

**CARLOS ARRANZ CORDERO
M.ª TERESA MARTÍNEZ GARCÍA
ÁLVARO RODRÍGUEZ DE LA CALLE
IGNACIO CARVAJAL GÓMEZ-CANO**

Inspectores de Trabajo y Seguridad Social

Extracto:

EL presente caso práctico reproduce el enunciado del supuesto referido a la actividad de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se planteó como cuarto ejercicio en la última convocatoria de la oposición para el ingreso en el Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social (Convocatoria correspondiente a 1999, cuyos ejercicios se han desarrollado en el año 2000). En él se efectúa un análisis y comentario sobre cada una de las cuestiones relevantes planteadas, exponiéndose las infracciones apreciadas con determinación del sujeto o sujetos responsables, tipo de responsabilidad y actuaciones procedentes, con cita de los preceptos legales y fundamentación jurídica del criterio adoptado en esas hipótesis.

Sumario:

Nota previa.

– ENUNCIADO

– SOLUCIÓN

Introducción: consideraciones previas a las visitas.

I. Visita a la empresa «TECNOLOGÍAS MODERNAS, S.A.L.».

1. Encuadramiento en el sistema de Seguridad Social de socios trabajadores.

II. Visita a la empresa «APARCAMIENTO JUAN, S.A.»

1. Falta de cotización a la Seguridad Social. Trabajador A.

2. Situación de riesgo durante el embarazo. Trabajadora B.

III. Visita a la empresa «OFICINA TÉCNICA DE INGENIERÍA, S.A.»

1. Obstrucción a la actuación inspectora.

2. No conservación de los recibos de salarios y diferencias de cotización por desempleo.

IV. Gerencia Territorial del Ministerio de Justicia. Madrid.

V. Visita a la empresa «MUEBLES DE ESTILO, S.A.»

1. Organización preventiva.

2. Delegados de prevención.

3. Evaluación de riesgos.
4. Formación en materia preventiva.
5. Reducción de «compromisos por pasivos».

VI. Visita a la empresa «EDIFICACIONES Y OBRAS, S.L.».

1. Ausencia del plan de seguridad y salud.
2. Falta de comunicación de apertura.
3. Falta de designación de coordinador y ausencia de medidas de coordinación.
4. Falta de información por el empresario titular del centro de trabajo.

VII. Visita a la empresa «PAPELERA DEL NORTE, S.A.».

1. Cambio de puesto de trabajo por razón de salud del trabajador.
2. Registro empresarial del correo electrónico del trabajador.

VIII. Visita a la empresa «LA PRADERA, S.L.».

1. Trabajadores empleados en la cocina.
2. Sustitución de los camareros.

IX. Visita al Taller de Empleo.

1. Estudiante extranjero sin autorización para trabajar.
2. Encuadramiento en Seguridad Social de trabajador extranjero.

X. Visita a la empresa «TRANSPORTES DEL ÁREA METROPOLITANA, S.A.».

1. Cesión ilegal de trabajadores.

XI. Visita a la empresa «JUEGOS RECREATIVOS MANOLO».

1. Actuación de control sobre bonificaciones en las cuotas.

Unas breves consideraciones finales.

NOTA PREVIA

El opositor deberá calificar las distintas situaciones del caso, especificando si constituyen conductas u omisiones constitutivas de infracción social, en su caso, y proponiendo la práctica de cuantas actuaciones inspectoras estime que procedan.

En los supuestos que entienda debe practicarse acta de infracción o de liquidación de cuotas a la Seguridad Social, deberá recoger los requisitos esenciales de las mismas.

Además de la falta de textos legales el opositor deberá suplir con sus conocimientos la posible ausencia de algún dato o elemento de interés, haciendo constar expresamente la presunción que se hace o la cobertura a la deficiencia detectada.

Todas las actuaciones se entienden concluidas a la fecha de este ejercicio: 1 de septiembre de 2000.

ENUNCIADO

En las fechas que se indican expresamente, y si no existe esa referencia la fecha de la visita o actuación será el 29 de agosto de 2000, un Inspector de Trabajo y Seguridad Social lleva a cabo varias visitas a centros de trabajo de empresas que ejercen sus actividades en un Polígono Industrial dentro del término municipal de Madrid, en base a unas notas de servicio, en ocasiones, como se indica, con carácter de iniciativa.

Con la información previa de que dispone, visitas practicadas, comprobaciones efectuadas y examen de la documentación aportada en las comparencias de los responsables de las empresas objeto de atención, determina una serie de hechos y circunstancias que se relatan secuencialmente, y que son las siguientes:

I

Empresa «TECNOLOGÍAS MODERNAS, S.A.L.»

Dedicada a la actividad de fabricación de turrón, calificada por los organismos competentes como sociedad laboral, y con un solo centro de trabajo.

1. Se practica la visita siendo atendido por el representante de la empresa, Antonio del Álamo, socio trabajador que además es administrador social de la entidad en la cual presta servicios con funciones de dirección y gerencia. Posee participaciones sociales en los niveles admitidos por la norma aplicable.

Existe un contrato por escrito de alta dirección, relación laboral de carácter especial suscrito con la empresa para el desarrollo de sus cometidos, tiene fecha de 1 de febrero de 1999. La retribución pactada es de 222.000 ptas. mensuales, más dos extras del mismo importe, se anota en cuanto a la duración del contrato que éste será indefinido.

No se acredita ni justifica por la empresa su situación en la Seguridad Social.

2. En el recorrido por el centro se identifica a un trabajador, cuya situación es la de «socio trabajador de la S.A.L.», con una participación en el capital social inferior a la tercera parte del capital, y que también forma parte del órgano de administración social. Acredita como retribuciones mensuales 150.000 ptas., más dos pagas extras anuales. Su ingreso tuvo lugar el 1 de junio de 1999, desarrollando su actividad desde esa fecha, hasta el momento, si procede no figura de alta en la Seguridad Social. Trabaja en la actividad directa de fabricación de turrón.

Ni la Gestoría ni la empresa justifican cómo se ha producido la situación relatada.

II

Empresa «APARCAMIENTO JUAN, S.A.»

Una vez efectuado un recorrido por el centro de trabajo, se trata de un lugar dedicado a la estancia de coches por horas, en el que prestan servicios un total de 10 trabajadores.

En relación con cuatro de ellos se plantean las siguientes incidencias:

1. Trabajador A: Se encuentra secuestrado en un país de Sudamérica desde el mes de enero de 2000, cuando estaba de vacaciones, no hay más noticias salvo que está bien (televisión y prensa); en atención a esta situación, y a las circunstancias que concurren, la empresa no ha dejado en ningún momento de abonarle las retribuciones puesto que no ha cursado la baja, no obstante de momento y en cuanto tuvo noticia de la retención del trabajador, que fue el 1 de febrero de 2000, dejó de cotizar a la Seguridad Social, considera que no debe pagar esas cotizaciones, no obstante el 1 de junio de 2000 cursó la baja en la Seguridad Social, sellada en las oficinas de la Administración de la Seguridad Social en esa fecha; la base de cotización que se venía aplicando ascendía, con todos los conceptos computables, a la cantidad de 150.000 ptas. A la empresa le interesa saber cuál es el criterio aplicable en estos casos.
2. Trabajadora B: Como consecuencia de su embarazo y la circunstancia de estar en zona de posible riesgo (humos de los coches, ruidos, etc.), fue baja en la empresa con fecha 1 de febrero de 2000. La empresa cotiza a la Seguridad Social y se descuenta a partir del mes de febrero de 2000 en los boletines de cotización la prestación que corresponda. Base de cotización incluidos prorrateos: 160.000 ptas.

III

Empresa «OFICINA TÉCNICA DE INGENIERÍA, S.A.»

1. Se gira visita de inspección el 20 de enero de 2000, no siendo posible obtener ninguna documentación por no permitir la empresa la entrada, y posteriormente por no atender la empresa la citación efectuada entregada en la puerta a un trabajador.

Se efectúa nueva visita el 26 de enero de 2000 con el mismo resultado, no obstante se permite la entrada.

2. Una vez dentro de la empresa, se logra constatar que en ese momento trabajan tres trabajadores (A, B y C), ingenieros grupo 1, trabajos de oficina (la retribución de cada uno, incluidos todos los prorrateos establecidos, se sitúa en 350.000 ptas./mes), la

fecha de iniciación del trabajo fue 3 de enero de 2000. No existen justificantes de los abonos que hace la empresa todos los meses en concepto de salario, no hay recibos. También presta servicios una auxiliar administrativa, grupo 7, contrato indefinido.

Los ingenieros citados tienen suscritos los siguientes contratos: A (de carácter indefinido), B (de duración determinada a tiempo completo), y C (de duración determinada a tiempo parcial), los contratos se registraron en el INEM al mismo tiempo de iniciación del trabajo. En las cotizaciones por desempleo por estos tres trabajadores no se realiza ninguna diferenciación, en todos se utiliza el tipo general por desempleo, desde su ingreso.

IV

1. El Inspector recibe una nota de servicio por la que se pide informe o las actuaciones que procedan de acuerdo con el escrito recibido con fecha 12 de mayo de 2000 de una Juez y de un fiscal, con el mismo contenido, que se dirigen a la Inspección de Trabajo en los siguientes términos:

«Que por Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de fecha 15 de abril de 2000, han prestado servicios en los Juzgados de Plaza de Castilla durante los días 1 a 15 del mes de mayo/2000, como Juez sustituta y fiscal sustituto, estando en el Juzgado 48, y posiblemente volverán a prestar servicios del 1 al 15 de agosto de 2000.

No obstante, han preguntado y no figuran en alta en la Seguridad Social, es más, alegan en el Departamento que no está establecida en las condiciones en que se desarrolla el referido trabajo.

Que consultada su vida laboral, no aparecen datos, y que eso les perjudica, aparte de ello señalan que no están protegidos pese a desarrollar una actividad laboral.»

V

Empresa «MUEBLES DE ESTILO, S.A.».

Dedicada a la fabricación de muebles, con una plantilla de 517 trabajadores.

Tras cambiar impresiones con el representante de la empresa y examinar la documentación relativa al cumplimiento de las principales obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, el Inspector de Trabajo y Seguridad comprueba:

1. La organización preventiva de la empresa reviste la forma de servicio de prevención propio, cuyas funciones asume el Director Técnico de la empresa, que cuenta con la formación de nivel superior en materia preventiva correspondiente a la especialidad de seguri-

dad en el trabajo, auxiliado por tres trabajadores de la empresa –un oficial administrativo, un encargado de sección y un tupista de 1.ª-, que han realizado un curso básico de formación en materia preventiva.

2. Explica la representación de la empresa que ésta fue informada de que para poder llevar a cabo la evaluación de los riesgos laborales necesitaba contar con los delegados de prevención, por lo que, ante la falta de representación unitaria de los trabajadores en la empresa, designó como delegados de prevención a los tres trabajadores que ayudan al Director Técnico en las tareas preventivas.
3. Una vez efectuada la designación de los delegados de prevención, el Director Técnico encargado del servicio de prevención solicitó a los Jefes de Sección de la empresa que procedieran a la identificación de los riesgos de los distintos puestos de trabajo existentes en sus respectivos Departamentos, con cuyos datos el servicio de prevención procedió a evaluar los riesgos previamente identificados por dichos Jefes de Sección.
4. La formación en materia preventiva a los trabajadores de mayor responsabilidad (jefes y encargados) ha sido impartida por el Director Técnico, en tanto que la formación de los restantes trabajadores de la empresa ha sido efectuada por los tres trabajadores auxiliares del citado Director Técnico.
5. Por acuerdo conciliatorio celebrado entre los trabajadores y la empresa ante la situación de insolvencia y la imposibilidad de mantener los compromisos con los pasivos (para los jubilados anticipadamente, garantía de un 90 por 100 de las retribuciones reales hasta los 65 años), se lleva a cabo la reducción de estos derechos contemplados en el Convenio Colectivo aplicable, ¿es posible tal actuación, y por el cauce utilizado?

VI

Empresa «EDIFICACIONES Y OBRAS, S.L.»

En las instalaciones de la empresa anterior se está construyendo una nave de una sola planta, de 300 metros cuadrados de superficie y 5 metros de altura, con destino al almacén, en la que se encuentran trabajando ocho personas: el jefe de obra y el encargado, que pertenecen a la empresa contratista «EDIFICACIONES Y OBRAS, S.L.»; cuatro trabajadores pertenecientes a «ALBAÑILES REUNIDOS, S.L.», subcontratista de la anterior; un trabajador autónomo, soldador, contratado por «EDIFICACIONES Y OBRAS, S.L.»; y un electricista cedido a la empresa principal por la empresa trabajo temporal «MERCADO DE TRABAJO ETT», a través del correspondiente contrato de puesta a disposición.

