

**INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL:
CRITERIOS DE ACTUACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA
(CASO PRÁCTICO)**

**Núm.
56/2004**

**ENRIQUE GUTIÉRREZ ÁLVAREZ
FRANCISCO JAVIER MAESTRO ACOSTA**

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 convocatoria de la oposición para el ingreso en el Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social correspondiente a 2003. En él se efectúa un análisis de las cuestiones derivadas del planteamiento, incorporando la fundamentación jurídica de la respuesta.

ENUNCIADO

El día 5 de noviembre de 2003, un Inspector de Trabajo y Seguridad Social realiza las visitas de inspección y actuaciones pertinentes que a continuación se indican en diversas empresas.

I

Se visita la nave industrial donde se halla ubicada la empresa «PERMI, S.L.» (Perfiles milimétricos, S.L.) de nueva creación (octubre de 2002), y de la que es propietaria, dedicada a la actividad de perfiles curvos para vehículos automotores con una plantilla laboral de 78 trabajadores, a fin de tramitar varias denuncias.

1. A la vista de una de las denuncias se comprueba lo siguiente:

A los trabajadores Tomás Nieto Torres y Luis Soria Díaz que desde su ingreso al trabajo han realizado el turno de mañana, la empresa unilateralmente los ha incorporado al turno de noche de forma definitiva y en aplicación de una Cláusula Adicional obrante a los contratos de trabajo de los afectados en la que se suscribe el compromiso de realización de turnos de mañana, tarde o noche, según las necesidades de la empresa, así como el artículo 24 del vigente Convenio Colectivo de la empresa en el que se establece como potestad de la misma, «establecer turnos rotativos del personal en cuyos contratos figure la obligación de turnar por necesidades de trabajo», si bien este último precepto también determina que en la organización del trabajo de los turnos se tendrá en cuenta la rotación de los mismos.

2. Uno de los trabajadores afectados por el punto anterior manifiesta a la dirección de la empresa que puesto que tenía suscrito con ella un acuerdo de plena dedicación con compensación económica ha decidido rescindir dicho acuerdo a partir de este momento exigiendo el abono inmediato de la antecitada compensación económica.

3. Para comprobar si existe adecuación entre los salarios devengados y las transferencias bancarias hechas a los trabajadores en el último mes, el Inspector, ante la necesidad de comprobar el extremo anterior, en el momento de la visita entrega un requerimiento a la empresa para que en plazo de 72 horas le remita extracto de las correspondientes transferencias, a lo que comunica la dirección que no cumplimentará dicho requerimiento en modo alguno, por lo que al día siguiente y ya personalmente entrega otro requerimiento a la sucursal bancaria para que le facilite en plazo también de 72 horas citados extractos.

4. Comoquiera que obra en poder del Inspector un expediente de Solicitud de reconocimiento de Prestación de Desempleo formulado por una trabajadora remitido por el INEM a los efectos oportunos, asimismo se constatan los hechos siguientes:

En el mismo centro de trabajo radica también la empresa «KUTOBA, S.L.», dedicada a la fabricación de cojinetes para automóviles y en la que estuvo dada de alta la trabajadora solicitante Ana Pérez Alday al haber suscrito un contrato de trabajo ordinario por tiempo indefinido, durante el período de 13-05-2003 a 02-10-2003, con categoría profesional de Auxiliar Administrativo, finalizando esa relación laboral por baja voluntaria de la trabajadora según consta en la documentación de Seguridad Social y laboral de la empresa.

Con fecha 03-10-2003, la mencionada trabajadora suscribió con la empresa «PROMI, S.L.» un nuevo contrato de trabajo ordinario por tiempo indefinido, estableciéndose en el mismo un período de prueba de un mes, siendo su categoría profesional la de Auxiliar Administrativo, relación laboral esta que a su vez quedó extinguida el 20-10-2003, siendo su causa la no superación del período de prueba, sin que la trabajadora presentara reclamación alguna en vía administrativa y/o judicial.

Los dos contratos de trabajo citados fueron firmados en representación de ambas empresas por don Miguel Mogro Toledo como Consejero Delegado de las mismas.

Posteriormente, la trabajadora presentó ante el INEM la solicitud de prestaciones por desempleo.

II

1. El Inspector de Trabajo y Seguridad Social gira visita a la empresa «QUIMICOL, S.A.» sita en Ctra. de Andalucía, km 16, Polígono industrial Las Arenas del término municipal de Pinto (Madrid), con número de cuenta de cotización 2811111111 y plantilla de 72 trabajadores.

La inspección se produce para cumplimentar dos Órdenes de Servicio, la primera de ellas motivada por un accidente mortal ocurrido en el domicilio antes citado el día 30 de octubre de 2003, sufrido por el trabajador don Román R.R. perteneciente a la plantilla de la empresa «CUBREGLAS, S.L.», dedicada a la fabricación e instalación de estructuras metálicas, y la segunda, por denuncia del Comité de Empresa de «QUIMICOL, S.A.», sobre el calendario laboral del año 2003.

El representante de la empresa «QUIMICOL, S.A.» informa al Inspector que debido al deterioro de la cubierta de fibrocemento de una de sus naves, se decidió la remodelación de la nave y sustitución de la cubierta, encomendándose el Proyecto de Obra al Ingeniero Industrial, don Alberto A.A., autor del Estudio de Seguridad y Salud. Su ejecución se formaliza con la empresa constructora «CONSTRUCCIONES PINTO, S.A.», que a su vez, ha subcontratado con la empresa «CUBREGLAS, S.L.» los trabajos de estructura metálica.

El Inspector requiere la comparecencia de los testigos presenciales del accidente, de los representantes de los trabajadores de las empresas constructora y de montajes y del Encargado de Obra. Sólo comparece este último, don Federico F.F. de la empresa «CONSTRUCCIONES PINTO, S.A.», alegando que ningún trabajador vio caer al accidentado y la ausencia de representantes designados en la obra. En el curso de la visita comparecen los Delegados de Prevención de la empresa «QUIMICOL, S.A.» que quieren colaborar con el Inspector.

Posteriormente, el Inspector examina el Proyecto de Obra, Estudio y Plan de Seguridad y Salud, Aviso Previo, Licencia de Obra, Libro de Incidencias y Evaluación de Riesgos para la Seguridad y Salud de los trabajadores de la empresa de montajes metálicos, dicho documento no contempla los trabajos prestados en régimen de desplazamiento a las obras.

De las manifestaciones de los citados y de las comprobaciones *in situ* del actuante y examen documental indicado, cabe constatar los siguientes hechos:

- a) El día 30 de octubre de 2003, sobre las 10 horas, el trabajador don Román R.R. realizaba trabajos de soldadura en la cubierta de la nave en remodelación y al pisar una de las placas de material traslúcido de la referida cubierta ésta se rompió por el peso del trabajador, cayendo al interior de la nave desde una altura de 10 m, sufriendo traumatismo craneo-encefálico que le ocasiona la muerte.
- b) La cubierta estaba formada por chapas galvanizadas alternadas con chapas de material traslúcido, sin resistencia para soportar el peso de una persona. No se habían adoptado medidas para evitar el riesgo de caída en altura de la cubierta. El accidentado utilizaba botas de seguridad y guantes. En la cubierta quedó la radial del trabajador y unas gafas de protección, según aparece en las fotografías obtenidas tras el accidente.
- c) El Proyecto de Obra y el Estudio de Seguridad y Salud no han previsto la instalación de placas traslúcidas en la cubierta, circunstancia que tampoco consta en el Plan de Seguridad y Salud elaborado por la contratista, modificación aprobada durante la ejecución de la obra. Dichos documentos no incorporan medidas preventivas específicas en la fase de desmontaje de la cubierta deteriorada. No se justifica que se les haya facilitado información y formación a los trabajadores de montaje sobre los riesgos de los trabajos en altura.
- d) El Inspector observa que en una zona próxima a la nave se acopian materiales de derribo. El encargado de «CONSTRUCCIONES PINTO, S.A.» manifiesta que proceden de la cubierta sustituida y no han sido retirados por demora de la empresa encargada de transportarlos al vertedero.

