

**JUAN DÍAZ ROKISKI
CRISTINA FERNÁNDEZ GONZÁLEZ**

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 2000, cuyos ejercicios se han desarrollado en el año 2001). En él se efectúa un análisis de las cuestiones planteadas incorporando la fundamentación jurídica de la respuesta tanto en el supuesto de apreciar la existencia de infracción como en el caso contrario; las posibles propuestas de sanción con indicación de los sujetos responsables, preceptos sancionadores y autoridad competente para sancionar; asimismo, cuando se estima preciso liquidar cuotas de Seguridad Social se determina el sujeto o sujetos responsables, preceptos infringidos y tipos aplicables, sin efectuarse el cálculo del importe global de la deuda.

Sumario:

- Enunciado
- Solución

NOTA PREVIA:

El lector deberá, ciñéndose al planteamiento del caso propuesto:

- Dictaminar sobre cada una de las cuestiones planteadas incorporando la fundamentación jurídica de la respuesta, tanto si considera la existencia de infracción al ordenamiento jurídico como la no existencia de irregularidades.
- En las posibles propuestas de sanción deberá señalar los sujetos responsables, los preceptos jurídicos infringidos, los preceptos sancionadores y la autoridad competente para sancionar, **sin necesidad** de la redacción material del acta de infracción.
- En el caso de que se estime preciso liquidar cuotas de Seguridad Social se determinarán el sujeto o sujetos responsables, naturaleza de la responsabilidad, preceptos infringidos y tipos aplicables **sin que sea necesario** calcular el importe global de la deuda.

Advertencia importante: el lector deberá suplir con sus conocimientos la carencia de los textos legales que eventualmente fueran de aplicación al supuesto, centrándose en las cuestiones planteadas, **sin extenderse** a aspectos ajenos a las mismas.

ENUNCIADO

El día 14 de junio de 2001 se efectúa por parte de un inspector de trabajo en la empresa HIERROS Y FORJADOS, S.A., una visita de inspección motivada por dos órdenes de servicio: una, relativa a la reclamación planteada por el Comité de Empresa por incumplimiento al artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores y otra, para informar el accidente de trabajo ocurrido el día 13-06-2001 en las naves que se están construyendo para ampliación de la empresa en terrenos colindantes a la planta industrial. La visita se realiza acompañado del Director de Recursos Humanos y dos miembros del Comité de Empresa.

La actividad llevada a cabo está encuadrada en el ámbito de la siderometalurgia con dos centros de trabajo, uno en Madrid capital, dedicado a oficinas, y otro en Alcalá de Henares c/ Era Honda s/n, dedicado a fabricación, en el que se realiza la visita.

En este centro la plantilla es de 280 trabajadores que trabajan en tres turnos rotativos (de 6 h a 14 h; de 14 h a 22 h y de 22 h a 6 h) de lunes a viernes, de los cuales 90 son mujeres. Además hay un turno central para el personal de mantenimiento (de 12 h a 20 h), bien que en cada uno de los turnos haya también personal cualificado para estas tareas. La fecha de constitución de la sociedad es de 1-8-1995. Su código de identificación fiscal y de cuenta de cotización es: A28111111 y 28/22222222, respectivamente. Al formalizar la relación laboral, se hace entrega de la ropa de trabajo.

En la jornada se efectúa un descanso de 0,33 horas (20 minutos) de descanso por bocadillo que no se considera tiempo de trabajo efectivo y por el que la empresa abona 145 ptas. a todas las categorías profesionales. La jornada en cómputo anual es de 1.772 horas efectivas, que se efectuará en 231 días laborables, diez de ellos sábados, llevándose a cabo el período vacacional durante el mes de agosto, conforme figura en el calendario laboral para el personal de fabricación.

I

- Los miembros del Comité de Empresa manifiestan al inspector que no están de acuerdo con dicho calendario laboral establecido unilateralmente por la empresa, dado que la recuperación en sábado de los 20 minutos de descanso para bocadillo, tienen como consecuencia que la jornada semanal de trabajo en los turnos en los que se incluya un sábado es superior a la semanal de lunes a viernes establecida con carácter general.

La representación de la empresa manifiesta que en los años anteriores también se efectuaban trabajos en determinados sábados y aporta para justificarlo calendario laboral de dichos ejercicios; que se ha limitado a elaborar el correspondiente al año 2001, con los días laborables, festivos, puentes, vacaciones y turnos. Por otra parte, la regulación convencional no obliga a un acuerdo previo con los representantes de los trabajadores.

- Del examen de los controles horarios diarios, el inspector comprueba que los trabajadores de la sección de estampación, en turno de mañana, han venido realizando 45 horas semanales en el mes de diciembre de 2000 sin que se les hayan abonado las horas extraordinarias. La empresa manifiesta que tales horas incrementarán su período vacacional.

II

- Al llegar a la sección de forjado, uno de los representantes de los trabajadores le hace notar al inspector actuante la instalación de videocámaras en varios puntos de la misma, medida con la que manifiestan su disconformidad. El director de recursos humanos dice que se está llevando a cabo una nueva valoración de puestos de trabajo en la sección, y se pretende con ello obtener una secuencia gráfica de todos y cada uno de los movimientos y operaciones desarrollados.

- En la zona de servicios el inspector comprueba que los cuartos vestuarios reúnen las condiciones adecuadas, estando dotado el de personal masculino de 190 taquillas individuales y el de personal femenino de 90 taquillas.

III

- En la comprobación documental llevada a cabo el inspector comprueba:

a) Los primeros trabajadores inscritos en el libro de matrícula lo fueron en enero de 1996.

b) Acogiéndose a los incentivos establecidos en los programas de Fomento para el Empleo para el año 1999, la empresa suscribió en fecha 17-06-1999 contrato indefinido, a tiempo completo, con el trabajador D. Pedro Rico García, transcurrido el plazo máximo de duración previsto para el contrato en prácticas a tiempo completo anteriormente celebrado al amparo del Real Decreto 2317/1993, de 29 de diciembre, siendo título habilitante un máster en selección de personal, expedido por una Universidad Americana, con la categoría profesional, en ambos contratos, de adjunto al departamento de recursos humanos, pactando un salario de 350.000 ptas., incluida prorrata de pagas extras, y aplicándose las correspondientes bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social.

c) Acogiéndose a los incentivos establecidos en los programas de Fomento para el Empleo para el año 2000, la empresa suscribió en fecha 1-5-2000 contrato indefinido, a tiempo

completo, con la trabajadora D.^a Carmen Ruiz del Corral, transcurrido el plazo máximo de duración previsto para el contrato en prácticas a tiempo completo anteriormente celebrado al amparo del Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, siendo título habilitante el de Graduado Social, para ocuparse, en ambos contratos, de la tramitación de los seguros sociales y nóminas de personal, pactando un salario de 275.000 ptas., incluida prorrate de pagas extras, y aplicándose las correspondientes bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social.

- d) El trabajador de producción D. Eleuterio Sánchez Vargas había suscrito, en fecha 01-11-2000, contrato de trabajo de interinidad para sustituir al trabajador D. Ramiro Moreno Gil, durante los dos meses de suspensión de su contrato de trabajo por sanción motivada por participación en huelga ilegal. A la fecha de reincorporación del trabajador sancionado, suscribió contrato eventual por acumulación de trabajos por huelga, pactándose una duración de seis meses. El 15-07-2001, celebra contrato de trabajo temporal por obra o servicio determinado para la prestación de servicios de peón especialista con la empresa PROCUSTO, S.A., ETT para ser cedido a la empresa HIERROS Y FORJADOS, S.A., siendo la causa de la contratación el pedido de la empresa británica C&P tras la campaña de ampliación de mercados llevada a cabo por HIERROS Y FORJADOS, S.A. En idéntica situación contractual están otros tres trabajadores de la Empresa de Trabajo Temporal igualmente cedidos a la usuaria. Los contratos de puesta a disposición examinados se amparan en la misma causa justificante que los contratos temporales de trabajo suscritos. La retribución percibida por dichos trabajadores es idéntica a la establecida para tal categoría en la empresa usuaria.

Los miembros del Comité preguntan al inspector si el trabajador citado, que desde su ingreso en HIERROS Y FORJADOS, S.A., ha realizado la misma función, ha adquirido la condición de fijo.

- e) Para atender las situaciones anómalas que plantea el absentismo de su plantilla, la empresa HIERROS Y FORJADOS, S.A., ha contratado a cinco trabajadores, mediante contrato eventual amparado en tal necesidad, que causan baja en el Régimen General de la Seguridad Social el último día laborable de cada semana y alta el primero.

IV

- Antes de pasar al terreno colindante donde se están construyendo las nuevas naves los representantes de los trabajadores solicitan al inspector información sobre algunas cuestiones puntuales que afectan a trabajadores concretos de la plantilla:

- a) Un trabajador acaba de recibir resolución de la Dirección Provincial del INSS, relativa a su expediente de invalidez, estableciendo que su pérdida auditiva de ambos oídos que afecta a la zona conversacional es una lesión permanente no invalidante a la que corresponde el baremo 10 (303.000 ptas.), ¿tiene derecho a un cambio de puesto de trabajo?

- b) ¿Cómo debe calcularse la base para la pensión de jubilación en el año 2001 para los trabajadores que cumplen 65 años?
- c) ¿Es posible jubilarse con 64 años sin acudir al contrato de sustitución?
- d) ¿Se puede plantear ante la Inspección Provincial un escrito solicitando el reconocimiento de plus de peligrosidad para determinados puestos de trabajo?

V

- El inspector actuante acompañado igualmente por el director de recursos humanos y dos miembros del Comité de Empresa de HIERROS Y FORJADOS, S.A. (pertenecientes asimismo al Comité de Seguridad y Salud Laboral) y por los encargados de las empresas que a continuación se citan efectúa la comprobación de los hechos ocurridos en el accidente de trabajo.

Para llevar a cabo la construcción de las naves que permitan ampliar sus instalaciones, la empresa HIERROS Y FORJADOS, S.A., formalizó un contrato con la empresa constructora SIMAC, S.A., que ha dado cumplimiento al aviso previo y comunicación de apertura, y que a su vez ha subcontratado los trabajos de estructura metálica según los planes y detalles que constan en el proyecto de obra y en el plan de seguridad con la empresa SERVICIOS TRILLO, S.A., existiendo por parte de ésta una nueva subcontratación con la empresa MONTAJES AÑEZCAR, S.A., dedicada a la instalación de montajes metálicos. Esta última realiza los trabajos con trabajadores de su plantilla y el trabajador autónomo D. Fernando Ríos Valle.