Tras las investigaciones oportunas, el Inspector de Trabajo y Seguridad Social comprueba:

1. La obra carece de plan de seguridad y salud por ser innecesario al no existir proyecto de obra, según la información facilitada a la empresa constructora por el Director Técnico de la empresa promotora, «EL MUEBLE DE ESTILO, S.A.»

2. No existe tampoco comunicación de apertura correspondiente a la obra, en la que dieron comienzo los trabajos hace dos meses, ya que, según explica el representante de la empresa contratista, la Autoridad laboral no admitió la apertura al no ir acompañada de plan de seguridad y salud.
3. En la obra no existe coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra, ni sistema alguno de información y coordinación en materia preventiva entre las empresas y trabajadores que desarrollan su actividad en la misma.
4. Tampoco existe mecanismo alguno de coordinación entre la empresa promotora, en cuyas dependencias se realiza la obra, y la empresa contratista de dicha obra, al objeto de prevenir los riesgos recíprocos de sus respectivas actividades.

VII

Empresa «PAPELERA DEL NORTE, S.A.»

Con una plantilla de 200 trabajadores, la visita se practica con dos notas de servicio.

1. Se trata de analizar la situación del trabajador A, que prestaba servicios en horario de noche (de 11 noche a 6 mañana), y que a consecuencia de ello sufre un estrés que le impide conciliar el sueño, ha solicitado un puesto de trabajo diurno y se le ha asignado un puesto adecuado a sus condiciones físicas pero de inferior categoría y sueldo, al no haber otro puesto diurno de idéntica categoría.
2. El empresario ha efectuado un registro en el ordenador que como equipo de trabajo utiliza el trabajador Esteban Nieto (en especial el correo electrónico) y ha puesto a su disposición, comprobando que el empleado ha utilizado para uso propio el correo electrónico, sin embargo, el trabajador alega su derecho a la intimidad y su lesión al interceptar la empresa su correo electrónico particular, cuestión que denuncian ambas partes al Inspector actuante en esta empresa.

VIII

Empresa «LA PRADERA, S.L.»

Ya por la noche (23:35 horas) se visita un local de celebración de bodas y otros eventos similares, sito en un antiguo castillo propiedad de D. Luis Ortiz Alba que residiendo habitualmente en el mismo, a su vez alquila el salón principal y otras dependencias (jardines, cocinas, etc.) a la empresa «LA PRADERA, S.L.» para su explotación hostelera en fines de semana.

La visita se produce ante una comunicación del Delegado de Personal de la empresa «LA PRADERA, S.L.» que denuncia la existencia de graves irregularidades laborales.

En el momento de la visita el Inspector actuante que la realiza conjuntamente con el Subinspector de Trabajo y Seguridad Social Sr. Ruiz Nieto y el Guardia de Seguridad Sr. Díaz Olaso (en plantilla de la empresa «SEGURCOP, S.L.»), ante la posibilidad de posible ocultación de personal, accede sin embargo al salón principal, que tiene abiertas sus puertas ya que en ese día y hora se celebra un banquete, por una puerta de servicio del propietario del castillo y tras pasar por varios dormitorios irrumpen en el antecitado salón provisto de una videocámara comenzando a grabar el banquete.

El citado Inspector expresa su calidad de Agente de la Autoridad y ordena al Maître que de forma inmediata suspenda la celebración, en tanto no realice la visita de inspección que se pretende, tras la necesaria identificación de todo el personal de servicio presente.

Tras ello solicita la asistencia del Delegado de Personal y realiza la oportuna visita con éste, así como el citado Maître.

Tras la anterior se comprueba lo siguiente:

1. En la cocina están trabajando cinco personas:

- José Díaz Núñez, Antonio López Vers y Tomás Valle Rey (este último menor de 18 años) que exhiben contratos de trabajo a tiempo parcial debidamente suscritos el 1 de mayo de 1998 y legalizados con horario de trabajo diario 13:00 a 16:00 horas, con base de cotización proporcional a dicha jornada indicando el Maître que se puso esa jornada al principio pero que ante el trabajo existente se echan unas horas más todos los viernes y sábados, (aproximadamente 4 horas más cada día), el Delegado de Personal dice que no tiene conocimiento de ello, ni la empresa le comunica nada.
- Won You y Lin Paw, súbditos chinos con permiso de trabajo para la actividad de hostelería como camareros que siempre trabajan en la cocina, dado que según el Maître su raza oriental no les hace recomendables para efectuar su trabajo en la sala de banquetes y que ello es criterio habitual en la empresa.
- Preparándose para actuar se encuentra la famosa cantante cubana Magalia, recién llegada de La Habana y que dice que no necesita permiso de trabajo ya que, aunque ahora está divorciada, su exmarido es español.

2. En el jardín donde se celebraba el banquete, prestan sus servicios como camareros varios trabajadores, de los que cinco de ellos son, según contrato, Oficiales Administrativos de la propia empresa que desde hace años y como quiera que varios camareros en esa época del año se van a la vendimia un mes, los sustituyen en esos eventos cobrando el salario inferior de camarero durante ese período de tiempo.

El Inspector pregunta si se les ha comunicado algo al respecto a los citados afectados a lo que el Maître responde que ya se le entregó al Delegado de Personal en su momento la copia básica del contrato.

IX**TALLER DE EMPLEO**

Como consecuencia de Orden de Servicio el Inspector se persona en un Taller de Empleo orientado a jóvenes desempleados menores de 20 años promovido y gestionado por una Iglesia Evangélica legalizada y perteneciente a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE) en el que se imparten enseñanzas de formación profesional ocupacional en la rama de informática, Taller de Empleo legalizado y financiado parcialmente por la Comunidad Autónoma correspondiente.

Tras la oportuna identificación en la portería del centro se constatan los siguientes hechos:

1. En el aula 1 se encuentra impartiendo enseñanza el súbdito canadiense Patrick Gamble (matriculado en la Escuela Central de Idiomas) que sólo tiene autorización de admisión y residencia por razones de estudio y que a pregunta del Inspector manifiesta que desde 1 de febrero de 2000 imparte 10 horas de inglés al mes por las que cobra 5.000 ptas. a la hora y que como es un trabajo marginal no le han dado de alta en Seguridad Social.
2. En el aula 2 se halla impartiendo clases remuneradas de Windows/2000 el Ministro de Culto de la Iglesia Evangélica antecitada Matías López Doriga (súbdito boliviano) nacido en Madrid en 1960 y residente en España desde 1998 y que tal como Ministro de Culto declara estar afiliado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos desde febrero de 2000 y que dice no necesitar permiso de trabajo por su condición de Ministro de Culto.

Señalar las actuaciones a realizar por el Inspector.

X

Empresa «TRANSPORTES DEL ÁREA METROPOLITANA, S.A.»

1. En la visita practicada al centro de trabajo el 29 de agosto de 2000, dedicado exclusivamente a tramitar todo lo relacionado con empresas de transportes (plantilla de 20 trabajadores), en ella se detecta la presencia de dos trabajadores del grupo 10, Antonia del Amo y Esperanza del Hueso, que informan que efectivamente trabajan todos los días en la empresa en las tareas de limpieza (retribución salario mínimo interprofesional, están desde el 1 de enero de 2000), y figuran de alta, pero en otra empresa, «LIMPIEZAS REGATE, S.L.», suelen prestar sus servicios con carácter temporal, la única relación que tienen con la empresa a la que pertenecen es el percibo de las retribuciones.

Se gira visita a la empresa «LIMPIEZAS REGATE, S.L.» al domicilio señalado por las interesadas, se trata de un domicilio particular, no aparece ninguna señal en los buzones, resultando ser el domicilio del suegro del titular de la empresa Benito Sánchez. Por medio de un vecino se conoce el verdadero domicilio, al que se gira también visita, se trata de casa particular sin poder acceder, no obstante se consigue subir al piso y la esposa del titular de la empresa informa que su marido tiene en la empresa 35 trabajadores, que no tiene oficina, ni tampoco secretaria, ni almacén, ni nada, simplemente se sirve de un móvil y de una Gestoría. En ésta se conocen los centros donde los trabajadores prestan sus servicios, Colegios y empresas de la zona. No existe contrata, simplemente acuerdos verbales. Se determina una deuda por los trabajadores en el último año de 6 millones de ptas.

XI

Empresa «JUEGOS RECREATIVOS MANOLO»

Se practica visita a fin de constatar la situación de los contratos celebrados por la empresa, persona física, se analiza lo siguiente:

1. La empresa ha suscrito un contrato de trabajo con cuatro trabajadores, por tiempo indefinido, a tiempo completo, por escrito y en modelo oficial en marzo de 2000, de acuerdo con la Ley 55/1999, cotizando de acuerdo con lo que se indica, son los siguientes:
 - Trabajador A: desempleado, edad 26 años, se bonifica con el 25 por 100, por todas las contingencias.
 - Trabajador B: desempleado que estaba inscrito en la Oficina de Empleo desde 12 meses ininterrumpidos, se bonifica con el 60 por 100 en contingencias comunes y en accidentes.
 - Trabajador C: contratado como desempleado mayor de 45 años, con la bonificación del 50 por 100 contingencias comunes, es cónyuge del empresario.
 - Trabajador D: se aprecia en el Libro de Matrícula que estuvo en la empresa con un contrato de carácter indefinido, hacía 15 días que había causado baja, volviendo a la misma a trabajar con un contrato de desempleado mayor de 45 años, bonificándose con el 80 por 100 de todas las contingencias.

Detectada la situación, la empresa solicita información al Inspector sobre lo que va a hacer y en qué consisten las actuaciones, o es la Tesorería a la que corresponde resolver la cuestión planteada, de existir algún problema.

SOLUCIÓN

INTRODUCCIÓN: CONSIDERACIONES PREVIAS A LAS VISITAS

- Se valorará tanto la fecha como la hora de las visitas, si tales circunstancias pudieran tener relevancia respecto de los hechos que habrán de ser comprobados en cada caso.
- Se atenderá a la respectiva actividad de cada una de las empresas inspeccionadas, tanto por la existencia de posible normativa sectorial de aplicación, como a efectos de la exigencia del cumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales.
- Se considerará la plantilla de los centros visitados en relación, con diversas cuestiones, entre las que podemos destacar:
 - 1.º La posible existencia de Delegados de Personal o Comités de Empresa, así como de Secciones Sindicales.
 - 2.º La posible representación de los trabajadores en prevención, a través de Delegados de Prevención y de Comités de Seguridad y Salud.
 - 3.º El número máximo de contratos de formación permitidos por la normativa aplicable.
 - 4.º La obligación de emplear un número determinado de trabajadores minusválidos o el cumplimiento de medidas alternativas de carácter excepcional.
- Las visitas se efectuarán teniendo en cuenta las facultades previstas en el artículo 5 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Las actuaciones inspectoras del supuesto se iniciarán mediante órdenes de servicio, que habrán de ser cumplimentadas, así como por iniciativa del inspector actuante, en los términos establecidos en el artículo 13 de la Ley 42/1997 y en el artículo 9 del Reglamento de Procedimiento (RD 928/1998, de 14 de mayo).
- Finalmente, destacar que las actuaciones comprobatorias no se dilatarán por espacio superior a nueve meses ni se podrán interrumpir por más de tres, salvo que la dilación sea imputable al sujeto inspeccionado, tal y como disponen el artículo 14.2 de la Ley Ordenadora y el artículo 17 del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero (BOE del 16), por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Por último, y teniendo en cuenta la aprobación del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (TR LISOS) mediante Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (BOE del 8), hemos creído de utilidad hacer referencia a los preceptos del mismo.

Por ello, tras la mención de los artículos de la TR LISOS vigentes en la fecha de conclusión de las actuaciones inspectoras, se añaden los nuevos del Texto Refundido, bien entendido que, de acuerdo con su disposición final única, entrará en vigor el día 1 de enero de 2001.