2. Los representantes de los trabajadores de la empresa «QUIMICOL, S.A.» informan al Inspector que no han sido informados sobre las empresas que ejecutan las obras de remodelación de la nave y le preguntan si la empresa estaba obligada a informarles sobre tales trabajos y en qué términos.

La denuncia interpuesta se debe a la falta de acuerdo en la negociación del calendario laboral del año 2003 y a la imposición por la empresa de un calendario laboral que no ha sido consensuado con el Comité de Empresa. Por la empresa se manifiesta que llevaban seis meses negociando el calendario y ante las posiciones discrepantes ha elaborado un calendario con arreglo a su propio criterio, manteniendo el último de los propuestos al Comité en el que se recogen gran número de las observaciones realizadas por los representantes de los trabajadores en el curso de la negociación. El Convenio Colectivo establece que «el calendario laboral de turnos y horario se elaborará antes del 1 de enero entre la Empresa y el Comité». El Inspector comprueba que el nuevo calendario introduce dos horarios distintos dentro de cada turno de mañana, tarde y noche en las distintas Secciones. El horario de entrada/salida se adelanta/retrasa en treinta o quince minutos, según los casos (ejemplo Recepción y tratamiento Horario anterior: 15 a 23; 23 a 7; 7 a 15. Horario modificado 15, 15 a 23, 15; 23, 15 a 7, 15; 7,15 a 15,15; 14,30 a 22,30; 22,30 a 6,30; 6,30 a 14,30).

III

Se visita la empresa «HERMANOS ALFREDO, S.A.» dedicada a la actividad de fabricación de cartuchos, en la que prestan servicios cinco trabajadores. Se lleva a cabo por iniciativa del Inspector actuante. Los hechos constatados, bien directamente o a través de la aportación de la documentación requerida, son los siguientes:

1. Trabajador Alfredo de Juan.

Grupo 1 de cotización a la Seguridad Social, percibe 784,20 euros al mes, en total, en el mes de enero de 2003, en concepto de salario; tiene un contrato de duración determinada a tiempo completo.

La empresa el 15-01-2003 le abona en mano directamente y en metálico una paga de beneficios, por los resultados habidos en el ejercicio económico anterior/2002, sin soporte documental que acredite el pago, lo hace a toda la plantilla, por el mismo importe de 700 euros.

En el mes de enero/2003, realizó una serie de horas extras, por primera vez (no hizo ninguna en el 2002), por acuerdo entre empresa y trabajador, para unos trabajos normales de la empresa, pero muy importantes, sin otros motivos que se conozcan; le pagaron 2.000 euros en dicho mes; y no se incluyeron en las cotizaciones a la Seguridad Social.

Cabe señalar también que la empresa aplica a este trabajador el epígrafe 113 de la Tarifa de Primas de Accidentes de Trabajo en todo el período objeto de atención (enero a septiembre/2003).

Este trabajador causó baja en el mes de febrero de 2003, por un accidente de trabajo, de poca importancia pero que le impide trabajar.

La situación descrita se mantiene (cotizaciones a la Seguridad Social, y aquellos aspectos relacionados con las mismas, desde enero/03 hasta que se lleva a cabo la visita de la Inspección).

2. Trabajador Luis Perrote.

Grupo 7, su base de cotización en enero/2003, incluidas las partes proporcionales de las pagas, es de 1.000 euros, informa al Inspector que tiene una sentencia firme que señala su retribución a partir de enero/03, de 500 euros más de los mil que viene percibiendo, la empresa le pagó todo (enero a junio/03) el 30-06-2003 y a partir de julio/03 ya figura en los recibos y en la cotización, pero no aparece en las cotizaciones de enero a junio/03 (no se ha cotizado la diferencia señalada). Ha recibido también el pago en mano de los 700 euros antes mencionados.

3. Trabajadora Antonia Pérez.

Desarrolla su tarea en la jornada habitual del resto, lleva uniforme, su actividad se desarrolla en la oficina, la empresa le abona todos los meses puntualmente 1.500 euros, incluso le da un recibo, no de salarios, sino de abono de dicha cantidad. Se pregunta sobre su situación laboral, y la empresa informa de que es una trabajadora autónoma, efectivamente figura de alta en dicho Régimen desde el mes de enero/2003, fecha de ingreso en la empresa, aporta una contrata de prestación de servicios que se limita a establecer un acuerdo empresa-trabajador, no se indican específicamente las labores contratadas, se hace de forma genérica (incluso al final del documento se establecen las vacaciones, la retribución mensual, un pacto por el «cese», se le abonaría lo previsto en el ET), todo lo que hace lo lleva a cabo dentro del ámbito de organización de la empresa, no aporta, no señala, no tiene entidad empresarial. Realiza trabajos de oficina, su lugar de trabajo es similar al resto.

4. Trabajadora Susana Mosquito.

Trabaja en la empresa desde el 01-01-2003, grupo 1 de cotización a la Seguridad Social, retribución 3.000 euros al mes, por todos los conceptos, incluidas las partes proporcionales de las pagas extraordinarias, su contexto laboral se determina en los siguientes términos: desempeña el cargo de administradora social, trabaja en las oficinas, con tareas de dirección y gerencia (no tiene, lo justifica con soporte documental, ningún control efectivo de la sociedad).

No figura de alta en la Seguridad Social, alega que está pendiente de una consulta que ha hecho a sus asesores.

5. Trabajador Gregorio Minguela.

Figura en los datos de la Seguridad Social con ingreso en la empresa y alta el 01-01-2002. No figura de baja.

La empresa señala que desde el 01-01-2003 no trabaja en la empresa, aporta recibo de salarios y finiquito de todas las cantidades adeudadas, y además el contrato firmado, registrado y concluido (obra o servicio), carta del interesado confirmando toda esta información. Después de una búsqueda exhibe el parte de baja sellado y presentado en tiempo y forma en la Administración de la Seguridad Social.

Se constata que se encuentra en desempleo.

SE PIDE:

Señalar, si existen, las posibles deficiencias y las medidas a adoptar, en su caso.

SOLUCIÓN

I

1. Antes de entrar en el análisis del supuesto planteado, nos parece oportuno hacer una breve referencia a la forma en que se realiza la actuación inspectora. En este caso se efectúa a través de visita, como una de las modalidades prevista por el artículo 14.1 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como por el artículo 15 del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que desarrolla la anterior, a fin de tramitar varias denuncias que van a determinar el inicio de la actividad previa de comprobación (art. 13.2 de la Ley 42/1997 y art. 9.1 f) del RD 928/1998, de 14 de mayo).

En virtud de una de estas denuncias, se comprueba que dos trabajadores que desde su ingreso al trabajo han realizado el turno de mañana, la empresa los incorpora unilateralmente al de noche, en aplicación de lo dispuesto en una cláusula adicional obrante al contrato de trabajo y de lo previsto en el artículo 24 del Convenio Colectivo aplicable a la empresa.

De la redacción del caso se desprende que la empresa tiene implantado un sistema de trabajo a turnos, así como que realiza su actividad de forma continua, las 24 horas al día, pues incluye los de mañana, tarde y noche.