- a) El día 13 de junio el trabajador D. Jorge Díaz Terreros de la plantilla de MONTAJES AÑEZCAR, S.A., resultó gravemente lesionado al derrumbarse una estructura metálica y un pilar de sustentación como consecuencia de la rotura de los cables de la grúa que la sostenía, resultando también con lesiones de diversa consideración los trabajadores Francisco Poza López también de MONTAJES AÑEZCAR, S.A., y el antes citado D. Fernando Ríos Valle que participaban en esa fase de montaje.
- b) Según las circunstancias extraídas tanto de las declaraciones de los testigos como de las comprobaciones realizadas, cabe constatar los siguientes hechos:
 1. El trabajo que se estaba realizando en el momento de ocurrir el accidente consistía en el montaje de la estructura metálica de la nave, constituida por unos pilares centrales y otros en los extremos, mediante tramos o módulos previamente armados en el suelo, que se elevaban con una grúa a una altura entre siete y diez metros.
 2. La elevación se realizaba auxiliándose de unas hondillas sobre las que era suspendido el tramo o módulo a montar; tales hondillas son cables de acero de 14 mm de diámetro que se aplicaban directamente sobre los perfiles que configuran el tramo o módulo.
 3. Una vez elevado el tramo o módulo se procedía por parte del trabajador D. Jorge Díaz Terreros a colocar los pernos de anclaje al pilar sujeto al mismo con cinturón de segu-

ridad y para ello se auxiliaba de una escalera metálica de mano de unos diez metros que se apoyaba en el terreno en parte irregular y en el tramo o módulo izado: en un momento determinado de la operación descrita se produjo la rotura de las hondillas provocando la caída de la estructura que al desplomarse arrastró el pilar y al trabajador subido a la escalera, afectando a su vez a los otros dos trabajadores mencionados.

En el plan de seguridad existente en la obra se establece la utilización de cantoneras en las operaciones de izado de estructuras, puesto que los cables de las hondillas no pueden trabajar sobre aristas vivas que comprometan o debiliten su resistencia.

VI

- Antes de finalizar la visita en la obra de referencia el inspector constata la presencia de cinco trabajadores extranjeros realizando trabajos por cuenta de la empresa SIMAC, S.A.

Pedro Abad nacido en Quito el 01-05-1980, residente en España y empadronado en Madrid desde 04-05-1999, carente de permiso de trabajo manifestando al inspector que no lo necesita ya que dice que está afiliado al Régimen General de la Seguridad Social porque tiene tarjeta de asistencia sanitaria del INSALUD.

Juan Abad, hijo del anterior, nacido en Quito el 03-04-1987 carente de cualquier documentación, que manifiesta que sólo ayuda a su padre.

Juan Ruiz, nacido en Quito el 02-09-1975, y residente en Madrid desde 02-05-1994, que sólo tiene concedida la Tarjeta de Residente permanente.

Diego Romero, que tiene caducado el permiso de trabajo, presenta resguardo de solicitud de renovación de permiso de trabajo, hallándose en alta al Régimen General de la Seguridad Social y cotizándose por él normalmente.

Luis Ponce, que exhibe resguardo de solicitud de concesión inicial de permiso de trabajo de fecha 01-03-2001 se halla incluido en los TC1 y TC2 desde esa misma fecha y se cotiza por él normalmente.

VII

- El inspector actuante en el mismo día y por denuncia del jugador profesional Lucas Mallada visita el Club de Fútbol Furia C.F. S.A.D. en su propio estadio anexo a la empresa principal y propiedad de la misma que en la temporada 98-99 militó en la Segunda División A y en la temporada 99-00 descendió a Segunda División B donde continúa.

1. El inspector se hace acompañar por Jeremy Croly, estudiante canadiense de educación física, vecino suyo y experto en fútbol al que previamente le ha entregado una credencial.
2. En ese momento la plantilla está realizando entrenamientos y el actuante recaba la presencia de un directivo al que se identifica y le ordena cerrar todas las puertas del estadio, y cesar de inmediato el entrenamiento para realizar mejor su visita de inspección.
3. Los 22 jugadores que se hallan en el césped se identifican oportunamente, comprobándose que asimismo se halla entrenando el futbolista Dimas Toledo perteneciente a la plantilla del Durandal C.F. que ha sido cedido por dos meses al Furia C.F. y que indica al inspector que aunque en su momento firmó esa cesión entiende él mismo que se trata de una cesión ilegal de mano de obra.
4. También se constata que para sustituir al entrenador titular (actualmente cumpliendo el servicio militar) se ha recurrido por la directiva a la utilización de un contrato de puesta a disposición con una ETT, planteando el entrenador si esa contratación es posible, a lo que responde el actuante que no es procedente admitir denuncias y/o consultas individuales sino que sólo lo debe tramitar a través de sus representantes sindicales.
5. Cubriendo el entrenamiento se constata la presencia del corresponsal de la revista deportiva cubana «Iskra» Antonio Cansino, y al ser requerido por el actuante para la exhibición del permiso de trabajo para extranjeros, manifiesta que no lo necesita porque aun siendo cubano, su nacionalidad de origen es la española, aunque luego por ciertas razones fue desposeído de la misma.

Tras ello se comprueba documentalmente lo siguiente:

- a) El denunciante Lucas Mallada suscribió contrato de trabajo de jugador profesional con duración del 01-07-1998 al 30-06-2000 con el Club citado, habiendo estado dado de alta al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, ya que según el Club era el que le pertenecía.

En dicho contrato se estipula una retribución anual de 14 pagas de 150.000 ptas., así como una Prima de Contrato de 2.400.000 ptas. a abonar en cuantía de 600.000 ptas. cada seis meses.

- b) Los 22 jugadores profesionales del Club citado que constituyen su plantilla han percibido la misma cantidad anual (sin Prima de Contrato), si bien han estado dados de alta al Régimen General de la Seguridad Social como trabajadores fijos discontinuos, y a tal fin se comprueba que efectivamente desde el 01-07-1998 y hasta el día de la fecha se ha cotizado por ellos por tres días de cada semana (viernes, sábados y domingos) por el Grupo 7 de cotización (epígrafe 122 artistas) y con Base de Cotización mensual de 30.000 ptas.

SOLUCIÓN

CUESTIONES PREVIAS

A) La visita

Para iniciar el análisis del supuesto planteado comenzaremos haciendo referencia a algunos aspectos de la actuación del inspector de trabajo y seguridad social.

- a) La inspección se realiza en virtud de dos órdenes de servicio. Los artículos 13.1 de la Ley 42/1997, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, 22 del RD 138/2000, de 5 de febrero, Reglamento General de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y 9.1.b) del RD 928/1998, de 14 de mayo, Reglamento General para la Imposición de Sanciones en el Orden Social y Expedientes Liquidatorios de Cuotas de Seguridad Social, establecen entre las formas de iniciar la actuación inspectora la orden superior. Ésta se materializa en una orden de servicio definida en el artículo 23 del RD 138/2000.
- i) La primera orden se debe a la reclamación presentada por el Comité de Empresa por incumplimiento del artículo 34.2 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) El Comité de Empresa, como órgano de representación unitaria de los trabajadores en la misma, tiene, entre otras facultades, la de ejercer una labor de vigilancia del cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, seguridad social y empleo, formulando, en su caso, las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos o tribunales competentes. Entre estos organismos debemos entender que se incluye la Inspección de Trabajo y Seguridad Social [art. 64.1.9.º a) ET].
- ii) La segunda orden de servicio tiene por objeto informar sobre un accidente de trabajo ocurrido el 13 de junio de 2001.

Suponemos que la empresa HIERROS Y FORJADOS, S.A., en cumplimiento de su obligación legal, ha notificado a la autoridad laboral el accidente ocurrido (art. 23.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en adelante LPRL, y Orden Ministerial de 16 de diciembre de 1987).

Paralelamente se establece en el artículo 9 de la LPRL que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social deberá informar a la autoridad laboral sobre los accidentes de trabajo mortales, muy graves y graves y sobre aquellos otros en que por sus características o por los sujetos afectados se considere necesario dicho informe.

Ante el accidente que ha tenido lugar en HIERROS Y FORJADOS, el inspector deberá llevar a cabo una investigación con un doble objeto: por un lado, determinar las causas del accidente e informar de las mismas a la autoridad laboral y a la empresa para evitar otros análogos en el futuro, por otro lado, depurar responsabilidades por posibles incumplimientos a la normativa de prevención de riesgos laborales constitutivos de infracción administrativa según el Real Decreto Legislativo 5/2000, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en adelante TRLISOS, e incluso constitutivos de ilícito penal contemplado en los artículos 316 y ss. del Código Penal.

- b)* La visita se realiza acompañado del Director de Recursos Humanos de la empresa, como representante de la misma, y de dos miembros del Comité de Empresa. Sobre este extremo señalaremos que el inspector deberá comunicar su presencia al empresario o su representante o a la persona inspeccionada salvo que esta comunicación pueda perjudicar el éxito de sus funciones (art. 5.1 de la Ley 42/1997). La comunicación puede hacerse al inicio de la visita de comprobación o con posterioridad a dicho inicio si así conviniere. Cuando la actuación lo precise, el inspector actuante podrá requerir la presencia de quien esté al frente del centro en el momento de la visita (art. 7 RD 138/2000). Asimismo el inspector se puede hacer acompañar de los trabajadores o de sus representantes (art. 5.2 Ley 42/1997).

B) Información preliminar

- a)* La empresa HIERROS Y FORJADOS se dedica a la actividad siderometalúrgica y tiene dos centros de trabajo, ambos en el territorio de la Comunidad de Madrid. Estos datos deberán ser tenidos en cuenta por el inspector para determinar el Convenio Colectivo aplicable a la empresa. También condiciona la autoridad laboral competente para imponer sanciones a tenor del reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas que, en materia laboral y de Seguridad Social, arranca de los artículos 149.1.7 y 149.1.17 del texto constitucional.
- b)* En el supuesto se señala que la plantilla del centro de trabajo en el que se realiza la inspección es de 280 trabajadores. Esta información ha de ser tenida en cuenta para diversos aspectos, entre otros:
- Determinar si se puede constituir comité de empresa y, en su caso, el número de miembros que debe tener.
 - El número de contratos para la formación que pueden celebrarse.
 - Los derechos de las secciones sindicales que se constituyan en el seno del centro de trabajo.
 - La posibilidad de constituir un Comité de Seguridad y Salud.
- c)* El trabajo en la empresa se organiza en turnos. El artículo 36.3 del ET define el trabajo a turnos como toda forma de organización del trabajo en equipo según la cual los tra-

bajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo continuo o discontinuo, implicando para el trabajador la necesidad de prestar servicios en horas diferentes en un período determinado de días o semanas. En las empresas con procesos productivos continuos durante las 24 horas del día (que es el caso de la empresa inspeccionada), en la organización del trabajo a turnos se tendrá en cuenta la rotación de los mismos y que ningún trabajador permanezca en el turno de noche más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria. El apartado 4 del mismo artículo determina que el inspector deberá comprobar que los trabajadores a turnos disponen de un nivel de protección en materia de seguridad y salud adaptado a la naturaleza de su trabajo, incluyendo unos servicios de protección y prevención apropiados equivalentes al del resto de los trabajadores de la empresa.

Por último, se deberá tener en cuenta lo establecido para los trabajadores a turnos en el artículo 19 del RD 1561/1995, de 21 de septiembre, de jornadas especiales de trabajo.

d) Al formalizar la relación laboral se entrega la ropa de trabajo.

Al respecto debemos señalar que el artículo 17.2 de la LPRL y el RD 773/1997, de Equipos de Protección Individual, obligan al empresario a entregar a los trabajadores los equipos de protección individual adecuados para el desempeño de sus funciones. El Reglamento excluye de la definición de equipos de protección individual la ropa de trabajo corriente y los uniformes que no estén específicamente destinados a proteger la salud o integridad física del trabajador.