I. VISITA A LA EMPRESA «TECNOLOGÍAS MODERNAS, S.A.L.»

1. Encuadramiento en el sistema de Seguridad Social de socios trabajadores.

Efectuada visita a la empresa «TECNOLOGÍAS MODERNAS S.A.L.», se constata, en primer lugar, que la misma ha sido calificada por los organismos competentes como Sociedad Laboral, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales (BOE de 25 de marzo), que establece que «corresponde al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales o, en su caso, a las Comunidades Autónomas que hayan recibido los correspondientes traspasos de funciones y servicios, el otorgamiento de la calificación de "Sociedad Laboral", así como el control del cumplimiento de los requisitos establecidos en esta Ley y, en su caso, la facultad de resolver sobre la descalificación». En el presente supuesto, la calificación habría correspondido a la Comunidad Autónoma de Madrid, dada la localización de la empresa.

En lo que respecta a la situación del socio trabajador Antonio del Álamo, realizadas las comprobaciones oportunas, se constatan los siguientes hechos: dicho trabajador es administrador social de la entidad, realiza en la misma funciones de dirección y gerencia y, asimismo, se halla ligado a ésta mediante una relación laboral de carácter especial, sin que exista información alguna acerca de su situación en la Seguridad Social.

De conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales, en la redacción dada por el artículo 34.3 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, los socios trabajadores de las Sociedades Anónimas Laborales «se asimilan a trabajadores por cuenta ajena, a efectos de su inclusión en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda, con exclusión de la protección por desempleo y de la otorgada por el FOGASA en los siguientes supuestos:

- b) Cuando, por su condición de administradores sociales, realicen funciones de dirección y gerencia de la sociedad y, simultáneamente, estén vinculados a la misma mediante relación laboral especial del personal de alta dirección.»

En relación con el segundo trabajador identificado durante la visita, se comprueba que éste es, asimismo, socio trabajador de la Sociedad Anónima Laboral, que su participación en el capital social se encuentra dentro del límite permitido por el artículo 5 de la Ley 4/1997, de Sociedades

Anónimas Laborales, y que forma parte del órgano de administración social; no consta, sin embargo, que realice funciones de dirección y gerencia. Dicho trabajador no figura tampoco de alta en la Seguridad Social.

De acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo 21 de la Ley 4/1997, apartado 1: «los socios trabajadores de las Sociedades Laborales, cualquiera que sea su participación en el capital social dentro del límite establecido en el artículo 5 de la presente Ley, y aun cuando formen parte del órgano de administración social, tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena a efectos de su inclusión en el Régimen General o Especial de la Seguridad Social que corresponda por razón de su actividad, y quedarán comprendidos en la protección por desempleo y en la otorgada por el FOGASA, cuando estas contingencias estuviesen previstas en dicho Régimen».

Así pues, según se deduce de los preceptos citados, la Sociedad Anónima Laboral Tecnologías Modernas, que ostenta la condición de empresario en la relación laboral, debería haber instado la afiliación y/o alta de los trabajadores mencionados en el Régimen General de la Seguridad Social, con independencia de la distinta protección social que les corresponde en función de su situación en la empresa, habiéndose producido, por tanto, una infracción en materia de Seguridad Social.

En consecuencia, y de acuerdo con las facultades conferidas por el artículo 7.4 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE de 15 de noviembre), artículo 11.1 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social (BOE de 3 de junio) y artículo 7.6 del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE de 16 de febrero), se extiende acta de infracción en materia de Seguridad Social, por vulneración de los artículos 12, 13 y 100 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE de 29 de junio) y artículos 6, 7, 24, 27.2, 29 y 32.3 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (BOE de 27 de febrero).

Dicha infracción se encuentra tipificada como infracción grave en el artículo 14.1.2 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social (BOE de 15 de abril), [art. 22.2 RD Leg. 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el TR LISOS (BOE de 8 de agosto), que entrará en vigor el 1 de enero de 2001], entendiéndose producida una infracción por cada trabajador afectado.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 8/1988 [art. 40.1 b) del RD Leg. 5/2000], dicha infracción grave se sancionará con multa entre 50.001 y 500.000 ptas. por cada

uno de los trabajadores. Puesto que no se aprecia ninguno de los criterios de graduación contemplados en el artículo 36 de la Ley 8/1988 (art. 39 RD Leg. 5/2000), se impondrá la sanción en cuantía y grado mínimo.

Se extiende asimismo, en virtud de las facultades conferidas por el artículo 7.4 de la Ley 42/1997, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, artículo 11.1 del Real Decreto 928/1998 y artículo 7.6 del Real Decreto 138/2000, acta de liquidación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 31.1 a) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y artículo 31.1 a) del Real Decreto 928/1998; artículos 84 y 86 del Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social (BOE de 24 de octubre) y artículo 81 de la Orden Ministerial de 26 de mayo de 1999, que desarrolla el anterior (BOE de 4 de junio de 1999), por infracción de los artículos 103, 104, 106 y 108 del mencionado Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social; artículos 12 y siguientes y 22 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (BOE de 25 de enero de 1996), artículo 74 del Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social y artículo 66 de la Orden Ministerial de 26 de mayo de 1999.

Puesto que la falta de cotización afecta a meses comprendidos en dos años naturales distintos (1999 y 2000), se extienden dos actas de liquidación, una para cada uno de los períodos no cotizados comprendidos en cada año.

Así, para el trabajador Antonio del Álamo, el período de liquidación comprende desde el 1 de febrero hasta el 31 de diciembre de 1999 y desde el 1 de enero al 31 de julio de 2000, puesto que las actuaciones inspectoras se entienden concluidas el 1 de septiembre, y respecto al mes de agosto se encuentra dentro de plazo reglamentario.

Como base de cotización se hace constar la retribución pactada con el prorrateo de las pagas extraordinarias, y normalizada (258.000 ptas.), según lo establecido en el artículo 1 de la Orden de 28 de enero de 2000, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, FOGASA y Formación Profesional, contenidas en la Ley 54/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000.

A dicha base, se aplican los tipos correspondientes, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 26 de la citada Orden de Cotización, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto en relación a su exclusión de la protección por desempleo y FOGASA.

Cabe citar asimismo, la previsión contenida en la disposición adicional octava de la misma Orden, según la cual para la inclusión en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda de los asimilados a trabajadores por cuenta ajena por el artículo 21.2 de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales «las empresas deberán solicitar un código de cuenta de cotización específico».

En relación al segundo trabajador, se tienen en cuenta las mismas consideraciones, sin embargo, varía el período de liquidación en el año 1999 (de junio de 1999 a 31 de diciembre de 1999). La base de cotización es la que corresponde a sus retribuciones (174.000 ptas. mensuales) y le corresponde protección por la totalidad de las contingencias. En ambos casos se aplica el recargo de 20 por 100 (art. 32 RD 928/1998).

El sujeto responsable es la empresa «TECNOLOGÍAS MODERNAS S.A.L.»

Finalmente, se procede a instar el alta de oficio en la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma en función de las previsiones contenidas en los artículos 26 y 29.1.3 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7.5 de la Ley 42/1997, de 15 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

II. VISITA A LA EMPRESA «APARCAMIENTO JUAN, S.A.»

1. Falta de cotización a la Seguridad Social. Trabajador A.

En lo que concierne a dicho trabajador (secuestrado en un país de Sudamérica desde el mes de enero de 2000) y tras las comprobaciones efectuadas, se pone de manifiesto la existencia de un período en el que la empresa, a pesar de que mantiene en alta al trabajador y procede al abono regular de sus retribuciones, no cumple con su obligación de cotizar a la Seguridad Social.

De conformidad con lo previsto en el artículo 106.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio: «La obligación de cotizar se mantendrá por todo el período en que el trabajador esté en alta en el Régimen General o preste sus servicios, aunque éstos revistan carácter discontinuo (...); y, el apartado 3 del mismo artículo dispone que: «dicha obligación sólo se extinguirá con la solicitud en regla de la baja en el Régimen General al organismo competente de la Administración de la Seguridad Social. Sin embargo, dicha comunicación no extinguirá la obligación de cotizar si continuase la prestación de trabajo».

En el mismo sentido se expresa el artículo 13.1 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social.

Así pues, se aprecia una infracción a los artículos anteriormente mencionados, y en uso de las facultades reconocidas en los artículos 7.4 de la Ley 42/1997, Ordenadora de la Inspección de

Trabajo y Seguridad Social, 11.1 del Real Decreto 928/1998 y 7.6 del Real Decreto 138/2000, se extiende acta de infracción en materia de Seguridad Social por falta de cotización. Dicha infracción se encuentra tipificada en el artículo 14.1.5 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social, como infracción grave (art. 22.5 RD Leg. 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el TR LISOS).

En virtud de lo dispuesto en el artículo 37 de la citada Ley 8/1988 (art. 39 RD Leg. 5/2000) procede multa entre 50.001 y 500.000 ptas. No se aprecian circunstancias agravantes, por lo que la sanción se impondrá en cuantía y grado mínimo.

Por otra parte, procede asimismo formular propuesta de liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y artículo 30.1 del Real Decreto 928/1998. Este último dispone que «procederá propuesta de liquidación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social cuando la Inspección compruebe la falta total de cotización respecto de trabajadores dados de alta, y no se hubieran presentado los documentos de cotización en plazo reglamentario, así como por trabajadores en alta no figurados en tales documentos aunque éstos se presenten dentro de dicho plazo».

El período de liquidación comprende del 1 de febrero de 2000 al 1 de junio de 2000. Se determina como base de cotización 150.000 ptas. mensuales y se aplican los tipos previstos en los artículos 4 y 26 de la Orden de 28 de enero de 2000, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, FOGASA y Formación Profesional contenidas en la Ley 54/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000. Procede asimismo el recargo por mora del 20 por 100 (requisitos citados en el apartado 2 del art. 30 del citado RD 928/1998).

De conformidad con lo establecido en el artículo 30.3 de dicho Real Decreto «las propuestas de liquidación de la Inspección se comunicarán a la Tesorería General de la Seguridad Social, que formulará las correspondientes reclamaciones de deuda previstas en el artículo 30.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social».

Finalmente, se asesorará a la empresa, en virtud de lo previsto en el artículo 3.2 de la Ley 42/1997, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de que en su caso, podría haber procedido a la suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor temporal, según lo dispuesto en los artículos 45 i) y 47.2 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, TR LET) (BOE de 28 de marzo) y artículos 17 a 19 del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

2. Situación de riesgo durante el embarazo. Trabajadora B.

En lo que respecta a esta trabajadora, se comprueba que ha sido dada de baja en la empresa por encontrarse en situación de riesgo durante el embarazo con fecha 1 de febrero de 2000. Se prevé esta novedosa situación en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE de 10 de noviembre), en la redacción dada por el artículo décimo de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE de 6 de noviembre), que establece las siguientes fases:

- La necesidad de que la evaluación de riesgos comprenda la naturaleza, grado y duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes o procedimientos que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto.
- Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo, el empresario deberá adoptar las medidas para evitarlo.
- Si no se puede evitar, se prevé la posibilidad de cambiar de puesto de trabajo, incluso aunque no sea correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si no hubiese otro.

Y en su apartado 3 dispone: «Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45.1 d) del TR LET, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado».

De conformidad con lo establecido en el artículo 106.4 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por la citada Ley, durante la situación de riesgo durante el embarazo subsiste la obligación de cotizar por parte del empresario. No obstante, y según lo previsto en el artículo 135.4 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social incluido en el nuevo Capítulo IV *ter* «La prestación económica por riesgo durante el embarazo se gestionará directamente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social siguiendo el procedimiento que reglamentariamente se establezca», lo que conlleva que en esta prestación, al igual que sucede en la de maternidad, no existe la colaboración obligatoria por parte del empresario prevista en el artículo 77.1 c) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y desarrollada en la Orden Ministerial de 25 de noviembre de 1966, modificada por Orden Ministerial de 20 de abril de 1998 (únicamente las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo parcial).

Dicha norma permite que las empresas se reintegren de las cantidades satisfechas a sus trabajadores descontándolas del importe de las liquidaciones que han de efectuar para el ingreso de las cuotas de la Seguridad Social que correspondan al mismo período que las prestaciones satisfechas.

Por otra parte, el artículo 26.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en redacción dada por el artículo 22 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, establece que «la transmisión de las liquidaciones o la presentación de los documentos de cotización en plazo reglamentario permitirá a los sujetos responsables compensar su crédito por las prestaciones abonadas como consecuencia de su colaboración obligatoria con la Seguridad Social y su deuda por las cuotas debidas en el mismo período a que se refieren los documentos de cotización o las liquidaciones transmitidas, cualquiera que sea el momento de pago de tales cuotas». En el mismo sentido se expresa el artículo 77 del Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social.

Puesto que, como hemos expuesto, la prestación se gestiona directamente por el INSS, la empresa realiza un descuento indebido en sus liquidaciones, lo que conlleva una menor cuantía de las cuotas que ingresa a la Seguridad Social.