Habría que determinar si estamos ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, y en su caso, si se ha seguido el procedimiento previsto por el artículo 41 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET).

Adelantaremos que no nos encontramos ante una modificación del régimen de trabajo a turnos regulada en el artículo 41.1 c) del ET, que queda reservado para los casos de implantación de un sistema de trabajo a turnos cuando antes no existía, de establecimiento de un nuevo turno de trabajo, y demás supuestos análogos recogidos por la jurisprudencia, entre los que no se encuentra el presente.

Tampoco se trata de una modificación del horario del artículo 41.1 b), pues aunque en la práctica se ha producido, la propia definición que da el artículo 36.3 del ET del trabajo a turnos contempla esta posibilidad. De acuerdo con este artículo *«se considera trabajo a turnos toda forma de organización del trabajo en equipo según la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un período determinado de días o semanas»*.

Por circunstancias que desconocemos, estos dos trabajadores estaban realizando sólo el turno de mañana, pero fueron contratados para turnar, y la empresa se lo podía exigir a tenor de lo dispuesto en la cláusula adicional del contrato de trabajo y en el artículo 24 del Convenio Colectivo aplicable a la empresa. Sin embargo, lo que ésta hace es incorporarlo al de noche de forma unilateral y definitiva, y sin tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 36.3 párrafo 2.º *«en las empresas con procesos productivos continuos durante las 24 horas del día, en la organización del trabajo de los turnos se tendrá en cuenta la rotación de los mismos y que ningún trabajador estará en el de noche más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción de su actividad»*.

Estas dos previsiones han sido obviadas por la empresa, por lo que el Inspector iniciará el procedimiento sancionador, mediante la extensión de un acta de infracción de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.4 de la Ley 42/1997 y en el artículo 25 del Real Decreto 138/2000. El acta reflejará el sujeto responsable («PERMI, S.L.»), los hechos acaecidos— ya mencionados— y los medios de comprobación de los mismos (art. 14 del RD 928/1998).

El precepto infringido es el artículo 36.3 del ET anteriormente analizado. La infracción se tipifica en el artículo 7.5 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante TRLISOS), que considera como infracción grave en materia laboral, *«la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno... y en general, el tiempo de trabajo al*

que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del ET», entre los que se encuentra el presente artículo. Al no apreciarse circunstancias agravantes, según lo dispuesto en el artículo 39 del TRLISOS, se impondrá en su grado mínimo. La sanción tendrá una cuantía de 300,52 a 601,01 euros (art. 40 del TRLISOS).

2. El Inspector actuante, conforme al artículo 3.2.1 de la Ley 42/1997, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de 14 de noviembre (BOE de 15 de noviembre), se limitará a desarrollar una labor de asesoramiento técnico con ocasión del ejercicio de la función inspectora, informando al trabajador que el artículo 21.3 del ET prevé «*el supuesto de compensación económica por plena dedicación*», y que «*el trabajador puede rescindir el acuerdo y recuperar su libertad de trabajo en otro empleo, comunicándolo por escrito al empresario con un preaviso de treinta días, perdiéndose en este caso la compensación económica u otros derechos vinculados a la plena dedicación*».

3. El Inspector de Trabajo realiza dos requerimientos, uno a la empresa y el otro a la sucursal bancaria.

Respecto del entregado a la empresa, el artículo 5 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, que contempla las facultades de los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social para el desempeño de sus competencias, en su apartado 3.º señala la de «*proceder a practicar cualquier diligencia de investigación, examen o prueba que considere necesario para comprobar que las disposiciones legales se observan correctamente y, en particular, para:*

3.3. 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, tales como: ...; documentos justificativos de retribuciones;... El inspector está facultado para requerir la presentación de dicha documentación en las oficinas públicas correspondientes.

Por otro lado, el artículo 11 de la misma ley, cuando regula la colaboración con los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, establece en su apartado 1.º que «*los empresarios... están obligados cuando sean requeridos: ...a facilitarles la información y documentación necesarias para el desarrollo de sus funciones*».

Teniendo en cuenta estos artículos, la negativa de la dirección de la empresa de cumplimentar el requerimiento, por el que se exigía la remisión del extracto de las transferencias bancarias, constituye una infracción por obstrucción a la labor inspectora calificada como grave, de acuerdo con el artículo 50.2 del TRLISOS, según el cual «*las acciones u omisiones que perturben, retrasen o impidan el ejercicio de las funciones que, en orden a la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convenios colectivos tienen encomendadas los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social..., serán constitutivas de obstrucción a la labor inspectora que se calificarán como graves, excepto los supuestos comprendidos en los apartados 3 y 4 de este artículo*», entre los que no se encuentra la acción del empresario que acabamos de mencionar.

Se levantará acta de infracción por obstrucción a la labor inspectora, cuyo precepto infringido será el artículo 11.1 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, y el tipificador será el artículo 50.2 del TRLISOS, ya mencionados. Al no apreciarse tampoco ninguna de las circunstancias que enumera el artículo 39.2 del TRLISOS para graduar la sanción, ésta se impondrá en su grado mínimo y tendrá una cuantía de entre 300,52 a 601,011 euros (art. 40.1 del TRLISOS).

Respecto del requerimiento entregado a la sucursal bancaria, el artículo 11 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, en su apartado 2.º dispone que *«toda persona natural o jurídica estará obligada a proporcionar a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social toda clase de datos, antecedentes o información con trascendencia en los cometidos inspectores siempre que se deduzcan de sus relaciones económicas, profesionales, empresariales o financieras con terceros sujetos a la acción inspectora, cuando a ello sea requerida en forma... **Reglamentariamente se determinará la forma y requisitos aplicables a los referidos requerimientos**»*.

A tal efecto, el artículo 7.1 del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, en su párrafo 5.º establece que, en el ejercicio de sus funciones, los Inspectores de Trabajo están facultados para *«recabar y obtener la información, datos o antecedentes con trascendencia para la función inspectora, en materia relativa al régimen económico de la Seguridad Social, en los supuestos y respecto de los obligados referidos en el artículo 11.2 de la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Dicha información se recabará mediante requerimiento escrito del inspector que dirija las actuaciones»*. A continuación, el artículo describe la forma de realizar el mismo: *«cuando el requerimiento se formule a entidades que desarrollen actividades bancarias o de depósitos de fondos y se refiera a identificación de pagos efectuados con cargo a cuentas, depósitos o fondos de cualquier clase, el requerimiento **se autorizará previamente por la Autoridad Central** de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que podrá delegar en el Jefe del órgano inspector. Tales requerimientos **señalarán un plazo para su cumplimentación no inferior a quince días**; especificarán los datos, antecedentes o información solicitados, período de tiempo a que se refieran y la identidad de los sujetos de la acción inspectora»*.

Teniendo en cuenta el procedimiento descrito, observamos cómo el Inspector actuante no obtiene la preceptiva autorización de la Autoridad Central que exige el Reglamento, sino que realiza el requerimiento directamente. Del mismo modo, dicho Inspector exige un plazo para la cumplimentación del mismo inferior al establecido en dicho artículo (72 horas en vez de 15 días).

Se produce, por tanto, una irregularidad en el modo de obrar del Inspector de Trabajo, que podría afectar a la validez de las actuaciones.

4. En este caso, el Inspector de Trabajo inicia su actuación inspectora en virtud de expediente administrativo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 14 de la Ley 42/1997, artículo 15 del Real Decreto 138/2000, así como en el artículo 9 del Real Decreto 928/1998; si bien la actuación prosigue mediante visita a efecto de comprobar determinados hechos que derivan del expediente.