En el trabajo en el sector siderometalúrgico, determinados trabajadores deberán llevar prendas de protección como trajes resistentes al fuego, guantes, polainas, botas, cascos con pantalla de protección facial, etc. Estos objetos tienen la calificación de equipo de protección individual por lo que deben ser aportados por el empresario. No obstante, si la ropa de trabajo no tiene la consideración de equipo de protección individual, es posible que el empresario esté obligado igualmente a entregarla en virtud de lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable.

I

Los miembros del Comité de Empresa manifiestan su desacuerdo con el calendario laboral establecido en la empresa. Al respecto debemos analizar diferentes puntos:

- i)** En cada jornada los trabajadores disfrutan de veinte minutos de descanso «para bocadillo» que no se considera tiempo de trabajo efectivo y que se recupera en determinados sábados.

El artículo 34.4 del ET prevé que siempre que la jornada diaria continuada exceda de 6 horas deberá establecerse un período de descanso durante la misma no inferior a 15 minutos. En el caso en cuestión, el descanso de 20 minutos respeta el mínimo legalmente esta-

blecido. Este período de descanso se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato individual de trabajo. *A sensu contrario*, al no estar establecido que el descanso sea computado como tiempo de trabajo efectivo, no se considera como tal y es legítima la recuperación del mismo que se practica en la empresa.

- ii) La recuperación del descanso en sábado supone que la jornada semanal del turno que incluye trabajar en sábado es superior a la jornada semanal establecida con carácter general en la empresa. De la información suministrada extraemos que la jornada semanal ordinaria es de 38 horas y 20 minutos de trabajo efectivo que resulta de trabajar 7 horas y 40 minutos diarios durante 5 días a la semana. Las semanas en las que se trabaja el sábado la jornada semanal se incrementa hasta las 45 horas y 40 minutos. Se trata, por tanto, de un supuesto de distribución irregular de la jornada de trabajo contemplado en el ET.

La jornada establecida en HIERROS Y FORJADOS respeta la jornada máxima prevista en el artículo 34.1 del ET, 40 semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. Esta expresión permite que unas semanas se trabaje menos de 40 horas y otras más, siempre que las horas trabajadas en el año natural no superen el resultado de multiplicar 40 horas por el número de semanas laborables del año.

En cuanto a la distribución irregular de la jornada de trabajo, el apartado 2 del artículo 34 del ET permite que se establezca mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, con el único límite de que se respeten los períodos de descanso diario y semanal previstos en esta Ley. En ningún caso podrá establecerse la distribución irregular de la jornada de forma unilateral por la empresa. En el caso en cuestión parece que la distribución de la jornada está pactada en convenio colectivo por lo que no se requiere el acuerdo con los representantes de los trabajadores que tiene carácter supletorio.

- iii) El calendario laboral ha sido elaborado unilateralmente por la empresa. El artículo 34.6 del ET señala en esta materia que anualmente se elaborará por la empresa el calendario laboral, debiendo exponerse un ejemplar del mismo en un lugar visible de cada centro de trabajo. La Disposición Adicional 3.^a del RD 1561/1995 añade que los representantes de los trabajadores tienen derecho a ser consultados por el empresario y a emitir informe con carácter previo a la elaboración del calendario laboral.

A pesar de lo dicho, si el calendario estuviese pactado en convenio colectivo sería parte del contenido del mismo y sólo podría alterarse por el procedimiento previsto en el artículo 41 del ET para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo estatutario, lo que necesariamente requeriría el acuerdo con los representantes de los trabajadores.

Por otro lado, la modificación del calendario laboral elaborado unilateralmente por la empresa es una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo en materia de horario también prevista en el artículo 41. La modificación requerirá

la apertura de un período de consultas con los representantes de los trabajadores con anterioridad a la decisión unilateral del empresario. No obstante, anualmente se pueden realizar adaptaciones del calendario laboral vigente para ajustarlo a los días festivos, puentes y número de horas laborables en el año que no tienen la consideración de modificación sustancial y pueden realizarse por el empresario en ejercicio de su *ius variandi*. Parece que el calendario 2001 no supone ninguna modificación sustancial, por lo que la falta de consulta a los representantes de los trabajadores no constituye ninguna infracción.

- iv) En diciembre de 2000 algunos trabajadores realizaron horas extraordinarias, esto es, realizaron horas de trabajo por encima de la jornada ordinaria establecida.

La primera cuestión a analizar es el número de horas extraordinarias realizadas que no podrá ser superior a 80 al año; no se tendrán en cuenta, a este efecto, las horas compensadas por descansos en los cuatro meses siguientes a su realización (art. 35 ET). El inspector deberá comprobar si se ha superado el límite máximo de horas extraordinarias en el año 2000 para lo que examinará los controles horarios diarios.

En cuanto a la compensación de las horas extraordinarias, el ET ofrece dos alternativas: abonarlas en la cuantía que se fije y que no podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o bien compensarla por tiempo de descanso retribuido. La elección se hará por convenio colectivo o contrato individual. A falta de pacto, deberán ser compensadas por descansos en los cuatro meses siguientes a su realización. Si el inspector comprueba que no hay nada pactado al respecto deberá concluir que las horas se tendrían que haber compensado por descanso antes del mes de abril de 2001. Se han realizado horas extraordinarias que ni se han descansado ni se han pagado. Ante esta situación el inspector llevará a cabo las siguientes actuaciones:

1. Levantará acta de infracción con el contenido establecido en el artículo 14 del RD 928/1998, de 14 de mayo. El sujeto responsable es la empresa HIERROS Y FORJADOS, S.A. El acta reflejará los hechos acaecidos, que son los anteriormente señalados, así como los medios de comprobación de los mismos. Los preceptos infringidos son el artículo 35 del ET, que contiene la regulación de las horas extraordinarias, y el artículo 29 del ET que obliga al empresario al pago puntual del salario debido. La infracción se tipifica en el artículo 8.1 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que aprueba el TRLISOS, que contempla el impago o retrasos reiterados en el pago del salario debido.

Se trata de una infracción muy grave en materia laboral en grado mínimo al no apreciarse circunstancias agravantes según lo dispuesto en el artículo 39 del TRLISOS. La sanción tendrá una cuantía de 500.000 a 2.000.000 de pesetas (art. 40 TRLISOS). La autoridad competente para sancionar, si la competencia fuera de la Administración General del Estado, sería la autoridad competente a nivel provincial hasta 1.000.000 de pesetas, y el Director General competente en los demás casos (art. 48 TRLISOS). Sin embargo, hemos de señalar que la Comunidad de Madrid ha asumido las com-

petencias sancionadoras en materia de relaciones laborales por lo que serán competentes para sancionar las autoridades señaladas por la correspondiente legislación autonómica.

Se trata de un acta con estimación de perjuicios económicos. La resolución sancionadora derivada del acta iniciará el procedimiento de oficio ante la jurisdicción social según lo dispuesto en el artículo 146.a) del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, en adelante LPL. El acta, según se establece en el artículo 14.3 del RD 928/1998, consignará los datos exigidos para la interposición de demandas en la LPL.

2. Levantará acta de liquidación por diferencias de cotización en virtud de los artículos 31 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS), y del artículo 31 del RD 928/1998. El acta de liquidación tendrá el contenido señalado en el artículo 32 del RD 928/1998.

El sujeto responsable es la empresa HIERROS Y FORJADOS, S.A., sujeto obligado y responsable de la obligación de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social según los artículos 103 y 104 de la LGSS. En el acta se consignarán como preceptos infringidos los siguientes: artículo 15 LGSS que establece la obligación de cotizar al Sistema de Seguridad Social, el artículo 103 LGSS que establece la obligación de cotizar en el Régimen General de la Seguridad Social, los artículos 109 LGSS y 23 del RD 2064/1995, que aprueba el Reglamento General de Cotización y de Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, artículos que establecen los conceptos a incluir y excluir en la base de cotización y que establecen que la retribución por horas extraordinarias se incluirá en la base de cotización de contingencias profesionales. También se infringen los artículos 11 de LGSS y 24 del RD 2064/1995, que regulan la cotización adicional por horas extraordinarias.

Para calcular la cuantía de la deuda se incluirá en la base de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, las cantidades que se deberían haber abonado en virtud de las horas extraordinarias realizadas. A esta cantidad se le aplican los epígrafes correspondientes de las tarifas de primas previstas en el RD 2930/1979, de 29 de diciembre. Por otro lado, para determinar la cotización adicional por horas extraordinarias, se aplica a las cantidades obtenidas por este concepto el tipo del 28,3% al no tener la consideración de horas extraordinarias de fuerza mayor.

3. En principio procedería levantar acta de infracción coordinada con el acta de liquidación en virtud de los artículos 14 y 34 del RD 928/1998, por la falta de cotización, infracción tipificada en el artículo 22.5 del TRLISOS. Sin embargo, esta actuación vulneraría el principio de *non bis in idem* ya que la falta de cotización es una consecuencia necesaria de la falta de pago de salarios, la segunda infracción conlleva la comisión de la primera.

II

El asunto de la instalación de videocámaras en los centros de trabajo nos conduce a un escenario en el que entran en juego distintos derechos fundamentales entre los que debe buscarse el equilibrio: por un lado, el legítimo interés del empleador en acceder a la información sobre sus trabajadores para fines de control de la actividad y, por otro, los derechos de éstos a la intimidad y a la propia imagen.

Es doctrina dominante la legitimidad del control tecnológico del empresario si bien dentro de ciertos límites. Por tanto este control no es en sí abusivo o ilegal excepto que en su utilización se excedan determinadas limitaciones. El artículo 20.3 del ET faculta al empresario para adoptar las medidas de vigilancia y control que estime más oportunas para verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes del trabajador.

La implantación de instrumentos de escucha o filmación debe circunscribirse a un ejercicio que respete la dignidad humana, ya que la captación indiscriminada de imágenes de los trabajadores en los centros de trabajo podría constituir una intromisión en su intimidad. La clave de la solución es aceptar que ni la capacidad de control del empresario es absoluta ni los derechos de los trabajadores ilimitados dado que ambos se encuentran sometidos al principio de buena fe contractual. Teniendo en cuenta que el artículo 10.1 de la Constitución y el artículo 18 ET establecen como derecho del trabajador el pleno respeto a la dignidad humana y que el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, establece que estos derechos son «irrenunciables, inalienables e imprescriptibles», y el artículo 7 de la misma norma precisa la necesidad de consentimiento expreso del titular, o bien actuación autorizada por una ley para el emplazamiento en cualquier lugar de instrumentos de filmación, podría parecer que, en todo caso, sería procedente el consentimiento de los trabajadores para la instalación de videocámaras.

Sin embargo el Tribunal Constitucional ha ponderado esta postura (SSTC 57/1994 y 143/1994), estableciendo que es posible la limitación de estos derechos si bien estas limitaciones deben entenderse en forma restrictiva exigiendo que las medidas sean razonables, proporcionadas y justificadas, siendo preciso llevar a cabo en cada caso concreto un juicio de idoneidad acerca de la medida adoptada, deteniéndose en particular en la adecuación del medio utilizado al objetivo propuesto y en la necesidad del mismo para alcanzar tal objetivo.