Así pues, se aprecia una infracción a los artículos 103, 104 y 106 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, artículos 12 y siguientes y 22 del Real Decreto 2064/1995, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, artículo 74 del Real Decreto 1637/1995, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social y artículo 66 de la Orden de 26 de mayo de 1999, por la que se desarrolla el anterior.

En consecuencia, se extiende acta de infracción por vulneración de los citados preceptos; infracción tipificada en el artículo 14.1.5 de la Ley 8/1988, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (art. 22.5 del RD Leg. 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el TR LISOS) como infracción grave (multa de 50.001 a 500.000) por falta de ingreso de las cuotas correspondientes; si bien puede apuntarse asimismo como posible precepto tipificador el artículo 15.6 de la Ley 8/1988 («efectuar declaraciones o consignar datos falsos o inexactos en los documentos de cotización que ocasionen deducciones fraudulentas en las cuotas a satisfacer a la Seguridad Social»), como infracción muy grave [art. 23 f) del RD Leg. 5/2000, de 4 de agosto], con multa de 500.001 a 15 millones de pesetas.

Por otra parte, procede asimismo la extensión de acta de liquidación en virtud del artículo 31.1 b) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, 31.1 b) del Real Decreto 928/1998, artículos 84 y 86 del Real Decreto 1637/1995, que aprueba el Reglamento General de Recaudación y artículo 81 de la Orden Ministerial de 26 de mayo de 1999, por diferencias en las cuotas durante los meses de febrero a julio del año 2000.

El sujeto responsable es la empresa «APARCAMIENTO JUAN, S.A.»

III. VISITA A LA EMPRESA «OFICINA TÉCNICA DE INGENIERÍA, S.A.»

1. Obstrucción a la actuación inspectora.

En relación a la visita efectuada el 20 de enero de 2000 a la citada empresa, se producen actuaciones por parte de la misma que tienen como consecuencia la imposibilidad de desarrollar la función inspectora, puesto que, en un primer momento se impide la entrada al inspector y, posteriormente, no se atiende a la citación efectuada.

En lo que respecta al impedimento de la entrada al centro de trabajo, se produce una clara actuación de obstrucción que supone una vulneración al artículo 11 de la Ley 42/1997, de 15 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (obligación de atender debidamente a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social; de acreditar su identidad y la de quienes se encuentren en los centros de trabajo; de colaborar con ellos con ocasión de visitas u otras actuaciones inspectoras; de declarar ante el funcionario actuante sobre cuestiones que afecten a las comprobaciones inspectoras, así como de facilitarles la información y documentación necesarias para el desarrollo de sus funciones); en consecuencia, y en virtud de las facultades conferidas por el artículo 7.4 de la Ley 42/1997, artículo 11.1 del Real Decreto 928/1998 y artículo 7.6 del Real Decreto 138/2000, se extiende acta de infracción por obstrucción; infracción tipificada en el artículo 49.3 de la Ley 811988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, como infracción muy grave [art. 50.4 a) del RD Leg. 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social]. (Multa de 500.001 a 15 millones de ptas.).

En lo que se refiere a la actuación consistente en no atender la citación efectuada que se entrega en la puerta a un trabajador, sería preciso comprobar si tal sujeto actúa como representante de la empresa y, asimismo, las circunstancias en que dicha citación se lleva a efecto para concluir que se ha producido efectivamente una nueva conducta de obstrucción. Si bien, puede tenerse en cuenta que tal actuación, en atención como hemos expuesto a las circunstancias de la misma, pudiera considerarse como criterio agravante de la sanción procedente (multa entre 500.001 y 15 millones de ptas.) debido a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor (art. 36 de la Ley 8/1988; art. 39 del RD Leg. 5/2000).

2. No conservación de los recibos de salarios y diferencias de cotización por desempleo.

En lo que concierne a la investigación que se lleva a cabo relativa a cuatro trabajadores, se comprueba la inexistencia de justificantes de los abonos que hace la empresa todos los meses en concepto de salario.

Se trata de una obligación de carácter documental que viene exigida en el artículo 52 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social y el artículo 90.1 de la Orden Ministerial de 26 de mayo de 1999 de desarrollo del Reglamento General de Recaudación.

Así, en uso de las facultades otorgadas en los artículos 7.4 de la Ley 42/1997, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, 11.1 del Real Decreto 928/1998 y 7.6 del Real Decreto 138/2000, se procede a extender acta de infracción en materia de Seguridad Social, por vulneración de los artículos anteriores; infracción tipificada como leve en el art. 13.1 de la Ley 8/1988, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (art. 21.1 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto). (Multa de 5.000 a 50.000 ptas.).

Por otra parte, se comprueba asimismo la incorrecta aplicación de los tipos de cotización por desempleo en función del tipo de contrato de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley 54/1999, de Presupuestos Generales del Estado y artículo 26 de la Orden de 28 de enero de 2000, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, FOGASA y Formación Profesional contenidas en dicha Ley.

Así, al contrato A (de carácter indefinido), le corresponde un tipo del 7,55 del que el 6 por 100 será a cargo de la empresa y el 1,55 por 100, a cargo del trabajador. Al contrato B (de duración determinada a tiempo completo), el 8,3 (6,7% a cargo del empresario y 1,6% a cargo del trabajador) y al C (de duración determinada a tiempo parcial), el 9,3 (7,7% será a cargo del empresario y 1,6% a cargo del trabajador).

Esta incorrecta aplicación de los tipos implica un menor ingreso por este concepto, por lo que se vulnera el artículo 224 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social que establece que «la base de cotización para la contingencia de desempleo, en todos los Regímenes de la Seguridad Social que tengan cubierta la misma, será la correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. El tipo aplicable de dicha base será el que se establezca, para cada año, en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado».

No obstante, dada la escasa cuantía de las cuotas no ingresadas, y en virtud de las facultades otorgadas en el artículo 7.1 de la Ley 42/1997, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, artículo 11.5 del Real Decreto 928/1998 y artículo 7.6 del Real Decreto 138/2000, se procede a formular requerimiento al sujeto obligado («OFICINA TÉCNICA DE INGENIERÍA, S.A.»), de conformidad con lo establecido en el artículo 31.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y artículo 35 del citado Real Decreto 928/1998.

Según dispone este último, el requerimiento se formulará mediante diligencia en el Libro de Visitas a que se refiere el artículo 14.3 de la Ley 42/1997, o mediante notificación de escrito ordinario. En el mismo se determinarán los elementos sustanciales de la deuda, plazo o plazos para su ingreso efectivo y la obligación de justificación documental ante la Inspección de cada uno de los ingresos efectuados en los plazos establecidos al efecto en el requerimiento.

Si se incumpliese el requerimiento, se procederá a la práctica de las actas de liquidación y de infracción que procedan en los términos establecidos en los artículos precedentes.

IV. GERENCIA TERRITORIAL DEL MINISTERIO DE JUSTICIA. MADRID

Recibida la nota de servicio, el Inspector procederá a su cumplimiento mediante la emisión de informe comprensivo de la situación de Seguridad Social de los sujetos remitentes al amparo de la legislación en vigor.

Se procede en primer lugar a aclarar el concepto y carácter de la figura del Juez sustituto y del Fiscal sustituto:

La posibilidad de nombrar Juez sustituto viene contemplada en el artículo 212.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículos 130 a 143 del Reglamento de la Carrera Judicial aprobado por Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 1 de junio de 1995. De esta regulación destacan los siguientes aspectos:

- a) Ejercen funciones jurisdiccionales sin pertenecer a la carrera judicial, sin carácter profesional y con inamovilidad temporal.
- b) Actúan como miembros del Juzgado correspondiente con los mismos derechos y deberes que sus titulares.
- c) Las plazas se convocan por el Consejo General del Poder Judicial en los casos previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial a través del BOE.
- d) Son seleccionados aquellos que, cumpliendo los requisitos del artículo 131 del Reglamento, por sus circunstancias personales y profesionales reúnan condiciones de idoneidad para el ejercicio del cargo y garantías de un desempeño eficaz de sus funciones.
- e) Son nombrados para cada año judicial.
- f) Son retribuidos en la forma reglamentariamente establecida dentro de las previsiones presupuestarias.
- g) Tienen derecho a vacaciones proporcionales al tiempo de servicio.

En cuanto al Fiscal sustituto, su régimen jurídico se contiene en el Real Decreto 1050/1987, de 26 de junio, por el que se dictan normas sobre Abogados fiscales en régimen de provisión temporal y Abogados fiscales sustitutos. Su nombramiento procede cuando, por motivos extraordinarios, no puede acudir al sistema de sustituciones ordinarias previsto en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981, de 30 de diciembre), y recaerá entre Licenciados en Derecho que, habiendo presentado solicitud, reúnan mayores méritos. También tienen derecho a retribución y vacaciones.

Por lo que respecta al encuadramiento de este colectivo en el Sistema de Seguridad Social, inicialmente el Real Decreto-Ley 16/1978, de 7 de junio, que regula el Régimen Especial de Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, establecía que el personal interino sólo estaría obligatoriamente incluido en los términos que se determinasen reglamentariamente. El Reglamento de la Mutualidad General Judicial (RD 3283/1978, de 3 de noviembre) sólo los incluía en el Régimen Especial siempre que no estuvieran incluidos en otro Régimen y además su acción protectora era limitada, lo que originaba una notoria desigualdad frente a los interinos de la Administración del Estado incluidos estos últimos en el Régimen General por el Decreto-Ley 10/1975, de 23 de septiembre. Para solucionarlo la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, autoriza al Gobierno para proceder a la integración en el Régimen General del personal interino al servicio de la Administración de Justicia. Ello se cumple mediante el Real Decreto 960/1990, de 13 de julio (BOE del 25), que en su artículo 1 declara integrados a quienes ostenten la condición de personal interino al servicio de la Administración de Justicia. A estos efectos se entiende por personal interino, entre otros, a los Jueces y Fiscales sustitutos que desempeñen ininterrumpidamente la función durante más de un mes.

En el escrito dirigido a la Inspección se declara que los interesados ejercieron funciones como Juez y Fiscal sustitutos durante los días 1 a 15 de mayo de 2000 y la posibilidad de prestar servicios del 1 al 15 de agosto. En consecuencia, al no producirse la continuidad en el ejercicio de funciones durante al menos un mes, no se dan las circunstancias que motivan su inclusión en el Régimen General, debiendo entenderse que permanecen en el Régimen Especial.

En relación con la competencia de la Inspección de Trabajo es preciso aludir a la disposición adicional 24.ª de la Ley General de la Seguridad Social que señala que lo dispuesto en la misma, en materia de inspección y recaudación de la Seguridad Social, no es de aplicación, entre otras, al Régimen Especial de Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia. Por tanto, no procede ninguna actuación salvo la emisión del informe solicitado en cumplimiento de la orden de servicio recibida de conformidad con los artículos 22.2 y 23 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social aprobado, por el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero.

V. VISITA A LA EMPRESA «MUEBLES DE ESTILO, S.A.»

En este caso dado que la visita inspectora se gira fundamentalmente sobre el grado de cumplimiento de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales, aparte de la observancia por parte del Inspector actuante de las normas que, con carácter general regulan su actuación en las visitas a empresas y centros de trabajo (Ley 42/1997, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y RD 138/2000, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social) deberá tener especialmente presente lo dispuesto en esta materia en el artículo 40 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL), que establece la obligación del funcionario actuante de comunicar su presencia en el momento de iniciar la visita al empresario o a su representante y al Comité de Seguridad y Salud, a los delegados de prevención o, en su ausencia, a los representantes de personal, siempre que dichas comunicaciones no perjudiquen el resultado de las actuaciones inspectoras.

En cuanto a la concreta visita inspectora se debe apreciar como principales elementos enmarcadores de la comprobación:

- a) El número de trabajadores que prestan servicios en la empresa a efectos de la constitución de la organización preventiva (arts. 30 y 31 LPRL, y Capítulo III RD 39/1997, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención -en adelante RSP-), y
- b) La actividad desarrollada en la empresa a efectos de la consideración de los productos, elementos, sustancias y equipos de trabajo utilizados en el proceso productivo por si concurriese en aquélla condiciones de potencial peligrosidad para los trabajadores implicados en dicho proceso productivo.