El Inspector se encuentra con dos empresas que se hallan en el mismo centro de trabajo, que desarrollan actividades análogas, y que cuentan con el mismo consejero delegado. Por una de ellas se realiza un contrato de trabajo por tiempo indefinido, con una trabajadora que posteriormente finaliza por baja voluntaria, y al día siguiente, se realiza el mismo contrato por la otra empresa, que se extinguirá por la no superación del período de prueba, sin que la trabajadora presente reclamación alguna.

Habría que determinar en este punto si existe un fraude de ley prohibido por el artículo 6.4 del Código Civil, según el cual «*los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrarios a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir*».

En una primera lectura del caso, parece que existe conducta fraudulenta entre la empresa y la trabajadora, para la obtención por ésta última de la prestación por desempleo. Como la extinción del primer contrato fue por baja voluntaria, la trabajadora no se encontraba en situación legal de desempleo como exige el artículo 208.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS); por ello, se simula una segunda relación laboral con otra empresa, pero que tiene la misma representación que la primera, finalizándose esta vez por decisión de la empresa por la no superación del período de prueba, y así la trabajadora cumpliría el requisito exigido por la norma.

No obstante lo anterior, si analizamos más detenidamente la norma que estamos considerando se llegará a una conclusión distinta, pues de acuerdo con el artículo 208.1 de la LGSS (según redacción dada por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre) «*se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores que estén incluidos en alguno de los siguientes supuestos:*

1. Cuando se extinga su relación laboral:

(...)

- g) Por resolución de la relación laboral, durante el período de prueba, a instancia del empresario, siempre **que la extinción de la relación laboral anterior se hubiera debido a alguno de los supuestos contemplados en este apartado, o haya transcurrido un plazo de tres meses desde dicha extinción.***»

Conforme a este artículo observamos cómo la trabajadora no se halla en situación legal de desempleo, ya que la extinción de la relación laboral anterior no se debió a ninguno de los supuestos contemplados por la norma (al tratarse de baja voluntaria), y porque sólo transcurrió un día desde dicha extinción. No cabe, por tanto apreciar fraude de ley ya que no existe una norma en la que ampararse. Se informará oportunamente al INEM de que dicha trabajadora no tiene derecho a la prestación de desempleo, teniendo en cuenta la labor de asistencia técnica que también tiene encomendada la Inspección de Trabajo y Seguridad Social según el artículo 3.2 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre.

II

1. La normativa vigente en materia de seguridad y salud referente a la construcción viene constituida por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, la Ordenanza Laboral de la Construcción, de 28 de agosto de 1970, parcialmente vigente, el Convenio Colectivo de la Construcción de 2002, y las normas técnicas de edificación.

Los sujetos intervinientes a efectos de depuración de responsabilidades son: «QUIMICOL, S.A.» (promotor), «CONSTRUCCIONES PINTO, S.A.» (contratista), y «CUBREGLAS S.L.» (subcontratista).

El funcionario actuante deberá comprobar el cumplimiento de las obligaciones formales en materia de construcción previstas en el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre.

Por lo que respecta al promotor («QUIMICOL, S.A.»), habría que vigilar la observancia del aviso previo (art. 18 del RD 1627/1997), la designación de coordinador en materia de seguridad y salud en la fase de ejecución de la obra (art. 3.2 del RD 1627/1997) puesto que en la ejecución de la obra interviene más de una empresa, y el estudio de seguridad y salud (arts. 4 y 5 del RD 1627/1997). En el supuesto planteado observamos que sí ha cumplido con el aviso previo, pero sin embargo, no ha procedido a la mencionada designación de coordinador de seguridad y salud. En todo caso, es importante advertir que según el artículo 3.4 del Real Decreto 1627/1997, la designación de coordinador no exime al promotor de sus responsabilidades. Por ello, se procede a extender acta de infracción en materia de prevención de riesgos laborales en virtud de las facultades conferidas por el artículo 7.4 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE de 15 de noviembre), artículo 11.1 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social (BOE de 3 de junio) y artículo 7.6 del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE de 16 de febrero), por vulneración de los artículos 14 y 15 de la Ley 31/1995, 4 y 19 del ET, y artículo 3 del citado Real Decreto 1627/1997, siendo el precepto tipificador el artículo 12.24 a) de la LISOS. Asimismo, se requerirá al promotor para que proceda a su designación en virtud del artículo 43 de la Ley 31/1995 y artículo 7.3 de la Ley 42/1997.

También observamos que el estudio de seguridad y salud no ha previsto la instalación de placas traslúcidas en la cubierta, ni incorpora medidas preventivas específicas en la fase de desmontaje de la cubierta deteriorada. Por ello, se extenderá acta de infracción dirigida a «QUIMICOL, S.A.», siendo el precepto tipificador el artículo 12.24 b) de la LISOS, y los preceptos infringidos los artículos 4 y 5 del Real Decreto 1627/1997, amén de los artículos 4 y 19 del ET, y artículos 14 y 15 de la Ley 31/1995.

Estas dos actas de infracción se acumularían por tratarse de la misma materia en virtud del artículo 16 del Real Decreto 928/1998.

Para terminar con el análisis de la figura del promotor, hay que advertir, que a pesar de que el supuesto haga mención a proyecto de obra, las normas técnicas de edificación no requieren el mismo cuando se trata de trabajos de remodelación y sustitución de una cubierta, siendo necesario sólo un permiso de obra menor.

Por su parte, al contratista («PINTO, S.A.») le corresponde la elaboración de un plan de seguridad y salud (art. 7 del RD 1627/1997) en aplicación del estudio de seguridad y salud, en función de su propio sistema de ejecución de la obra. En dicho plan se incluirán en su caso las propuestas de medidas alternativas de prevención que el contratista proponga con la correspondiente justificación técnica, que no podrán implicar disminución de los niveles de protección previstos en el estudio. El plan deberá ser aprobado, antes del inicio de la obra, por el coordinador en materia de seguridad y de salud durante la ejecución de la misma. Antes de comenzar las actuaciones de comprobación en construcción, el Inspector actuante debería solicitar dicho plan, pues constituye una evaluación de riesgos con las correspondientes medidas de prevención.

Nos encontramos ante un plan incompleto, puesto que no contempla la instalación de placas traslúcidas en la cubierta, ni incorpora las medidas preventivas en la fase de desmontaje de la cubierta deteriorada. El plan se encuentra regulado en el artículo 7 del Real Decreto 1627/1997 como una obligación del contratista.

Además, hay que tener presente que los trabajos consistían en la sustitución de una cubierta de fibrocemento, es decir, que se trataba de trabajos con exposición a amianto. Esto exige traer a colación la Orden Ministerial de 31 de octubre de 1984 (BOE de 7 de noviembre) y la Orden Ministerial de 7 de enero de 1987 (BOE de 29 de enero). Esta última dispone que antes del comienzo de trabajos con riesgo de amianto, la empresa que los vaya a ejecutar establecerá un plan de trabajo que someterá a la aprobación de la Autoridad Laboral competente. En la tramitación del expediente debe recabarse informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y del INSHT. En el plan se debería haber especificado la naturaleza y lugar del trabajo a realizar, duración prevista y número de trabajadores implicados, forma en que se realizará el trabajo, procedimiento de evaluación y control, medidas preventivas, de protección personal y de eliminación de residuos, medidas destinadas a informar a los trabajadores de los riesgos y precauciones a adoptar, etc. Una circunstancia que justifica la idea de la no existencia de dicho plan de trabajo, al margen de que el supuesto práctico no lo cita, es el hecho de que el Inspector observa que en una zona próxima a la nave se acopian materiales de derribo.