En cuanto a la jurisprudencia ordinaria, se admite el uso de videocámaras con la única limitación de que su instalación se efectúe exclusivamente en los lugares de trabajo y que las filmaciones no tengan posterior difusión (STSJ Galicia de 21 de abril de 1995, STSJ Andalucía/Sevilla de 17 de enero de 1994, STSJ Madrid de 12 de marzo de 1992, STSJ Valencia de 22 de mayo de 1996). Con criterio más restrictivo limitando la autorización a las cámaras de filmación pero no a la grabación de las conversaciones (STSJ Cataluña de 25 de abril de 1994).

En concreto la precitada STSJ Galicia de 21 de abril de 1995 señala que la grabación debe limitarse a la vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones laborales «lo que excluye todo tipo de publicación o difusión de imágenes captadas, o de conservación de las mismas una vez visua-

lizadas dentro de un tiempo razonable y en las instalaciones de la empresa por la persona encargada del control». En cuanto a los lugares en los que se veta la instalación de cámaras añade «(...) y no se visualiza el interior de los locales en donde se desenvuelve la vida íntima del personal como pueden ser los lavabos o los vestuarios o incluso la vida privada del colectivo de los trabajadores, como pueden ser la sala de descanso, en los comedores o en cualquier lugar de esparcimiento». Abundando en estas exclusiones, la también precitada STSJ Andalucía/Sevilla de 17 de enero de 1994 dice: «distinto sería que la empresa llevase tal sistema de control a los espacios o elementos personales de los trabajadores, cuales son servicios higiénicos, taquillas, armarios, etc., mas como en el supuesto controvertido quedan respetados e intactos estos ámbitos y el control de la empresa queda sólo reducido a las dependencias de trabajo, se ha de considerar que tal actividad es totalmente lícita».

En el presente supuesto si la instalación de cámaras se limita a cubrir los puestos de trabajo con el objetivo de llevar a cabo una valoración de los mismos y sin control de lugares como servicios, vestuarios, etc., podemos entender como lícita la instalación de estos medios sin contradicción con los derechos de los trabajadores esgrimidos por sus representantes. No será precisa ninguna actuación del Inspector.

No obstante será recomendable que el Inspector actuante informase a ambas partes (según atribución del artículo 5.2.2.1 de la Ley 42/1997) de la necesidad de acudir al procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 ET si la nueva valoración de puestos de trabajo conllevara un cambio en el sistema de remuneración o en el sistema de trabajo y rendimiento.

En cuanto a los vestuarios, el Inspector comprueba la adecuación de sus condiciones a la normativa legal recogida en el Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, concretamente en su Anexo V.A.2. el cual establece en su punto 10.º que «los vestuarios, locales de aseo y retretes estarán separados para hombres y mujeres o deberá preverse su utilización por separado de los mismos (...)». Por otro lado el punto 2.º prevé que los vestuarios estén provistos de taquillas individuales, lo cual es cumplido en el supuesto contemplado pues en el centro trabajan exactamente 180 hombres y 90 mujeres, es decir, idéntico número al de taquillas existentes en cada vestuario. Tampoco procederá por tanto ninguna actividad sancionadora.

III

Los inspectores de trabajo están facultados para practicar cualquier diligencia de investigación, examen o prueba que consideren necesario para comprobar el correcto cumplimiento de las disposiciones legales y, en particular, están habilitados para examinar en el centro de trabajo la documentación y los libros de la empresa con trascendencia en la verificación del cumplimiento de la legislación del orden social (art. 5.3.3.º de la Ley 42/1997 y art. 7 del RD 138/2000, que la desarrolla). Como consecuencia de la actividad de comprobación, el Inspector observa lo siguiente:

- a) Los primeros trabajadores que figuran en el libro de matrícula del personal fueron inscritos en enero de 1996. El libro de matrícula se regula en los artículos 101 LGSS y 51 del

RD 2064/1995, así como en la Orden Ministerial de 7 de julio de 1967. Los empresarios deberán llevar en orden y al día un libro de matrícula del personal en el que serán inscritos todos los trabajadores desde el momento en que se inicie la prestación de servicios.

La constitución de la sociedad se produjo en agosto de 1995, lo que no significa necesariamente que las actividades de la empresa comenzaran en esa fecha. El inspector deberá averiguar si había trabajadores prestando servicios antes de enero de 1996. Si así fuera estaría ante una infracción a los artículos mencionados y tipificada en el artículo 22.3 del TRLISOS.

En cualquier caso, no procede levantar acta de infracción puesto que la misma habría prescrito. Las infracciones en materia de Seguridad Social prescriben a los 4 años desde su comisión tras la modificación introducida por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social en los artículos 4.2 del TRLISOS y 7 del RD 928/1998.

- b) D. Pedro Rico García** pacta un contrato con la empresa de carácter indefinido y a tiempo completo el día 17 de junio de 1999, transcurrido el plazo máximo de duración del contrato en prácticas que le vinculaba a la empresa y celebrado al amparo del RD 2317/1993. El inspector deberá plantearse las siguientes cuestiones sucesivas:

1.º La legitimidad del contrato en prácticas realizado. Se rige por el artículo 11.1 del ET y el RD 2317/1993. Según estas disposiciones el contrato en prácticas puede concertarse con quienes estuviesen en posesión de título universitario o de formación profesional de grado medio o superior, o de títulos oficialmente reconocidos como equivalentes, que habiliten para el ejercicio profesional, dentro de los 4 años inmediatamente siguientes a la terminación de los estudios. El artículo 2 del RD 2317/1993 añade que son títulos habilitantes para celebrar contrato en prácticas los de diplomado y licenciado universitario, técnico o técnico superior de la correspondiente profesión, así como los títulos oficialmente reconocidos como equivalentes que habiliten para el ejercicio profesional. En cuanto al cómputo del período de 4 años, para las personas que hayan realizado estudios en el extranjero, se efectuará desde la fecha de convalidación de los estudios en España.

El inspector comprobará que el título de máster es un título habilitante para el ejercicio profesional y que legitima para celebrar un contrato en prácticas. En principio para acceder a los estudios de máster se requiere titulación universitaria. Se comprobará asimismo que el título se ha convalidado, pues se obtuvo en el extranjero, y que el contrato se celebra antes de transcurridos 4 años desde la convalidación.

El puesto de trabajo deberá permitir la obtención de práctica profesional adecuada al nivel de estudios cursados. Debe haber una relación entre el título y el trabajo realizado para que estemos ante un auténtico contrato en prácticas. En este caso la titulación es en selección de personal y el trabajo se desarrolla en el Departamento de Recursos Humanos de la empresa por lo que existe esta correlación que define al contrato en prácticas.

De lo expuesto deducimos que el contrato en prácticas es legítimo.

2.º Se comprobará si el contrato celebrado el 17 de junio de 1999 da derecho a acogerse a los beneficios previstos en los programas de Fomento del Empleo para 1999. Durante 1999 conviven dos programas de Fomento del Empleo: el establecido por Real Decreto-Ley 9/1997, de 16 de mayo, tramitado como Proyecto de Ley y que dio lugar a la Ley 64/1997, de 26 de diciembre. Este programa tenía una vigencia de dos años y por tanto concluía el 17 de mayo de 1999. Por otro lado, regía en 1999 el programa de Fomento del Empleo previsto en la Disposición Adicional 43.ª de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, programa aplicable al contrato celebrado con D. Pedro Rico García. Este programa bonifica la transformación de los contratos temporales (entre los que se incluyen los contratos en prácticas) a tiempo completo en contratos indefinidos a tiempo completo. En este caso no hay una transformación *stricto sensu* sino la finalización de un contrato y la celebración de otro. Al celebrarse el contrato indefinido sin solución de continuidad con respecto al contrato en prácticas, se entiende que hay una transformación. De entender lo contrario, habría bastado con celebrar el nuevo contrato indefinido el día anterior, justo antes de perder vigencia el contrato en prácticas para poder concluir que ha habido transformación.

c) **D.ª Carmen Ruiz del Corral** celebra un contrato indefinido a tiempo completo con la empresa una vez transcurrido el plazo máximo de duración previsto para el contrato en prácticas anteriormente celebrado, al amparo del RD 488/1998. El inspector procederá, como en el caso anterior, a hacer las siguientes comprobaciones sucesivas:

1.º Legitimidad del contrato en prácticas. Se regula este contrato en el artículo 11.1 del ET y el RD 488/1998, que sustituye al RD 2317/1993. El contrato en prácticas se puede celebrar con quienes estuviesen en posesión de título de diplomado universitario, entre otros, título que posee D.ª Carmen. El puesto de trabajo debe permitir la obtención de práctica profesional adecuada al nivel de estudios cursados. En este caso, el trabajo a realizar es tramitar seguros sociales y nóminas que están dentro del objeto de la titulación de Graduado Social. El contrato está correctamente catalogado como contrato en prácticas.

2.º La empresa aplica las bonificaciones previstas al celebrar el contrato por tiempo indefinido. La Ley 55/1999, de acompañamiento de los presupuestos para el año 2000, establecía el programa de Fomento del Empleo para el año 2000. La Ley 14/2000, de 30 de diciembre, de acompañamiento de los presupuestos del año 2001, proroga la vigencia de aquel programa hasta el 17 de mayo de 2001. No obstante, el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, aprueba un nuevo programa de Fomento del Empleo para el año 2001 que será el aplicable al contrato indefinido celebrado con D.ª Carmen. El programa incentiva la transformación en indefinidos de los contratos temporales celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del mismo. Con respecto a la cuestión de si hay o no transformación nos remitimos a las consideraciones realizadas anteriormente.

d) D. Eleuterio Sánchez Vargas ha celebrado diversos contratos con la empresa HIERROS Y FORJADOS, S.A. Analizaremos cada uno de ellos:

- 1.º El 1 de noviembre de 2000 celebra un contrato de interinidad para sustituir a un trabajador durante la suspensión de su contrato por sanción por participar en una huelga ilegal. El contrato de interinidad está previsto como uno de los supuestos de contratación temporal en el artículo 15.1.c) del ET y en el artículo 4 del RD 2720/1998, que regula los contratos temporales. Se tipifica este contrato para sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo.

El trabajador sustituido tiene suspendido su contrato de trabajo por sanción, supuesto de suspensión recogido en el artículo 45 del ET. Tiene derecho a volver a su puesto de trabajo una vez finalizada la sanción, por tanto, procede sustituirle celebrando un contrato de interinidad.

En cuanto a los requisitos formales el contrato deberá señalar el trabajador sustituido y la causa de la sustitución. La duración se extiende hasta la reincorporación del trabajador sustituido o hasta que cesa el derecho a reserva del puesto de trabajo.

- 2.º Con posterioridad celebra un contrato eventual por acumulación de trabajos debido a la huelga. El artículo 15.1.b) del ET y el artículo 3 del RD 2720/1998 tipifican como un supuesto de contratación temporal el contrato eventual por acumulación de tareas, exceso de pedidos o por circunstancias del mercado.

El Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de relaciones de trabajo, regula el ejercicio del derecho de huelga. Mientras dure la huelga el empresario no puede sustituir a los trabajadores huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados al centro de trabajo al tiempo de comunicarse la misma, a lo que añade la jurisprudencia que tampoco pueden ser sustituidos por trabajadores vinculados al centro que ocupan otros puestos. Lo primero que habrá que determinar es si D. Eleuterio ha sido contratado durante la huelga o después de la misma para atender el trabajo atrasado, ya que, en el primer supuesto, se incurriría en una infracción del artículo 28 de la Constitución y del artículo 6.5 del RD-L 17/1977 tipificada en el artículo 8.10 del TRLISOS.