1. Organización preventiva.

En cuanto a las investigaciones referidas al Servicio de Prevención propio que la empresa viene obligada a constituir, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la LPRL y especificado reglamentariamente en el artículo 14 del RSP), se constata por parte del funcionario actuante que, si bien aparentemente la empresa tiene cumplida la obligación de constituir un Servicio de Prevención propio, de las comprobaciones referentes a la cualificación de las personas integrantes de dicha organización para el desarrollo de las funciones que dicho Servicio tiene reglamentariamente atribuidas, se observa que aquellas cualificaciones son insuficientes ya que el artículo 15 del RSP establece que el Servicio de Prevención habrá de contar al menos con dos especialidades o disciplinas preventivas previstas en el artículo 34 de la misma norma reglamentaria cuando el establecido en la empresa cuenta con sólo una (el Director Técnico aporta únicamente la especialidad o disciplina de seguridad en el trabajo) y continúa el ante dicho artículo 15 que el Servicio de Prevención también deberá contar con el personal necesario que tenga la capacitación requerida para desarrollar las funciones de los niveles básico e intermedio previstas en el Capítulo VI del RSP, contrastando lo dispuesto en dicho precepto con lo contemplado en la empresa, la cual cuenta con medios humanos que únicamente han realizado un curso básico de formación.

Teniéndose por ciertas las anteriores comprobaciones, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.4 de la Ley 42/1997, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se estima procedente extender Acta de Infracción a «MUEBLES DE ESTILO, S.A.» por vulnerar lo dispuesto en los artículos 31 de la LPRL y 14 y 15 del RSP por constituir un Servicio de Prevención aparente, y por entenderse cometida la infracción grave del artículo 47.15 de la LPRL (art. 12.15 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Texto Refundido aprobado por RD Leg. 5/2000).

Asimismo en virtud de los artículos 7.3 de la Ley Ordenadora de la Inspección y 43 de la LPRL se requiere a la empresa para que proceda a constituir la organización preventiva de la empresa en los términos reglamentariamente establecidos y cuyo incumplimiento ha motivado la extensión de la pertinente Acta de Infracción.

2. Delegados de prevención.

En este supuesto se aprecian dos irregularidades como son , en primer lugar, que la empresa designa a los delegados de prevención y en segundo lugar, que la empresa tiene la creencia de que esta designación es preceptiva para la realización de la evaluación de riesgos presentes en la actividad.

No estimándose procedente la iniciación de procedimiento sancionador mediante la extensión de Acta de Infracción , dada la entidad de las irregularidades, y en virtud del artículo 3.2.1 de la Ley Ordenadora de la Inspección, se informa a la empresa que en cuanto a la designación por la misma de los delegados de prevención que tal designación no tiene ningún tipo de legitimidad respecto a la representación los derechos de los trabajadores, ya que la constitución de la representación unitaria de los trabajadores, regulada en los artículos 62 y siguientes del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y como especificidad de ésta, la representación de los derechos de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales atribuida a los delegados de prevención se trata de una facultad de los propios trabajadores y nunca una atribución empresarial, facultad de los trabajadores que se hace más patente en el caso de los delegados de prevención ya que como establece el artículo 35 de la LPRL «los delegados de prevención serán designados por y entre los representantes de los trabajadores», sin que por tanto ante la falta de miembros de representación de los trabajadores, los delegados de prevención designados por la empresa puedan hacer uso de las competencias y facultades que los artículos 36 y 37 de la LPRL contemplan para los debidamente nombrados.

En cuanto a la segunda irregularidad derivada de las manifestaciones de la empresa y firmando parte de las facultades informativas que tiene atribuida la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se pone en conocimiento de aquélla que de la lectura de los artículos 16 de la LPRL y 3 y siguientes del RSP, que regulan la obligación empresarial de realizar la evaluación de riesgos, no se extrae que para la realización de dicha evaluación sea *condictio sine qua non* la designación previa de los delegados de prevención, por lo que se contempla por las antecitadas normas como obligación con sustantividad propia sin que requiera de la concurrencia de otras condiciones para tener por cumplida dicha obligación empresarial.

No obstante lo anterior, y en lo que se refiere a la designación empresarial de los delegados de prevención, el Inspector que gira la visita deberá vigilar en particular si debajo de esta designación se oculta una transgresión de los derechos de consulta y participación de los trabajadores regulados en los artículos 33 y 34 de la LPRL, y la posible comisión de la infracción grave del artículo 47.11 de la LPRL (art. 12.11 del TR LISOS).

3. Evaluación de riesgos.

En este caso se presenta al Inspector actuante la identificación de riesgos y la posterior evaluación de riesgos efectuada por un Servicio de Prevención que ha sido considerado por el propio funcionario como un Servicio de Prevención «aparente» o como el establecimiento de la

organización preventiva de una manera formal, presuntamente, con la única intención empresarial de hacer aparecer una organización sin un sustento jurídico-material. Por ello la evaluación de riesgos no puede tenerse por realizada en los términos contemplados por los artículos 16 de la LPRL y 3 y siguientes del RSP.

Teniéndose por ciertos los hechos que constituyen el razonamiento anteriormente expuesto, de conformidad al artículo 7.4 de la Ley Ordenadora de la Inspección se extiende Acta de Infracción a «MUEBLES DE ESTILO, S.A.» por la falta de realización de la evaluación de riesgos, vulnerándose por ello los artículos 16 de la LPRL, y 3 y siguientes del RSP, tipificándose tal conducta como infracción grave por el artículo 47.1 de la LPRL (art. 12.1 del TR LISOS).

En virtud de los artículos 7.3 de la Ley Ordenadora de la Inspección y 43 de la LPRL se requiere a la empresa para que proceda a efectuar la evaluación de riesgos en los términos reglamentariamente establecidos,

4. Formación en materia preventiva.

En el cuarto aspecto en materia preventiva abordado por el Inspector de Trabajo y Seguridad Social referido a la formación de seguridad y salud impartida por la empresa a través del Servicio de Prevención propio que tiene constituido, al carecer sus componentes de los niveles de cualificación precisos para impartir la formación que establece el Capítulo VI del RSP (arts. 34 a 37), tal actividad formativa adolece de los mismos vicios que los encontrados en las comprobaciones referidas a la evaluación de riesgos por lo que aquella obligación empresarial de proporcionar la formación necesaria a sus trabajadores, a través de su Servicio de Prevención, se tiene por incumplida.

Constatados tales hechos, como establece el artículo 7.4 de la Ley Ordenadora de la Inspección, se estima pertinente extender Acta de Infracción a «MUEBLES DE ESTILO, S.A.» por transgredir sus obligaciones en materia de formación de seguridad y salud, vulnerando por ello el artículo 19 de la LPRL, y cometiendo la infracción grave del artículo 47.8 LPRL, (art. 12.8 del TR LISOS).

Por lo dispuesto en los artículos 7.3 de la Ley Ordenadora de la Inspección y 43 de la LPRL, se requiere a la empresa para el correcto cumplimiento de sus obligaciones en materia formativa.

De conformidad al artículo 16 del Real Decreto 928/1998, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de Sanciones por Infracciones en el Orden Social y para los Expedientes Liquidatorios de Cuotas de la Seguridad Social, las infracciones apreciadas y referidas a prevención de riesgos laborales se acumularán en una única Acta de Infracción.

5. Reducción de «compromisos por pasivos».

El procedimiento seguido por la empresa para reducir los derechos que los jubilados anticipadamente tiene reconocido en el Convenio Colectivo (garantía del 90% de las retribuciones hasta los 65 años) mediante un acuerdo conciliatorio, sería válido, conforme establecen los párrafos 2.º y 3.º del artículo 82.3 del TR LET), si aquellos derechos tuviesen naturaleza jurídica de salario y en el Convenio Colectivo superior a la empresa no hubiese fijado una cláusula de desuelgue de su régimen salarial ante supuestos de situación económica negativa de la empresa, pero dado que a tales derechos con los pasivos se les da la consideración de indemnización por el cese en el trabajo, aunque de tracto sucesivo, de acuerdo con lo regulado en el artículo 26.2 del TR LET no tiene la consideración de salario. Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82.4 del TR LET «El convenio colectivo que sucede a uno anterior puede disponer sobre los derechos reconocidos en aquél». *A sensu contrario*, sólo por Convenio Colectivo se puede disponer de los derechos fijados en convenio colectivo, de lo que cabe concluir que el procedimiento seguido por la empresa no es el procedente para aquella reducción.

Aquí no puede establecerse competencia de la Inspección y sí, en todo caso, a los órganos jurisdiccionales del orden social, que es a quien corresponde declarar la nulidad, en su caso, del acuerdo conciliatorio suscrito entre empresa y trabajadores, y la pervivencia de los derechos económicos de los trabajadores jubilados anticipadamente, en tanto no se modificasen por un nuevo Convenio Colectivo.

VI. VISITA A LA EMPRESA «EDIFICACIONES Y OBRAS, S.L.»

Al referirse la visita a la construcción de una nave empresarial para la empresa «MUEBLES DE ESTILO, S.A.» promotor de la obra, realizada por la empresa «EDIFICACIONES Y OBRAS, S.L.» , contratista de la misma, el Inspector manejará fundamentalmente la siguiente normativa, sin perjuicio de la utilización de aquella otra que, sin tener por objeto las obras de construcción, contengan preceptos aplicables a las mismas :

- Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, y
- El Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción.

En el momento de comprobar las empresas que intervienen en la construcción de la nave, se observa que presta servicios en la misma , y para la empresa «EDIFICACIONES Y OBRAS, S.L.» un trabajador cedido por la empresa de trabajo temporal «MERCADO DE TRABAJO ETT».

La Ley 14/1994, de Empresas de trabajo Temporal, prohíbe en su artículo 8 la realización de contratos de puesta a disposición para la realización de trabajos reglamentariamente considerados como peligrosos. El artículo 8 del Real Decreto 216/1999, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal (RDC) considera como trabajos peligrosos los que se realicen en las obras de construcción a que se refiere el Anexo II del RDC, que a su vez considera como trabajos de construcción con riesgos especiales aquéllos en los que puedan darse sepultamientos, hundimientos y caídas de altura, circunstancias todas ellas que se aprecian en la obra inspeccionada.

Por ello de acuerdo con el artículo 7.4 de la Ley Ordenadora de la Inspección, se extienden dos Actas de Infracción, una a la empresa de trabajo temporal «MERCADO DE TRABAJO, ETT», y otra, a la empresa usuaria «EDIFICACIONES Y OBRAS, S.L.» por vulnerar el artículo 8 de la LETT y por cometer, respectivamente, las infracciones muy graves del artículo 19.3 b) de la LETT [art. 18.3 b) del TR LISOS] para la ETT, y del art. 20.3 b) de la LETT [art. 19.3 b) TR LISOS] para la EU. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 de la LISOS (art. 40 ITR LISOS) al tratarse de infracciones muy graves, se sancionarán en la cuantía de 500.001 a 15 millones de ptas.

1. Ausencia del plan de seguridad y salud.

En este supuesto, y de acuerdo con el artículo 3.2.1 de la Ley Ordenadora de la Inspección, se informa a la empresa promotora que, según lo dispuesto en los artículos 2 y 4 de la Ley de Ordenación de la Edificación, para la construcción de la nave, al tratarse de una nueva edificación, es necesaria la elaboración del correspondiente proyecto a cargo del promotor. Se exigirá por parte del Inspector de Trabajo y Seguridad Social de la empresa promotora, «MUEBLES DE ESTILO, S.A.», la presentación ante el mismo, del estudio de seguridad y salud, regulado en el artículo 4 del RDC.

Por la falta de elaboración del plan de seguridad y salud, que preceptúa el artículo 7 del RDC como obligación del contratista, se procede a extender Acta de Infracción a «EDIFICACIONES Y OBRAS, S.L.» por contravenir el artículo 16 de la LPRL en relación con lo dispuesto en antedicho artículo 7 del RDC, y por cometer la infracción grave del artículo 47.6 de la LPRL, (art. 12.6 del TR LISOS), sancionada tal conducta en la cuantía de 250.001 a 5 millones de ptas., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la LPRL (art. 40 del TR LISOS).

Se requiere a la empresa para que elabore el correspondiente plan de seguridad y salud, facultad inspectora de requerimiento que se recoge en el artículo 7.3 de la Ley Ordenadora de la Inspección y en el 43 de la LPRL.

2. Falta de la comunicación de apertura.

En este caso se presenta ante el funcionario actuante el incumplimiento de la obligación del titular del centro de trabajo, de proceder a comunicar a la Autoridad laboral competente la

apertura del centro de trabajo en el plazo de 30 días desde el comienzo de los trabajos, tal y como establece el artículo 6.1 del Real Decreto-Ley 1/1986, desarrollado por la Orden Ministerial de 6 de mayo de 1988, modificada por la Orden Ministerial de 29 de abril de 1999.