Así pues, se procede a extender acta de infracción contra la citada empresa, «CONSTRUCCIONES PINTO, S.A.», por contravenir los artículos 14 y 15 de la Ley 31/1995, artículos 4 y 19 del ET y artículo 7 del Real Decreto 1627/1997, y correspondiente de la citada Orden Ministerial de 7 de enero de 1987, pudiendo constituir dicha conducta una infracción grave prevista en el artículo 12.23 a) del TRLISOS, o bien, y dadas las circunstancias del supuesto (plan incompleto e inexis-

tencia de plan de trabajo específico para el amianto) que suponía una situación de riesgo grave e inminente como al final se demostró, una infracción muy grave tipificada en el artículo 13.10 del TRLISOS. Además, se requerirá a la empresa citada para que elabore el correspondiente plan con el alcance y el contenido previsto en la normativa de prevención de riesgos laborales (art. 7.3 de la Ley 42/1997, y art. 43 de la Ley 31/1995).

Por último, y antes de comenzar con el análisis del accidente de trabajo, señalaremos que la empresa subcontratista de montajes metálicos («CUBREGLAS, S.L.») cuenta con una evaluación incompleta, puesto que no contempla los trabajos prestados en régimen de desplazamiento a las obras. Ello constituye una infracción grave en materia de prevención de riesgos laborales que justifica la extensión de la correspondiente acta de infracción, siendo el precepto tipificador el artículo 12.1 b) del TRLISOS, y los preceptos infringidos los artículos 14, 15 y 16 de la Ley 31/1995 y los artículos 4 y 19 del ET. El sujeto responsable es «CUBREGLAS, S.L.», siendo «CONSTRUCCIONES PINTO, S.A.» responsable solidario por el artículo 42.3 del TRLISOS. También en este caso, se requerirá a la empresa «CUBREGLAS, S.L.» para que efectúe una evaluación de riesgos laborales con el alcance y el contenido previsto en la normativa de prevención de riesgos laborales (art. 7.3 de la Ley 42/1997, y art. 43 de la Ley 31/1995).

Entramos ahora de lleno con el estudio del accidente de trabajo, no sin antes señalar que el Inspector de Trabajo puede hacer fotografías pero debe comunicarlo al empresario o a su representante, en virtud del artículo 5.3.4 de la Ley 42/1997.

El artículo 40 de la Ley 31/1995 en su apartado segundo dispone que *«en las visitas a los centros de trabajo para la comprobación del cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, el Inspector de Trabajo y Seguridad Social comunicará su presencia al empresario o a su representante o a la persona inspeccionada, al Comité de Seguridad y Salud, 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 su visita y formularle las observaciones que estimen oportunas, a menos que considere que dichas comunicaciones puedan perjudicar el éxito de sus funciones»*. Por su parte, el apartado tercero del mismo artículo establece que *«la Inspección de Trabajo informará a los Delegados de Prevención sobre los resultados de las visitas y sobre las medidas adoptadas como consecuencia de las mismas, así como al empresario mediante diligencia en el Libro de Visitas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que debe existir en cada centro de trabajo»*.

Sobre la notificación del accidente de trabajo, la obligación recae sobre la empresa a la que pertenece el accidentado, por mor del artículo 23.3 de la Ley 31/1995, Orden Ministerial de 16 de diciembre de 1987, y Orden TAS/2926/2002, y Resolución de 26 de noviembre de 2002. Según el artículo 23.3 de la Ley 31/1995, la empresa debe 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. Además, con independencia de tramitar el parte de accidente, debe comunicar a la autoridad laboral competente, en el plazo máximo de 24 horas, los siguientes datos: razón social, domi-

cilio y teléfono de la empresa, nombre del trabajador accidentado, dirección del lugar donde ocurrió el accidente y descripción del mismo. Asimismo, la autoridad laboral lo pondrá en conocimiento de la Inspección de Trabajo para que se realice la oportuna investigación del accidente y emita el correspondiente informe. El informe de la Inspección de Trabajo tiene una doble finalidad, por un lado de carácter preventivo, por cuanto en la averiguación de la causa se estarán evitando otros accidentes similares, y por otro, de exigencia de responsabilidades al infractor en el supuesto de no haber cumplido las medidas necesarias para haberlo evitado.

El accidente se produce con ocasión de unos trabajos sobre una cubierta. La cubierta es la estructura superior, plana o inclinada, de un edificio, donde el riesgo más importante es la caída de altura debido fundamentalmente a la inclinación de la misma, como al hecho de que generalmente los materiales son de escasa resistencia.

Las medidas de prevención que se deberían haber adoptado podrían haber sido alguna de las siguientes: andamios perimetrales, barandillas de protección, redes de seguridad como protección colectiva; y complementariamente, como medidas de protección personal, líneas de vida debidamente ancladas, a las que se uniría el correspondiente arnés anticaída.

El accidente de trabajo mortal se debe a la ausencia de protección colectiva y protección personal, además de la inexistencia de información y formación como se indica en el supuesto. Se podría considerar la existencia de varias infracciones graves, pero entendemos que es mejor estimar una infracción muy grave en materia de prevención que origina una situación de riesgo grave e inminente.

Por ello, se procede a extender acta de infracción en virtud de las facultades conferidas por el artículo 7.4 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE de 15 de noviembre), artículo 11.1 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social (BOE de 3 de junio) y artículo 7.6 del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE de 16 de febrero), por vulneración de los artículos 14, 15, 18 y 19 de la Ley 31/1995, 4 y 19 del ET, artículo 10,11 c),15, y anexo IV, parte C, artículo 3 b) y 12 b) del Real Decreto 1627/1997, siendo el precepto tipificador el artículo 13.10 del TRLISOS, y el sujeto responsable «CUBREGLAS, S.L.», respondiendo solidariamente «CONSTRUCCIONES PINTO, S.A.», en virtud de artículo 42 del TRLISOS.

Además, el Inspector actuante requerirá al empresario para que en un plazo determinado adopte las medidas oportunas para garantizar el cumplimiento de las disposiciones relativas a la seguridad y salud en el trabajo. El requerimiento debe formalizarse por escrito, con indicación del plazo en el que debe ser cumplido, y se entregará copia a los Delegados de Prevención (art. 43 de la Ley 31/1995).

Otra medida derivada del accidente es la propuesta de recargo de las prestaciones económicas por infracción de las normas de seguridad e higiene entre un 30 y un 50% (art. 123.1 de la LGSS, art. 7.8 de la Ley 42/1997, art. 27 del RD 928/1998 y art. 42.3 de la Ley 31/1995). 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 del TRLGSS, y el porcentaje que se considere procedente de incremento. La responsabilidad del recargo recae sobre el empresario incumplidor, y no puede ser objeto de seguro alguno. La responsabilidad del recargo la imponemos a ambas empresas solidariamente («CUBREGLAS, S.L.» y «CONSTRUCCIONES PINTO, S.A.») porque a ambas se las puede imputar el concepto de empresa infractora, a aquella directamente, y esta última, indirectamente, por su deber de vigilancia en orden al cumplimiento de las medidas de seguridad.

Asimismo, el Inspector actuante podrá proponer el recargo o incremento de las primas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales entre un 10 y un 20%, y ello cuando se trate de reiterados incumplimientos de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, de conformidad con el artículo 7.9 de la Ley 42/1997, artículo 108.3 de la LGSS, y artículo 11.3 del Reglamento de cotización (RD 2064/1995, de 22 de diciembre).