El contrato deberá identificar con precisión y claridad la causa que lo justifica, en este caso, la acumulación de tareas por la huelga. Tendrá la duración que se pacte que, con carácter general, no podrá exceder de 6 meses en un período de referencia de 12.

- 3.º D. Eleuterio es contratado por PROCUSTO, S.A., ETT para ser cedido a HIERROS Y FORJADOS, S.A. La Ley 14/1994, de 1 de junio, regula las empresas de trabajo temporal, que contratan trabajadores para cederlos a otras empresas denominadas usuarias. La contratación a través de una empresa de trabajo temporal implica la existencia de una relación triangular basada en dos contratos paralelos:

- a) El contrato de puesta a disposición, celebrado entre la ETT y la empresa usuaria. Tiene por objeto la cesión del trabajador para prestar servicios en la empresa usuaria. Se puede celebrar en los mismos supuestos en que la usuaria podría recurrir a la contratación temporal conforme al artículo 15 del ET (art. 6 de la Ley 14/1994). En este caso se pacta un contrato de puesta a disposición para atender a un aumento de la demanda derivado de la política comercial de la empresa. La celebración del contrato de puesta a disposición está dentro de los términos legales establecidos.
- b) El contrato de trabajo celebrado entre la ETT y el trabajador para prestar servicios a la empresa usuaria. Este contrato puede celebrarse por tiempo indefinido o por duración determinada coincidente con el del contrato de puesta a disposición.

Todos estos contratos, aisladamente considerados, son legítimos ya que responden a una causa de temporalidad prevista en la ley y respetan los requisitos y condiciones establecidos legalmente. Sin embargo, si los contemplamos todos en conjunto estamos ante un supuesto de fraude de ley: se utiliza el amparo de una norma, en este caso, los supuestos de contratación temporal legalmente previstos, para eludir el cumplimiento de otra que sería la preferencia de la contratación indefinida para atender a necesidades permanentes de mano de obra en la empresa. El fraude se fundamenta en el hecho de que se han venido celebrando contratos de trabajo sucesivos con un mismo trabajador para desempeñar de manera constante e ininterrumpida una misma función.

Los artículos 15.3 del ET y 9.3 del RD 2720/1998 señalan que se considerarán indefinidos los contratos celebrados en fraude de ley. Sin embargo, la acción inspectora se limita al ejercicio de la potestad sancionadora por lo que el inspector llevará a cabo la extensión de la correspondiente acta de infracción en los términos del artículo 14 del RD 928/1998. El sujeto responsable es HIERROS Y FORJADOS, S.A. Las normas infringidas son el artículo 15 del ET y el RD 2720/1998 que lo desarrolla. La infracción se tipifica en el artículo 7.2 del TRLISOS que considera infracción grave en materia laboral la transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales mediante su utilización en fraude de ley.

La sanción correspondiente a una infracción grave en materia de relaciones laborales va de 50.000 a 500.000 pesetas, de acuerdo con el artículo 40 TRLISOS. La autoridad competente para sancionar sería la competente a nivel provincial, según el artículo 48 del TRLISOS en el caso de que la competencia sancionadora fuese de la Administración General del Estado. Sin embargo, y como ya se ha señalado anteriormente, la competencia sancionadora en materia laboral ha sido asumida por la Comunidad de Madrid, por lo que la autoridad competente para sancionar será la establecida por la legislación autonómica en función de la cuantía de la sanción.

Por otro lado el inspector propondrá al Jefe de la Inspección Provincial la formalización de demanda de oficio ante la jurisdicción social en los términos previstos en el artículo 19.2 del RD 928/1998 y en el artículo 149 de la LPL. La interposición de demanda de oficio motivará la suspensión de la tramitación del acta hasta que recaiga resolución judicial firme.

- e) La empresa contrata a cinco trabajadores que causan baja en el Régimen General de la Seguridad Social el último día laborable de cada semana y alta el primero.

El contrato eventual por circunstancias de la producción está previsto para atender a las demandas temporales de mano de obra motivadas por un aumento coyuntural de la demanda, exceso de pedidos o circunstancias del mercado. Según el artículo 15.1.b) y el artículo 3 del RD 2720/1998 que lo regulan, tendrá la duración que expresamente se establezca con un máximo de 6 meses en un período de referencia de 12.

La actuación de la empresa en este aspecto es claramente fraudulenta. Si consideramos que hay un solo contrato con cada uno de los trabajadores, no cabe la suspensión del mismo durante los fines de semana. Más forzado aún sería entender que estamos ante distintos contratos ya que no habría una causa distinta que justificase la celebración de cada uno de ellos y no habría, por tanto, objeto para la contratación temporal.

Esta actuación fraudulenta motivará que el inspector levante acta de infracción. El sujeto responsable es HIERROS Y FORJADOS, S.A. Los preceptos infringidos son los ya señalados en el artículo 15.1.b) ET y artículo 3 del RD 2720/1998. La infracción se tipifica en el artículo 7.2 del TRLISOS.

El fraude de la empresa tiene como efecto el perjuicio causado a los trabajadores y paralelamente un perjuicio causado al sistema de Seguridad Social. El artículo 100 de la LGSS establece que los empresarios están obligados a comunicar el ingreso y el cese en la empresa de los trabajadores para que sean dados de alta y baja respectivamente en el Régimen General. La obligación de cotizar se extinguirá con la solicitud en regla de la baja en el Régimen General (art. 106.3 LGSS). Esto dará lugar a las siguientes actuaciones por parte del inspector:

1. Levantará acta de liquidación por diferencias de cotización, al no haber ingresado las cantidades correspondientes a los días en que el contrato estuvo suspendido sin deber estarlo. El acta se fundamenta en el artículo 31 de la LGSS y en el artículo 31 del RD 928/1998. Tendrá el contenido del artículo 32 de la misma norma. El sujeto responsable es HIERROS Y FORJADOS, S.A. Se señalan en el acta los preceptos infringidos que son los artículos 103 y siguientes que establecen la obligación de cotizar en el Régimen General y preceptos concordantes del RD 2064/1995, así como el artículo 106 de la LGSS que establece el comienzo y fin de la obligación de cotizar.
2. Levantará acta de infracción en materia de Seguridad Social coordinada con el acta de liquidación en los términos previstos en los artículos 14 y 34 del RD 928/1998. El sujeto

responsable es HIERROS Y FORJADOS, S.A. Los preceptos infringidos son los artículos 103 y siguientes que establecen la obligación de cotizar en el Régimen General y los concordantes del RD 2064/1995. La infracción se tipifica en el artículo 22.5 TRLISOS.

IV

El ejercicio de la función inspectora incluye, según el artículo 5.2.2.1 Ley 42/1997 y artículo 2.1.5.º RD 138/2000 «facilitar información técnica a empresas y trabajadores, con ocasión de la función inspectora», por ello es posible que le sean formuladas cuestiones por los representantes del personal durante la actuación inspectora.

- a) Las lesiones permanentes no invalidantes se regulan entre los artículos 150 y 152 TRLGSS aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, siendo definidas como aquellas «causadas por accidente de trabajo o enfermedad profesional que sin llegar a constituir incapacidad permanente, supongan una disminución o alteración de la integridad física del trabajador (...)».

Respecto al traslado de puesto de trabajo, éste se deriva del hecho de que la enfermedad profesional no constituya Incapacidad Permanente para el trabajo pero de continuar desempeñándola se estima como muy probable que recaiga en la enfermedad detectada. El artículo 45 Orden Ministerial de 9 de mayo de 1962 prevé el traslado dentro de la empresa a otro puesto exento de riesgo. El médico que diagnostique la enfermedad profesional informará de ello a la empresa con la determinación de si el cambio debe ser provisional o definitivo, poniéndolo en conocimiento de la entidad que cubra las contingencias profesionales (INSS o Mutua).

El Real Decreto 2609/1982, de 24 de septiembre, atribuye al INSALUD la competencia para «determinar la existencia de síntomas de enfermedad profesional que, sin constituir Incapacidad Temporal, aconsejen el traslado del trabajador a otro puesto de trabajo exento de riesgo o su baja en la empresa cuando el traslado no fuera posible».

El traslado de puesto de trabajo no afecta a las retribuciones del enfermo profesional quien conserva las remuneraciones del puesto anterior, en el caso de que las del nuevo sean inferiores, a excepción de las retribuciones directamente ligadas a la producción que fueran exclusivas del puesto de trabajo de procedencia, como los complementos por calidad o cantidad de trabajo.

- b) La base reguladora de la pensión de jubilación que estableció la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social en la redacción dada al artículo 162.1 TRLGSS será el cociente que resulte de dividir por 210 las bases de cotización del interesado durante los 180 meses inmediatamente anteriores al hecho causante. No obstante la Ley 24/1997 establece un período transitorio hasta el año 2002 durante el cual, de modo anual se irá aproximando el cálculo de la base hasta el cociente citado anteriormente. Para el año 2001 esta Disposición Transitoria señala que la base reguladora será el resultado de dividir por 182 las últimas 156 bases de cotización del sujeto causante.

c) Existen en el Ordenamiento español diversas posibilidades de alcanzar la jubilación a los 64 años además de la mencionada por el supuesto, el contrato de sustitución por anticipación de la edad de jubilación regulado por el Real Decreto 1194/1985, de 17 de julio.

1. Jubilación anticipada en régimen de derecho transitorio. La Disposición Transitoria 3.^a TRLGSS en redacción dada por la Ley 24/1997 permite a quienes tuviesen la condición de mutualistas a 1 de enero de 1967 causar derecho a la pensión de jubilación a los 60 años. En este caso la cuantía de la pensión se reduce en un 8% por cada año o fracción de año que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir los 65 años. No obstante esta reducción será de un 7% si, con los anteriores requisitos, además se tienen 40 o más años cotizados y el cese en el trabajo se produce por extinción del contrato no imputable a la voluntad del trabajador.
2. Anticipación de edad no derivada de derecho transitorio con anterioridad a los 65 años. Se da en determinados colectivos que integraban Regímenes Especiales de Seguridad Social y a los que la Ley 26/1985 incluyó en el Régimen General, por ejemplo, artistas o toreros a los cuales se les concede el acceso a la pensión de jubilación a una edad inferior a los 65 años.
3. Anticipación sin reducción de pensión por realizar trabajos tóxicos, penosos, peligrosos o insalubres. Esta posibilidad se establece en el artículo 161.2 TRLGSS en aquellas actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen altos índices de mortalidad. Así, por ejemplo, en el Régimen General se aplican coeficientes reductores de la edad de jubilación a los mineros no comprendidos en el Régimen Especial de la Minería del Carbón o al personal de vuelo en trabajos aéreos. También a algunos trabajadores ferroviarios (Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre). Los Regímenes Especiales de Trabajadores del Mar y de la Minería del Carbón prevén reducciones de la edad de jubilación para algunas categorías profesionales como barrenistas, picadores, entibadores, etc.
4. Jubilaciones anticipadas en procesos de reconversión industrial. Dan derecho a prestaciones equivalentes a la jubilación a partir de los 60 años. Se contemplan en la Ley 27/1984, de 26 de julio, y Real Decreto 1990/1984, de 17 de octubre, sobre medidas de reconversión industrial. Se calculan aplicando a la base reguladora de la pensión el porcentaje que se fije, según escala, en el correspondiente Real Decreto de reconversión y se reconocen por la Entidad Gestora.