En virtud del artículo 7.4 de la Ley Ordenadora de la Inspección, se extiende Acta de Infracción a «EDIFICACIONES Y OBRAS, S.L.» por transgredir el artículo 6.1 del RD Ley 1/1986, cometiendo con ello la infracción grave del artículo 47.5 de la LPRL, (art. 12.5 del TR LISOS). Se le da el carácter de grave a tal conducta, y no leve, por la consideración peligrosa de los trabajos de construcción, cuya referencia de peligrosidad se puede encontrar en el Anexo del RSP, Real Decreto 39/1997, y en el Anexo II del RDC, Real Decreto 1627/1997.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49 de la LPRL se sancionará la infracción apreciada en la cuantía de 250.001 a 5 millones de ptas. (art. 40 del TR LISOS).

Por lo dispuesto en el artículo 43 de la LPRL se requiere a la empresa para que comunique la apertura del centro de trabajo a la Autoridad laboral competente.

3. Falta de designación de coordinador y ausencia de medidas de coordinación.

En este supuesto se le presenta al Inspector el no cumplimiento, por parte del promotor de la obra de construcción, de la obligación de designar a una persona encargada de coordinar, entre todos los intervinientes en dicha obra, las medidas de seguridad y salud, obligación que impone al promotor el artículo 3 del RDC.

Como actividad inspectora, se estima procedente extender Acta de Infracción a «MUEBLES DE ESTILO, S.A.» empresa promotora, por contravenir lo dispuesto en el artículo 3 del RDC, cometiendo con ello la infracción grave del artículo 47.6 de la LPRL, (art. 12.6 del TR LISOS), sancionada en la cuantía de 250.001 a 5 millones de ptas. tal y como establece el artículo 49 de la LPRL, (art. 40 del TR LISOS).

De acuerdo con el artículo 43 de la LPRL, se requiere a la empresa promotora la designación del coordinador en materia de seguridad y salud.

Dentro del mismo supuesto se le presenta al funcionario actuante, la total ausencia de medidas de coordinación y mecanismos de información en aspectos preventivos entre las empresas que tienen encomendada la realización material de la nave en construcción, con lo que se incumple con lo dispuesto en el artículo 24.1 de la LPRL que regula aquellas obligaciones coordinadoras e informativas cuando concurren en una misma actividad distintas empresas.

Por ello se extiende Acta de Infracción, en base a la facultad que a la Inspección le atribuye el artículo 7 de su Ley Ordenadora, a las empresas «EDIFICACIONES Y OBRAS, S.L.» y a «ALBAÑILES REUNIDOS, S.L.» responsables solidarios conforme a lo dispuesto en el artículo 130.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por vulnerar el artículo 24.1 de la LPRL, siendo tipificada tal conducta por el artículo 48.9 de la LPRL, (art. 13.7 del TR LISOS), calificación de «muy grave» con relación a lo dispuesto en el Anexo II del RDC y en el Anexo del RSP, siendo sancionada en la cuantía de 5.000.001 a 100 millones de ptas. por lo dispuesto en el artículo 49 de la LPRL, (art. 40 del TR LISOS).

En base a lo regulado por el artículo 43 LPRL, se requiere a las empresas a las que se dirige el documento de la Inspección que inicia el procedimiento sancionador, para que adopten aquellas medidas.

4. Falta de información por el empresario titular del centro de trabajo.

En este apartado se aprecia el incumplimiento del empresario titular del centro de trabajo, «MUEBLES DE ESTILO, S.A.», de informar a los empresarios que desarrollen su actividad en dicho centro de trabajo y sobre el que aquél ostenta un auténtico poder fáctico y jurídico de disposición. Esta obligación de suministrar información se encuentra en el artículo 24.2 de la LPRL.

Como actuaciones inspectoras cabe proceder a extender Acta de Infracción a «MUEBLES DE ESTILO, S.A.», como empresario titular del centro de trabajo, por vulnerar lo dispuesto en el artículo 24.2 de la LPRL, cometiendo, la infracción muy grave del artículo 48.10 del LPRL (art. 13.8 del TR LISOS), teniendo la consideración de «muy grave» de acuerdo con lo dispuesto en el Anexo II del RDC y en el Anexo del RSP.

Por lo recogido en el artículo 7.3 de la Ley Ordenadora de la Inspección, se requiere a la empresa responsable para que adopte las medidas que han motivado la extensión del Acta por parte del funcionario actuante.

VII. VISITA A LA EMPRESA «PAPELERA DEL NORTE, S.A.»

En la visita girada a esta empresa al no tratarse de una comprobación específica, sino que tiene por objeto una actividad comprobatoria sin determinar *a priori*, son aplicables las prescripciones establecidas en la introducción de la resolución del caso práctico de inspección en lo que se refiere a número de trabajadores, representación de los mismos, etc.

1. Cambio de puesto de trabajo por razón de salud del trabajador.

Se presenta ante el Inspector en este caso un cambio de puesto de trabajo nocturno por uno diurno, basado tal cambio en razones de salud del trabajador que se manifiesta en la presencia de estrés por la realización de dicho trabajo nocturno. En este supuesto se recurre a lo dispuesto en el artículo 36.4 del TR LET que prevé la posibilidad de cambio de un puesto de trabajo nocturno a otro diurno por razones de salud derivadas directamente de la realización de dicho trabajo nocturno, que se llevará a cabo por los procedimientos contemplados por los artículos 39 y 41 de la misma norma.

Dado que las condiciones organizativas presentes en la empresa no permiten un cambio de puesto en condiciones idénticas, en cuanto a categoría y salario, tratándose por ello de una movilidad descendente, en los términos del artículo 39 del TR LET, y sin que, a su vez, concurren las circunstancias que este artículo contempla para conceptuar tal cambio como una movilidad funcional ordinaria o común, es preciso recurrir al procedimiento previsto en el artículo 41 del TR LET que regula las modificaciones sustanciales de trabajo, al que expresamente se remiten tanto el artículo 36.4 como el 39, antes citados, este último en concreto para la movilidad descendente como la que se presenta en este caso.

Por ello, y dentro de las actuaciones inspectoras, el Inspector actuante se limitará a observar si el cambio de puesto de trabajo ha seguido el procedimiento marcado, por el artículo 41 del TR LET, en el que se contempla un trámite de notificación con antelación de 30 días a la medida empresarial, si bien se debe tener en cuenta por el funcionario actuante que el cambio viene determinado por razón de salud del propio trabajador, solicitado dicho cambio por él mismo, y por las condiciones organizativas de la empresa. El incumplimiento de dicho trámite supone la comisión de la infracción grave del artículo 95.5 (art. 7.6 del TR LISOS) sancionada en la cuantía de 50.001 a 500.000 ptas. según establece el artículo 37 de la LISOS (art. 40 del TR LISOS).

2. Registro empresarial del correo electrónico del trabajador.

En la situación denunciada, por las dos partes implicadas ante el Inspector, de un registro sobre el ordenador del trabajador Esteban Nieto, se informa a ambas partes, en virtud del artículo 3.2.1 de la Ley Ordenadora de la Inspección, que si bien los actos del empresario que lesionen el derecho del trabajador al respeto de su intimidad, recogido expresamente en el artículo 4.2 e) del TR LET es motivo para iniciar el procedimiento sancionador mediante la extensión de Acta de Infracción por cometer la infracción grave del artículo 95.10 del TR LET (art. 7.10 del TR LISOS), sancionada tal conducta en la cantidad de 50.001 a 500.000 ptas., de acuerdo con el artículo 37 de la LISOS (art. 40 del TR LISOS), o en el caso de que por parte del Inspector actuante se estime que la lesión del derecho establecido en el artículo 4.2 e), antes citado, tiene una consecuencia especialmente gravosa por el trabajador, se apreciaría la comisión de la infracción muy grave del artículo 96.11 del TR LET (art. 8.11 del TR LISOS), sancionable en la cuantía de 500.001 a 15 millones de ptas., tal y como establece el artículo 37 de la LISOS (art. 40 del TR LISOS).

No obstante lo anterior, y continuando con las actuaciones informadoras de la Inspección, dado que el ordenador registrado es un equipo de trabajo que tiene por finalidad exclusiva contribuir al ciclo productivo de la empresa, y sin que por parte del empresario se establezca la obligación de permitir que los trabajadores utilicen para fines particulares los equipos de trabajo que pone a disposición de los mismos para que aquéllos desarrollen sus cometidos laborales y que podría comportar inhibición por los trabajadores de sus obligaciones contractuales, no cabe concluir con la iniciación de un procedimiento sancionador por la extensión de Acta de Infracción, ya que se puede establecer que el derecho a la intimidad del trabajador no ha sido conculcado, sino que ha sido tangencialmente afectado por el ejercicio empresarial de su poder de dirección, regulado con carácter general en el artículo 20 del TR LET.

VIII. VISITA A LA EMPRESA «LA PRADERA, S.L.»

Valoración de la conducta del Inspector actuante.

Este supuesto comienza con una descripción detallada de las circunstancias en las que se produce la visita del Inspector. Deben, en consecuencia, analizarse las mismas con el fin de determinar su encaje en la normativa reguladora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (Ley 42/1997 y RD 138/2000, de 4 de febrero).

- La hora de la visita son las 23:35. El artículo 5.1 de la Ley 42/1997 y el 7.1 del Reglamento autorizan la entrada de los Inspectores en los centros de trabajo «en cualquier momento».
- Se da el supuesto de coincidencia del domicilio privado con un centro de trabajo como son el salón principal y demás dependencias alquiladas por el propietario D. Luis Ortíz a la empresa «LA PRADERA S.L.» El acceso del Inspector se produce por una puerta de servicio y a través de varios dormitorios. En ningún momento consta que exista consentimiento del propietario o autorización judicial, como exige el artículo 5.1 de la citada Ley 42/1997, por lo que se vulnera la inviolabilidad del domicilio constitucionalmente consagrada en el artículo 18.2. No hay que olvidar que, como parte de la Administración, los Inspectores de Trabajo han de actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 9.1 del Reglamento), y en este caso concreto «respetando la inviolabilidad del domicilio» (art. 7. 1).
- La utilización de una videocámara está dentro de las facultades inspectoras del artículo 5.3 de la Ley. No obstante, debido a la presencia de personas ajenas al objeto de la visita, es decir, los invitados, el Inspector deberá tener en cuenta este hecho a la hora de hacer uso de la videocámara.
- El Inspector manifiesta su calidad de Agente de la Autoridad. En realidad el carácter de los Inspectores de Trabajo es el de Autoridad pública (art. 5 de la Ley y 12 del Reglamento), correspondiendo a los Subinspectores el de Agente de la Autoridad. Según

la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre la que puede citarse la ST de 20 de junio de 1995 en relación precisamente con la validez de las Actas promovidas por los Subinspectores de Empleo, la condición de Agente de la Autoridad para estos últimos equivale a ser colaboradores de los Inspectores de Trabajo. A los Subinspectores competente cuantos cometidos de comprobación e investigación les puedan ser encomendados por los Inspectores, los cuales, como dice la Ley Ordenadora de la Inspección tienen el carácter de Autoridad pública.

- Por último, la orden de suspender el banquete resulta excesiva por el comprensible perjuicio moral que ello ocasiona a sus participantes y no está suficientemente justificada por la posible ocultación de personal. Dentro de los deberes de los Inspectores el artículo 9.2 del Reglamento señala que «en el ejercicio de sus funciones los funcionarios de la Inspección observarán la máxima corrección con los ciudadanos y procurarán perturbar en la menor medida de lo posible el desarrollo de las actividades de los inspeccionados».

1. Trabajadores empleados en la cocina.

Tomás Valle Rey. Se trata de un trabajador menor de 18 años que se encuentra prestando servicios en período calificado legalmente como nocturno por el artículo 36.1 del TR LET. El TR LET quiere proteger especialmente a estos trabajadores prohibiendo la realización de trabajo nocturno, prohibición absoluta y sin excepciones que consagra el artículo 6.2. La vulneración de dicho precepto motiva la extensión de acta de Infracción a «LA PRADERA S.L.» por comisión del tipo infractor previsto en el artículo 96.4 del TR LET (art. 8.4 del TR LISOS).