Junto a las anteriores medidas, el Inspector de Trabajo también podrá ordenar la paralización de los trabajos cuando compruebe que la inobservancia de la normativa implica un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores [arts. 9.1 f) y 44 Ley 31/1995 y art. 7.10 de la Ley 42/1997, y art. 11.3 y 4 del RD 928/1998]. La medida debe ser notificada por el Inspector a la autoridad laboral y a la empresa responsable. La empresa a su vez, debe comunicarlo a los trabajadores afectados, al Comité de Seguridad y Salud y a los delegados de prevención o, en su ausencia, a los representantes de los trabajadores. El cumplimiento de la comunicación anterior debe ser puesto en conocimiento del Inspector actuante. Se trata de una decisión que, sin perjuicio de su inmediata ejecución, puede ser impugnada por la empresa ante la autoridad laboral en el plazo de 3 días hábiles, y se resolverá por esta última en el plazo máximo de 24 horas. El levantamiento de la paralización de los trabajos corresponde a la Inspección que la hubiese decretado, o al propio empresario cuando se hayan subsanado las deficiencias que originaron dicha medida; en este último caso, la empresa debe ponerlo en conocimiento de la Inspección de Trabajo.

También debe examinarse la posibilidad de comunicar los hechos producidos al Ministerio Fiscal, según el artículo 5 del TRLISOS y el artículo 3 del Real Decreto 928/1998, por si pudiesen ser constitutivos de ilícito penal.

2.A) El artículo 42 del ET en su apartado 4.º prevé que *« sin perjuicio de la información sobre previsiones en materia de subcontratación a la que se refiere el artículo 64.1.1.º de esta ley, cuando la empresa concierte un contrato de prestación de obra o servicios con una empresa contratista o subcontratista, deberá informar a los representantes legales de sus trabajadores sobre los siguientes extremos:*

- a) *Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista.*

- b) Objeto y duración de la contrata.
- c) Lugar de ejecución de la contrata.
- d) En su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal.
- e) Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.»

De acuerdo con este artículo, «QUIMICOL, S.A.» debería haber informado a los representantes legales de sus trabajadores de los extremos mencionados.

Tal omisión constituye una infracción grave al ordenamiento laboral tipificada en el artículo 7.7 del TRLISOS, esto es, «*la trasgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos*». No se aprecia ninguna circunstancia agravante de las contempladas en el artículo 39.2 del TRLISOS.

B) Los miembros del Comité de Empresa manifiestan su desacuerdo al imponerse por la empresa un calendario laboral que no ha sido previamente consensuado.

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 Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, añade que «*los representantes de los trabajadores... tendrán derecho a ser consultados por el empresario y emitir informe con carácter previo a la elaboración del calendario laboral a que se refiere el apartado 6 del artículo 34 del ET*».

Puesto que estas dos normas no establecen la necesidad de llegar a un acuerdo entre ambas partes, y en base al poder de dirección de la actividad laboral otorgado al empresario por el artículo 20 del ET, parece que éste podía elaborar unilateralmente dicho calendario laboral.

Lo que ocurre es que el nuevo calendario introduce dos horarios distintos dentro de cada turno, de modo que el horario de entrada/salida se adelanta/retrasa en treinta o quince minutos según los casos.

Habría que analizar dos cuestiones que van a determinar el procedimiento a seguir en cada caso:

En primer lugar, la interpretación de lo dispuesto en el Convenio Colectivo, según el cual, «*el calendario laboral de turnos y horarios se elaborará antes del 1 de enero entre la empresa y el Comité*»; la cuestión es si con esta expresión se está imponiendo la necesidad de llegar a un acuerdo entre la empresa y el Comité de empresa en estas dos materias, o si tal pacto no es necesario.

Como estamos ante un supuesto de interpretación de una cláusula de un Convenio Colectivo se aplica lo dispuesto en el artículo 91 del ET: «*con independencia de las atribuciones fijadas por las partes a las comisiones paritarias, de conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación con carácter general de los convenios colectivos, se resolverá por la jurisdicción competente*».

El ET se refiere a una interpretación general, dirigida a resolver las dudas que plantea su aplicación con carácter abstracto. Pero multitud de sentencias del extinto Tribunal Central de Trabajo han señalado que este tipo de interpretación no conviene a organismos jurisdiccionales –reacios a realizar con sus sentencias un estudio teórico y abstracto del convenio– si no existe o no lo exige un conflicto concreto. Por eso, debemos entender que el artículo 91 se refiere al proceso especial de conflicto colectivo, para el que la legislación contempla un procedimiento administrativo de solución del mismo, regulado en el Título II del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, que sólo finaliza cuando hay acuerdo entre las partes, y un procedimiento judicial regulado en los artículos 151 a 160 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, válido sólo para los conflictos jurídicos, que sería el que cualquiera de las partes debiera plantear en el caso propuesto, si desean conocer el alcance y contenido de la disposición controvertida.

En segundo lugar, y partiendo de que el convenio no impone la necesidad de llegar a un acuerdo, habrá que determinar si la introducción de esos dos horarios supone un mero reajuste que se incardina dentro del poder de dirección, y por lo tanto, el empresario –como hemos visto al principio– podía establecerlo unilateralmente, o bien una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, debiendo haberse seguido entonces el procedimiento establecido en el artículo 41.4 del ET. Este artículo exige, además de negociar de buena fe, un período de consultas con los representantes de los trabajadores no inferior a 15 días, aunque hace una excepción para las modificaciones que en un período de 90 días afecten –entre otros baremos– a un número inferior de 10 trabajadores en las empresas que ocupen menos de 100. En este caso la empresa tiene 72 trabajadores, pero no sabemos a cuántos afecta la medida.

Son muchos los criterios utilizados para valorar la sustancialidad de la modificación: tipo de condición afectada, existencia de un perjuicio para los trabajadores, alcance temporal de la medida... Pero el criterio fundamental que se emplea es el de su entidad, el de su importancia cualitativa. Así, se considera sustancial una modificación cuando «*sea de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral, pasando a ser otros distintos de un modo notorio*»(TS 3-12-1987); o bien, cuando se produce una transformación en la condición de trabajo de tal índole que queda desdibujada en sus contornos esenciales (TS 15-3-1990).

De la redacción del caso sólo sabemos que el horario se adelanta o retrasa en treinta o quince minutos según los casos, pero desconocemos otros datos, como por ejemplo, si este cambio supone un perjuicio que implica una mayor onerosidad en la prestación laboral para los trabajadores afectados. A pesar de ello, entendemos que no se dan las circunstancias precisas para valorar la modificación como sustancial teniendo en cuenta los criterios mencionados, sobre todo, por la falta de entidad del cambio. Por ello, habrá que concluir que el empresario estaba habilitado para imponer el calendario unilateralmente.

Además, aun en el caso de que consideremos dicha modificación como sustancial, observamos cómo el empresario llevaba seis meses negociando el calendario, y al final mantuvo el último de los propuestos en el que se recogía un gran número de las observaciones realizadas por los representantes de los trabajadores. Por lo tanto, incluso en ese supuesto, el empresario siguió el procedimiento establecido en la ley (período de consultas y buena fe).

III

1. Trabajador Alfredo de Juan.

Los artículos 109 de la LGSS (RDLeg. 1/1994, de 20 de junio) y 23 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, que aprueba el Reglamento General de Cotización, disponen que la base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser ésta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena.

Por su parte, el artículo 1.2 de la Orden TAS/118/2003, de 31 de enero, de cotización para el año 2003, establece cómo determinar la base de cotización por contingencias comunes correspondiente a cada mes. Así, se computará la remuneración devengada en el mes a que se refiera la cotización, y a la remuneración anterior se añadirá la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias establecidas y de aquellos otros conceptos retributivos que tengan una periodicidad en su devengo superior a la mensual, o que no tengan carácter periódico y se satisfagan dentro del ejercicio. Por ello, el importe de la paga de beneficios se debe dividir por 12 meses.