También la Orden Ministerial de 5 de octubre de 1994 regula la concesión de ayudas previas a la jubilación ordinaria en el Sistema de Seguridad Social a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas y, las subvenciones tienen por objeto facilitar una cobertura económica a los trabajadores afectados por procesos de extinción de relaciones de trabajo, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, con los requisitos reglamentarios hasta tanto se alcance la situación de jubilación en su modalidad contributiva.

5. Jubilación parcial. Se regula en el artículo 12.6 TRLET, en el Real Decreto 144/1999, de 24 de enero, y en el artículo 166 TRLGSS. En este supuesto el trabajador celebra con su empresa un contrato a tiempo parcial con una reducción de jornada de un mínimo de un 30% y un máximo de un 77% y reúne todos los requisitos generales para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva de jubilación excepto el de la edad, que habrá de ser inferior en, como máximo, 5 años a la exigida.

La concesión de la pensión se condiciona al hecho de que la empresa celebre simultáneamente un contrato de relevo con un trabajador en situación de desempleo quedando obligada a mantener cubierta, como mínimo, la jornada de trabajo dejada vacante por el sustituido hasta la fecha de jubilación de éste.

La cuantía de la pensión será el resultado de aplicar a la que le correspondería, según los años de cotización que acredite el trabajador, el porcentaje de reducción de su jornada, y no podrá ser inferior, en ningún caso, a la cuantía que resulte de aplicar ese mismo porcentaje al importe de la pensión mínima vigente en cada momento para los jubilados mayores de 65 años.

- d) La jurisdicción competente para resolver los conflictos en esta materia es la Social (SSTS de 29 de junio de 1993 y de 12 de abril de 2000) sin necesidad de declaración administrativa previa (STS de 18 de diciembre de 1998) y no puede atribuirse, ni siquiera por convenio colectivo, a la autoridad administrativa la facultad de determinar la peligrosidad de determinados puestos de trabajo (STS de 4 de noviembre de 1999).

El artículo 17.14 del Real Decreto 799/1971, de 3 de abril, el cual atribuía la facultad de pronunciarse previamente a las Delegaciones de Trabajo, debe entenderse derogado por el TRLPL de 1980 y el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que los litigios de esta problemática pasaron a ser competencia de la Jurisdicción Laboral. Por lo tanto, en ningún caso la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá decidir esta cuestión, debiendo remitirse a los solicitantes al eventual ejercicio de acciones jurisdiccionales.

V

El objeto principal de la visita al centro de trabajo lo constituye la práctica del informe correspondiente al accidente producido el 13 de junio de 2001. Dada la fecha de la inspección (al día siguiente del accidente), debemos entender que se ha debido producir la notificación del accidente.

El artículo 23.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales prevé la obligación de la empresa de «notificar por escrito a la autoridad laboral los daños para la salud de los trabajadores a su servicio que se hubiesen producido con motivo del desarrollo de su trabajo, conforme al procedimiento que se determine reglamentariamente». A falta de tal desarrollo reglamentario, sigue en vigor la Orden Ministerial de 16 de diciembre de 1987 que prevé un plazo

de 24 horas para comunicar por telegrama o por cualquier otro medio, a la Autoridad Laboral, la producción de accidentes con fallecimiento del trabajador, graves, muy graves o que afecten a más de 4 trabajadores, pertenezcan o no en su totalidad a la plantilla de la empresa.

En cuanto a las personas que acompañan al inspector durante su visita, el artículo 40.2 de la LPRL establece que, en las visitas, el Inspector de Trabajo y Seguridad Social comunicará su presencia al empresario o a su representante o a la persona inspeccionada, al Comité de Seguridad y Salud y al Delegado de Prevención o en su ausencia a los representantes legales de los trabajadores, a fin de que puedan acompañarle durante el desarrollo de la visita. Por tanto, es perfectamente lícita la actuación del Inspector en el supuesto.

En primer lugar el inspector investigará la corrección en el cumplimiento de las obligaciones formales por las empresas afectadas. Estas obligaciones en materia de obras de construcción se contienen en el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre. Deberá comprobarse el aviso previo (artículo 18 del Real Decreto 1627/1997), obligación que este precepto atribuye al promotor pero que en el supuesto cumplió la propia empresa contratista. No estimamos que este leve incumplimiento sea susceptible de sanción por cuanto la teleología de la norma es el cumplimiento de la comunicación y ésta se ha producido en tiempo adecuado.

El resto de obligaciones formales cuyo cumplimiento debe comprobarse se refieren a la designación del coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra (artículo 3 del Real Decreto 1627/1997). Esta designación se producirá en el supuesto de que en la ejecución de la obra intervengan varias empresas o trabajadores autónomos, y corresponde al promotor. Como obligación más destacada, sin embargo, nos encontramos con la de que se elabore un plan de seguridad y salud por el contratista el cual será aprobado, antes del inicio de la obra, por el coordinador y que se debe encontrar en todo momento en la obra a disposición de la dirección facultativa (artículo 7 del Real Decreto 1627/1997). En el supuesto se ha cumplido efectivamente tal obligación. Para el inicio de cualquier inspección, en materia de prevención en obras de construcción, se debe solicitar el correspondiente plan que constituye una evaluación de los riesgos existentes en la obra y las medidas de protección y prevención a adoptar.

Entrando en el estudio del accidente producido, apreciamos la intervención en la obra de construcción de las siguientes empresas: HIERROS Y FORJADOS, S.A., como promotora, SIMAC, S.A., como contratista, SERVICIOS TRILLO, S.A., subcontratada para los trabajos de estructura metálica y MONTAJES AÑEZCAR, S.A., como subcontratista de esta última y dedicada a la instalación de montajes metálicos. Debemos recordar que en estos casos debe comprobarse el correcto cumplimiento por parte de todas las empresas implicadas de las obligaciones de información a sus trabajadores que impone para estos supuestos la nueva redacción del artículo 42.3, 4 y 5 TRLET introducidos por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo. Asimismo, se comprobará el cumplimiento de las medidas de coordinación entre empresas que para estos supuestos prevé el artículo 24 LPRL.

En la empresa MONTAJES AÑEZCAR, S.A., se realizan los trabajos con trabajadores de su plantilla y el trabajador autónomo D. Fernando Ríos Valle. En este caso el inspector actuante deberá comprobar si nos encontramos ante un supuesto de «falso autónomo», esto es, trabajadores que

realizan su actividad dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa, pero que, incluso estando en posesión de la licencia fiscal y sin reunir los requisitos para ello, se encuentran dados de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Del supuesto de hecho no se desprenden suficientes datos como para pronunciarse, sin embargo debemos decir que la comprobación se basará en indicios tales como el sometimiento o no a las instrucciones del empresario, la retribución fija o bien que implique una ganancia aleatoria, la utilización de equipos de trabajo propios o pertenecientes a la empresa, etc.

Si se pudiese comprobar la cualidad de falso autónomo de D. Fernando Ríos Valle procedería la práctica de las siguientes actuaciones:

En primer lugar, según atribución del artículo 7.6 de la Ley 42/1997 se procedería a encuadrar al trabajador en el Régimen General de la Seguridad Social instándose su baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Seguidamente se practicaría acta de infracción a la empresa MONTAJES AÑEZCAR, S.A., por transgresión de los artículos 100 TRLGSS y 30 y siguientes del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, tipificada en el artículo 22.2 TRLISOS como infracción grave. Coordinada con ésta en los términos que prevé el artículo 34 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, se practicaría acta de liquidación de cuotas a la empresa MONTAJES AÑEZCAR, S.A. En este supuesto debería comprobarse si las empresas que anteceden a la citada en la pirámide de subcontratas (SIMAC, S.A. y SERVICIOS TRILLO, S.A.) que son las dedicadas a la misma actividad, se encuentran en posesión del certificado negativo de descubiertos que prevé el artículo 42.1 TRLET. En caso de que no lo tuvieran, ambas responderían solidariamente con MONTAJES AÑEZCAR. En caso de poseer tal certificado la responsabilidad sería tan sólo subsidiaria según la interpretación más lógica del juego combinado de los artículos 42 TRLET y 104 y 127.2 TRLGSS. Estas responsabilidades deben incluirse en el acta de liquidación según lo previsto en el artículo 32.1.b) del Real Decreto 928/1998 haciendo constar el motivo de la presunta responsabilidad.

En cuanto al accidente producido, se comprueba en primer lugar el incumplimiento de lo previsto en el plan de seguridad y salud acerca de la utilización de cantoneras en las operaciones de izado de estructuras metálicas con grúa, puesto que los cables de las hondillas no pueden trabajar directamente sobre aristas vivas. En el supuesto se deben analizar dos distintos aspectos de la seguridad de los trabajadores en la obra, que debían haber sido tenidos en cuenta por las empresas.

En primer lugar, y en orden inverso de importancia, debemos citar el hecho de que el trabajador se encontraba realizando trabajos a una altura de entre 7 y 10 metros, lo cual hace aplicables las medidas de protección del Anexo IV:C:3 Real Decreto 1627/1997 que establece la obligatoriedad del uso de cinturones de seguridad con anclajes u otros medios de protección equivalentes. Idéntica obligación se contiene en el artículo 192 de la Ordenanza de Trabajo de la Construcción, aprobada por Orden de 28 de agosto de 1970, la cual resulta aplicable por la remisión expresa que el Convenio Colectivo General de la Construcción, aprobado por Resolución de 30 de abril de 1998, realiza a su Capítulo XVI referido a seguridad e higiene en la construcción.

Estas disposiciones sí se cumplieron en el supuesto de hecho, pues el trabajador se encontraba sujeto por el cinturón de seguridad. Sin embargo se debe contemplar otro aspecto de este traba-

jo en altura, cual es el referente a la escalera metálica que el trabajador se encontraba utilizando en el momento del accidente y su modo de empleo. La normativa referida a este tema se encuentra en el Anexo IV Parte C 5.e) del Real Decreto 1627/1997 que se remite a lo dispuesto en el Anexo I.9 del Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, el cual en su punto 3.º establece que «antes de utilizar una escalera de mano deberá asegurarse su estabilidad. La base de la escalera deberá quedar sólidamente asentada. En el caso de escaleras simples la parte superior se sujetará, si es necesario, al paramento sobre el que se apoya y cuando éste no permita un apoyo estable se sujetará al mismo mediante una abrazadera u otros dispositivos equivalentes».

En el supuesto se incumplieron estas obligaciones al no apoyarse la escalera firmemente al paramento, por ello se debe proceder a la práctica de un acta de infracción basada en la transgresión de los artículos 14 y 17.1 LPRL, artículo 11 del Real Decreto 1627/1997 y Anexo IV C 5 del mismo, en relación con el Anexo I.9 del Real Decreto 486/1997. La infracción puede tipificarse como grave según lo previsto en el artículo 12.16.b) TRLISOS, graduado según los criterios del artículo 39.3 del mismo texto legal. Como empresas responsables señalamos a MONTAJES AÑEZCAR, S.A. y, en virtud de la solidaridad impuesta para supuestos de subcontratación por el artículo 42.3 TRLISOS, responden también con tal carácter SIMAC, S.A. y SERVICIOS TRILLO, S.A. Aceptamos aquí la postura dominante en la doctrina aunque debemos señalar la existencia de una corriente de opinión discrepante que excluye de la responsabilidad solidaria a las contratistas intermedias incluyendo tan sólo a la principal y a la responsable directa. De nuevo quedaría excluida de responsabilidad la promotora HIERROS Y FORJADOS, S.A.