José Díaz y Antonio López. Están contratados a tiempo parcial con fecha 1 de mayo de 1998. En consecuencia, sus contratos de trabajo se rigen por el artículo 12 del TRLET en la redacción anterior al Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre (BOE del 28) tal y como establece la disposición transitoria primera del citado Real Decreto-Ley. El antiguo artículo 12 del TR LET califica en el último inciso del apartado 4.º como horas extraordinarias en el contrato a tiempo parcial cada hora de trabajo que se realiza sobre la jornada de trabajo pactada en el contrato. En el supuesto en cuestión esa es la calificación que cabe dar a las horas trabajadas por encima de la jornada pactada en el contrato. No obstante dado que todos los viernes y sábados se realizan cuatro horas más aproximadamente, deberá comprobarse el cumplimiento del límite legal de horas extraordinarias anuales del artículo 35 del TR LET que, además, para los contratos a tiempo parcial se reduce en la proporción que exista respecto a la jornada general de la empresa. Todo ello a efectos de una posible infracción tipificada en el artículo 95.4 del TR LET (art. 7.5 de la nueva LISOS).

En este punto debe volverse a la situación del menor Tomás Valle ya que, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, dicho trabajador se encuentra realizando horas extraordinarias, lo que supone vulneración de la prohibición del artículo 6.3 del TR LET. Por tanto, en la misma acta de infracción antes referida se señalará una segunda infracción con tipificación también en el artículo 96.4 ET y siendo el precepto infringido el citado 6.3 del TR LET.

Se constata también incumplimiento de la obligación de información a los representantes de los trabajadores de las horas extraordinarias realizadas mensualmente establecida por la disposición adicional tercera del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre. Ello constituye infracción tipificada en el artículo 95.7 del TR LET (art. 7.7 de la nueva LISOS) que se señalará en la correspondiente Acta de Infracción.

Finalmente, el Inspector puede ejercer la función de asistencia técnica del artículo 3.2 de la Ley 42/1997 e informar al empresario de la posibilidad contemplada en la disposición transitoria primera apartado 2.º del Real Decreto-Ley 15/1998 de celebrar un pacto de horas complementarias rigiéndose por el nuevo artículo 12.5 no pudiendo, en tal caso, realizar horas extraordinarias salvo los supuestos de fuerza mayor del artículo 35.3 del TR LET.

Won You y Un Paw. Se trata de trabajadores extranjeros que cumplen las condiciones legales para efectuar una actividad lucrativa por cuenta ajena en España. El empresario, por su parte, ostenta el llamado poder de dirección para determinar el modo, lugar y tiempo de trabajo. Sin embargo, dicho poder no es exorbitado sino que está sujeto a límites. Uno de estos límites es el principio de la no discriminación en el trabajo prohibida por el artículo 17 del TR LET y formulado como derecho de los trabajadores en el 4.2 c) con origen obvio en el artículo 14 de la Constitución Española. En el presente caso el criterio de la raza de los trabajadores es utilizado para la toma de una decisión sobre las condiciones en las que se desarrolla su actividad laboral. La situación discriminatoria no admite dudas ya que es reconocida por la propia empresa que les asigna trabajo en la cocina porque su raza no es aconsejable para el trabajo en mesas y además éste es el criterio habitual de la empresa.

En definitiva, nos encontramos ante una vulneración del principio de no discriminación en el empleo consagrado en los artículos 4.2 c) y 17 del TR LET, que constituye la infracción calificada como muy grave en el artículo 96.12 del TR LET (art. 8.12 de la nueva LISOS), lo que se expresará en la correspondiente Acta de Infracción a «LA PRADERA S.L.».

Por lo que respecta a la cantante cubana Magalia alega dos circunstancias, primera, que acaba de llegar de La Habana y, segunda que su exmarido es español y que por eso no necesita permiso de trabajo. En realidad, su situación en España es correcta ya que cabe incluirla en el supuesto previsto en la letra g) del artículo 39.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, según el cual, para los artistas que vengan a España para realizar actuaciones concretas que no supongan una actividad continuada, no es necesaria la obtención de permiso de trabajo.

2. Sustitución de los camareros.

De los datos obtenidos se deduce un supuesto de movilidad funcional descendente previsto en el artículo 39.2 del TR LET. Este precepto exige para poder llevarla a cabo tres requisitos:

1. Existencia de razones técnicas u organizativas que lo justifiquen.
2. Que se limite al tiempo imprescindible para su atención.
3. Que la encomienda de funciones inferiores esté justificada por necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva.

En el supuesto en cuestión, este tercer requisito es el que resulta claramente incumplido, pues la empresa sabe que cada año los camareros sustituidos van a la vendimia durante un mes. Por tanto, el cambio de funciones implica una modificación sustancial de condiciones de trabajo porque al exceder de los límites del artículo 39 deben seguirse los trámites del artículo 41 del TR LET (art. 39.5). Uno de los requisitos del artículo 41 es la comunicación a los representantes legales de los trabajadores, con una antelación mínima de 30 días, de la decisión de modificación. En la visita la empresa reconoce que dicha comunicación no se ha producido, lo que lleva a la conclusión de la existencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo impuesta unilateralmente por el empresario. Éste es motivo suficiente para la extensión de Acta de Infracción por comisión del ilícito tipificado como grave en el artículo 95.5 del TR LET (art. 7.6 de la nueva LISOS).

Para finalizar hay que abordar la cuestión de los salarios recibidos por los administrativos durante el período en el que ejercen funciones como camareros. Al exigir el artículo 39.3 que la movilidad funcional descendente respete la retribución de origen de los trabajadores existe una lesión a los derechos económicos de los mismos que podrá ser objeto de litigio ante la jurisdicción social. El Inspector podrá hacer uso de sus atribuciones de asistencia técnica a los trabajadores (art 3.2 de la Ley 42/1997) en los términos anteriormente expuestos, quedando claro que ello es sólo el criterio del funcionario actuante y sin prejuzgar, obviamente, la resolución del litigio.

IX. VISITA AL TALLER DE EMPLEO

Los Talleres de Empleo encuentran su regulación en el Real Decreto 282/1999, de 22 de febrero, siendo su finalidad desarrollar programas mixtos de Empleo-Formación orientados a desempleados de 25 o más años. Se gestionan por entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro y se destinan a mejorar la ocupabilidad de personas desempleadas facilitando su integración en el mercado de trabajo. Son financiados con cargo a los Presupuestos estatales o de las Comunidades Autónomas competentes.

1. Estudiante extranjero sin autorización para trabajar.

En este primer apartado deben ser analizadas dos cuestiones:

- En primer lugar, si el súbdito canadiense reúne los requisitos exigidos por la normativa aplicable para efectuar una actividad laboral en España.
- En segundo lugar, si es o no correcta su situación a efectos de Seguridad Social.

Comenzando por la primera de las mismas, debe recordarse la normativa reguladora del trabajo de los estudiantes extranjeros en nuestro país:

- Artículo 40 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, (BOE del 12 de enero).
- Artículo 73.3 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, (BOE del 23 de febrero).
- Orden de 25 de febrero de 1998, sobre autorizaciones para trabajar en determinados supuestos (BOE de 7 de marzo).

La ya citada Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España establece en el apartado 4.º de su artículo 40 que los extranjeros admitidos con fines de estudio no estarán autorizados para ejercer actividades retribuidas por cuenta ajena ni propia, estableciendo un régimen de autorización excepcional que se determinará reglamentariamente.

A la espera del desarrollo reglamentario de la Ley, continúan siendo de aplicación las normas arriba citadas. Así el Reglamento de ejecución de la hoy derogada Ley Orgánica de 1 de Julio de 1985, establece un régimen de autorización excepcional para los estudiantes, que se concreta en la Orden de 25 de febrero de 1998, mediante autorizaciones para efectuar actividades lucrativas compatibles con la realización de los estudios, que en ningún caso podrán superar la duración de la tarjeta de estudiante. En todo caso, si la actividad ejercida coincidiese con los períodos lectivos, podrá habilitar para trabajar a tiempo parcial, sin que los recursos obtenidos por el estudiante tengan el carácter de recurso necesario para su sustento o estancia.

Queda arriba esbozado el contexto normativo preciso para la resolución del caso planteado. Así el Sr. Gamble precisa la autorización anteriormente citada para efectuar esta actividad retribuida. Del enunciado se desprende que tiene la autorización de admisión y residencia por razones de estudio sin más especificación sobre la autorización para trabajar.

En el supuesto de no poseer tal autorización, procede la adopción de las siguientes medidas derivadas de la actuación inspectora en los términos establecidos por el artículo 7 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, (BOE del 15):

- Extensión de Acta de Infracción al sujeto responsable citado en el encabezamiento del apartado, considerando como preceptos infringidos los artículos 40.4 de la Ley Orgánica 4/2000, 73.3 del Real Decreto 155/1996 y concordantes de la Orden de 25 de febrero de 1998.

Esta infracción en materia de extranjeros tiene el carácter de infracción muy grave, estando tipificada en el artículo 35.1 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (art. 37.1 del TR LISOS).

En el supuesto de infracciones muy graves, la propuesta de sanción deberá estar comprendida entre las 500.001 y los 15 millones de ptas. , conforme al artículo 37 de la Ley 8/1988 (art. 40.1 del nuevo Texto Refundido).

Por último, debemos tener en cuenta que el trabajador no está en situación de alta a efectos de Seguridad Social, para lo que habría sido preciso el permiso de trabajo o autorización correspondiente.

Respecto de la posibilidad de extender acta de liquidación -en este caso por falta de alta conforme al art. 31.1 a) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social- tratándose de un trabajador extranjero sin permiso, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de mayo de 1991, en sentido afirmativo. Esta tesis podría sustentarse con la actual legislación en el artículo 14 de la Ley Orgánica 4/2000, (derecho a la Seguridad Social) en relación con el artículo 33.3. Este último establece que la carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero.

En este supuesto se considera infringido el artículo 106.1 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, (la obligación de cotizar nace con el comienzo de la prestación de trabajo), en relación con el artículo 9.2 del TR LET, tomando como base de cotización las cantidades efectivamente percibidas por el trabajador y aplicables los tipos de cotización vigentes en el ejercicio de 2000. Se aplica recargo del 20 por 100.

2. Encuadramiento en Seguridad Social de trabajador extranjero.

En el segundo apartado de esta visita, se vuelve a incidir en dos aspectos de similar contenido a los del anterior punto: si es o no correcta la situación de un trabajador extranjero y su encuadramiento en el sistema de Seguridad Social.

Al efectuar el estudio de la situación en España del Sr. López Doriga, aparecen dos hechos esenciales:

- Que la indicada persona ha nacido en nuestro país, y
- que reside en España desde 1998.

En este sentido, el artículo 39.1 de la Ley Orgánica 4/2000, arriba citada, establece una serie de excepciones a la necesidad de poseer un permiso de trabajo, entre las que cabe citar la relativa a los ministros, religiosos o representantes de Iglesias y Confesiones, siempre que limiten su actividad a funciones estrictamente religiosas.

Sin embargo, el ministro de culto al que se refiere el enunciado se encuentra -con independencia de su condición de tal- impartiendo unas clases remuneradas. Es evidente que esta actividad no puede considerarse como una función de carácter religioso.

Es el artículo 39.2 de la Ley el que nos ofrece el fundamento jurídico para negar la necesidad de tener permiso de trabajo al exceptuar, entre otros, a aquellos extranjeros «nacidos y residentes en España» [apdo. d)].

Por lo que respecta a la situación de Seguridad Social del Sr. López Doriga, se refleja el hecho de estar afiliado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) desde febrero del año 2000.

La actuación inspectora en este supuesto debe orientarse a valorar si esta situación de afiliación, alta y cotización es correcta, en definitiva, si está debidamente constituida la relación jurídica de Seguridad Social.

No entraremos a valorar la afiliación del sujeto en el RETA, ni siquiera si estamos o no ante un supuesto de pluriactividad en los términos establecidos en el artículo 7.4.1.º del Real Decreto 84/1996 (Reglamento de Afiliación ...)

La cuestión medular trata de considerar la existencia de una relación laboral, utilizando la presunción *iuris tantum* del artículo 8.1 del TR LET. En este sentido deberá tenerse en cuenta:

- El régimen de ajeneidad en los frutos y riesgos;
- la existencia de remuneración abonada por el empresario, y
- la dependencia o sometimiento al círculo rector y organizativo de la empresa.

Tras el análisis pormenorizado de las anteriores circunstancias debe concluirse la existencia de relación laboral por cuenta ajena y consiguiente encuadramiento en el Régimen General de la Seguridad Social.

