infracción, considerando la forma en que se constata el incumplimiento (y valorando que cabría un cierto margen -más bien reducido- de interpretación y que existía cierta incertidumbre sobre el alcance de la obligación empresarial, según se desprende de la consulta formulada), el Inspector actuante podría informar y asesorar a las partes sobre el contenido de la obligación empresarial en la materia, formulando además un requerimiento a la empresa sobre esta cuestión.