El siguiente aspecto que analizará el Inspector de Trabajo es el cumplimiento de lo previsto en el Anexo IV.C.11 del Real Decreto 1627/1997 referido, entre otros, a los trabajos con estructuras metálicas los cuales sólo se podrán «montar o desmontar bajo la vigilancia, control y dirección de una persona competente». Se debe investigar si en el momento del accidente tal experto se encontraba presente.

Por último, y respecto a la utilización del equipo elevador de cargas con el cual se produjo el accidente, ya hemos citado cómo el mismo estaba siendo utilizado sin cantoneras por lo que se aplicaban las hondillas directamente sobre los perfiles. Este incumplimiento en el modo de utilización de los equipos de trabajo supone la práctica de acta de infracción por transgresión de los artículos 14 y 17.1 LPRL y 11 Real Decreto 1627/1997, y más en concreto, el Anexo IV Parte C.6 y 8. La remisión que estos artículos realizan a la normativa concreta aplicable nos conduce al estudio del Real Decreto 1215/1997, sobre equipos de trabajo, que en sus Anexos I.2 y II.3 se refieren a las condiciones de utilización de los equipos de trabajo para la elevación de cargas, estableciendo todas estas normas distintas prescripciones dirigidas a asegurar que se evite cualquier riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores y del resto de personas que se puedan ver afectadas. Por completar el bosquejo de normas reguladoras del trabajo con grúas se deben citar la Orden Ministerial de 28 de junio de 1998, sobre grúas torre desmontables para obra, y los artículos 277 a 291 de la Ordenanza Laboral de la Construcción.

Dada la transgresión de las citadas normas se debe proponer en el acta la calificación de la infracción como muy grave, siendo el precepto tipificador en concreto el recogido en el artículo 13.10 TRLISOS y ello por cuanto queda probada la existencia, a raíz del incumplimiento, de un riesgo «grave e

inminente» para la seguridad y salud de los trabajadores en los términos descritos en el artículo 4.4 LPRL. Dando por supuesto que la grúa perteneciese a MONTAJES AÑEZCAR, S.A., la responsabilidad por esta infracción se atribuiría en forma solidaria, según lo dispuesto en el artículo 42.3 TRLISOS, a las empresas MONTAJES AÑEZCAR, S.A., SERVICIOS TRILLO, S.A. y SIMAC, S.A.

El resto de medidas a adoptar por el inspector actuante son las siguientes:

- A)** Propuesta de recargo de prestaciones económicas de Seguridad Social. El artículo 27 del Real Decreto 928/1998 establece la legitimación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para iniciar el procedimiento administrativo para declarar la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo proponiendo el porcentaje de incremento que estime procedente (entre un 30 y un 50%), en aplicación de lo dispuesto en el artículo 123.1 TRLGSS.

En el informe-propuesta se deben incluir los hechos y circunstancias concurrentes, disposiciones infringidas, la causa concreta de las enumeradas en el artículo 123.1 y el porcentaje que se considere procedente de incremento.

La naturaleza de este recargo es claramente punitiva, por ello la responsabilidad del pago recae directamente sobre el empresario infractor. En el supuesto de contratas y subcontratas, la responsabilidad del pago del recargo se une a la noción de empresa infractora, pudiendo imponerse a la empresa principal o bien a la contratista o a ambas solidariamente según los supuestos. Así según la STS de 18 de abril de 1992 la responsabilidad es solidaria respecto de los trabajadores del contratista o subcontratista que se accidenten en el centro de trabajo de la empresa principal prestando servicios correspondientes a la propia actividad de ésta; igualmente se considera que son responsables solidarias si la obra se realizaba bajo la supervisión de la empresa principal, por lo que le incumbe el deber de colaborar en la adopción de medidas de seguridad (STSJ Castilla y León de 28 de febrero de 1995).

- B)** Paralización de trabajos. El artículo 44 de la LPRL establece que cuando el Inspector de Trabajo y Seguridad Social aprecie que la inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales implica, a su juicio, un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, podrá ordenar la paralización inmediata de tales trabajos o tareas. Idéntica facultad recoge el artículo 7.10 de la Ley 42/1997 y el artículo 11.4 del Real Decreto 928/1998. En este supuesto se requerirá para que a la reanudación de los trabajos la grúa esté dotada de las correspondientes medidas de seguridad, en especial, las cantoneras, no siendo posible tal reanudación en tanto no se acredite el cumplimiento de tales medidas.
- C)** Por último, debe examinarse la posibilidad de comunicar los hechos producidos al Ministerio Fiscal, en los términos previstos en el artículo 5 TRLISOS y artículo 3 del Real Decreto 928/1998, por si los mismos pudiesen resultar constitutivos de los delitos señalados en los artículos 316 y 318 del Código Penal.

Todas las citadas infracciones en materia de prevención de riesgos laborales se incluirán en la misma acta en virtud de lo previsto en el artículo 16 Real Decreto 928/1998.

VI

Pedro Abad. El artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros que se encuentren empadronados en el municipio en el que residan habitualmente, en las mismas condiciones que los españoles. A efectos de recibir tal asistencia se les dotará de la correspondiente tarjeta de asistencia sanitaria la cual, sin embargo, en modo alguno equivale a la afiliación al Régimen General de la Seguridad Social para la cual es precisa la previa obtención del permiso de trabajo.

Este fraude se viene detectando últimamente con cierta frecuencia ya que por desajustes informáticos en la Tesorería General de la Seguridad Social es posible tramitar el alta en ocasiones, comunicando el número de la tarjeta de asistencia sanitaria citada.

En este supuesto se deben practicar las siguientes actuaciones: se practicará acta de infracción por transgresión del artículo 36 de la citada Ley de extranjería que establece la necesidad de que los trabajadores extranjeros obtengan su permiso de trabajo previamente a la realización de cualquier actividad lucrativa laboral por cuenta ajena. La tipificación se recoge en el artículo 54.1.d) de la Ley Orgánica 4/2000 por emplear trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, siendo considerada infracción muy grave conforme al artículo 55 LO 4/2000. El sujeto responsable sería la empresa SIMAC, S.A., y sancionable con multa de entre 1.000.000 y 10.000.000 de pesetas.

Posteriormente se investigaría si, a pesar de la ilegalidad del alta, la empresa ha cotizado por el trabajador. En caso negativo se practicará acta de liquidación de cuotas a la empresa SIMAC, S.A., por las cuotas devengadas desde el momento en que comenzó la prestación de servicios del trabajador o por las cuotas no ingresadas si fueran por un período de tiempo inferior.

En este punto debe exponerse la siguiente cuestión: en los supuestos de trabajadores extranjeros que se encuentren trabajando en España sin permiso de trabajo, se venía entendiendo que tan sólo se debía proceder a la liquidación de las cuotas por AT/EP pero no por contingencias comunes. No obstante, desde la STS de 28 de mayo de 1991, ha venido cobrando cada vez más fuerza el criterio de que la responsabilidad del pago de cuotas incluye las de contingencias comunes y ello por cuanto, según el artículo 9.2 TRLET, la nulidad del contrato no excluye los efectos favorables al trabajador derivados del mismo y, en esta norma que persigue evitar el enriquecimiento injusto del empresario, se encuentra el engarce de la obligación de cotizar a la Seguridad Social por todos los conceptos.

Juan Abad. Se trata de un menor de edad indocumentado. Aparte de las medidas de carácter estrictamente policial que puedan derivarse de tal condición, en lo que respecta a la actuación de la

Inspección de Trabajo y Seguridad Social, debemos decir lo siguiente: el hecho de que manifestase que «tan sólo ayuda a su padre» debe conducir a una investigación acerca de la verdadera naturaleza de la prestación de servicios del menor en la empresa. Si, como resulta más que probable, ésta condujese a la constatación de la prestación de servicios del menor, debe procederse a la práctica de un acta de infracción por tales hechos.

Podrían resultar aplicables, tanto la infracción en materia laboral contenida en el artículo 8.4 TRLISOS por incumplimiento de la normativa sobre trabajo de menores, como la prevista en el artículo 54.1.d) LO 4/2000 por tratarse de un extranjero sin permiso de trabajo. De todos modos consideramos aplicable la infracción a lo dispuesto en el artículo 6 TRLET que prohíbe terminantemente el trabajo de los menores de 16 años. Sería una infracción muy grave tipificada en el artículo 8.4 TRLISOS y graduada según los criterios del artículo 39.2 TRLISOS.

Coordinada con la misma se practicaría acta de liquidación por todas las cuotas devengadas desde el día de iniciación de la prestación incluyendo tanto las cuotas por AT/EP como por contingencias comunes.

Juan Ruiz. La posesión de la tarjeta de residencia permanente supone según el artículo 41.3 LO 4/2000, de 11 de enero, el que su titular quede exceptuado de la obligación de obtener permiso de trabajo para realizar cualquier actividad lucrativa laboral. Por tanto la situación de Juan Ruiz es correcta no procediendo llevar a cabo ninguna actuación.

Diego Romero. Aunque los artículos 36 y 38 de la LO 4/2000 prevén la ineludible necesidad de que el trabajador extranjero esté provisto de permiso de trabajo para llevar a cabo su actividad laboral por cuenta ajena, sin embargo existe una excepción. Éste es el supuesto de solicitud de la renovación del permiso de trabajo durante cuyo procedimiento el resguardo de la solicitud surte los mismos efectos en el ámbito laboral y de la Seguridad Social hasta la resolución del expediente según establecía el artículo 90 del Real Decreto 155/1996 que constituía el Reglamento vigente en el momento de la inspección y el artículo 82.5 del nuevo Reglamento de extranjería.

Luis Ponce. La solicitud inicial del permiso de trabajo no despliega los mismos efectos vistos para la solicitud de renovación, en consecuencia hasta la concesión efectiva del permiso no es posible el alta del trabajador en la Seguridad Social ni la cotización por el mismo. En este supuesto el inspector deberá proceder, en primer lugar, y usando la facultad que le atribuye el artículo 7.5 Ley 42/1997, de 14 de noviembre, a instar la baja de oficio del trabajador en la Seguridad Social en el supuesto de que por algún error se hubiese practicado el alta como parece desprenderse del relato de hechos del supuesto.

Por otro lado, procederá a practicarse acta de infracción a la empresa SIMAC, S.A., por transgresión del artículo 36 LO 4/2000, de 11 de enero, tipificada como muy grave en el artículo 54.1.d). Al haberse ingresado las cotizaciones por este trabajador no será precisa la práctica de acta de liquidación.