Conforme a lo dispuesto anteriormente, la base de cotización por contingencias comunes sería de 842,53 euros (784,20 + 58,33), base que se encuentra comprendida entre la base mínima y la base máxima del grupo 1 de cotización para el año 2003 (784,20 – 2.652,00). El tipo de cotización aplicable es el 28,3%.

Para determinar la base de cotización por contingencias profesionales se toma la base de cotización por contingencias comunes y se añade la cuantía correspondiente a las horas extraordinarias (en enero del 2003 se realizaron una serie de horas extraordinarias por las que se abonaron 2.000 euros). Ello determina que la base de cotización por contingencias profesionales correspondiente al mes de enero (en los demás meses objeto de liquidación, la base de cotización por contingencias profesionales coincide con la de contingencias comunes) sea de 2.842,53 euros, cifra que excede el tope máximo de cotización para el 2003 que es de 2.652 euros, por lo que se toma como base de cotización por contingencias profesionales para dicho mes de enero, esta última cuantía. A dicha base se aplica, reducido en un 10%, los porcentajes de la tarifa de primas aprobados por Real Decreto 2930/1979, de 29 de diciembre. El epígrafe aplicable al trabajador es el 113, pero hay que tener en cuenta que a partir del día siguiente a la baja por accidente de trabajo, el epígrafe aplicable sería el 126.

También sería conveniente hacer las averiguaciones correspondientes para determinar cuál ha sido la razón de las horas extraordinarias, y fundamentalmente su desmesurada cuantía en relación al sueldo que se percibe, además teniendo en cuenta que se realizan un mes antes de causar baja en la empresa, «*por un accidente de trabajo de poca importancia, pero que le impide trabajar*».

La remuneración obtenida por el concepto de horas extraordinarias queda sujeta a una cotización adicional que no será computable a efectos de determinar la base reguladora de las prestaciones. La cotización adicional por las horas extraordinarias que no tengan la consideración de fuerza mayor como es el caso, se efectúa aplicando el tipo del 28,3%.

La base de cotización para Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, será la correspondiente a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Los tipos de cotización serán los siguientes: por desempleo, 8,3%, correspondiente a un contrato de duración determinada a tiempo completo, 0,4% de FOGASA, y 0,7% de Formación Profesional.

Debido a todo lo anterior, se extiende acta de liquidación por diferencias de cotización en virtud de los artículos 31.1 b) del TRLGSS, 31.1 b) del Real Decreto 928/1998, artículos 84 y 85 del Real Decreto 1637/1995, y artículo 81 de la Orden Ministerial de 26 de mayo de 1999, que desarrolla el anterior. El acta de liquidación tendrá el contenido señalado en el artículo 32 del Real Decreto 928/1998, destacando fundamentalmente la relación nominal de trabajadores afectados [art. 32.1 d) del RD 928/1999].

El sujeto responsable es la empresa «HERMANOS ALFREDO, S.A.», que es el sujeto obligado y responsable de la obligación de cotizar según los artículos 103 y 104 de la LGSS. Los preceptos infringidos son los artículos 15 y siguientes, 103 a 112 de la LGSS, 81 de la Ley 52/2002, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2003, los artículos 23 y 24 del Real Decreto 2064/1995, que aprueba el Reglamento General de Cotización y de Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, el Real Decreto 2930/1979, de 29 de diciembre, y la Orden TAS/118/2003, de 31 de enero.

El período de liquidación sería por todos los meses respecto de los cuales haya transcurrido el plazo reglamentario para el pago de cuotas, según los artículos 25 del TRLGSS, 67 y 74 del Reglamento General de Recaudación aprobado por Real Decreto 1637/1995, y 66 de la Orden de 26 de mayo de 1999, que desarrolla el anterior, es decir, desde enero hasta septiembre del 2003, pues las cuotas correspondientes a octubre todavía están en plazo reglamentario de ingreso. Así pues, se requerirá a la empresa citada para que en noviembre ingrese las cuotas correspondientes al mes de octubre.

Al tratarse de un acta de liquidación por diferencias, habrá que tener presente que a la liquidación resultante, conforme a los párrafos anteriores, habrá que restar lo ya ingresado por la empresa.

Además, se le aplicará el recargo de mora correspondiente según el artículo 27 del TRLGSS.

Concurrente con el acta de liquidación, se procede a extender acta de infracción dirigida a la empresa «HERMANOS ALFREDO, S.A.», en base a las facultades otorgadas por los artículos 7.4 de la Ley 42/1997 y 11.1 del Real Decreto 928/1998, por constituir una infracción en materia de Seguridad Social, al vulnerar lo dispuesto en los artículos anteriormente citados. La citada infracción está tipificada como grave en el artículo 22.3 del TRLISOS, apreciándose como circunstancia agravante, para la propuesta de sanción, el número de trabajadores de la empresa y la cantidad defraudada, según el artículo 39.2 del TRLISOS.

2. Trabajador Luis Perrote.

El artículo 66.3 de la Orden de 26 de mayo de 1999 por la que se desarrolla el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social (RD 1637/1995) regula los plazos reglamentarios para el ingreso de las cuotas en determinados supuestos especiales, entre los que se encuentra el caso de incrementos de salarios que deban aplicarse con carácter retroactivo en virtud de sentencia judicial. Así, y de acuerdo con este artículo, el plazo finalizará el último día del mes siguiente al de la notificación de la sentencia, salvo que ésta fije otro.

Por otro lado, la disposición adicional 1.ª 1 de la Orden TAS/118/2003, de 31 de enero (Orden de Cotización para el 2003) señala que «*cuando hayan de abonarse salarios con carácter retroactivo, el ingreso de las liquidaciones que hayan de efectuarse a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, como consecuencia de los mismos, se realizará en los plazos señalados en el artículo 66.3 de la Orden de 26 de mayo de 1999.*

En dichos supuestos, el ingreso se efectuará mediante la correspondiente liquidación complementaria, a cuyo fin se tomarán las bases, topes, tipos y condiciones vigentes en los meses a que los citados salarios correspondan».

Establecen estas normas por tanto, cuándo y cómo ha de efectuarse el ingreso correspondiente.

Aunque desconocemos cuándo se notifica la sentencia, sí sabemos que en julio ya se está cotizando por el incremento de los 500 euros; como la visita se realiza el 5 de noviembre, ya se debería haber ingresado en todo caso la liquidación complementaria correspondiente a los meses de enero a junio.

Se levantará acta de infracción a la empresa «HERMANOS ALFREDO, S.A.» cuyos preceptos infringidos son el artículo 15 de la LGSS que establece la obligación general de cotizar, y los artículos 103 y siguientes de la LGSS que se refieren al Régimen General de la Seguridad Social, además de la disposición adicional 1.ª 1 de la Orden TAS/118/2003, de 31 de enero, que dispone cómo y cuándo debe efectuarse la cotización en este caso concreto. El precepto tipificador es el artículo 22.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, TRLISOS (teniendo en cuenta la redacción dada por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre) que sanciona la falta de ingreso, en la forma y plazos reglamentarios, de las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la TGSS, habiendo presentado los documentos de cotización.