Por lo tanto, proceden las siguientes actuaciones inspectoras, de conformidad con el artículo 7 de la Ley 42/1997, anteriormente citada:

- Se extenderá Acta de liquidación por falta de alta, de acuerdo con el artículo 31.1 a) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, con comunicación del alta de oficio a la Tesorería General de la Seguridad Social.

En el Acta se hará constar la relación de hechos comprobados a los que antes se ha hecho referencia. El Acta de Infracción, de la que más adelante hablaremos, se remitirá a los hechos de la anterior, habida cuenta de su tramitación coordinada de la forma prevista en el artículo 34 del Reglamento de procedimiento (RD 928/1998, de 14 de mayo).

Se referirá el período de descubierto, desde febrero de 2000, fecha de inicio de la relación laboral, por todos los meses respecto de los cuales haya transcurrido el plazo reglamentario para el pago de cuotas (art. 25 del TRLGSS, 67 y 74 del Reglamento General de Recaudación aprobado por RD 1637/1995, de 6 de octubre y 66 de la Orden de 26 de mayo de 1999, que desarrolla el anterior).

Las bases de cotización se calcularán en función de las cantidades que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o las que efectivamente perciba de ser estas superiores, de conformidad con los artículos 16 y 109 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y concordantes de la Orden de cotización de 28 de enero de 2000.

Se aplicarán los tipos de cotización vigentes en el año 2000, tal y como disponen los artículos 16, 17, 108 y 113 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social así como las normas anuales de cotización previstas en la Ley 54/1999 y Orden de cotización arriba citada.

Procede aplicar el recargo de mora del 20 por 100 (art. 27 del TRGSS).

- De forma paralela, procede extender Acta de Infracción referida a los mismos hechos. Se consideran infringidos los siguientes preceptos: artículos 12 y 100 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, artículos 7 y 29 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero y artículo 1 de la Orden Ministerial de 17 de enero de 1994, como consecuencia de no comunicar el alta en plazo.

La infracción se califica como grave y se tipifica en el artículo 14.1.2 de la LISOS (art. 22.2 del nuevo TR). Podrán proponerse sanciones en el tramo de 50.001 a 500.000 ptas., conforme al artículo 37 de la LISOS (art. 40.1 b) del nuevo TR). Atendiendo a las circunstancias se propondrá en cuantía y grado mínimos.

X. VISITA A LA EMPRESA «TRANSPORTES DEL ÁREA METROPOLITANA, S.A.»

1. Cesión ilegal de trabajadores.

En este apartado nos encontramos con una posible cesión ilegal de trabajadores. La delimitación entre las figuras de la contrata de obras y servicios y la cesión de trabajadores no es sencilla y ha dado lugar a diversos pronunciamientos en vía judicial.

La realidad ofrece múltiples supuestos y en ocasiones la distinción no es tan nítida. En todo caso debemos partir del artículo 43.1 del TR LET: «la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan».

Por otra parte, nuestro ordenamiento admite la contrata de obras y servicios, en virtud de la cual se descentraliza la actividad productiva de la empresa, a través de contratos de variado tipo entre la empresa principal y la contratista.

En definitiva, la jurisprudencia viene entendiendo que nos encontramos ante una cesión prohibida cuando se advierte una pseudocontrata, o si se prefiere, cuando se advierte una contrata de mano de obra, en lugar de una contrata de obras o servicios.

A continuación, analizaremos una serie de indicios que se extraen de la extensa jurisprudencia en este campo, y que habrán de servirnos para distinguir la legalidad o no del supuesto planteado.

- En primer lugar, hay que observar si la empresa cedente/contratista, «LIMPIEZAS REGATE, S.L.», tiene una estructura organizativa propia e independiente. No es tan sencilla

llo determinar la existencia de cesión ilegal cuando la empresa contratista cuenta con esta infraestructura. Por el contrario, se admite de forma generalizada que estamos ante cesión de trabajadores, cuando la contratista es una empresa aparente o ficticia. Así, el Tribunal Supremo admite la contrata «cuando la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables, pudiéndosela imputar efectivas responsabilidades contractuales ...» (STS 17-1-91 y en el mismo sentido STS 31-1-91, entre otras).

- En segundo lugar, debe atenderse a la organización y control por parte de la empresa contratista, es decir si los trabajadores de ésta se someten a sus órdenes. Sin embargo, esta idea puede ser perfectamente compatible con cierta subordinación a las órdenes de la empresa principal en el aspecto técnico (Informe de la Dirección General de Trabajo de 2 de abril de 1996).
- En tercer lugar, la contrata debe tener un objeto diferenciable, específico y delimitado respecto de la actividad de la empresa principal, a pesar de que ésta no es una condición suficiente para negar la cesión.
- En cuarto lugar, ¿asume el contratista el riesgo empresarial?, ¿pone en juego su organización? El Tribunal Supremo ha expresado que «la condición de empresario real mal la puede ostentar quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la explotación, quien no asume los riesgos propios del negocio y quien tiene fuertemente limitada la capacidad de dirección de personal» (STS 17-3-93, 15-11-93 y 18-3-94, entre otras).

En conclusión, no se trata de asumir únicamente la responsabilidad en el pago de salarios y cuotas de Seguridad Social.

- En quinto y último lugar, puede valorarse la finalidad especulativa de la operación, si bien esta cuestión no es pacífica.

Tras una valoración conjunta de lo anteriormente expuesto, se podrá apreciar cesión ilegal de trabajadores al tratarse de una empresa ficticia o aparente, sin estructura productiva propia o independiente, sin organización, dirección y control de su propia actividad, con ánimo defraudatorio (sólo a veces) y sin asunción de riesgo empresarial.

Finalmente, tenemos que trasladar esta valoración conjunta al supuesto planteado, en el que la empresa cedente no cuenta con infraestructura de ningún tipo, se limita al abono del salario, sin que tengamos constancia de la aportación de útiles y materiales (difícilmente ante la inexistencia de centro de trabajo ni almacén).

Además, no existe una formalización escrita del contenido de la supuesta contrata, limitándose a acuerdos verbales. Por todo lo anterior, nos inclinamos por considerar que nos encontramos ante una cesión ilegal de trabajadores.

Como actuaciones inspectoras (art. 7 de la Ley 42/1997):

- Extensión de Acta de Infracción tanto a la empresa cedente como a la cesionaria. Por consiguiente dos Actas de Infracción con idéntica base fáctica, en las que se citará el artículo 43.1 del Estatuto *supra* indicado como precepto infringido. Esta infracción está tipificada en el artículo 96.2 de la misma norma con la calificación de muy grave (art. 8.2 del TR de la LISOS).

Se podrá proponer sanción en el tramo de 500.001 a 15 millones de ptas. de conformidad con el artículo 37 de la LISOS (art. 40.1 c) del TR).

Será conveniente, habida cuenta de que «LIMPIEZAS REGATE, S.L.» dice tener 35 trabajadores, investigar las condiciones en las que los mismos vienen prestando servicios en diferentes empresas de la zona.

Finalmente, hay que precisar dos cuestiones más:

- La posible responsabilidad solidaria entre la cedente y las cesionarias respecto de las obligaciones salariales y de Seguridad Social, de acuerdo con el artículo 43.2 del TR LET, si tenemos en cuenta la existencia de una supuesta deuda salarial con los trabajadores (en el enunciado no se concreta a qué trabajadores se refiere y en qué términos).
- El derecho al que alude el artículo 43.3 del TR LET: adquisición de la condición de fijo en la empresa cedente o cesionaria, que en todo caso corresponde al trabajador mediante la acción oportuna.

XI. VISITA A LA EMPRESA «JUEGOS RECREATIVOS MANOLO»

1. Actuación de control sobre bonificaciones en las cuotas.

Esta visita tiene un contenido relativo al control del disfrute de determinados beneficios en relación con las contrataciones efectuadas por la empresa. Estos beneficios se materializan en bonificaciones en las cuotas empresariales de Seguridad Social, con carácter general, y, excepcionalmente, con subvenciones para la contratación indefinida de trabajadores minusválidos.

Todas las contrataciones «bonificadas» realizadas por la empresa inspeccionada se efectúan al amparo del programa de fomento del empleo establecido en el artículo 28 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre (BOE del 30 del mismo mes).

La mencionada Ley establece una batería de bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social que se orientan al fomento de la contratación indefinida de determinados colectivos, dando así cumplimiento al último inciso del apartado 3.º del artículo 17 del TR LET.

Excepcionalmente, la Ley 55/1999, otorga bonificaciones para la contratación temporal de diversos colectivos expresamente tasados en la misma.

Estudiaremos uno por uno los cuatro contratos realizados por la empresa en este sentido y sus posibles irregularidades:

- a) El primer trabajador pertenece al colectivo de menores de 30 años. La bonificación establecida en la Ley se aplica sobre la cuota empresarial por contingencias comunes, y no por todas las contingencias, como indica el enunciado.

El porcentaje de bonificación aplicable es del 20 por 100 sobre la cuota indicada. Si la contratación se realiza con una mujer y a tiempo completo se eleva al 25 por 100.

- b) Respecto del segundo trabajador sirva lo dicho anteriormente en cuanto a que sólo pueden bonificarse las contingencias comunes, por lo que se vuelve a observar una incorrecta aplicación.

El porcentaje aplicable sería del 50 por 100 durante el primer año de vigencia del contrato y del 45 por 100 durante el segundo año. Estos porcentajes se elevarían en 10 puntos porcentuales si la contratación afectase a una mujer, y siempre que fuese a tiempo completo.

- c) El apartado 5 del artículo 28 de la Ley 55/1999, establece una serie de exclusiones para la obtención de estas bonificaciones, entre las que destacamos -letra b)- las contrataciones que afectan al cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, del empresario (...). Por lo tanto, en este caso no procede bonificación de ningún tipo.

- d) Respecto del último trabajador, con independencia del error en el porcentaje aplicable y de la incorrecta aplicación sobre la totalidad de las contingencias, no puede aplicarse bonificación alguna. Ello es así, por la exclusión prevista en la letra c) del apartado cinco del ya citado precepto, a saber: contrataciones realizadas con trabajadores que en los 24 meses anteriores a la fecha de la contratación hubiesen prestado servicios en la misma empresa o grupo de empresas mediante un contrato por tiempo indefinido.

Se adoptan las siguientes medidas derivadas de la actuación inspectora, de conformidad con el artículo 7 de la Ley 42/1997:

- Extensión de Acta de liquidación por diferencias en la cotización, de acuerdo con el artículo 31.1 b) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Así, el acta debe extenderse por la diferencia entre lo efectivamente cotizado y lo que debió cotizarse por cada uno de los trabajadores afectados por la impropiciada aplicación de las bonificaciones. Se consideran infringidos los apartados 2 (incentivos) y 5 (exclusiones) del artículo 28 de la Ley 55/1999.
- Extensión de Acta de infracción en materia de Seguridad Social, en la que se considera infringido el precepto arriba indicado. Esta infracción encuentra su tipificación en el artículo 14.1.12 de la Ley 8/1988, de 7 de abril -LISOS- (22.12 del TR LISOS).

En el tipo citado se observa que en este supuesto se entiende producida una infracción por cada trabajador afectado, por lo que se apreciarán cuatro infracciones.

Las infracciones son de carácter grave y suponen sanciones de 50.001 a 500.000 pesetas conforme al artículo 37 de la LISOS [40.1 b) del TR].

El relato fáctico de ambas actas será coincidente. Finalmente, se requiere a la empresa para que efectúe las venideras cotizaciones conforme a la normativa arriba citada.

UNAS BREVES CONSIDERACIONES FINALES

- De conformidad con el artículo 14.3 de la Ley 42/1997, los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, deberán extender diligencia en el Libro de Visitas respecto de cada actuación efectuada. En este mismo sentido, ver Resolución de 18 de febrero de 1998, de la Dirección General de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE 28-2-98).
- Asimismo, y desde el punto de vista procedimental, si en una misma actuación se estiman varias presuntas infracciones, deben acumularse en una misma Acta las correspondientes a la misma materia, con las únicas excepciones que prevé el artículo 16 del Real Decreto 928/1998, otras veces citado.
- Finalmente, y referido a las visitas de contenido relativo a la Prevención de Riesgos, debemos tener en cuenta el artículo 40.3 de la Ley 31/1995. En efecto, el Inspector actuante informará a los delegados de prevención sobre los resultados de las visitas y de las medidas adoptadas como consecuencia de las mismas. Al empresario se le informará mediante diligencia en el Libro de Visitas.