VII

El inspector realiza una visita al Club de Fútbol Furia C.F. S.A.D. De la visita se destacan los siguientes aspectos:

1. Con relación al vecino, experto en fútbol, que acompaña al inspector diremos que el artículo 5.2 de la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el artículo 7 del RD 138/2000 que la desarrolla, establecen que el inspector puede hacerse acompañar en sus visitas de inspección por los trabajadores, sus representantes y por los peritos y técnicos de la empresa o habilitados al efecto que estime necesarios para el mejor desarrollo de la función inspectora. No puede hacerse acompañar, por tanto, de cualquier persona si no está autorizada a no ser que el empresario hubiese dado su consentimiento expreso.
2. El artículo 9.2 del RD 138/2000 que aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, establece que los inspectores, en el ejercicio de sus funciones y sin merma de su autoridad ni del cumplimiento de sus deberes, observarán la máxima corrección con los ciudadanos y procurarán perturbar en la menor medida posible el desarrollo de las actividades de los inspeccionados. No es adecuado que el inspector ordene cerrar las puertas y cesar el entrenamiento, pues esto perturba la actividad ordinaria de una forma desproporcionada.
3. Los inspectores de trabajo tienen la facultad de exigir la identificación y razón de su presencia de las personas que se encuentran en el centro de trabajo inspeccionado (art. 5.3 de la Ley 42/1997). El artículo 11 de la misma Ley señala que los empresarios, trabajadores y representantes de ambos están obligados cuando sean requeridos a acreditar su identidad y la de quienes se encuentren en los centros de trabajo.

El futbolista Dimas Toledo pertenece al Durandal C.F. y ha sido cedido, con su consentimiento, al Furia C.F. por dos meses. Aunque el artículo 43 del ET prohíbe la cesión de trabajadores salvo que se realice por una ETT debidamente autorizada, el artículo 11 del RD 1006/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral de carácter especial de los deportistas profesionales, establece que durante la vigencia del contrato los clubes o entidades deportivas podrán ceder temporalmente a otros los servicios de un deportista profesional con el consentimiento expreso de éste.

4. Para sustituir al entrenador se recurre a un contrato de puesta a disposición con una ETT. Los contratos de puesta a disposición se pueden celebrar en los casos en los que la empresa usuaria podría acudir a la contratación temporal (art. 6 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de ETT). En este caso se persigue sustituir a un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo. El artículo 45 del ET prevé la suspensión del contrato por cumplimiento del servicio militar, con derecho a reincorporarse al mismo puesto de trabajo una vez finalizado el mismo. Es lícito que la empresa celebre un contrato temporal para sustituir al entrenador que realiza el servicio militar y este contrato puede celebrarse a través de una ETT. Aunque al entrenador se le aplique la normativa especial de los depor-

tistas profesionales mencionada anteriormente, aspecto discutido y parece que admitido por la jurisprudencia dominante, resultaría aplicable el artículo 43 del ET y la Ley de Empresas de Trabajo Temporal, ya que, en lo no previsto en la normativa específica se aplica la legislación laboral ordinaria.

En otro orden de cosas, el inspector declara que no procede admitir denuncias ni consultas individuales sino que debe acudir a sus representantes sindicales. Al respecto hay que señalar que la acción de denuncia del incumplimiento de la legislación del orden social es pública según dice el artículo 13 de la Ley 42/1997.

- 5. Antonio Cansino** es corresponsal de una revista cubana. El artículo 41 de la Ley Orgánica 4/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada parcialmente por la Ley Orgánica 8/2000, establece los supuestos en que no es necesario el permiso de trabajo, entre ellos los corresponsales de medios de comunicación extranjeros debidamente acreditados para el ejercicio de la actividad informativa. Las alegaciones que realiza D. Antonio sobre su nacionalidad son irrelevantes a los efectos de la necesidad del permiso de trabajo. Lo que el inspector tiene que comprobar es si está debidamente acreditado como corresponsal de un medio de comunicación extranjero.

De la comprobación documental realizada derivan las siguientes actuaciones:

- a)** Lucas Mallada estuvo dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o Autónomos. La Ley 26/1985, desarrollada por RD 2621/1986, incluye en el Régimen General de la Seguridad Social a los jugadores profesionales de fútbol, entre otros colectivos, que con anterioridad constituían Regímenes Especiales de la Seguridad Social. La integración en el Régimen General se realiza con las peculiaridades previstas en el Reglamento. El inspector adoptará las siguientes actuaciones:
- i)** Solicitará el alta de oficio del futbolista en el Régimen General de la Seguridad Social.
 - ii)** Extenderá acta de liquidación por falta de alta en los términos previstos en los artículos 31 de la LGSS y 31 del RD 928/1998. En el acta figurará como sujeto responsable Furia C.F. S.A.D. que ostenta la cualidad de empresario y, por tanto, sujeto obligado a solicitar el alta y a cotizar. Los preceptos infringidos son el artículo 15 de la LGSS que establece la obligación general de cotizar al sistema de Seguridad Social, el artículo 103 y siguientes que establecen la obligación de cotizar en el Régimen General de la Seguridad Social y los artículos concordantes del RD 2064/1995.

El período de liquidación se extiende desde el 1 de julio de 1998 hasta el 30 de junio de 2000. A efectos administrativos se extenderán tres actas de liquidación diferentes, una por cada año natural: una desde el 1 de julio de 1998 hasta 31 de diciembre de 1998, otra desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 1999 y otra desde el 1 de enero al 30 de junio de 2000.

La base de cotización mensual por contingencias comunes será la misma durante todo el período de liquidación y se determina de conformidad con el artículo 109 de la LGSS, el artículo 23 del RD 2064/1995 y la Orden Ministerial de cotización de cada año. La base es de 150.000 pesetas de salario base, 25.000 pesetas de prorrateo de las pagas extraordinarias y 100.000 pesetas correspondientes a la prima del contrato. Señalar que las percepciones de vencimiento superior al mensual se prorratearán a lo largo de los 12 meses del año. La base de cotización por contingencias comunes será de 275.000 pesetas.

Se comprobará seguidamente si esta base está dentro de la base máxima y mínima prevista para cada grupo de cotización. Hay que tener en cuenta que durante los meses en que el equipo estuvo en Segunda División A el grupo de cotización es el 3 y en los meses en que está en Segunda División B el grupo de cotización es el 5 según la asimilación establecida en el RD 2621/1986. Si la base está dentro de los límites establecidos se normalizará aproximándola al múltiplo de 3.000 más próximo por exceso o por defecto. A esta base se le aplica el tipo de cotización por contingencias comunes que es en los años en cuestión de 28,3%.

La base de cotización por contingencias profesionales se calcula con las reglas antes señaladas con la peculiaridad de que se incluirá lo percibido por horas extraordinarias. No consta que Don Lucas haya realizado horas extraordinarias por lo que la base por contingencias profesionales coincidirá con la base por contingencias comunes. El inspector comprobará que esta base está dentro del tope mínimo y máximo previsto a estos efectos y de ser así se normaliza aproximándolo al múltiplo de 100 más próximo. A esta base se le aplica el epígrafe 121 de la tarifa de primas aprobada por RD 2930/1979, de 29 de diciembre, tal y como se señala en el RD 2621/1986.

La misma base se utiliza para determinar la cotización por desempleo, Formación Profesional y Fondo de Garantía Salarial. Los tipos a aplicar serán de 7,55% por desempleo, 0,7% por Formación Profesional y 0,4% por FOGASA.

- iii) Se extenderá acta de infracción, coordinada con el acta de liquidación en los términos de los artículos 14 y 34 del RD 928/1998. El sujeto responsable será el club de fútbol Furia C.F. S.A.D. Los preceptos infringidos son el artículo 100 y siguientes del TRLGSS que establecen la obligación de solicitar el alta en el Régimen General y los artículos 30 y siguientes del RD 84/1996, que aprueba el Reglamento General de inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos en la Seguridad Social. La infracción se tipifica en el artículo 22.2 del TRLISOS.

- b) Otros jugadores han sido dados de alta en el Régimen General como trabajadores fijos discontinuos. El artículo 15.8 del ET, tras la modificación introducida por el Real Decreto-Ley 5/2001, define el contrato por tiempo indefinido de carácter fijo discontinuo como aquel que se concertará para realizar trabajos que tengan carácter de fijos y discontinuos que no se repiten en fechas ciertas y dentro del volumen normal de actividad de la empresa. A los trabajos fijos discontinuos que se repiten en fechas ciertas les será de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido, en los términos establecidos en el artículo 12 del ET.

El caso de los jugadores del Furia C.F. S.A.D. no estamos ante trabajadores fijos discontinuos pues sus actividades no tienen carácter discontinuo. Será un contrato a tiempo parcial en el caso de que el tiempo trabajado sea inferior al de un trabajador equivalente, esto es, un trabajador que desempeña un puesto de trabajo igual y que trabaja a tiempo completo o bien, si no hay trabajador equivalente, si la jornada es inferior a la jornada ordinaria establecida en la empresa o la jornada máxima legal. Si tomamos como referencia la jornada de 40 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual estos trabajadores serán considerados trabajadores a tiempo parcial.

El inspector levantará acta de liquidación por diferencias de cotización en los términos de los artículos 31 de la LGSS y 31 del RD 928/1998. El sujeto responsable será el club de fútbol Furia C.F. S.A.D. La base de cotización por contingencias comunes se determina en la forma prevista en los artículos 109 de la LGSS y 23 del RD 2064/1995. El período de liquidación se extiende desde el 1 de julio de 1998 hasta el 30 de abril de 2001 ya que las cuotas de mayo están aún en período reglamentario de ingreso, tal y como se establece en el artículo 66 de la Orden Ministerial de 26 de mayo de 1999 que desarrolla el RD 1637/1995 que aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social. La base será de 150.000 pesetas de salario base y 25.000 pesetas correspondientes al prorrateo de las pagas extraordinarias. Se comprueba que la base está dentro de la base máxima y mínima de cotización correspondiente al grupo 5, según la asimilación prevista en el RD 2621/1986 para los clubes de fútbol de Segunda División B. La base se normaliza aproximándola al múltiplo de 3.000 más próximo. Al ser un acta de liquidación por diferencias se resta a esta base aquella por la que ya se cotizó, esto es, 30.000 pesetas y a la cantidad resultante se le aplica el tipo del 28,3%.

Como en el caso anterior, la base de cotización por contingencias profesionales coincide con la base por contingencias comunes al no haberse realizado horas extraordinarias. A esta base se le aplica el epígrafe 121 de la tarifa de primas aprobada por RD 2930/1979, de 29 de diciembre, tal y como se establece en el RD 2621/1986 y no el epígrafe 122 que aplicó la empresa. A esta misma base se le aplican los tipos de desempleo, formación profesional y Fondo de Garantía Salarial que ya han sido señalados. Destacar que las cantidades obtenidas se multiplican cada mes por los 22 jugadores afectados.

Se levantará asimismo acta de infracción coordinada en la forma prevista en los artículos 14 y 34 del RD 928/98. El sujeto responsable es el Club de Fútbol Furia C.F. S.A.D. Los preceptos infringidos son el artículo 15 que establece la obligación general de cotizar. Los artículos 103 y siguientes de la LGSS que establece la obligación de cotizar en el Régimen General de la Seguridad Social, el artículo 109 de la LGSS y el artículo 23 del RD 2064/1995 que establecen la forma de cálculo de la base de cotización mensual. El precepto tipificador el artículo 22.5 del Real Decreto Legislativo 5/2000 TRLISOS por no realizar el ingreso de las cuotas que recauda en la cuantía debida.

Por último señalar que no procede la acumulación de esta acta de infracción con la anterior al estar coordinada a un acta de liquidación diferente (art. 16 del RD 928/1998).