Conforme a lo previsto en el artículo 34 del Real Decreto 928/1998, de forma concurrente al acta de infracción, el Inspector levantará asimismo acta de liquidación por diferencias según los artículos 31 de la LGSS y 31 del Real Decreto 928/1998, que tendrá el contenido previsto en el artículo 32 de este Reglamento. El período de liquidación se extiende desde el 1 de enero hasta el 30 de junio. La base de cotización por contingencias comunes vendrá determinada por los 500 euros no cotizados, una vez comprobado que la suma entre esta cantidad y los 1.000 euros por lo que ya se ha cotizado no supera la base máxima de cotización correspondiente al grupo 7 prevista en la Orden de Cotización; a esta base se le aplicará el tipo del 28,3%. La base de cotización por contingencias profesionales será la misma que la anterior, y se le aplicará el epígrafe correspondiente de la tarifa de primas aprobada por el Real Decreto 2930/1979, de 29 de diciembre. A esta misma base se le aplicarán los tipos correspondientes por desempleo, formación profesional y Fondo de Garantía Salarial. Además, se le aplicará el recargo de mora correspondiente según el artículo 27 de la LGSS.

3. Trabajadora Antonia Pérez.

Consideramos que se trata de una trabajadora por cuenta ajena en base a los siguientes indicios: jornada habitual del resto de trabajadores, uniforme, actividad desarrollada en la oficina y dentro del ámbito organizativo de la empresa, retribución fija, recibo de abono de dicha cantidad, lugar de trabajo similar al resto, además, no aporta, no señala, no tiene entidad empresarial.

Se denomina falso autónomo a aquel que, bajo una apariencia de arrendamiento de servicios, encubre una verdadera relación laboral, al integrarse el trabajo que realiza dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa, a cambio de un salario.

La misma contrata de prestación de servicios carece de objeto, ya que no se indican las labores contratadas sino de modo genérico. En todo caso lo relevante no sería el contrato, sino la realidad de la prestación de servicios, puesto que el Tribunal Supremo tiene establecido que es irrelevante la calificación de las partes; lo importante es la existencia de los presupuestos del contrato de trabajo: dependencia y ajenidad.

Por otro lado, de los artículos 1.1 y 8.1 del ET se desprende la presunción de la existencia de relación laboral entre el que presta un servicio a otro, dentro de su ámbito de organización y dirección, y el que lo recibe a cambio de una remuneración.

Debido a todo lo anterior, entendemos que existe una auténtica relación laboral por lo que la empresa debería haber solicitado el alta de la trabajadora en el Régimen General, y por ello se practicarán las siguientes actuaciones.

Se procederá a levantar acta de liquidación contra la citada empresa por falta de alta desde el inicio de la prestación de servicios, según los artículos 31.1 a) de la LGSS, artículo 31.1 a) del Real Decreto 928/1998, y 84 y 86 del Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, y artículo 81 de la Orden de 26 de mayo de 1999, que desarrolla el anterior.

El sujeto responsable es «HERMANOS ALFREDO, S.A.» que es quien tiene la obligación de solicitar el alta, según los artículos 13,100,102 de la LGSS y artículos 29, 30 y 32 del Real Decreto 84/1996.

El período de descubierto vendrá constituido por todos los meses respecto de los cuales haya transcurrido el plazo reglamentario para el pago de cuotas, según artículo 25 del TRLGSS, 67 y 74 del Reglamento General de Recaudación aprobado por Real Decreto 1637/1995, y 66 de la Orden de 26 de mayo de 1999, que desarrolla el anterior, es decir, desde enero hasta septiembre del 2003, pues las cuotas correspondientes a octubre todavía están en plazo reglamentario de ingreso.

La base de cotización por contingencias comunes es de 1500 euros, una vez comprobado que la base está dentro de la base máxima y mínima prevista para cada grupo de cotización; a ésta se le aplicará el correspondiente tipo vigente en el año 2003, el 28,3%.

La base de cotización por contingencias profesionales coincide con la base de cotización por contingencias comunes, porque ña. Antonia no ha realizado horas extraordinarias. Comprobado que dicha base está dentro de los topes mínimos y máximos, se le aplicará el epígrafe correspondiente de la tarifa de primas, aprobado por Real Decreto 2930/1979, de 29 de diciembre.

La misma base de contingencias profesionales se utilizará para determinar la cotización por Desempleo, Formación Profesional y Fondo de Garantía Salarial. Los tipos a aplicar serán el 7,55%, 0,7% y 0,4%, respectivamente.

Además, se les aplicará el recargo de mora correspondiente según artículo 27 del TRLGSS.

Concurrente con el acta de liquidación en los términos de los artículos 14 y 34 del Real Decreto 928/1998, se extenderá acta de infracción por falta de alta de la trabajadora mencionada. Los preceptos infringidos son los artículos anteriormente citados y el tipificador el artículo 22.2 de la LISOS.

Por último, se procederá a la comunicación a la TGSS para que proceda al alta de oficio en el Régimen General (art. 13 de la LGSS y art. 26 y 29 del RD 84/1996, de 26 de enero).

4. Trabajadora Susana Mosquito.

El artículo 97 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS), cuando regula el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social, en su apartado 2.º declara expresamente incluido:

«k) Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, con exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, siempre que no posean el control de éstas en los términos establecidos en el apartado uno de la disposición adicional vigésimo séptima de la presente ley, cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuido por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma».

La trabajadora Susana Mosquito se encuentra incluida en este apartado, por lo tanto la empresa tendría que haberle dado de alta en la Seguridad Social y cotizar por ella. Como consecuencia de ello, el Inspector extenderá acta de infracción por falta de alta cuyo sujeto responsable será «HERMANOS ALFREDO, S.A.». Los preceptos infringidos son el artículo 100 de la LGSS, que establece la obligación de solicitar el alta en el Régimen General, y los artículos 29 y siguientes del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, 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.

Concurrente con el acta de infracción (art. 34 del RD 928/1998), se levantará acta de liquidación por falta de alta según los artículos 31 de la LGSS y 31 del Real Decreto 928/1998, que tendrá el contenido del artículo 32 del citado Real Decreto. El período de liquidación se extiende desde el 1 de enero de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2003. La base de cotización por contingencias comunes será de 2.652,00 euros, cantidad que corresponde a la base máxima del grupo 1 de cotización, pues la retribución prorrateada de la trabajadora (3.000 euros) supera dicha base máxima. A esta cantidad se le aplicará el tipo del 28,3%.

La base de cotización por contingencias profesionales será la misma que la anterior, y se le aplicará el epígrafe correspondiente de la tarifa de primas aprobada por el Real Decreto 2930/1979, de 29 de diciembre. A esta misma base se le aplicará el tipo correspondiente por formación profesional (0,7); excluyéndose –como hemos visto– la cotización por desempleo y Fondo de Garantía Salarial.

5. Trabajador Gregorio Minguela.

No se aprecia ninguna irregularidad en relación a este trabajador, y por ello sólo se pondría en conocimiento de la TGSS esta situación para que procediese a dar de baja a dicho trabajador formalmente.

CONSIDERACIONES FINALES:

- De cada actuación debe extenderse diligencia en el Libro de Visitas, que debe existir en cada centro de trabajo a disposición de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, según el artículo 14.3 de la Ley 42/1997, y Resolución de 18 de febrero de 1998, de la Dirección General de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE 28 de febrero de 1998).
- Los hechos constatados por el funcionario actuante que se formalicen en las actas de infracción y de liquidación observando los requisitos legales pertinentes gozan de presunción de certeza, salvo prueba en contrario (disp. adic. cuarta de la Ley 42/1997, artículo 53.2 del TRLISOS, y art. 15 del Real Decreto 928/1998).
- Las actuaciones comprobatorias no se dilatarán por espacio superior a nueve meses ni se podrán interrumpir por más de tres, salvo que la dilación sea imputable al sujeto inspeccionado, según el artículo 14.2 de la Ley 42/1997 y el artículo 17 del Real Decreto 928/1998.